

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1014

(Ano XIII)

(15/05/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social 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

COLONISTA DA SEMANA



Do cabimento de relatório final conclusivo de investigação em ato infracional pelo delegado de polícia

Joaquim Leitão Júnior, 09.

ARTIGOS

Conflitos Legislativos: Estado e as organizações religiosas em tempos de pandemia

Brisa Andrade de Macedo e Aline Silveira Kruguel, 17.

O uso da hora de espera para descaracterização da efetiva jornada de trabalho em tempo e remuneração do motorista profissional

Luis Ricardo Martin, 40.

Direito ao Esquecimento: Colisão Constitucional com o art. 19 do Marco Civil Da Internet

Pedro Felipe Maciel Resplande, 59.

O direito fundamental a saúde e a pandemia do Covid-19: o papel do Estado no combate ao novo coronavírus

Jovelino Gomes de Sousa Junior, 75.

Feminicídio íntimo contra mulheres pretas e a responsabilidade do estado no Brasil

Karol dos Santos Silva Santana, 88.

Inconstitucionalidade da taxa de incêndio

Pedro Henrique Santana Bispo e Barbara Helena Carvalho De Medeiros Souza, 112.

Direito ao esquecimento

Karin Ramalho Pereira e Ana Paula Bianchetto, 133.

A desapropriação e a justa indenização no processo expropriatório.

Moisés Adão Machado, 162.

O corpo negro e o Judiciário brasileiro: uma análise da disparidade racial em meio a magistratura

Ana Lourdes de Oliveira Macedo Monteiro e Mariana Silva De Abreu Oliveira, 176.

Fake News: o papel do Direito Penal na possível tipificação e os impactos gerados às vítimas

Alessandra Bonifácio Araújo e Daiane Policarpo Resende, 201.

Lei Maria da Penha: a violência doméstica e a justiça no Brasil

Danielle Paranhos dos Reis, 228.

O direito ao porte de armas de fogo em uso de legítima defesa

Rose Marry Imbiriba da Silva, 247.

A maioria penal: considerações acerca da inconstitucionalidade da redução da maioria penal

Manoel Melo da Silva, 256.

Plea Bargain: Implementação do Plea Bargain como forma de simplificação e de abreviação do processo penal Brasileiro

Huda Lima dos Santos, 270.

Da adoção e família monoparental

Ivaldete Araujo, 290.

Da possibilidade do dano moral pela infidelidade conjugal

Luis Eduardo Cruz Oliveira e Ana Lúcia Almeida Freitas, 306.

Trabalho escravo contemporâneo e a relação com o trabalho do migrante

Juliana Mary Yamanaka Nakano, 324.

Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra as mulheres

Beatriz Ribeiro da Silva, 335.

A dicotomia entre o Código Penal Brasileiro e o Código Penal Militar: necessidade de atualização da Lei nº 1001 de 21 de outubro de 1969

Lucas Emanuel Bastos Polari, 349.

A Mulher e a Lei: a difícil corrida pela igualdade

Ana Cristiny Gomes Oliveira, 364.

Mitigação da presunção absoluta de vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Iara Pereira Sá, 377.

Leishmaniose visceral canina: a incidência de casos em Gurupi e a responsabilidade do ente político sob o controle da endemia.

Joana Beatriz Borges Aguiar Pereira, 393.

Anotações sobre a obra “Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil” de Thomas Hobbes

Felipe Labruna, 409.

Mães no Cárcere: E a influência da prisão no desenvolvimento das crianças

Giovanna Lima Baranda Hortencio, 415.

Usucapião urbano como meio de aquisição da propriedade pela população de baixa renda

Rodrigo Lekesne falcão Orue, 436.

A judicialização da saúde no Brasil

Letícia Taynara de Souza, 457.

A violência obstétrica e a responsabilidade civil e penal

Adolpho Viana da Costa, 467.

Legística aplicada aos partidos políticos e aos sindicatos: a produção de políticas públicas mais benéficas para a população

Thaíza Lopes Evangelista, 484.

A finalidade do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - DPVAT

Victor Freire de Oliveira, 513.

Alienação parental: uma análise da efetividade da mediação familiar e do direito sistêmico na resolução de conflitos

Beatriz Pinto da Gama Pereira, 522.

Combate à violência doméstica contra a mulher no Brasil

Lea Monick dos Santos Caiuby, 550.

Justiça restaurativa no âmbito da Vara da Infância e Juventude

Magda Fernanda Xavier da Silva, 563.

Cadeia de custódia: padronização e procedimentos da prova pericial segundo o pacote anticrime

Eduarda Moreti Viana, 569.

Aplicação de phantom share aos contratos de trabalho.

Simone Feuser, 584.

DO CABIMENTO DE RELATÓRIO FINAL CONCLUSIVO DE INVESTIGAÇÃO EM ATO INFRACIONAL PELO DELEGADO DE POLÍCIA

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia Civil de Mato Grosso desde o ano de 2012, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Roubos e Furtos em Barra do Garças-MT. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Jataí. Especialista em Ciências Penais. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Professor de Curso Preparatório para concursos público, palestrante e coautor de várias obras jurídicas. Integrante da Mentoria KDJ.

Na prática se percebe uma zona conflituosa de entendimentos em que parcela de Delegados e Delegadas de Polícia posicionam pela realização do relatório conclusivo do procedimento apuratório de ato infracional e outra ala pela sua dispensa, posição esta última que retrata um grande equívoco.

O argumento central para os adeptos desta prática de dispensa do relatório de finalização do Delegado de Polícia é de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não exigiria esta peça: relatório de finalização do procedimento de investigação em ato infracional.

Mas será que este entendimento possui lastro?

Vamos aprofundar sobre o tema e para isto explicaremos melhor as nuances!

Para casos de atos infracionais não flagranciais que haja indícios de envolvimento de adolescente, o legislador ordinário foi mais preciso deixando claro a necessidade de relatório policial de investigação pelo Delegado de Polícia, segundo o art. 177, do ECA:

*Art. 177. Se, afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público **relatório das investigações** e demais documentos.*

Sobre este dispositivo enumerado no art. 177, do ECA, o doutrinador e promotor Válder Kenji Ishida:

Também no caso de indícios de participação do adolescente em ato infracional (participação ou coautoria), **a autoridade policial deverá**

encaminhar relatório de investigações, podendo nesse caso prosseguir as mesmas em inquérito policial próprio. É o caso de inquérito policial investigar crime de roubo de maior de dezoito anos e apurar coautoria de adolescente (ISHIDA, 2015, p. 450).

Já o art. 179, do ECA, embora o legislador tenha previsto alternativamente o auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, deixou claro a apresentação quase que instantânea deste relatório policial, que na prática acaba dando mais vida ao boletim de ocorrência ou ao auto de apreensão, porquanto diante da exiguidade temporal é quase inviável a apresentação do relatório policial que estaria a exigir uma análise técnico-jurídica mais acurada e demorada. Vejamos o art. 179, do ECA:

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Indiscutivelmente, por mais que artigos 1771 e 1792, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente tenham uma redação que dá a entender que o relatório policial teria vida noutras circunstâncias procedimentais - que também é um viés interpretativo -, esta não nos parece *datíssima máxima vênia* a melhor interpretação (com exceção do próprio art. 177, do ECA que deixa claro que para as hipóteses não flagranciais haveria a necessidade de encaminhamento do relatório policial conclusivo de investigações, onde acreditamos que este relatório teria vez ao final do caminho investigativo procedimental, que seria o momento derradeiro para se avaliar acerca das imputações formais/atribuições formais em definitivo das tipias similares às infrações penais ou as não imputações formais/atribuições formais de atos infracionais).

1 Art. 177. Se, afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público **relatório das investigações** e demais documentos.

2 Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Os Autos Apuratórios de Ato Infracional (Sindicância Infracional, Auto de Investigação de Ato Infracional, Autos Infracionais dentre outras terminologias equivalentes) seria equivalente ao Inquérito Policial, porém, com alvos diversos, em que naquele (Autos Apuratórios de Ato Infracional) seria o adolescente em conflito com a lei, e, neste procedimento de inquérito policial, o adulto.

Portanto, a melhor interpretação acerca dos autos apuratórios de ato infracional é compreender que é um procedimento investigativo singular presidido pelo Delegado de Polícia, que apresenta a Polícia Judiciária.

Sendo assim, estabelecida a premissa de que os autos apuratórios de ato infracional é um procedimento investigativo singular presidido pelo Delegado de Polícia, que apresenta a Polícia Judiciária, institutos com seus temperamentos devem ser prestigiados, inclusive aqueles previstos no Código de Processo Penal.

Dando seguimento, as regras do Código de Processo Penal são aplicáveis ao Inquérito Policial, procedimento investigativo destinados aos maiores e capazes, via de regra. Da mesma forma, as regras do Código de Processo Penal são aplicadas subsidiariamente aos autos apuratórios de ato infracional que é um procedimento investigativo singular presidido pelo Delegado de Polícia.

Isto resta mais evidente, quando analisamos a inteligência do art. 152, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

ECA - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990

Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

[...]

Art. 152. *Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.*

Com isto, fixado também o entendimento de que as regras do Código de Processo Penal aplicáveis ao Inquérito Policial são aplicadas subsidiariamente nos autos apuratórios de ato infracional, sinaliza com maior clareza a necessidade de relatório minucioso pela Autoridade Policial ao final do procedimento infracional.

Por sua vez, o art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal disciplina que:

Art. 10. *O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o*

prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

Destas leituras, infere-se que o dispositivo acima seria aplicável subsidiariamente, por força do art. 152, do ECA. A aplicação subsidiária tem vez quando o diploma legal é silente e deixa o vácuo (não disciplina) ou insere o dispositivo, cuja redação diz aquém do que deveria, em situação que é necessária uma interpretação sistemática para dar logicidade ao caminhar procedimental.

Logo, o raciocínio forçoso e lógico diante da leitura sistemática, conjugada com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente com artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal (aplicável subsidiariamente por força do art. 152, do ECA) é concluirmos pela necessidade de relatório minucioso pela Autoridade Policial ao final do procedimento infracional, e isso é reforçado quando voltamos os olhos para o art. 177, do ECA.

A importância do relatório de finalização do procedimento apuratório de ato infracional pela Autoridade Policial

O relatório minucioso do **procedimento de apuração de ato infracional** como exigido pela nossa legislação em vigor é o condensado de todas as diligências e atos relevantes encetados no curso investigativo para o desate das investigações, buscando a autoria, materialidade delitiva e as circunstâncias com atribuição e imputação formal definitiva dos atos infracionais.

Não se pode deixar escapar o protagonismo do papel de polícia judiciária nesta fase importantíssima e essencial em sede de ato infracional que, são os autos apuratórios de ato infracional como procedimento investigativo singular presidido pelo Delegado de Polícia.

Com o advento da Lei 12.830/2013 restou claro que, o ato de indiciamento (imputação em sede policial para adolescente em conflito com a lei) é ato privativo do Delegado de Polícia de carreira, logo, para o indiciamento (imputação em sede policial para adolescente em conflito com a lei) é necessário o mínimo de motivação, ainda que de maneira sucinta e apoiado as premissas fáticas do próprio relatório, sem necessário esgotamento, mesmo porque não é essa a ideia e nem a finalidade do relatório.

De mais a mais, ao contrário da abordagem da doutrina conservadora, no relatório de investigação conclusivo é o momento para o Delegado de Polícia abordar tudo que entender de direito como citação doutrinária e jurisprudencial, já que é

operador do Direito, inclusive ao Delegado de Polícia é dado abordar as suas impressões pessoais sobre as investigações infracionais em si.

O Manual de Polícia Judiciária em seu ensinamento aborda como possível a Autoridade Policial inserir opiniões ou impressões pessoais, assim como obras doutrinárias e jurisprudenciais, mesmo porque o indiciamento (imputação em sede policial para adolescente em conflito com a lei) exige fundamentação e apontamentos plausíveis que demonstre a motivação da linha ou das linhas de investigações com seus desfechos. A propósito confira:

*“(...) o relatório, peça técnica com forte conteúdo subjetivo, nada impedindo que nele sejam **inseridos opiniões ou impressões pessoais, doutrinárias é até jurisprudenciais**, determinando o juízo de valor da autoridade policial e que servem para indicar as razões do seu convencimento sobre o término do inquérito policial” (Manual de Polícia Judiciária. 6ª edição. 2012. Pág. 59).*

Em tom de repise, com a nova Lei 12.830/2013 que veio disciplinar sobre as investigações presididas pelo Delegado de Polícia, conferiu expressamente a possibilidade deste em tecer comentários sobre a autoria e materialidade delitiva e sobre o indiciamento, fatos estes que no entender desta Autoridade Policial já eram possíveis diante da finalidade do inquérito policial (art. 4º, do CPP) e das abordagens doutrinárias.

A propósito das discussões, confirmam-se as disposições insertas no art. 2º, §§ 1º e 6º, todos da Lei nº 12.830/2013:

“Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

*§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como **objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.***

[...]

*§ 6º O **indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias**”.*

Os indícios de autoria e materialidade delitiva devem estar presentes, bem como as circunstâncias investigadas. Vale lembrar que, por força do art. 152, do Estatuto da

Criança e do Adolescente, os arts. 155 e art. 239 do Código de Processo Penal são aplicados "in casu". Neste sentido, consoante o Código de Processo Penal, indícios são:

"CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - TÍTULO VII

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

CPP, CAPÍTULO X - DOS INDÍCIOS

*Art. 239 - Considera-se **indício** a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".*

Sobre o **indício**, importante a preleção de **HÉLIO TORNAGHI**:

"Enquanto que, relativamente à existência do crime, o Código exige prova (querendo significar prova cabal), no que se refere à autoria, ele se contenta com indícios, isto é, meros sinais. Se houver maiores provas, tanto melhor; mas a lei não as exige" (Curso de Processo Penal, 2/85, Saraiva, 1983).

VINCENZO MANZINI, ainda sobre **indício**, em seu "Tratado de Derecho Procesal Penal", afirma que o:

"Indício é um fato ou circunstância certa, da qual se pode tirar, por indução lógica, uma conclusão acerca da subsistência ou insubsistência de um fato a provar. Este conceito foi determinado na obra citada onde Código de Processo Penal a adotou, simplificando o conceito, como fato ou circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias ou fatos."

JULIO FABBRINI MIRABETE, sobre indícios, em seu comentário ao Código de Processo Penal, simplifica ainda mais dizendo que *"indícios são a representação do fato a ser provado através da construção lógica, a qual revela um outro fato ou circunstância."* (Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed, Atlas, 2003, p. 803).

Por sua vez, sobre a **materialidade delitiva**, o grande professor **VICENTE GRECO FILHO** pondera que:

*"Prova do fato significa convicção da **existência da materialidade da infração**. Em princípio, em se tratando de infração que deixou vestígios, a*

presença do exame de corpo de delito. [...] outros elementos probatórios dão a certeza da ocorrência do fato". (Greco Filho, Vicente. Manual de processo penal / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012 pag. 287).

A junção dos **indícios de autoria** e **materialidade delitiva** permitem o ato de **indiciamento**. Guardada as proporções devidas em sede de ato infracional, temos a **imputação formal** ou **atribuição formal** da autoria ou participação do adolescente em conflito com a lei. Sobre o **indiciamento** o professor, **RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, conceitua o apontado instituto como:

*"O **indiciamento** é o ato resultante das investigações policiais por meio do qual alguém é apontado como provável autor de um fato delituoso. Cuidase, pois, de ato privativo do Delegado de Polícia que, para tanto, deverá fundamentar-se em elementos de informação que ministrem certeza quanto à materialidade e indícios razoáveis de autoria. Portanto, se a atribuição para efetuar o indiciamento é privativa da autoridade policial (Lei nº 12.830/13, art. 2º, § 6º), não se afigura possível que o juiz, o Ministério Público ou uma Comissão Parlamentar de Inquérito requisitem ao delegado de polícia o indiciamento de determinada pessoa" (BRASILEIRO, 2015, p. 146).*

Destarte, diante dos elementos informativos e provas levantadas durante as investigações de atos infracionais, é importante demonstrar os **indícios de autoria**, a **materialidade delitiva e as circunstâncias** para atribuição e imputação formal definitiva dos atos infracionais porventura perpetrados por adolescentes em conflito com a lei.

Isto confere segurança jurídica ao Ministério Público da Infância e Juventude que é o *dominis litis* da ação socioeducativa e aos demais atores envolvidos na persecução socioeducativa, com ampla democratização dos atos de persecução, transparência e lisura dos serviços prestados pela Polícia Judiciária.

Como nossos adolescentes do mundo contemporâneo não são como os adolescentes de outrora, assim como os atos infracionais por si perpetrados, faz-se necessário cada vez mais que haja dedicação e comprometimento do produto final a ser entregue pela Polícia Judiciária, qual seja, o procedimento finalizado com relatório conclusivo de investigação de ato infracional.

3 No sentido de que não cabe ao juiz determinar à autoridade policial o indiciamento formal de investigados: STF, 2ª Turma, HC 115.015/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27/08/2013; STJ, 5ª Turma, RHC 47.984/SP, Rei. Min. Jorge Mussi, j. 04/11/2014.

Disto surge algumas provocações: como a Polícia Judiciária apresenta um procedimento finalizado sem o relatório conclusivo de um ato infracional análogo a uma organização criminosa, sem demonstrar a cadeia de vínculo e fisiologia de adolescentes em conflito com a lei integrantes da organização? Como a Polícia Judiciária encaminha um procedimento sem relatório de finalização de um ato infracional análogo a um homicídio complexo? Com isto, deve-se dar o valor ao relatório policial conclusivo de ato infracional.

Das considerações finais

Por todo o exposto, entendemos que o relatório final conclusivo de investigação em ato infracional pelo delegado de polícia é perfeitamente cabível à luz do art. 10, §1º, do Código de Processo Penal (aplicado subsidiariamente pela inteligência do art. 152, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Adiante, entendemos que o relatório de finalização de investigações de atos infracionais é importante para demonstrar os indícios de autoria, a materialidade delitiva e as circunstâncias para atribuição formal e imputação formal definitiva dos atos infracionais, porventura perpetrados por adolescentes em conflito com a lei.

Referência bibliográfica:

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. 16ª Edição atualizada. São Paulo-SP: Editora Atlas S.A, 2015.

CONFLITOS LEGISLATIVOS: ESTADO E AS ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

BRISA ANDRADE DE MACEDO:

Bacharelada do Curso do Centro
Universitário São Lucas Ji-Paraná

ALINE SILVEIRA KRUGUEL

(coautora)

RENATA MIRANDA DE LIMA⁴

(orientadora)

RESUMO: O Exercício da liberdade religiosa vem sendo muito discutida em tempos da pandemia causada pela COVID-19, essa pesquisa tem como finalidade provocar algumas reflexões no exercício desse direito e analisar a legitimidade das intervenções estatais no tocante a essa liberdade, buscando compreender as ações dos administrados através do poder de polícia, verificando se houve excesso nas restrições e violações aos direitos fundamentais, de forma que rompesse o núcleo essencial de tais direitos. Como metodologia, trata-se de uma pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa, com objetivos explicativo e exploratório, utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica, assim, pretende-se demonstrar o surgimento da liberdade religiosa e a sua relação com o Estado, sobretudo o tratamento conferido ao exercício da liberdade religiosa em tempos de pandemia causada pela COVID-19, versando sobre a razoabilidade e a proporcionalidade. Em síntese verificou-se que em alguns casos, esse direito fora de fato restrito de forma autoritária por parte do Estado.

Palavras-chave: Estado. Restrições. Liberdade Religiosa. Pandemia.

ABSTRACT: The religious freedom exercise has been discussed during the pandemic caused by COVID-19, this research aims to provoke some reflections about the exercise of this right and analyze the legitimacy of the state interventions when it come to this freedom, seeking to comprehend the actions of the administrators through the police power, verifying if there was excess in the restrictions and violations to the fundamental rights, in a way that would have a rupture on the essential nucleus of these rights. When it comes to the methodology, it is an applied research with a qualitative approach, with explicative and exploratory objectives, using as a methodological procedure the

⁴ Professora orientadora do artigo. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano – CEULJI, Ji-Paraná, RO. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto, RS. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR.

bibliographic research, thereby, it is intended to demonstrate the emergence of the religious freedom and its relation to the State, especially the treatment given to the exercise of religious freedom during the pandemic caused by COVID-19, talking about the reasonableness and proportionality. In summary, it was verified that in some cases this right was in fact restricted authoritatively by the State.

Keywords: State. Restrictions. Religious Freedom. Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

Em março de 2020, mais especificamente no dia 11, a Organização Mundial da Saúde - OMS definiu o estágio de contaminação do COVID- 19 como pandêmico, desde então a liberdade religiosa vem sendo bastante discutida e diversas leis, decretos e medidas provisórias estão sendo editadas, seja no que diz as restrições para proteção da saúde e vida ou até onde a liberdade religiosa pode ser limitada.

Vem sendo editado decretos pelos governadores dos Estados e alguns prefeitos com medidas para tentar frear a proliferação desse vírus, esses decretos proíbem aglomeração de pessoas, restrições em horário de saída para a rua, entre outras restrições.

É importante salientar que, por mais que sejam necessárias essas medidas restritivas que estão sendo impostas, não podem limitar de forma absoluta que a população que segue uma religião, sejam impedidos de buscarem ensinamentos religiosos, seja de forma virtual ou presencial com as devidas medidas preventivas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe em seu artigo 5º, sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecidos como direitos e garantias fundamentais. A liberdade Religiosa encontra-se prevista no inciso VI, onde consiste em um direito fundamental de primeira geração relacionado com os direitos civis e políticos.

O Estado, com seu poder de polícia, não pode fiscalizar intensamente as organizações religiosas e cultos domésticos ao ponto de representar de forma excessiva uma restrição do direito fundamental, pois estaria sendo uma negação de um direito fundamental, o que não é admitido nem mesmo por emenda constitucional, seria uma violação a uma cláusula pétrea.

Por fim, as organizações religiosas vêm adaptando seus cultos e encontros religiosos de acordo com os decretos, a fim de respeitar as normas e não causar aglomeração, contribuindo para que o vírus não se espalhe. Estão sendo realizadas transmissões de cultos *online* para os fiéis, facilitando a prestação religiosa à comunidade.

2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu título II estabelece os direitos e garantias fundamentais e são qualificados de fundamentais, porquanto constituem o alicerce, a base, o suporte, a pedra de toque do suntuoso edifício constitucional. (BULOS, 2018, p. 508).

Nesse sentido, necessária é a distinção entre direitos e garantias fundamentais, pois tais direitos não se confundem com garantias fundamentais. Os direitos fundamentais se referem aos direitos da pessoa humana consagrados em um determinado momento histórico e em um certo Estado. São direitos constitucionalmente protegidos, ou seja, estão positivados em uma determinada ordem jurídica. Os direitos fundamentais são os bens e vantagens disciplinados pela referida Carta Magna.

No que se refere às garantias fundamentais, são formas que protegem esses bens; assim dizendo, são os instrumentos jurídicos por meio dos quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado.

Assim, os direitos fundamentais consagram disposições meramente declaratórias (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos). Já as garantias fundamentais contêm disposições assecuratórias (defendem direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos) [República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República), p. 121]. (BULOS apud BARBOSA, 2018, p. 533).

Ainda nos valendo das lições do professor Uadi Lammêgo Bulos, o mesmo explica que: em uma mesma norma constitucional, contudo, garantias podem vir disciplinadas junto com direitos. **O direito de crença vem estabelecendo a garantia da liberdade de culto (Art. 5º, VI da CF/88)**, o direito de expressão vem estabelecendo a garantia da proibição à censura (Art. 5º, IX da CF/88) e o direito à ampla defesa vem estabelecendo a garantia do contraditório. (Art. 5º, LV da CF/88), entre outros. (2018, p. 533 grifo nosso).

Com a complexidade do mundo moderno a doutrina apresenta-nos a identificação de direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta, quinta e sexta geração, os quais formatam novos conjuntos normativos, cuja autonomia gera, por decorrência, novos ramos, num processo permanente, fundamentando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Nessa perspectiva, far-se-á uma conceituação ao direito de primeira, segunda e terceira geração, para melhor entendimento desse estudo e em especial aos direitos de primeira geração que compreende os direitos de liberdade, o qual se encontra a

liberdade religiosa prevista no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988, onde consiste em um direito fundamental relacionado com os direitos civis e políticos, atrelada à dignidade da pessoa humana, uns dos princípios basilares que rege todo o nosso ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o entendimento de MAZZUOLI apud PAULO BONAVIDES (2021. p. 43), os direitos da primeira geração são os direitos de liberdade *lato sensu*, sendo os primeiros a constarem dos textos normativos constitucionais, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, sob o ponto de vista histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo ocidental. Trata-se dos direitos que têm por titular o indivíduo, sendo, portanto, oponíveis ao Estado (são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado). Como exemplos, podem ser citados os direitos à vida, à liberdade (de locomoção, reunião, associação, de consciência, crença, etc.), à igualdade, à propriedade, ao nome, à nacionalidade, dentre tantos outros.

Ainda, segundo MAZZUOLI apud PAULO BONAVIDES (2021. p. 43), os direitos da segunda geração, por sua vez, nasceram a partir do início do século XX e compõem-se dos direitos da igualdade *lato sensu*, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo do Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Tais direitos foram remetidos à esfera dos chamados direitos programáticos, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Várias Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º). Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.

Os direitos de terceira geração, são os que se assentam no princípio da fraternidade, deles fazendo parte; entre outros, o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Segundo pensa-se, tais direitos foram fortemente influenciados pela temática ambiental, nascida no mundo a partir da década de 1960, estendendo-se, depois, para outras áreas (como, v.g., a do direito à comunicação). De fato, se no plano do direito constitucional tais direitos já se estabeleceram, no que tange a órbita internacional, apenas recentemente os documentos internacionais começaram a prever alguns desses direitos (não todos). Dentre eles, destaque-se novamente o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, hoje consagrado tanto nos documentos internos (Constituições) como nos de índole internacional (tratados de direitos humanos), por MAZZUOLI apud BONAVIDES (2021. p. 43).

É importante salientar que não existe nenhuma ordenação ou continuação entre os direitos fundamentais, devendo ser tratados como valores interdependentes e indivisíveis. O crescimento desses direitos não seguiu a ordem cronológica de liberdade, igualdade, fraternidade em todos os lugares ou situações históricas. Em outras palavras, nem sempre foram reconhecidos os direitos de primeira geração para simplesmente depois serem reconhecidos os de segunda e terceira geração. A doutrina moderna vem defendendo a ideia de acumulação de direitos, assim, fazendo também a utilização da nomenclatura dimensões de direitos fundamentais.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO: DIREITOS INDIVIDUAIS;

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar dos movimentos revolucionários que sacudiram especialmente a Europa e a América do Norte, nos Séculos XVII e XVIII, bem como do pensamento liberal-burguês que marcou tal período, identificado com a noção de que a finalidade do Estado consiste na realização da liberdade individual. (LINHARES, SEGUNDO, 2016, p. 383)

Ainda, no entendimento de (LINHARES, SEGUNDO, 2016, p. 383), são por tal motivo apresentados, como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, sendo posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim, denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais de primeira geração, como vimos anteriormente, foram os primeiros direitos a surgirem na humanidade e a integrarem o instrumento normativo constitucional, são chamados de direitos Civis e direitos políticos e só poderiam ser alcançados por meio da privação do controle do Estado, já que o seu exercício interfere na liberdade do indivíduo.

Direitos Civis compreendem as liberdades, como direito de ir e vir, direito à religião, liberdade de expressão, direito de propriedade, a liberdade de ação e legalidade; as garantias constitucionais como, por exemplo o *Habeas Corpus*, o devido processo legal, tudo isso são de natureza Civil, são direitos voltados para o indivíduo, para a pessoa, ou seja, são direitos que defendem a dignidade da pessoa humana, por exemplo, a proteção à integridade física, psíquica e moral contra o abuso de poder ou qualquer outra forma de opressão estatal.

Os direitos políticos asseguram a participação popular na administração do Estado. O núcleo desse direito envolve o direito ao voto, direito a ser votado, direito a ocupar cargos ou funções políticas e por fim o direito a permanecer nesses cargos. São direitos de cidadania, que asseguram os direitos ligados ao processo eleitoral, como filiação partidária, alistamento eleitoral e a alternância de poder. (SOUZA, 2017)

Nesse sentido, a liberdade religiosa faz parte do rol dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 que compreende os direitos de liberdade, o qual pertence aos direitos fundamentais de primeira geração. Destarte, segundo (BULOS, 2018, p. 530), a primeira geração, surgida no final do século XVII, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos [...], prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, **à religião**, à associação, etc. (Grifo nosso).

Conforme parecer emitido pelo Conselho Deliberativo do Instituto Brasileiro de Direito e Religião – IBDR em março de 2020, destaca que a liberdade de pensamento, de consciência e de religião é um direito tutelado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se de um princípio que está intrinsecamente vinculado à inviolabilidade da dignidade da pessoa humana.

Como afirma a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 18. “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Vale ressaltar que a Carta Magna de 1988, estabelece que o Brasil é um Estado Laico e consagra a inviolabilidade de crença religiosa, proporcionando também a proteção à liberdade de culto. Tal afirmativa, significa uma quase separação total entre o Estado e a religião, não existindo nenhuma religião oficial, porém, exigindo que o Estado preste proteção a garantia do livre exercício de todas as religiões.

O Estado Brasileiro enaltece a liberdade religiosa como as mais importantes garantias constitucionais, e reconhece como imprescindível na busca do bem comum social. Assim, a advogada especialista em direito eclesiástico, Dr^a Tais Amorim de Andrade Piccinini em sua obra, “Manual prático de direito eclesiástico”, ensina que a liberdade religiosa não é apenas um direito, mas um complexo de direitos, compreendendo:

- 1) a liberdade de consciência;
- 2) a liberdade de crer ou não crer;
- 3) a liberdade de culto enquanto manifestação da crença;
- 4) o direito à organização religiosa; e

5) o respeito à religião. A liberdade religiosa mais interna – a da consciência – é inatacável por qualquer poder que seja externo à individualidade do cidadão. A liberdade de consciência é prévia à liberdade de crença. A liberdade de consciência é a possibilidade de acreditar ou não. A liberdade de crença é a liberdade que gera a possibilidade de escolha daquilo em que se acredita. Ou seja, a liberdade de crença não se localiza no Estado e não permite interferência do Estado, vez que é um elemento da própria individualidade. A liberdade de crença, portanto diz respeito à esfera da intimidade e da privacidade do indivíduo. A liberdade de culto é a exteriorização e a demonstração plena da liberdade de religião que reside interiormente. (2015, pág. 48-49)

Os advogados, Thiago Rafael Vieira e Jean Marques Regina, em sua obra “Direito religioso: questões práticas e teóricas”, ensinam que: os direitos fundamentais dos seres humanos, entre eles as liberdades de crença e de culto que expressam a liberdade religiosa, são os formadores das instituições democráticas, os quais só podem ter eficácia e vez num Estado Constitucional. (2020, p. 89).

O constitucionalista Alexandre de Moraes, ensina que a conquista constitucional da liberdade religiosa é a verdadeira consagração de maturidade de um povo [...] (2021, p. 144), assim sendo, importante na luta dos direitos fundamentais, mas também como um desenvolvimento da liberdade de pensamento e manifestação.

Não podemos olvidar que das liberdades, a liberdade religiosa é, senão a mais importante, uma das mais importantes liberdades. A liberdade religiosa é a pedra de toque dos direitos fundamentais e dela decorre a liberdade de consciência e de expressão. A liberdade de religião é gênero, enquanto a liberdade de consciência e de expressão é espécie da liberdade de pensamento. (VIEIRA, REGINA, 2020, p. 101).

Dito isso, a liberdade religiosa é uma liberdade matricial das demais liberdades, dela decorre todas as outras liberdades e sendo a mais importante, somente ela responde às principais indagações do homem como, por exemplo, quem somos? De onde viemos? Para aonde vamos? E todas as liberdades, tem a sua essencialidade, o seu núcleo direto, uma conexão direta com a dignidade da pessoa humana e tem como fim principal oportunizar dignidade para as pessoas.

Portanto, somente através da liberdade, inclusive religiosa que se consegue uma sociedade justa, fraterna e pluralista, devendo ter tolerância em relação às confissões religiosas, onde não haja nenhuma discriminação, abuso de poder ou qualquer outra forma de opressão estatal.

3. LIBERDADE RELIGIOSA E ESTADO

Iniciou-se a separação entre religião e estado a partir do século XVI, nesta época ocorreu a reforma protestante, em que influenciou na perda do poder papal. No século XVIII aconteceram vários episódios que contribuíram para o surgimento da laicidade nos países, como a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos, com esses acontecimentos os países começaram a separar a religião de estado, elevando cada vez mais o estado laico.

Com a separação entre o estado e a religião, aquele não deve adotar uma religião oficial, realizar alianças com qualquer instituição, ou mesmo adotar símbolos religiosos, ou seja, impõe-se ao estado uma obrigação de não fazer.

O Brasil, ao se afirmar como um país laico, tem o dever de proteger a liberdade religiosa e não influenciar determinada religião à população, essa liberdade religiosa, é o direito de expressar sua religião, viver conforme suas tradições, realizar cultos, sem que o Estado possa intervir, mas é claro que se o modo de exercício dessa religião for através de um crime disposto no código penal brasileiro, esse não ficará impune.

Nesse sentido, Paulo e Alexandrino ressaltam que “[...] não podem os direitos fundamentais ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil, ou penal por atos criminosos, sob pena da consagração do desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. [...]” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 104).

Um mestrando chamado Warton Hertz de Oliveira em sua monografia relata um fato muito importante sobre a liberdade religiosa na Constituição da República Federativa de 1988:

Não obstante, seja o nosso país um Estado laico, o constituinte de 1988 assume a responsabilidade de reconhecer a religiosidade da nação, invocando a Deus em seu preâmbulo, e não se contentando apenas em tutelar a liberdade de escolha religiosa, mas também assegurando e, até mesmo, facilitando e incentivando o livre exercício das várias religiões existentes no país. (OLIVEIRA, 2015).

O artigo 19 e 5º, inciso VI da Carta Magna dispõem sobre o exercício da liberdade religiosa:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles, ou seus

representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

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

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, 1988).

O 2019-nCov surgiu em 2019 na cidade de Wuhan na China e foi identificado pela Organização Mundial da Saúde e pelas autoridades da China como coronavírus.

No dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde definiu o estágio de contaminação do COVID-19 como pandêmico, nesse cenário a liberdade religiosa vem sendo bastante discutida, seja no que diz às restrições para proteção da saúde e vida ou até que ponto essa liberdade pode ser restringida pelo Estado, se está ocorrendo violações graves a esse direito fundamental, se o Estado está interferindo, se está ocorrendo conflito de interesses, seja por parte do Estado, seja por parte da população religiosa, entre outros assuntos.

O Decreto de nº 10.292 de 2020 incluiu no decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020 a atividade religiosa como essencial e poderá ser exercida no período pandêmico:

Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.

§ 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:

[...]

XXXIX - atividades religiosas de qualquer natureza, obedecidas às determinações do Ministério da Saúde; e (Incluído pelo Decreto nº 10.292, de 2020). (BRASIL, 2020).

No que diz respeito às restrições, o art. 3º da lei 13.979/2020 dispõe sobre algumas medidas que poderão ser adotadas para o enfrentamento do coronavírus:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

I - Isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020). [...] (BRASIL, 2020).

Após o posicionamento contrário do Presidente da República no que diz respeito ao isolamento, surgiram vários questionamentos entre os governadores e prefeitos dos estados brasileiros; se deveriam ou não seguir o posicionamento do presidente, a questão foi levada ao Superior Tribunal Federal –STF sob a ADPF 672 / DF, que ratificou que os estados têm competência concorrente desta matéria, segue um trecho da decisão relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes:

Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, **CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR** na arguição de descumprimento de preceito fundamental, *ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, **RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS, DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS**, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; **INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO**, sem prejuízo da **COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO** para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. (BRASIL, 2020).

Os Estados possuem o dever de cuidar da saúde pública; e autonomia para reger suas normas de acordo com o número de casos ativos e leitos disponíveis nos

hospitais. Por outro lado, o Estado também possui o dever de observar o excesso de restrições quanto à liberdade religiosa, excesso esse que em alguns Estados beiram à intolerância religiosa.

A Carta Magna não prevê explicitamente qualquer restrição à liberdade religiosa, mesmo que o país esteja em estado de defesa ou de sítio, mas é possível a restrição, seja para preservar a vida, a saúde ou integridade física das pessoas, pois nenhum direito é absoluto, mas as restrições não podem deixar de observar o núcleo essencial, a razoabilidade e a proporcionalidade, não atingindo assim, o “limite dos limites”, teoria idealizada pelos doutrinadores constitucionalistas Gilmar Mendes e Paulo Gonet.

É também importante destacar sobre a proibição do excesso e a preservação do conteúdo essencial sobre o primeiro. Citam-se as restrições em excesso em que ocorreram no período pandêmico, como as interrupções de culto sem justo motivo. Sobre o último, seria a preservação ao direito de realizar cultos, expressar sua crença, realizar confissões religiosas, entre outros atos inerentes à religião.

A recomendação de distanciamento social conflita com a aglomeração em cultos religiosos, há outras alternativas que vem sendo utilizadas desde o início das restrições, como a transmissão de cultos *online*, número reduzido de pessoas, utilizando máscara e com o uso do álcool em gel.

Os Estados, com o seu poder de polícia administrativa, vêm realizando a fiscalização desses cultos, como será demonstrado a seguir uma matéria que foi feita ao longo da pandemia, o culto foi interrompido mesmo sem aglomeração, simplesmente por ter duas a três pessoas no local, seja uma gravando, uma realizando o culto e outra auxiliando.

Segue o trecho da reportagem de uma interrupção injusta de uma transmissão de culto *online*.

No momento da chegada dos policiais, no entanto, a Igreja estava transmitindo um culto *online* com a presença do líder religioso e integrantes que fora escalado naquele dia para a realização da transmissão apenas. O líder religioso pediu liberdade de culto em um vídeo publicado nas redes sociais e mencionou que: independente do que está acontecendo a nível político, a igreja é sagrada, é inviolável o direito de culto, é inconstitucional simplesmente entrar em uma igreja cheio de policiais e fechar as portas. Ademais, afirmou ainda que, não havendo irregularidades no templo, os policiais ameaçaram multar os veículos estacionados em frente à Igreja.(CPAD NEWS, 2020).

Percebe-se que essa interferência acaba por ferir o direito fundamental, que é a liberdade religiosa, chegando a ser uma intolerância religiosa.

A liberdade religiosa, como um direito fundamental, deve ser analisada quando em conflito com outro direito, como o da vida e saúde, pois não há hierarquia entre esses direitos, devendo haver uma conciliação entre esses direitos considerando cada caso, para que ambos os lados não sejam prejudicados.

Nesta perspectiva, os doutrinadores, Paulo e Alexandrino realizam uma síntese:

Em síntese: na solução de conflito entre direitos fundamentais, deverá o intérprete buscar a conciliação entre eles (adoção do princípio da harmonização), considerando as circunstâncias do caso concreto, pesando os interesses em jogo, com o objetivo de firmar qual dos valores conflitantes prevalecerá. Não existe um critério para solução de colisão entre valores constitucionais que seja válido em termos abstratos; o conflito só pode ser resolvido a partir da análise das peculiaridades do caso concreto, que permitirão decidir qual direito deverá sobrepujar os demais, sem, contudo, anular por completo o conteúdo destes. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Portanto, cabe ao legislador analisar até que ponto poderão ser feitas as restrições ao direito de culto, ou seja, sob a liberdade religiosa, pois em que pese nenhum direito ser absoluto, isso não quer dizer que as restrições a essas liberdades podem ser ilimitadas.

4.O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA EM TEMPOS DE PANDEMIA;

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS classificou a doença, como causa decorrente do Coronavírus 2019 (COVID-19), como uma pandemia, baseada na verificação da circulação do vírus em todos os países. Com isso, diversas liberdades foram e ainda estão sendo restringidas, parcial ou totalmente, como a proibição de grandes aglomerações; restrição ao funcionamento de estabelecimentos comerciais, de transporte público, fechamento de escolas e universidades, entre outras instituições. Entre as instituições afetadas estão as organizações religiosas.

Nesse sentido, a situação em que se encontra a liberdade religiosa, em especial a liberdade de culto no Brasil, é diversa em cada Estado ou Município, pois em diversos pontos do nosso país ela esteve sob ataque severo, com restrições ilegais, que violam a ordem constitucional, por outro lado, não houve nenhuma restrição absoluta à liberdade de culto, uma vez que o Município e o Estado tomaram as igrejas por aliadas do poder Público.

As autoridades buscam tomar medidas rápidas e eficazes, mas por vezes, se tornam confusas, conflitantes e desproporcionais, sem considerar os direitos e

garantias fundamentais. A seguir demonstram-se algumas matérias que foram feitas ao longo da pandemia causada pela COVID-19, bem como, a atividade legiferante Brasileira, no tocante ao exercício da liberdade religiosa e o funcionamento de templos religiosos, os quais em alguns casos foram interrompidos de forma repentina e autoritária.

Em abril de 2020, uma família teve um culto doméstico interrompido pela polícia militar na cidade de Forquilha/SC. Vejamos um trecho da reportagem:

A Polícia Militar de Santa Catarina interrompeu um culto doméstico com cinco pessoas na última quinta-feira (2) na cidade de Forquilha. [...] De acordo com o Boletim de Ocorrência, havia cinco pessoas da família orando na **casa** de Carina Andrade da Silva, 40 anos, membro da Assembleia de Deus em Forquilha (SC). O culto doméstico foi interrompido por policiais, que alegaram impedir a aglomeração de pessoas e evitar a propagação do novo coronavírus (Covid-19). Nenhum dos membros da família tinha conhecimento da proibição de cultos caseiros, **conforme o decreto 515/2020 do governador Carlos Moisés, que proíbe “os eventos e as reuniões de qualquer natureza, tanto de caráter público ou privado, incluídas excursões, cursos presenciais, missas e cultos religiosos”.** (Grifamos) (CPAD NEWS, 2020).

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a casa é asilo inviolável, assim como são invioláveis a intimidade e a vida privada. *In verbis*:

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

[...]

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

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).

O Conselho Deliberativo do Instituto Brasileiro de Direito e Religião – IBDR em seu parecer emitido em março de 2020, alerta que as autoridades públicas e políticas que tem o dever de agir neste instante, devem, portanto, respeitar a legalidade, a manutenção do conteúdo essencial da liberdade de consciência e religião, bem como examinar a proporcionalidade de medidas mais drásticas [...]. Ademais, afirma que decretos ou medidas restritivas, neste momento, não podem restringir à liberdade religiosa dos cidadãos a ponto de tornar-se tal direito fundamental manifestamente impraticável.

Nessa perspectiva, o prefeito Firmino Filho, da cidade de Teresina/PI, em 29 de março de 2020, publicou o decreto de nº 19.548 o qual dispõe em seu artigo 3º, inciso XXXIII, sobre o funcionamento de templos religiosos durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19). *In verbis*:

Art. 3º - Observada a necessidade para o atendimento da população de atividades mínimas essenciais – nesse período de enfrentamento da grave crise de saúde pública decorrente do novo coronavírus (COVID-19) e enquanto durar o “estado de calamidade pública”, no Município de Teresina –, não se aplica a suspensão do funcionamento:

[...]

XXXIII - de Templos religiosos de qualquer crença, os quais podem manter suas portas abertas **simbolicamente**, sendo **vedada** a celebração de cultos, missas e rituais; (Grifo nosso).

[...] (BRASIL, 2020).

A OAB do Estado do Piauí, querendo proteger direitos e garantias fundamentais, por meio da Comissão de Liberdade Religiosa, em 31 de março de 2020, encaminhou ofício de nº. 001/2020 ao Prefeito de Teresina se manifestando sobre o assunto. Veja-se:

[...]

Vimos ponderar sobre os limites impostos pelo Decreto nº 19.548 de 29 de março de 2020, que afetam o núcleo inviolável dos direitos fundamentais relativos à liberdade religiosa, dentre os quais o direito de praticar atos de culto, receber e partilhar ensino e prestação religiosa, bem como de ser atendido por sacerdotes e demais pastores ou ter acesso a eles.

[...]

E, ante a redação do decreto, dúvidas angustiantes surgiram: o templo poderá receber doações de qualquer natureza que se façam necessárias para atender as necessidades da população? O líder religioso prestará algum tipo de atendimento individual a alguém que esteja padecendo de consolo espiritual? **Afinal, o que significa uma igreja estar “simbolicamente aberta”?** As pessoas poderão continuar realizando, no seio familiar, em seus domicílios (asilo inviolável), os seus cultos domésticos? Os líderes religiosos, poderão continuar transmitindo de dentro dos templos as mensagens religiosas aos membros da igreja pela internet ou quaisquer meios?

Esses são questionamentos que precisam ser dirimidos para evitar-se que as igrejas, guardadas, atendidas e seguidas as devidas recomendações, continuem a promover o bem-estar físico, mental e espiritual para as pessoas que necessitam, mediante transmissão *on-line* de mensagens orais, pregações, estudos bíblicos, recebimento e entrega de doações, atendimento individualizado de pessoas aflitas sem sofrer qualquer tipo de constrangimento ou embaraço por parte da autoridade policial.

[...]

Outro ponto importante de ser destacado é que, ainda no artigo 3º, inciso XXXIII do referido decreto Municipal, **consta a clara vedação** da celebração de cultos, missas e rituais. Ora, a celebração de cultos, missas e rituais é um direito constitucionalmente assegurado que não pode ser tolhido.

[...]

Por fim, cumpre a nós destacarmos que é questão de **saúde pública** a manutenção de templos de qualquer crença abertos, com a finalidade de transmissão de seus cultos, via internet ou qualquer outro meio. Isso porque a igreja pode ajudar muito na prevenção do **suicídio**. A maioria dos estudos reforça a hipótese de que a religiosidade diminui o risco de comportamento suicida nos indivíduos que professam algum tipo de credo e que participam de algum espaço religioso.

[...] (Grifo nosso). (OAB/PI, 2020).

Ora, sabemos que é correto a preocupação das autoridades políticas e profissionais da saúde, com a elevação de propagação do coronavírus (Covid-19) e as complexidades em combatê-lo, entretanto, o Estado ao editar um decreto ou medidas restritivas de isolamento que atinge as liberdades civis fundamentais, neste particular, especificamente o núcleo essencial da liberdade religiosa, que impede o funcionamento de templos, no que se refere aquele que resulta em aglomeração de pessoas na sua dimensão externa, não podem dar margem a interpretações de que nenhuma atividade religiosa pode ser realizada.

Ainda nos valendo das lições do ofício de nº 001/2020 da OAB do Estado do Piauí, o mesmo sugere a adequação do referido decreto no artigo supracitado, na seguinte redação. *In verbis*.

Sugerimos que o artigo 3º, inciso XXXIII, [...] passe ter a seguinte redação:

XXXIII – de templos religiosos de qualquer crença, os quais podem manter suas portas abertas para receber e entregar doações de qualquer natureza, oferta pecuniária de fiéis, sendo permitida a celebração, transmissão e apresentação (*online*, televisiva ou por qualquer meio) de mensagens, reflexões, cultos, missas e rituais de qualquer crença, atendendo as recomendações sanitárias, sem aglomerações de pessoas, utilizando-se a quantidade mínima e necessária de pessoas para ajudar o celebrante na realização e transmissão. (OAB/PI, 2020).

Dito isso, o poder político e o Religioso têm como finalidade principal o bem comum das pessoas, e especialmente em um Estado laico em que as organizações religiosas, fornecem às pessoas acolhimento e conforto espiritual. Cumpre salientar que os Estados juntamente com as Organizações Religiosas buscam o bem comum da sociedade, considerando que cada um possui uma esfera soberana de atuação, pois é constatado que as organizações religiosas sempre colaboraram com o Estado em tragédias e calamidades. Vejamos o trecho de uma reportagem:

Igrejas de Brumadinho se mobilizam para ajudar vítimas da tragédia:

As igrejas de Brumadinho/MG estão completamente envolvidas com a tragédia que se abateu sobre a cidade, atingindo famílias e membros das igrejas, provocando perdas materiais e de vidas humanas. A cidade com cerca de 40 mil pessoas, passa pelo pior momento de sua história de apenas 80 anos.

[...]

"O apoio das igrejas tem sido amplo, além de ações sociais com arrecadações de roupas, remédios e água, há um grande envolvimento de apoio espiritual, com visitas a casas e orações", destacou a presidente do Conselho de Pastores Evangélicos de Brumadinho, a pastora Maria da Conceição Lima dos Santos. [...] (BERNARDO, 2019).

Ainda, no tocante a colaboração das Organizações Religiosas em tragédias e calamidades, em fevereiro de 2021 em Manaus, a Igreja Adventista distribuiu oxigênio às famílias que cuidam de pacientes com COVID-19 em suas casas, alimentos e ofereceu também atendimento *online* gratuito psicossocial às vítimas da COVID-19 e seus familiares. Vejamos:

A Agência Adventista de Desenvolvimento e Recursos Assistenciais (ADRA), um projeto ligado à Igreja Adventista do Sétimo Dia, distribuiu aproximadamente o equivalente a 19 mil horas de oxigênio a mais de 70 famílias na capital do Amazonas, durante a última semana.

[...]

"Os hospitais estão superlotados e os leitos vagos são praticamente inexistentes. Por este motivo, muitas famílias são obrigadas a cuidarem de seus pacientes em casa. Mas, mesmo em casa, os pacientes precisam de oxigênio. Atualmente, para abastecer um cilindro de 50 litros do gás, as pessoas pagam 600 Reais em média. São muitos os casos de famílias que gastam um cilindro de oxigênio por dia durante mais de uma semana! Imagine o desespero quando o dinheiro começa a faltar! Precisamos ajudar", pontua Fábio Salles, diretor da ADRA no Brasil.

[...]

A ADRA também realizará a entrega de cestas de alimentos a famílias de pacientes com covid-19 que enfrentam dificuldades econômicas. Serão 400 cestas no valor de 125 reais entregues durante o próximo final de semana.

Finalmente, é importante ressaltar o apoio da agência na área psicossocial. Em parceria com a Igreja Adventista do Sétimo Dia, a ADRA oferecerá atendimento psicossocial às vítimas da covid-

19 e seus familiares, por meio da iniciativa Ouvido Amigo. O projeto prevê que profissionais de psicologia ofereçam atendimento *online* gratuito a quem precisa. O serviço será oferecido a partir da próxima semana. [...] (ALVES, 2021).

Mostra-se que a liberdade religiosa coexiste com as demais liberdades, são decorrentes dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, assim como da maior razão para existir um mecanismo Estatal limitado, porém, eficaz: a garantia da dignidade da pessoa humana, garantia essa que está ligada ao Estado Democrático de Direito, bem como estabelecida como cláusula pétrea da referida carta magna.

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos, ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, **evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios)**, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas. (Grifo nosso) (MORAES, 2021, p. 26).

A liberdade religiosa é um pilar da democracia, a liberdade de culto é uma espécie de liberdade religiosa. A liberdade de culto com aglomeração esteve restrita. Agora a liberdade de expressão religiosa, a liberdade de organização religiosa, inclusive o serviço religioso, pelo líder religioso de forma *online* ou atendimento espiritual de pessoas que precisam de atendimento, não está; isso viola o direito pessoal subjetivo da expressão religiosa como um direito fundamental estabelecido pela carta magna de 1988.

Portanto, o correto seria que as normas não fossem conflitantes entre si, pois é essencial que os Municípios, Estados e União, através de seus decretos e orientações aos agentes públicos e aos cidadãos, estejam cientes que somos regidos pela dignidade da pessoa humana e que vivemos em uma democracia.

4. CONCLUSÃO

No contexto brasileiro atual, em meio ao enfrentamento da pandemia causada pela COVID-19, a liberdade religiosa, especialmente a liberdade de culto e sua simultaneidade juntamente com outros direitos fundamentais, acaba por provocar conflitos na esfera jurídico-legal, conflitos estes no tocante ao funcionamento de templos religiosos de qualquer crença.

O objetivo da presente pesquisa, fora justamente provocar algumas reflexões no exercício desse direito e analisar a legitimidade das intervenções estatais no tocante a essa liberdade, buscando compreender as ações dos administrados, verificando se

houve excesso nas restrições e violações de forma que rompesse o núcleo essencial desse direito.

Sabemos que o direito à vida é um direito inegociável, e desse direito nascem todas as outras liberdades, as liberdades existem para servirem a vida e a vida com dignidade, a liberdade tem como fim principal, oportunizar dignidade para as pessoas. O ponto de partida é que as liberdades podem ser restringidas em situações como essa da pandemia causada pela COVID-19, mas tais restrições não podem ferir a essencialidade dessas liberdades, em especial a liberdade religiosa.

Salienta-se que é correto a preocupação das autoridades políticas e profissionais da saúde, com a elevação de propagação do coronavírus (Covid-19) e as complexidades em combatê-lo, entretanto, o Estado ao editar um decreto ou medidas restritivas de isolamento não podem dar margem a interpretações de que nenhuma atividade religiosa pode ser realizada.

Por mais necessárias que sejam os decretos de medidas restritivas que estão sendo impostas, não podem impedir que os cidadãos, que seguem uma religião, sejam privados de seu líder religioso, enquanto buscam ensinamentos conforme suas crenças, nos momentos mais difíceis de suas vidas.

O Estado democrático de direito funciona tendo regras, que são escritas e obedece-se a essas regras escritas, as quais possuem uma hierarquia de normas. Então é natural que não está se falando aqui de Igreja como Corpo de Cristo, pois no sentido teológico, nós somos a Igreja, pode-se ser em qualquer lugar. Fala-se aqui da organização religiosa, uma entidade que vive na comunidade política Brasileira e que é reconhecida pela Constituição Federal de 1988 e que a mesma garante e veda a administração pública da União, Estados e Municípios a criação de embaraços ao seu funcionamento.

Conclui-se que a liberdade de culto com aglomeração esteve restrita. Agora a liberdade de expressão religiosa, a liberdade de organização religiosa, inclusive o serviço religioso, pelo líder religioso de forma *online* ou atendimento espiritual de pessoas que precisam de atendimento, não está. Isso viola o direito pessoal subjetivo da expressão religiosa como um direito fundamental estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, a laicidade do Estado mostra que ele é ignorante em matéria de fé e que ele não pode prover para o cidadão Brasileiro o seu direito fundamental à espiritualidade, por isso o Estado se curva diante da Constituição Federal, e entende que, embora ele seja laico, ele vai ser compassivo para com a relação com o fenômeno religioso e garantirá o funcionamento das instituições religiosas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Naiara. Manaus: Igreja Adventista distribui oxigênio às famílias que cuidam de pacientes em suas casas. **Gospelminas.com**, Belo Horizonte, 20 de fev. de 2021. Disponível em: < <https://gospelminas.com/manaus-igreja-adventista-distribui-oxigenio-as-familias-que-cuidam-de-pacientes-em-suas-casas/>> Acesso em 27 de mar. de 2021.

BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 672 Distrito Federal.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf> Acesso em 13 de mar. De 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 13 de mar. de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.292, de 25 de março de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10292.htm> Acesso em 13 de mar. De 2021.

BRASIL. **Decreto nº 19.548, de 29 de março de 2020.** Disponível em: <https://www.ifpi.edu.br/coronavirus/documentosoficias/DecretonA19.548de29.03.2020.pdf> Acesso em 27 de mar. De 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF.** Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020.

BERNARDO, Adriana. Igrejas de Brumadinho se mobilizam para ajudar vítimas da tragédia. **guiame.com.br**, São Paulo, 28 de jan. de 2019. Disponível em: < <https://guiame.com.br/gospel/missoes-acao-social/igrejas-de-brumadinho-se-mobilizam-para-ajudar-vitimas-da-tragedia.html>> Acesso em 27 de mar. De 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 11.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Igreja tem culto online interrompido por policiais (PR). **CPADNEWS**, Rio de Janeiro, 13 de jul. de 2020. Disponível em: <[http://www.cpadnews.com.br/universo-cristao/50914/igreja-tem-culto-online-interrompido-por-policiais-\(pr\).html](http://www.cpadnews.com.br/universo-cristao/50914/igreja-tem-culto-online-interrompido-por-policiais-(pr).html)> Acesso em 24 de fev. De 2021

Família tem culto doméstico interrompido pela polícia em SC. **CPADNEWS**, Rio de Janeiro, 06 de abr. de 2020. Disponível em: < <http://www.cpadnews.com.br/universo-cristao/49990/familia-tem-culto-domestico-interrompido-pela-policia-em-sc.html> > Acesso em: 26 de mar. De 2021.

LEMOS, Marcelo. Como surgiu o novo coronavírus (COVID-19). **TUA SAÚDE**. Vila Nova de Gaia, de abr. de 2020. Disponível em <<https://www.tuasaude.com/misterioso-virus-da-china/>> Acesso em: 14 de mar. de 2021.

LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LIVIANU, Roberto. Laicidade do Estado, liberdade religiosa e a crise do coronavírus. **CONJUR**. São Paulo, 11 de mai. de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/mp-debate-laicidade-estado-liberdade-religiosa-crise-coronavirus>> Acesso em: 14 de fev. De 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2021.

NETO, Jayme Weingartner; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em tempos de pandemia III: o fechamento de igrejas. **CONJUR**. São Paulo, 20 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/direitos-fundamentais-tempos-pandemia-iii> Acesso em: 14 de fev. De 2021.

OAB, Piauí. **Adequação na redação de Decreto publicado pela Prefeitura de Teresina sobre o funcionamento de templos religiosos**. Ofício nº 001/2020, Terezina, 2020, Disponível em: <http://www.oabpi.org.br/oab-piaui-solicita-adequacao-na-redacao-de-decreto-publicado-pela-prefeitura-de-teresina-sobre-o-funcionamento-de-templos-religiosos/> Acesso em 27 de mar. de 2021.

ONU. Assembleia Geral (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" (217 [III] A). art. 18. Paris. Disponível em < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 13 de mar. de 2021.

OLIVEIRA, Warton Hertz de. LIBERDADE RELIGIOSA NO ESTADO LAICO: ABORDAGEM JURÍDICA E TEOLÓGICA. **PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM TEOLOGIA**. 2015. São Leopoldo. Disponível em: < <http://dspace.est.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/BR->

[SIFE/560/oliveira_wh_tmp396.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#) > Acesso em: 23 de fev. de 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; MÉTODO, 2017.

PICCININI, Taís Amorim de Andrade. **Manual Prático de Direito Eclesiástico**. 2 ed. São Paulo: Editora AMAR, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Parecer acerca do funcionamento de templos religiosos durante o período de quarentena por conta do CORONA VÍRUS (COVID 19). **Instituto Brasileiro de Direito e Religião- IBDR**. Porto Alegre, 23 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.ibdr.org.br/publicacoes/2020/3/23/parecer-acerca-do-funcionamento-de-templos-religiosos-durante-o-periodo-de-quarentena-por-conta-do-corona-vrus-covid-19> Acesso em 13 de mar. De 2021.

SOUZA, Isabela. **Direitos humanos: conheça as três gerações!**. Politize. Rio de Janeiro, 11 de julho de 2017. Disponível em < <https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/> > Acesso em 19 de fev. De 2021.

VIEIRA, Thiago Rafael; REGINA, Jean Marques. **Direito religioso: questões práticas e teóricas**. 3 ed. São Paulo: Editora Vida Nova, 2020.

O USO DA HORA DE ESPERA PARA DESCARACTERIZAÇÃO DA EFETIVA JORNADA DE TRABALHO EM TEMPO E REMUNERAÇÃO DO MOTORISTA PROFISSIONAL

LUIS RICARDO MARTIN:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(orientador)

Resumo: Devido a inúmeros problemas relacionados a motoristas profissionais nas estradas brasileiras, surgiu a lei 12.619 no ano de 2012, esta para regulamentar especificamente a profissão de motorista profissional. A lei inicialmente em vigor regulamentava de uma determinada forma a hora de espera do motorista profissional empregado, computando como jornada de trabalho e sendo paga como hora normal acrescido de 30 % (trinta por cento). Após promulgação da nova lei, 13.103/2015, ela passou a não ser computada como jornada trabalhada, e remunerada somente com 30% (trinta por cento) do valor da hora normal, sem o adicional da hora normal. Isso resultou em muita divergência entre empregadores e empregados, posto que o poder judiciário não acolhe a modalidade largamente usada pelas empresas. Isto resulta em ações na justiça que descaracterizam a forma que fora computada e paga ao empregado e acarreta indenizações bem caras para as empresas. O objetivo do presente trabalho é estudar a hora de espera, que tem descaracterizado a jornada de trabalho em relação ao tempo e a remuneração do motorista empregado profissional. A metodologia aplicada foi análise bibliográfica nos principais artigos científicos, legislações, jurisprudências e doutrinas relacionadas ao tema. Com estudo da legislação, doutrina e análise jurisprudencial, ficou demonstrada a discrepância entre a forma de aplicar o texto do legislador e a forma que a Justiça do Trabalho julga o tema, com seu entendimento de proteção do trabalhador e fundamentado em dispositivos da Constituição Federal e outros precedentes.

Palavras-chave: motorista profissional empregado. hora de espera. lei 12.619/2012. 13.103/2015.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1 JORNADA DE TRABALHO. 1.1 Conceito; 1.2 Da Jornada de Trabalho normal; 1.3 Da jornada de trabalho especial; 1.4 Evolução histórica da jornada de trabalho do motorista profissional; 2. ANALISE DA LEI 12.619/2012; 3. ANALISE DA LEI 13.103/2015; 4. O USO DA HORA DE ESPERA ATUALMENTE; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Dentro da categoria de motorista profissional, surgiu a partir do ano de 2012 uma regulamentação específica para doutrinara tal função, estabelecendo as obrigações e as particularidades da profissão de motorista, por esta ser extremamente distinta em relação ao que se transporta.

A lei foi resultado de uma ampla pesquisa iniciada pelo Ministério Público do Trabalho, da cidade de Rondonópolis/MT, que percebeu o aumento demasiado dos problemas relacionados aos profissionais do volante, que eram reféns de prazos de entrega de suas cargas, de corrida pelo próximo frete e a incidência cada vez maior de profissionais viciados em drogas mais pesadas como por exemplo, “rebite” e cocaína.

A legislação surgiu para limitar a duração da jornada, inserindo uma quantidade mínima de horas de descanso, e além disso, regulamentou um setor que ficou prisioneiro de si mesmo, no qual quem mais se arriscava conseguia lucrar mais.

Dentro deste contexto, a lei estabeleceu a hora de espera, para regulamentar jornada e a remuneração do motorista profissional que se encontra aguardando a descarga e a carga, o momento de sua obrigação no embarcador, fornecedor ou cliente, a movimentação do caminhão em pátios e demais funções que não sejam tempo efetivo ao volante. Será tratado dentro deste trabalho, a variação da legislação em relação a hora de espera, e a forma como a mesma afeta a jornada efetiva de trabalho, e também sua remuneração.

Isso ocorre devido a uma alteração aberrativa da lei que trata desta regulamentação. No ano de 2012, com a primeira lei aprovada, a 12.619/2012, em seu artigo 235-C, § 8º, considera-se tempo de espera as horas que excedem a jornada de trabalho normal do motorista, que fica aguardando carga e descarga no embarcador ou destinatário, nas barreiras alfandegárias e postos de fiscalização, não computadas como horas extraordinárias.

No entanto, em seu parágrafo nono, a lei relatava que as horas relativas ao período de espera serão indenizadas com base no salário hora normal, acrescido de 30% (trinta por cento). Com a revogação da lei presente, e com o advento da lei 13.103/2015, que trata do mesmo tema, somente o parágrafo novo sofre uma alteração no texto, permanecendo que as horas serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário hora normal.

Esta forma de remuneração apresenta uma enorme diferença salarial aos profissionais que estas horas fazem, abrindo assim um grande debate, e acarretando em passivos trabalhistas consideráveis as empresas que remuneram da forma colocada no último texto.

O texto atual de lei trouxe uma profunda alteração na forma de cálculo da remuneração da hora de espera, visto que na lei de 2012 o profissional recebia 1 (uma) hora normal da jornada, acrescido de 30% quando em espera.

Na alteração para a lei que passou a vigorar em 2015, esta hora normal não existe mais, passando a ser remunerada em apenas 30% (trinta por cento) da hora de trabalho, resultando em remuneração menor do que a habitual, e desconfigurando de fato a jornada do motorista profissional, uma vez que ele pode esperar um embarque ou descarga por horas, movimentando em pátio o veículo que ele conduz, sem momento algum de descanso ou repouso, e receber por este período apenas 30% (trinta por cento) de sua hora normal que seria paga em caso de direção efetiva na rodovia.

O objetivo do presente trabalho é estudar a hora de espera, que tem descaracterizado a jornada de trabalho em relação ao tempo e a remuneração do motorista empregado profissional. A metodologia aplicada foi análise bibliográfica nos principais artigos científicos, legislações e doutrinas relacionadas ao tema.

No primeiro capítulo deste trabalho, será conceituada a jornada de trabalho, conforme a CLT, conceituando e explicando a regra geral.

Em seguida, será abordado o tema das jornadas especiais, com as especificações de algumas legislações, motivo de serem jornadas diferenciadas e como elas podem se instituir.

Continuamente, ocorrerá a explanação da forma de controle de jornada e pagamento anterior a lei, e seu contexto histórico, além da percepção de órgãos fiscalizadores que originaram a primeira legislação da categoria, e a legislação no dia de hoje.

E ainda, haverá abordagem sobre a forma que o texto da lei pode distorcer a forma de computar e remunerar a hora de fato trabalhada pelo motorista profissional, seus reflexos de saúde, de segurança e financeiros, além de conceituar a situação na data atual do tema na judicialização.

2 DA JORNADA DE TRABALHO

2.1 Conceito

Para conceituar jornada de trabalho, vale salientar duas teorias, que se usa na doutrina para esta exemplificação. São elas: teoria do tempo efetivamente trabalhado e a teoria do tempo a disposição.

Na da teoria do tempo efetivamente trabalhado, o entendimento é de que somente o período em que o empregado realmente está produzindo, ele está trabalhando, são computados como jornada de trabalho. Nesta teoria, os períodos de descanso e pausa, por qualquer motivo que seja, não são computados como jornada de trabalho.

É nítido e evidente para qualquer trabalhador, que considerar desta forma foge completamente a realidade de qualquer empregado, visto que a maioria dos empregados podem ter em algum momento de seu período laboral diário em que o ócio pode ocorrer. Podemos pensar em um operador de caixa no supermercado, em horário de pouco movimento, seria justo que o mesmo recebesse pelo trabalho somente enquanto registrava e cobrava compra de clientes? É evidente que não. Neste entendimento de computar jornada de trabalho, ensina assim Nascimento (2009, p.1135-1136):

Só é pago o trabalho que de fato o empregado prestou atividade, e assim levando a sua máxima, o empregado só receberia enquanto de fato estava produzindo, e por consequência completando sua jornada de trabalho.

Aplicando este entendimento à jornada de trabalho do motorista profissional, visualiza-se um imenso descompasso quanto a sua realidade, visto que por este entendimento, somente enquanto dirigindo ele estaria produzindo, o que de fato não é verdade.

Aguardar sua vez de carregar, descarregar, apresentar notas fiscais da carga, conferir os pneus do caminhão ao sair, ao retornar, fazer entregas, além de outras funções, estão também em suas tarefas, e não podem ser desconsideradas da sua jornada de trabalho, afinal de contas ele de fato está trabalhando, exercendo suas funções complementares à principal, uma vez que ele é o responsável pelo contexto todo, desde a hora de pegar a mercadoria, na origem, até a entrega, em seu destino final.

Na segunda teoria, se entende que a jornada de trabalho é todo o tempo que o empregado está submetido às ordens da empresa, quando está esperando receber uma ordem de tarefa a cumprir, quando está esperando seu momento de “mão na massa” efetivamente, enquanto aguarda uma manutenção e etc.

Entende-se nesta teoria, que o empregado quando a disposição de quem o contrata, nas dependências do mesmo, ou que seja na rota de vendas, de fiscalização ou qualquer outra forma de trabalho em que o empregado não tenha sua função atrelada a um espaço físico determinado, ele está dentro de sua jornada de trabalho,

a partir do momento que o empregado adentrou a "hora de trabalho", registrar-se como presente naquela jornada,

A legislação trabalhista que vigora atualmente no Brasil entende desta segunda forma descrita, uma vez que existindo o momento de subordinação, ele está sujeito às ordens, disponível para o trabalho, contando sua jornada de trabalho.

Com relação à primeira teoria, essa de fato engloba todas as funções que o motorista profissional exerce antes de efetivamente dirigir o veículo. O motorista profissional tem diversas obrigações além da direção de fato. Nos dias atuais, muitos dos caminhões possuem sistemas de rastreamento, onde todas as informações da viagem precisam ser inseridas em computador de bordo, e isto demanda tempo. Existe também a parte burocrática que o motorista exerce, sendo ele que quase sempre está sozinho cuidando de tudo, seja a apresentação de documentação, seja aguardando liberação de entregas, e também rodízios municipais, congestionamentos, e diversos motivos que o fazem não estar literalmente ao volante.

2.2 Da jornada de trabalho normal

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, XIII, dispõe:

duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Como o próprio mencionado, a jornada normalmente se fixa em dias de trabalho, com distribuição semanal das horas, podendo sofrer ajustes pontuais conforme a necessidade, respeitando a quantidade de 8 (oito) horas de trabalho por dia, com possível realização de horas extras, quando exceção.

2.3 Da jornada de trabalho especial

As condições nas jornadas especiais são normalmente as que o turno produtivo exige uma condição diferente de jornada, temos situações em que o trabalho expõe o empregado a uma situação que precisa reduzir o tempo efetivo de cumprimento daquela tarefa, e as especiais podem por normas coletivas, pelo próprio contrato de trabalho e pelo regulamento da empresa, trazer uma condição diferente do texto do art. 7º. XIII, CF.

No contexto de jornadas especiais, a jornada de um bancário é de 6 (seis) horas por dia de trabalho, que totalizam 30 (trinta horas) semanais. Essa quantidade de horas trabalhadas semanalmente não é aplicada a bancários que exerçam algum cargo de confiança por exemplo, como o gerente da agência. Fica evidente a regulamentação

específica quanto a todos os empregados em instituições bancárias, um ambiente controlado, via de regra.

Dento de condições diferenciadas de jornada de trabalho especial, ilustra o artigo 227 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 227 - Nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelegrafia, fica estabelecida para os respectivos operadores a duração máxima de seis horas contínuas de trabalho por dia ou 36 (trinta e seis) horas semanais.

§ 1º - Quando, em caso de indeclinável necessidade, forem os operadores obrigados a permanecer em serviço além do período normal fixado neste artigo, a empresa pagar-lhes-á extraordinariamente o tempo excedente com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o seu salário-hora normal.

A existência das jornadas especiais se dá pela necessidade de alguns setores produtivos precisarem de condições diferentes no seu desenvolvimento. Esta condição ocorre tanto pela particularidade da operação por si só, como também fatores externos como condição de matéria prima, exposição do trabalhador a algum ambiente ou produto específico, transporte ao local de trabalho e vários outros que podem fazer jus a uma condição diferente da jornada normal, que se aplica a maioria.

2.4 Evolução histórica da jornada de trabalho do motorista profissional.

Com base no praticado antes da lei específica da função motorista, faço uma explanação de como se remunerava e computava a jornada do motorista profissional antes da lei 12.619/2012 ser aprovada, e em substituição desta, a 13.103/2015.

Até o início do ano de 2012, não havia legislação que regulamentasse os deveres e obrigações para com os motoristas profissionais, e o controle de jornada do empregado motorista tinha como base as jornadas tradicionais, com 8 horas diárias de trabalho, podendo ter 2 horas extras, totalizando 10 horas de trabalho por dia.

Como a função tem um difícil controle de jornada, visto que não entram e saem no mesmo local de trabalho sempre, controlar esta jornada não era tarefa fácil. Em 30 de abril de 2012, passa a vigorar a lei 12.619, que ficou conhecida como lei do motorista.

Esta lei, em seu artigo 235 – C, § 8º, considera que é tempo de espera o tempo da jornada do motorista profissional destinado a aguardar embarque ou desembarque,

conferência de documentação fiscal em seus postos, e as pequenas manobras em pátios dos embarcadores.

Pois bem, fica claro a diferenciação da jornada normal de trabalho, e das jornadas especiais, que se relacionam adiante.

Enquanto em vigor a lei 12.619/2012, os motoristas profissionais tinham em sua jornada computadas estas horas enquanto faziam manobras, apresentavam documentação, faziam checagem de documentos e burocracias e demais tarefas conexas a sua função, a sua hora normal, somada em 30% (trinta por cento), o que resultava a hora normal a computação efetiva da jornada, contada dentro das oito horas normais.

Acontece que após um evento de greve, ocorrido no início do ano de 2015, resultou na promulgação de uma nova lei do mesmo tema, mudando o cenário e regras da hora de espera.

Na lei 13.103/2015, que revoga a lei 12.619/12, em seu artigo 235 C, § 9º relata: "as horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal".

3 ANÁLISE DA LEI 12.619/2012

Em 30 de abril de 2012, sancionada pela presidente Dilma Roussef, passa a vigorar a lei 12/619, que ficou conhecida como lei do motorista.

Existia no congresso nacional um grande debate sobre a regulamentação da função de motorista profissional, e junto com um grande estudo e contribuição do Ministério Público do Trabalho, o debate se intensificou e resultou na aprovação da lei.

De acordo com o MPT, existe até uma curiosidade contada por alguns dos membros, que foram procurados pela esposa de um motorista, esta dizendo que ela era viúva de um marido vivo, pelo tanto que o marido era refém da obrigação da profissão, e estava sujeito aos "complementos" que o faziam cumprir suas obrigações de prazo de entrega com o caminhão que dirigia.

Mediante a quantidade de acidente registrados em todos o país envolvendo motoristas profissionais, os custos da previdência social com afastamentos e pensões, e o crescente número de profissionais do volante flagrados no consumo, sob efeito de drogas, as transportando e fazendo parte do uso sistemático de drogas mais potente para mantê-los acordados, para que pudessem cumprir os prazos de entregas e conseguirem fazer mais viagens, se inicia e fundamenta o debate sobre alterações na legislação.

Os conhecidos rebites já não faziam mais efeito, e o uso de cocaína passa a ser mais frequente para permitir maiores jornadas de trabalho e como consequência maiores comissões no frete.

Tendo somados os problemas de acidentes, cada vez mais profissionais viciados em drogas mais fortes, e tudo que essa trágica combinação resultava, a lei 12.619/2012 surge como um regulador das obrigações, com regras para diminuir os fatores geradores dos problemas que se visualizava nas fiscalizações do Ministério Público do Trabalho, nas rodovias, nos postos de combustível e na sociedade em geral.

Esta lei traz uma série de alterações que mudariam profundamente a forma de trabalho do motorista profissional, seja ele empregado ou autônomo.

Algumas delas, como controle de jornada obrigatório, intervalo mínimo interjornada, descanso obrigatório após algumas horas de direção ininterruptas, criação do tempo de espera, entre outros, foram alterações severas, tendo a vista a forma que se trabalhavam antes, que passariam a ser obrigatórias a partir do momento da vigência da lei, e trariam a todo motorista profissional, fosse ele autônomo ou empregado, uma grande mudança em seu dia a dia.

Tudo que se refere a jornada de trabalho do motorista profissional engloba tempo de direção, descanso interjornada, tempo de espera e faz parte da forma de remuneração e computação efetiva da jornada de trabalho do motorista profissional.

O artigo 235 G da lei 12.619/2012 traz uma vedação à remuneração por comissão, excluindo assim a chance de receber remuneração em decorrência de correr demais, não dormir, não fazer as paradas obrigatórias e demais que eram comumente usados, e assim regulamenta:

Art. 235-G. É proibida a remuneração do motorista em função da distância percorrida, do tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante oferta de comissão ou qualquer outro tipo de vantagem, se essa remuneração ou comissionamento comprometer a segurança rodoviária ou da coletividade ou possibilitar violação das normas da presente legislação.

A computação da jornada é imputada a partir também da vigência desta legislação, onde existe a obrigação de controle da mesma, e assim os motoristas profissionais tem sua jornada fixada em 8 horas diárias e a possibilidade de fazer mais 2 horas extras, perfazendo total de 10 horas na jornada. Quando entre uma e outra jornada, o intervalo de descanso mínimo deve ser de 11 horas.

O ponto chave deste trabalho é sobre as horas de espera, que interferem na computação de todas estas horas citadas acima.

O start para o problema apresentado neste trabalho é a forma de computar e remunerar as horas trabalhadas pelo motorista profissional.

Como apontado anteriormente, por não se ter controle da jornada, o mesmo recebia horas extras fixas. Após 2012 passou a ter jornada controlada e receber sua hora normal acrescida de 30%, quando em tempo de espera.

Consta no § 8º, o seguinte texto:

§ 8º São consideradas tempo de espera as horas que excederem à jornada normal de trabalho do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga ou descarga do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao período do tempo de espera serão indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento).

4 ANÁLISE DA LEI 13.103/2015

Em 02 de março do ano de 2015 passa a vigorar a lei 13.103, que promove alterações sobre a lei anterior, 12.619/2012. Estas alterações tratam do mesmo tema e assunto, sendo as alterações em alguns casos superficiais, e outros caso bem mais severa.

Como traz o relato inicialmente exposto acima, com a ocorrência de uma paralização de motoristas, extraoficialmente eles, influenciados pelos donos de empresas de transportes e autônomos, pressionaram por uma alteração na lei recém aprovada, que estava em vigor.

Habitualmente, toda lei que interfere em algum setor, deve ter uma série de exigências a cumprir, como análise em comissões especiais que discutem o tema, que analisam reflexos, que ouvem a sociedade civil, que projeta os possíveis resultados da aplicação de legislação proposta e até onde se sabe, a lei 13.103/2015 entrou em vigor em tempo recorde, não sendo possível esse trâmite todo que deveria ser usual.

A entrada em vigor desta nova lei propõe um afrouxamento da legislação que regulamenta a profissão, e como exemplo disso, a forma de considerar e computar a

jornada de trabalho, tema este tão importante e debatido na alteração e proposta de lei da categoria é objeto de uma grande alteração.

Quando o legislador propôs a criação de uma lei específica daquela categoria, esta intenção pode-se dizer que foi a busca de maior segurança não só ao trabalhador, mas a toda a sociedade, evitando assim o excesso de jornada, o que involuntariamente diminuiria a quantidade de acidentes nas estradas e outros reflexos das jornadas excessivas, como colocados anteriormente.

A proibição da remuneração com base na distância percorrida foi um considerável avanço, a obrigação de descanso entre uma jornada e outra de 11 horas também foi louvável, promovendo assim maior descanso ao motorista profissional, e conseqüente maior segurança pelas rodovias de todo o Brasil, onde estes caminhões trafegam. Em decorrência disso, aumentaria os custos do transporte, sendo que conforme mais tempo se passava nas estradas aumentaria o custo de alimentação, de possível hospedagem e demais custos.

Um outro fator que também não contribuía, era o fato da legislação proibir a direção após uma quantidade de horas já trabalhadas, e muitas estradas do país não ter estrutura para estes motoristas parar e ali descansar com seu caminhão. Faltava segurança, espaço e até a estrutura de hospedar mesmo, como locais de banho e restaurantes nas rodovias do Brasil onde se trafega.

O novo texto diz que a hora de espera deverá ser remunerada em 30% do valor da hora normal, sendo antes remunerado em hora normal acrescido de 30%.

A nova redação do artigo 235-C relata:

§ 8º São considerados tempo de espera as horas em que o motorista profissional empregado ficar aguardando carga ou descarga do veículo nas dependências do embarcador ou do destinatário e o período gasto com a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computados como jornada de trabalho e nem como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal.

§ 10. Em nenhuma hipótese, o tempo de espera do motorista empregado prejudicará o direito ao recebimento da remuneração correspondente ao salário-base diário.

§ 11. Quando a espera de que trata o § 8º for superior a 2 (duas) horas ininterruptas e for exigida a permanência do motorista empregado junto ao veículo, caso o local ofereça condições adequadas, o tempo será

considerado como de repouso para os fins do intervalo de que tratam os §§ 2º e 3º, sem prejuízo do disposto no § 9º.

O grande problema está aqui. A legislação teve seu intuito inicial alcançado, que era promover um controle na quantidade de horas trabalhadas em detrimento da segurança do trabalhador e da sociedade, em decorrência da quantidade de acidentes causados por profissionais estafados e drogados para conseguirem cumprir as metas.

5 O USO DA HORA DE ESPERA ATUALMENTE

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XVI, dispõe que a remuneração do serviço extraordinário será superior no mínimo em cinquenta por cento a do normal, estabelecendo assim uma clara afronta do artigo que discorre sobre hora de espera na lei 13.103/2015.

Quando a lei 12.619/2012 foi passou a vigorar, sua principal bandeira era a regulamentação da profissão, e com isso coibir um dos principais fatores geradores de acidentes e estimulados de uso de drogas pela categoria, que era a jornada de trabalho excessiva em detrimento de maior remuneração. Isso ocorria devido à grande quantidade de profissionais que trabalhavam na base da “comissão”.

Como consequência disso, quanto mais ele rodava, mais carga entregava, mais prazos cumpria, e recebia mais.

Esta condição era fato gerador de uma quantidade grande de acidentes causados por motoristas de caminhões devido a seu cansaço e uso de drogas, tendo elas evoluído dos tradicionais “rebites” já para a cocaína, com maior poder de promover supressão do sono e consequente mais horas dirigindo e rodando, para cumprir com a entrega, os prazos, e etc.

O artigo 235-C, da lei 12.619/2012 decorre:

Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional será a estabelecida na Constituição Federal ou mediante instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho.

§ 1º Admite-se a prorrogação da jornada de trabalho por até 2 (duas) horas extraordinárias.

§ 2º Será considerado como trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso.

§ 4º As horas consideradas extraordinárias serão pagas com acréscimo estabelecido na Constituição Federal ou mediante

§ 8º São consideradas tempo de espera as horas que excederem à jornada normal de trabalho do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga ou descarga do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao período do tempo de espera serão indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento).

Pois bem, com a limitação da jornada, seu controle, e a proibição de direção por mais de 10 horas/dia, considerando as possíveis horas extras, e a obrigatoriedade de intervalo interjornada, começava a se desenhar uma realidade mais benéfica a este profissional, que era tão pressionado pelo sistema, e assim foi durante os anos de 2012, 2013, 2014 e parte de 2015.

Tudo começa a mudar no ano de 2015, com o advento da lei 13.103/2015, promovendo alteração na forma de remuneração do tempo de espera.

No artigo 235-C, a seguinte redação passa a vigorar:

Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias ou, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até 4 (quatro) horas extraordinárias.

§ 1º Será considerado como trabalho efetivo o tempo em que o motorista empregado estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso e descanso e o tempo de espera.

§ 5º As horas consideradas extraordinárias serão pagas com o acréscimo estabelecido na Constituição Federal ou compensadas na forma do § 2º do art. 59 desta Consolidação.

§ 8º São considerados tempo de espera as horas em que o motorista profissional empregado ficar aguardando carga ou descarga do veículo nas dependências do embarcador ou do destinatário e o período gasto com a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computados como jornada de trabalho e nem como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal.

§ 10. Em nenhuma hipótese, o tempo de espera do motorista empregado prejudicará o direito ao recebimento da remuneração correspondente ao salário-base diário.

§ 11. Quando a espera de que trata o § 8º for superior a 2 (duas) horas ininterruptas e for exigida a permanência do motorista empregado junto ao veículo, caso o local ofereça condições adequadas, o tempo será considerado como de repouso para os fins do intervalo de que tratam os §§ 2º e 3º, sem prejuízo do disposto no § 9º.

§ 12. Durante o tempo de espera, o motorista poderá realizar movimentações necessárias do veículo, as quais não serão consideradas como parte da jornada de trabalho, ficando garantido, porém, o gozo do descanso de 8 (oito) horas ininterruptas aludido no § 3º.

Quase que de forma idêntica, o § 9º do artigo 235-C, apresenta o texto da lei anterior, mas exclui a palavra acrescido de 30% da hora normal, o que faz entender que a hora de espera deve ser remunerada com apenas 30% da hora normal, e não mais hora normal acrescida de 30%.

O problema não é so a remuneração, mas o que de fato se computa na jornada do motorista profissional. Toda a discussão a respeito das longas jornadas, que os levavam a dias exaustivos de trabalho, resultando em uso de drogas para conseguirem cumprir as obrigações e também acidentes devido a estafa podem ser resgatados com essa forma de computar.

Isso aconteceria porque a hora de espera pode ser usada para descaracterizar a jornada efetiva. Em muitos casos ela é usada quando o motorista profissional não está na direção, dirigindo o caminhão, mas está descarregando o mesmo, na mão muitas vezes. Além dessa situação, o mesmo pode estar em uma fila para descarregar, não podendo as vezes nem desligar o caminhão, visto que a fila pode andar devagar e mesmo assim exige dele total disponibilidade, não sendo permitido qualquer tipo de descanso ou espera.

Em muitas situações existe a entrega de notas fiscais por parte do motorista, a conferência de cargas, e tudo que é conexo com a função dele e para muitos empregadores, todas estas funções que não são direção na rodovia, não são computadas como jornada, e sim como tempo de espera, fazendo assim com que a jornada possa extrapolar facilmente as horas de trabalho extipuladas na legislação.

Infelizmente, dentro dela mesma, essa permissão se torna intrínseca, quando permite-se a computação de jornada e remuneração usando o § 9, do artigo 235-c. Fica subentendido que quando o motorista profissional pode ficar uma jornada de 8 horas em espera, que esta mesma quantidade de hora não fará parte de sua jornada, o que teoricamente o permitiria dirigir por mais 8 horas e ainda somar 2 horas que podem ser feitas como extras. Tal absurdo fica difícil de imaginar, mas pelo entendimento do texto novo no artigo 235-C da lei 13.103/2015, isso pode ser possível.

Em análise ao § 11, da lei 13.103/2015, identifica-se facilmente um confronto com o direito de ir e vir do empregado, uma vez que a Constituição Federal mostra em

seu artigo 5º da seguinte forma: “XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

A situação de considerar sua hora de descanso quando da obrigação de ficar junto do veículo que o mesmo dirige, quando este tempo for de duas horas ininterruptas é uma aberração, tendo em vista que o mesmo de forma alguma poderia descansar, tendo que ficar “de guarda” do veículo, não podendo estar onde gostaria. Sendo seu descanso, não deveria existir obrigação dentro deste período, e da forma que se apresenta, o mesmo não pode nem se locomover, apenas pode ficar dentro do veículo.

Mediante várias ilegalidades quanto as alterações da lei 12.619/2012, para 13.103/2015, na supressão de direitos já garantidos pelo trabalhador, uma das mais graves é a desconfiguração da jornada de trabalho.

A hora de espera permite alterar tanto as horas de trabalho quanto a sua remuneração. Enquanto o motorista aguarda seu horário de descarga, supomos que aguarde 2 horas, da forma anterior isso era jornada e o que passasse das 8 horas deveria ser pago como extra. Na forma de hoje, estas horas podem ser pagas como hora de espera, com remuneração de 30% da hora normal, e o restante somente se computa na jornada. Neste caso, o empregado deixa de receber pelo menos 2 horas que poderiam ser extras. Estamos falando de apenas uma situação isolada, mas e se isso ocorrer durante 4 dias na semana, durante o mês inteiro? Isso representa pelo menos 16 horas extras não pagas.

A utilização da forma atual, contida na lei 13.103/2015 passou a ser objeto de muitas ações judiciais em todo o país, quando os motoristas empregados ao terminarem seus contratos de trabalho pleiteiam a descaracterização de hora de espera e pedem a estipulação de jornada normal.

Como a legislação obriga o controle de jornada, o empregado consegue provar sua jornada de fato, e muitas empresas acabam pagando indenizações vultuosas, visto que existe a computação de todas as horas extras de fato feitas, e que não haviam sido pagas.

Neste contexto, o entendimento de alguns juízes é sempre de condenar a empresa a pagar as horas como extras, conforme ilustra a seguinte decisão de junho de 2020:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E ANTERIORMENTE À LEI Nº 13.467/2017. MOTORISTA PROFISSIONAL. TEMPO DE ESPERA. ARTIGO 235-C, §§ 8º E 9º, DA CLT (REDAÇÃO DA LEI Nº 12.619/2012). CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. O art. 235-C, § 2º, da CLT, nos termos da redação da Lei nº 12.619/2012,

dispõe que "será considerado como trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso". Por sua vez, consta do art. 235-C, § 8º, da CLT, com redação da Lei nº 12.619/2012, que "são consideradas tempo de espera as horas que excederem à jornada normal de trabalho do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga ou descarga do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias". Ainda, prescreve o § 9º do referido artigo: "As horas relativas ao período do tempo de espera serão indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento)". II. Nota-se, assim, que o tempo de espera para carga e descarga de veículo não deve ser considerado tempo à disposição para fim de aferição da jornada do motorista profissional. O tempo destinado a tal atividade possui regramento próprio e, na vigência da Lei nº 12.619/2012, não deve ser computado como hora extraordinária, e sim indenizado com base no salário-hora acrescido de 30%. III. No entender da Corte de origem, não serem aplicáveis as disposições dos "§§ 2º e 9º do art. 235-C, quando não restar provado que o trabalhador teve total liberdade no período de espera" . IV. A decisão regional, pois, ao final, em que se considerou que o tempo de espera deve ser considerado como efetivo tempo à disposição, com o consequente pagamento de horas extraordinárias, viola o art. 235-C, § 8º, da CLT, com redação da Lei nº 12.619/2012. V. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.(TST - RR: 104573220165150085, Relator: Alexandre Luiz Ramos, Data de Julgamento: 24/06/2020, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2020)

Torna-se muito claro o revés que a utilização errônea na forma de computação de jornada utilizando tempo de espera enfrenta nos tribunais, ilustrado também por esta decisão de março de 2020:

MOTORISTA PROFISSIONAL. TEMPO DE ESPERA. HORAS EXTRAS INTERVALARES. Tendo sido fixado no comando exequendo que deveria ser excluído da apuração das horas extras além da jornada o tempo destinado ao carregamento e descarregamento, mas mantida a condenação ao pagamento

das horas extras pelo descumprimento do intervalo mínimo interjornadas, correto o cálculo pericial homologado que apurou as horas extras intervalares considerando todo o tempo da jornada fixada no título executivo. Isto porque o tempo de carregamento e descarregamento despendido pelo motorista profissional, após a entrada em vigor da Lei 12.619/2012, passou a ser entendido como "tempo de espera" e remunerado de forma específica, mas não deixou de ser tido como tempo à disposição do empregador, por isso deve ser computado na jornada para fins de apuração das horas extras intervalares.(TRT-3 - AP: 00100635220185030032 0010063-52.2018.5.03.0032, Relator: Paulo Mauricio R. Pires, Quinta Turma)

Fica muito evidente e ilustrado através das decisões acima, que a utilização da hora de espera seja computada na jornada, ou seja em pagamento, quando não é de fato espera, beneficia o empregador e prejudica o empregado.

Isso acontece pois ele recebe a hora referida a menor, em discrepância com o mínimo de 50% (cinquenta por cento) previsto para a hora extra hora extra conforme estabelecido na Constituição Federal, que deve ser levada em consideração quando na formulação das outras legislações regulamentares.

Esta condição vai em desencontro com um dos principais pilares do direito do trabalho, que é a proteção do empregado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a propositura deste trabalho, fica evidenciado as alterações que ocorreram no intuito de suprimir o direito de percepção de vencimentos em decorrência de jornada de trabalho de motoristas profissionais empregados.

O advento da primeira lei que regulamentava a profissão trouxe várias limitações quanto a duração de jornada, e conseqüente remuneração em casos específicos, como o tempo em que o profissional não está de fato na direção do veículo, mas se encontra trabalhando, a chamada hora de espera.

Conforme sua aplicação, o custo se elevou para todos os empregadores, e houve uma revogação de lei em vigor com a entrada em vigor em sequência de uma legislação alterada, que promovia mudanças em pontos diversos, sendo um deles a remuneração da hora em que o motorista estava em outras funções conexas com a sua, mas não sendo esta dirigindo.

A aplicação do entendimento do último dispositivo legal é uma afronta a um dos principais pilares do direito do trabalho, que é a proteção do trabalhador, sendo este a parte mais fraca na relação de emprego. O uso na forma de lei, mesmo referendado pelo legislador, não passa pelos tribunais quando existe a aplicação incorreta de computação e consequente remuneração da hora de espera.

Isso ocorre devido a muitas empresas considerarem jornada efetiva de trabalho de seu motorista somente enquanto o mesmo está rodando, dirigindo, e sabemos que isso não é o que acontece.

De acordo com o princípio da primazia da realidade, a forma de alguns empregadores utilizarem da forma incorreta de aplicar a remuneração de hora de espera acarreta em ações judiciais, que questionam a jornada discrepante. Ao questionar, o motorista consegue provar sua jornada de fato, transformando a hora que foi paga como espera, remunerada em 30% (trinta por cento) de uma hora normal, em hora extra, como deve de fato ser, e amparada na Constituição Federal, ser remunerada com no mínimo 50% (cinquenta por cento) a maior.

O trabalho evidencia que a hora de espera só pode ser usada quando de fato se aplica exatamente ao texto de lei, quando o profissional não exerce nenhuma função que caracterize jornada, que não tenha nenhuma responsabilidade maior, que realmente só esteja aguardando algum comando ou demanda.

Fica provado também, através de comparação das leis, e as decisões judiciais, que deve ser preservado a realidade, e não a busca por redução de custos ou de segurança na operação. Apenas é válido, mediante o que o presente mostra, que a hora de espera só pode ser usada quando de fato é, senão provavelmente isso virará objeto de questionamento judicial, e consequente condenação a pagamento das horas apuradas, o que deveria ter ocorrido enquanto vigente a relação de trabalho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A JORNADA do motorista profissional diante da lei 13.103. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região**, v. 5, n. 45, set. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/89343/2015_oliveira_netto_celio_jornada_motorista.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 11 nov. 2020.

A NOVA lei dos motoristas profissionais (nº 13.103/2015) e as questões jurídicas decorrentes. **Revista TST, Volume 82**, n.1, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/85446/2016_belmonte_alexandre_novel_lei.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em; 13 nov. 2020.

BRASIL. Decreto lei 5.452 de 1 de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.103, de 02 de março de 2015. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 11.442, de 5 de janeiro de 2007 (empresas e transportadores autônomos de carga), para disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; altera a Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13103.htm >. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Lei 12.619, de 30 de abril de 2012. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997, 10.233, de 5 de junho de 2001, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e 12.023, de 27 de agosto de 2009, para regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12619.htm >. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 15 out. 2020.

CASTAN, V.M.; SILVA, J.C. **Implicações acerca do exercício da profissão do motorista profissional – Lei 12.619/2012**. Jan. 2013. Disponível em: < <http://www.bdr.sintese.com/> >. Acesso em: 06 out. 2020.

COSTA. J. V. Os impactos da lei 13.103/2015 na fixação de jornada do motorista empregado. **Migalhas**. Mar. 2020. Disponível em : < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/322626/os-impactos-da-lei-13-103-15-na-fixacao-de-jornada-do-motorista-empregado> >. Acesso em: 13 nov. 2020.

GEMINIANI, Tereza A. A.; GEMINIANI, Daniel. **A nova lei do Motorista Profissional e os Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTR, 2013. 118 p.

KOZEN. R. **A nova jornada de trabalho do motorista profissional regulamentada pela lei 13.103 de 02 de março de 2015 e suas particularidades**. 2017. 34 p. Monografia (Graduação do Curso de Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Santa Cruz do Sul, 2017.

LEI DO motorista: História de uma longa espera, breve avanço e agora um grande retrocesso. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região**, Volume 5, nº 45, set. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/89348/2015_passos_andr_e_lei_motorista.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 13 nov. 2020.

MATEUS. B. S. **Jornada de trabalho: Uma análise do artigo 235-C, §§ 1º, 8º e 9º da Lei 13.103/2015**. 2019. 52 p. Monografia (Graduação do Curso de Direito) – Centro Universitário de Lavras. Lavras, 2019.

MORAES. P. D. **Sistemas de transporte brasileiro: Mudar ou não? Desenvolver-se ou não? Salvar vidas ou não? Atender a sociedade ou não?** Abr. 2015. Disponível em: < <http://www.bdr.sintese.com/> .> Acesso em: 06 out. 2020.

PASSOS, Andre F. O.; PASSOS; LUNARD, Sandro. **Motorista Profissional. Aspectos da Lei n. 12.619/2012. Elementos da legislação trabalhista e de trânsito**. São Paulo: LTR, 2013. 288 p.

PASSOS, Andre F. O.; PASSOS, Edésio; NICOLADELI, Sandro L. **Motorista Profissional. Aspectos críticos à Lei n. 13.103/2015: Análise do novo referencial normativo, com remissões à Lei n. 12.619/2012**. 2. Ed. São Paulo: LTR, 2015. 349 p.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 912 p.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: COLISÃO CONSTITUCIONAL COM O ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

PEDRO FELIPE MACIEL RESPLANDE.

Bacharelado em Direito na Universidade de Gurupi – Unirg.

SARA RESENDE DE OLIVEIRA⁵

(orientadora)

RESUMO: O direito ao esquecimento de modo geral é o direito que o indivíduo tem de não ser exposto de forma pública, em decorrência de um fato ocorrido em um momento pretérito da sua vida, que lhe possa causar algum prejuízo moral (sofrimento ou transtorno) ou até material a depender da situação, ainda que o fato seja verídico. Esse tema possui base no Direito Constitucional e está ligado intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, que também se correlaciona aos princípios da inviolabilidade da vida privada e da proteção à privacidade e a honra. Ocorre que esse direito se encontra em confronto a outros direitos fundamentais do texto constitucional e tem como base o art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Diante disso, o presente trabalho tem como escopo discorrer a respeito do Direito ao esquecimento, com base no supracitado art. 19, em conflito com outros princípios encontrados na Constituição Federal de 1988, na busca por entender se há ou não um texto inconstitucional. Na metodologia, se empregou a revisão da literatura que baseada em livros, artigos científicos e principalmente em posicionamentos jurisprudenciais. Nos resultados, ficou estabelecido que o art. 19 em questão é constitucional. Apesar disso, também se concluiu que é necessário ampliar meios de valer a eficácia do direito ao esquecimento.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Colisão. Constitucional. Internet. Civil.

RIGHT TO FORGETTING: CONSTITUTIONAL COLLISION WITH ART. 19 OF THE CIVIL MARK OF THE INTERNET. RESPLANDE¹ Pedro Felipe Maciel; OLIVEIRA² Sara Resende de (¹ Academic of the course of Law; ² Teacher guiding the course of law).

ABSTRACT: The right to forget in general is the individual's right not to be exposed in public, due to a fact that occurred in a past moment of his life, which may cause him some moral damage (suffering or disorder) or even material depending on the situation, even if the fact is true. This theme is based on Constitutional Law and is closely linked to the principle of human dignity, which also correlates with the principles of the inviolability of private life and the protection of privacy and honor. It

⁵ Assessora Jurídica, especialista em Direito Penal e Processual Penal, Professora Universitária no curso de Direito na Universidade de Gurupi – UNIRG.

happens that this right is in conflict with other fundamental rights of the constitutional text and is based on art. 19 of the Marco Civil da Internet (Law nº 12.965/2014). Therefore, the present work aims to discuss the Law of forgetting, based on the aforementioned art. 19, in conflict with other principles found in the Federal Constitution of 1988, in the quest to understand whether or not there is an unconstitutional text. In the methodology, literature review was used, which is based on books, scientific articles and mainly on jurisprudential positions. In the results, it was established that art. 19 in question is constitutional. In spite of this, it was also concluded that it is necessary to expand the means of asserting the effectiveness of the right to be forgotten.

Keywords: Right to be forgotten. Collision. Constitutional. Internet. Civil.

Sumário: Introdução. 1 Direito Ao Esquecimento: Aspectos Gerais. 2 Análise Jurídica Do Art. 19 Do Marco Civil Da Internet. 3 Direito Ao Esquecimento: Efeitos Práticos. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A imagem de um indivíduo é um dos direitos mais tutelados por ele, pois o ser humano tende a se identificar perante a sociedade por meio da sua imagem. Desse modo, estudar a imagem é tão importante quanto estudar a personalidade, uma vez que ambos estejam interligados e constitui a formação do ser humano enquanto um ser de direitos.

Sendo considerado um bem de enorme importância para o cidadão, um dos temas mais debatidos na atualidade é o direito ao esquecimento, que de modo geral é o direito que o indivíduo tem de não ser exposto de forma pública, em decorrência de um fato ocorrido em um momento pretérito da sua vida, que lhe possa causar algum prejuízo moral (sofrimento ou transtorno) ou até material a depender da situação, ainda que o fato seja verídico (OYAMA, 2020).

Esse tema possui base no Direito Constitucional e está ligado intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, que também se correlaciona aos princípios da inviolabilidade da vida privada e da proteção à privacidade e a honra.

Ocorre que esse direito se encontra em confronto a outros direitos fundamentais do texto constitucional, tais como o direito de liberdade de imprensa e o acesso à informação, que tem relação com a liberdade de expressão na internet. Tal aparato está incluso de forma sistematizada no art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

Em que pese esse confronto entre princípios, cabe ressaltar que não existe hierarquia entre os dois objetos, ou seja, prevalece o entendimento que quando existir

um conflito entre dois princípios constitucionais, deve-se ponderar entre os dois, e declinar à depender do caso concreto.

Para a realização da pesquisa foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados à análise do Direito ao esquecimento, com base no supracitado art. 19, em conflito com outros princípios encontrados na Constituição Federal de 1988 e de outras doutrinas disponíveis relacionadas ao tema.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os dias 01 a 28 de fevereiro de 2021. Os descritores foram: Direito ao Esquecimento. Marco Civil da Internet. Legislação Brasileira. Jurisprudência.

Diante disso, o presente estudo tem como escopo discorrer a respeito do Direito ao esquecimento, com base no supracitado art. 19, em conflito com outros princípios encontrados na Constituição Federal de 1988, na busca por entender se há ou não um texto inconstitucional.

Portanto, no decorrer da análise desse tema procura-se responder a seguinte indagação: Com base no Direito ao esquecimento, o art. 19 do Marco Civil da Internet pode ser considerado inconstitucional?

Nesse sentido, a pesquisa pretende explorar as dificuldades e soluções sugeridas para as situações apresentadas no âmbito do dispositivo legal quanto sua a constitucionalidade e as posições das correntes doutrinárias e jurisprudências.

1 DIREITO AO ESQUECIMENTO: ASPECTOS GERAIS

Antes de adentrar ao tema específico desse estudo, cabe inicialmente discorrer a respeito do direito ao esquecimento, objeto central desse estudo. Nesse sentido, nos parágrafos seguintes, apresentam-se os principais pontos referentes a esse instituto.

Historicamente, Shinohara (2017) nos explica que até meados do século XX, o esquecimento era algo inerente à natureza humana, visto que a memória do homem é um recurso inevitavelmente limitado, tanto em relação à quantidade de informações armazenáveis quanto ao tempo de armazenamento. Assim, durante a maior parte da história do desenvolvimento humano, a regra era o esquecimento. Todavia, essa realidade foi modificada a partir do desenvolvimento social e tecnológico; a saber:

[...] esse paradigma começou a mudar com o surgimento dos computadores, equipados com uma “memória artificial” muito

mais desenvolvida e potente do que a memória biológica do ser humano e que permite armazenar uma enorme quantidade de informações, sem limitação temporal. Além disso, com o desenvolvimento e a proliferação da Internet, passou a ser possível compartilhar informações em escala mundial de forma instantânea. Ou seja, se antes as informações permaneciam confinadas em dispositivos pessoais, agora elas são compartilhadas com o mundo todo, circulando livre e eternamente pela rede e podendo ser copiadas ou replicadas por qualquer usuário que a elas tenha acesso (SHINOHARA, 2017, p. 03).

Consalter (2017) pontua que, nos dias atuais, vive-se em um mundo que suscita e provoca o resgate da memória a todo o tempo. Nele, os homens são submetidos a permanente exposição de fatos e atos pretéritos, dando-se a impressão de que é até pecaminoso esquecer algo.

Nesse cenário surge então o direito ao esquecimento. O Direito ao Esquecimento faz parte do Estado Democrático de Direito que incorpora, por ser Democrático, a ideia de pessoa e o direito da personalidade, fundamental à possibilidade de ressocialização, por exemplo, de um ex-presidiário. É uma esfera do Direito “estritamente ligada à dignidade humana, cada vez mais discutida no mundo onde as tecnologias são estigmatizadoras das pessoas por grandes ou por pequenos delitos” (ALMEIDA, 2018, p. 02).

Percebe-se então, que esse instituto é oriundo, sobretudo, dos avanços tecnológicos, especialmente os da área informática. As redes sociais e sites de busca de modo geral, são grandes propagadores de informações e dados, que até então eram sigilosos ou apenas não eram expostos. Com o surgimento dessa tecnologia, expõe-se facilmente toda e qualquer informação de uma pessoa (ALMEIDA, 2018).

Nesse cenário, ressurgem a importante discussão sobre o “direito ao esquecimento”, isto é, o direito da personalidade que garante aos indivíduos a prerrogativa de que determinados fatos, dados e informações acerca da sua pessoa não sejam lembrados contra a sua vontade.

Importante destacar que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a base pelo qual o Direito ao Esquecimento é pautado. Conceitualmente, entende-se pela dignidade da pessoa humana como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada humano que o faz merecedor de isonômico respeito/consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2002 apud ALMEIDA, 2018, p. 05).

Nessa senda, esse princípio implica na proteção aos indivíduos contra quaisquer atos de natureza desumana ou degradante. É o garantismo as condições mínimas existenciais para uma vida saudável (SARLET, 2002).

No que tange ao conceito geral sobre o Direito ao Esquecimento, tem-se:

O Direito ao Esquecimento é aquele que uma pessoa tem de não permitir que um fato – mesmo que verdadeiro – acontecido em determinado momento da sua vida, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos e sofrimento (CAVALCANTE, 2014, p. 13).

Martinez (2014) enfatiza que mesmo não encontrando esse instituto no rol dos direitos fundamentais, o Direito ao Esquecimento é um direito fundamental. Constitui um princípio constitucional implícito decorrente da dignidade da pessoa humana. Esse autor explica que o Direito ao Esquecimento está presente na Constituição Brasileira em seu art. 1º, III, que garante a dignidade da pessoa humana. O art. 5º, inciso X, prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. O respectivo inciso XIII garante o livre exercício de qualquer trabalho. Já o inciso XXXV garante o amplo acesso ao Judiciário em caso de qualquer dano ou ameaça de dano.

Dotti (2009) e Consalter (2017) reconhecem o Direito ao Esquecimento como um direito fundamental, pois decorre dos direitos constitucionais à intimidade e privacidade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Alguns países já têm adotado nas suas legislações e julgados a aplicabilidade desse instituto. A título de exemplo, na Europa no ano de 2014, o Tribunal de Justiça Europeu respaldou uma decisão em que permitia que indivíduos pudessem ter controle sobre seus dados e que provedores de pesquisa devam retirar dados pessoais inadequados, regulado como Diretiva 95/46. O presente ato obriga a todos os Estados Membros à adoção de garantias semelhantes em todo o espaço da Comunidade Européia (ALMEIDA, 2018).

Na França, o *droit à l'oubli* traz o garantismo de que qualquer cidadão, sem distinção, que tenha sido condenado por um crime e cumprido integralmente a sua pena, o direito à reabilitação perante a sociedade e direito a não serem publicadas eternamente notícias sobre o fato que o condenou (CONSALTER, 2017).

Países latino-americanos tais como Honduras e Venezuela trazem em seus textos normativos o marco de proteção de dados pessoais, aos quais são considerados limitados. Apesar desses avanços, há o exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, onde na sua constituição se garante o direito à publicação do registro criminal (CONSALTER, 2017).

Continuando, por envolver um conflito entre direitos fundamentais, o reconhecimento do direito ao esquecimento está longe de ser uma unanimidade. Nesse sentido, é possível identificar três correntes principais acerca do tema:

- A primeira defende que o direito ao esquecimento não poderia ser reconhecido em nenhuma hipótese, sob o argumento de que isso implicaria grave e inaceitável violação a direitos fundamentais, como o direito à informação (artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal), liberdade de expressão (artigos 5º, inciso IV e 220 da Constituição Federal) e liberdade de imprensa (artigo 220, §1º da Constituição Federal).
- A segunda corrente, por sua vez, defende que o direito ao esquecimento deveria sempre ser reconhecido, uma vez que decorreria direta e necessariamente dos direitos fundamentais à privacidade, intimidade, imagem e honra (artigo 5º, inciso X da Constituição Federal), bem como da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal).
- Por fim, a terceira corrente, defendida pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, adota um posicionamento mais neutro, segundo o qual nenhum direito fundamental é absoluto, de modo que, em caso de conflito, deve-se realizar uma ponderação entre eles para determinar qual deverá prevalecer em um determinado caso concreto. (ALMEIDA, 2018, p. 14)

Outra discussão bastante frequente entre aqueles que reconhecem o direito ao esquecimento se refere à pessoa contra quem esse direito pode ser oponível. Com a criação das ferramentas de busca, como Google, Yahoo e Bing (que localizam, catalogam e indexam dados), informações antes acessíveis apenas às pessoas com conhecimento específico da URL de determinado site hoje estão ao alcance de um imenso público, em questão de segundos (MARTINEZ, 2014).

Diante disso, quem seria o responsável por apagar as informações indesejadas? Apenas aqueles que publicaram e mantêm a informação no ambiente digital ou também os provedores de pesquisa que facilitam (ou até mesmo possibilitam) o seu acesso?

Tais questionamentos em parte, foram encontrados com o advento do Marco Civil da Internet, que os trouxe em seu texto no art. 19. Desde então esse artigo vem trazendo uma série de discussões em relação a sua constitucionalidade, o qual será analisado no tópico seguinte.

2 ANÁLISE JURÍDICA DO ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

No momento atual, o avanço tecnológico trouxe diversas mudanças na sociedade, em especial a abertura de cometimento de crimes. Sendo a tecnologia informática a mais impactante socialmente, o uso do meio digital tem favorecido a prática de ilícitos penais no Brasil. Nesse contexto, as redes sociais, por exemplo, ganharam cada vez mais espaço no meio informático.

A sua criação trouxe uma nova maneira de interação e socialização. Serviços como Facebook, MySpace, Twitter, Instagram, WhatsApp, entre outros, são capazes de adicionar e fazer circular várias informações e dados fornecidos por seus usuários, por meio de suas páginas particulares. Nesse sentido:

Com o uso da internet crescendo ano após ano, cada vez mais foram criados novos meios de se cometer determinados delitos. O uso da internet, por exemplo, pode facilitar a prática de crimes como difamação, apologia ao crime, vendas de itens e serviços ilícitos ou derivados de atos ilícitos, como o tráfico de entorpecentes, o uso de imagens e vídeos pornográficos de menores, o acesso a informações pessoais sem a devida autorização, entre outros (TAVARES, 2013, p. 14).

Traz inúmeros prejuízos aos cidadãos e ao Estado, os crimes que são praticados na internet se tornaram pauta de inúmeras discussões e debates sobre o seu combate e prevenção. Buscando solucionar esse problema, em 2014 adentrou na legislação brasileira o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/14).

Os autores Masso; Abrusio; Florêncio Filho (2014) ao discorrer sobre essa norma ensina que são três os pilares sobre os quais se fundamenta a Lei do Marco Civil da Internet, a saber: a) a neutralidade da rede; b) a liberdade de expressão; e c) a privacidade dos usuários.

Esta lei trouxe a consagração de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Em relação ao tema desse estudo, cabe mencionar o art. 19 que traz importante norma referente ao combate e à disseminação de informações falsas; a saber:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o

conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (BRASIL, 2014)

A questão suplantada por esse estudo se direciona na constitucionalidade (ou não) do art. 19 do Marco Civil da Internet.

Com base nesse artigo, o Supremo Tribunal Federal ainda em tempo de decisão, tem que estabelecer se o caput do presente artigo é constitucional. O julgamento ocorrerá por meio da apreciação do tema de repercussão geral 987, vinculado ao *leading case* selecionado: o RE 1.037.396/SP, relatado pelo Ministro Dias Toffoli (LAUX, 2019).

Assim, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de reconhecer esse artigo com base nos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§1º e 2º, da Carta Magna.⁶ Ao se manifestar pela existência de repercussão geral, o supracitado ministro Dias Toffoli, assim se pronunciou:

(...) Independentemente disso, a transcendência e a relevância são inequívocas, uma vez que a matéria em questão, **dadas a importância e o alcance das redes sociais e dos provedores de aplicações de internet nos dias atuais, constitui interesse de toda a sociedade brasileira**. Não fosse o suficiente, o debate atinente aos deveres e à responsabilidade legal dos provedores de aplicações de internet por atos ilícitos praticados por terceiros à luz da Lei 12.965/2014 poderá embasar a propositura de milhares e milhares de ações em todo o país. A par do impacto sobre o Judiciário, há de se considerar também o impacto financeiro sobre as empresas provedoras de aplicações de internet, o que pode, em última instância, reverberar na atividade econômica como um todo. A par disso, **a discussão em pauta resvala em uma série de princípios constitucionalmente protegidos, contrapondo a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos da personalidade à liberdade de expressão, à livre manifestação do pensamento, ao livre acesso à informação e à reserva de jurisdição**. Dada a magnitude dos valores envolvidos, afigura-se essencial que o Supremo Tribunal Federal, realizando a necessária ponderação, posicione-se sobre o assunto. Por fim, vale assinalar que aquilo que se decidir no ARE 660.861 aplicar-se-á, em tese, apenas aos casos ocorridos antes do início da vigência do Marco Civil da Internet. Ante a já descortinada relevância do assunto e as

⁶ Tema 987, RE 1.037.396, relator o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli.

alterações do regime legal introduzidas pela Lei 12.965/2014, é imperioso que esta corte se manifeste novamente sobre o assunto, desta feita, sob a perspectiva do normativo vigente desde 23 de junho de 2014. Destarte, manifesto-me pela existência de questão constitucional e pela repercussão geral da matéria.⁷

A discussão que se coloca no RE tem relação com a constitucionalidade da imposição de “necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros” (LAUX, 2019).

Desde o surgimento dessa discussão, tem-se debatido qual a lógica da solução adotada pelo legislador brasileiro. Nesse ponto, é necessário apresentar o seguinte posicionamento:

A legislação nacional impôs uma condição específica para que provedores que permitem a postagem de conteúdo sejam responsabilizados por atos praticados por pessoas que se utilizam das plataformas: a prévia análise do material denunciado pelo demandante ao Judiciário e, em seguida, caso expedida uma determinação judicial de remoção, a ocorrência de uma conduta omissiva, relacionada com o descumprimento dessa ordem por parte do provedor. No Brasil, portanto, é o Estado o encarregado de avaliar a licitude de manifestações postadas na internet. Configurada, na visão do juiz, a ofensa, é que se impõe a remoção da informação e a responsabilização do provedor caso verificada a omissão no cumprimento (LAUX, 2019, p. 02).

O fato é que é necessário fazer uma distinção entre o que ocorre com órgãos de imprensa tradicional, que exercem controle editorial sobre aquilo que publicam, e provedores de ferramentas de postagem, que não exercem (LAUX, 2019).

De todo modo a discussão sobre a constitucionalidade desse dispositivo legal ainda está longe de chegar a um consenso. Isso porque a doutrina jurídica brasileira ainda se divide sobre esse assunto. De um lado, têm-se aqueles que entendem que o art. 19 é inconstitucional pelo fato de que na verdade protege mais as empresas de informações do que ao cidadão. Do outro, há os que entendem que ela não viola

⁷ Tema 987, RE 1.037.396, relator o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli.

nenhum princípio fundamental e traz maior segurança às partes (empresas tecnológicas e cidadão).

Na primeira corrente, o primeiro questionamento se refere a um dos requisitos do art. 19: a condição de “após ordem judicial específica”. Explica-se: não é suficiente a responsabilização do provedor apenas com base na ciência ou notificação extrajudicial, é preciso que haja uma ordem judicial. Por essa razão, Pinho (2020) entende que existe uma ausência quase que absoluta de deveres impostos aos provedores de aplicações de internet, anteriores à ordem judicial.

Em decorrência disso, essa norma na verdade “desencorajaria qualquer tipo de postura das Plataformas para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais no plano do seu sistema” (PINHO, 2020, p. 01). Outro ponto criticado no texto desse artigo se refere à condição “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço”.

Essa questão é ainda mais ultrajante, uma vez que somente o próprio provedor terá capacidade suficiente de auferir qual é o seu âmbito de atuação e quais são os limites técnicos do seu serviço para julgar se este atuou de forma contrária ao mandamento legal, sendo responsabilizado por isso, abrindo brechas para uma ‘ilimitada’ ação de desrespeito aos princípios fundamentais (PINHO, 2020).

Ainda nesse mesmo entendimento, cita-se:

O art. 19 principia por inusitada afirmação de propósito, que invoca os valores da liberdade de expressão e da vedação à censura, valores que, assim, em abstrato, advogariam contra a própria idéia de responsabilidade. Toda a discussão sobre a responsabilidade surge exatamente quando o exercício da liberdade de expressão viola direitos fundamentais da vítima, revelando-se abusivo—porque contrário à própria finalidade da liberdade de expressão—ou ilegítimo—porque afronta, em um raciocínio ponderativo, a esfera de proteção de outros direitos de igual hierarquia naquela situação concreta específica. Os direitos fundamentais da pessoa humana (honra, privacidade, imagem, entre outros) também são tutelados pela Constituição brasileira, em patamar axiológico não inferior à liberdade de expressão, de modo que recordar apenas “um lado da moeda” já no início do art. 19 representa má técnica legislativa e uma preocupante advertência sobre o que estava por vir (SCHREIBER, 2015, p. 277).

O que se critica nesse posicionamento é um alargamento de possibilidades para que empresas tecnológicas (como as redes sociais) que são altamente lucrativas

possam continuar a propagar informações de terceiros (sem a sua anuência) ou *fake news* (informações falsas). Para Pinho (2020, p. 01) “o que se parece estar tutelando não é, precisamente, a liberdade de expressão, mas sim as empresas que exploram a Internet”.

Segundo entende Peck (2016, p. 523) “o que se verifica não é uma proteção dos direitos fundamentais do usuário alvo do conteúdo infringente, mas, em verdade, uma responsabilização pelo desprezo às decisões judiciais”.

Por outro lado, há os que entendem que o art. 19 é plenamente constitucional. Nesse posicionamento, destaca-se o entendimento do jurista Lenio Streck (2019). Para ele, o artigo 19 do Marco Civil da Internet é constitucional e não viola qualquer direito fundamental. Ao contrário, ele potencializa a liberdade de expressão sem impedir o exercício de outros direitos fundamentais.

De acordo com Streck (2019, p. 02) “a restrição a um direito fundamental como a liberdade de expressão não poderá ficar à mercê dos particulares, excetuando-se a legítima atuação dos provedores que, no exercício regular de seu direito, removem conteúdos atentatórios aos termos da comunidade, consentidos a priori pelos usuários”.

De todo modo, fica o entendimento defendido por esse estudo, de que é preciso que haja um julgamento com base em cada caso concreto, analisando os detalhes e efeitos na vítima.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO: EFEITOS PRÁTICOS

Como já mencionado anteriormente, o Direito ao Esquecimento surgiu basicamente para proteger aqueles que queiram “sumir” com informações ou fatos do passado. Isso se deu por meio principalmente dos ex-detentos, que ao já cumprirem a pena imposta, buscam meios de apagar essas informações a título de preservar a sua imagem e de efetuar dignamente a sua ressocialização.

No entanto, o tema aqui analisado tem se ampliado para outros campos. Com o avanço tecnológico imposto pelas redes sociais ou canais de internet, muitas informações são divulgadas, bem como fatos e imagens de terceiros. É nessa seara que se questiona a real eficácia desse instituto.

Fernandes (2019) ao analisar tal tema questiona: como ser “esquecido” quando a internet facilita e viabiliza a perene circulação e cruzamento de dados da vida pessoal dos usuários? E mais: como saber quais os atores responsáveis pela manutenção desses dados sob os holofotes?

A temática do Direito ao Esquecimento foi ressaltada no cenário brasileiro diante do Enunciado 531 da Jornada de Direito Civil. Foi promovida pelo Conselho da Justiça Federal. O texto dispõe o direito de ser esquecido está entre os direitos da personalidade. Enfatiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o Direito ao Esquecimento (BRASIL, 2013).

O direito de ser esquecido é necessário nos dias atuais, onde os provedores de busca da Internet têm facilitado o caminho de exposição a dados e informações que outrora seriam sigilosas. Ou seja, os provedores (ou sites de busca, por exemplo) acabam viabilizando o acesso e localização das informações pessoais de cada um. Se antes levaria um enorme tempo para ser encontrado, no mundo atual é possível encontrar qualquer informação de qualquer pessoa em questão de segundos (BIONI, 2019).

Soma-se a isso, o fato de que os sites de busca, como Bing, Yahoo e Google, ainda dentem o poder de dar mais ou menos destaque e perenidade a uma informação, e os critérios utilizados para essa escolha são aqueles que trazem, direta ou indiretamente, o maior retorno econômico (BIONI, 2019).

Com esse cenário encontrado, é fácil concluir que o Direito ao Esquecimento, ainda que legítimo, não tem se tornado eficaz, porque até se chegar o momento de 'apagar' uma informação ou um momento/situação do passado de alguma pessoa é longo, pois depende de ordem judicial. E até alcançar esse fato, as informações ainda estão públicas.

Com base no art. 19 do Marco Civil da Internet, já analisado no tópico anterior, uma vez concedida ordem judicial ao provedor para excluir informação ou dado de terceiro, o usuário deve apontar especificamente o conteúdo a ser removido (BRASIL, 2014).

Na tradução literal dessa normativa é o chamando direito à desindexação que basicamente significa a exclusão da informação das "listas-resultado" de pesquisas nos sites de buscas, quando se procura por determinada palavra-chave. Nesse caso, a informação continua existindo na rede, mas será acessada somente através de buscas mais direcionadas ou a partir do próprio link (BIONI, 2019).

Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça entendia que a ordem "específica" encontrada no art. 19 significava que o usuário devesse indicar o URL (link) da informação a ser desindexada.⁸ No campo prático, por exemplo, caso se encontrasse diversos links que desabonassem o indivíduo, ele era obrigado a listá-los para que posteriormente fosse retirado do campo da pesquisa. Nota-se que por essa

⁸ AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016.

decisão, o direito ao esquecimento fora implantado, mas que na prática não surgia o efeito desejado, uma vez que não teria meios de cumpri-los, ante a tarefa hercúlea imposta ao usuário de listar milhares de links.

Entendendo essa dinâmica, o STJ tem mudado o seu entendimento. Em julgado recente, determinou que é possível impor aos próprios provedores a obrigação de desvincular termos de busca, sem a necessidade de listagem dos URLs.⁹

Assim, a pesquisa pura e simplesmente pelo nome de uma pessoa não pode apresentar resultados que conttenham violações à sua intimidade e ao desenvolvimento de sua personalidade (BIONI, 2019).

Cumpra mencionar que para dar melhor base a esse entendimento, encontra-se a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) que em seu artigo 18, atribui ao titular dos dados pessoais o direito de obter do controlador, a qualquer momento, e mediante requisição, o acesso aos dados pessoais que lhe dizem respeito e a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei (BRASIL, 2018).

Desde o surgimento dessa lei, agora firma-se entendimento de que o usuário não teria a obrigatoriedade de realizar inúmeras buscas para encontrar todos os links que contenha informações ao seu respeito, ficando agora ao cargo dos provedores de busca que além de apagar tais dados, informaria quais sites/links contém o conteúdo em solicitado.

Diante disso, com essa medida, abre-se caminho para que o direito ao esquecimento possa ter de fato eficácia. Não basta apenas legitimar o direito ao esquecimento, é preciso, sobretudo, que ele venha a ser eficaz, validando assim o direito à privacidade, imagem e a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias atuais, tem-se encontrado a utilização errônea ou delituosa sobre a imagem, texto, vídeo ou postagem de um indivíduo em uma rede social. Nesse sentido é necessário mencionar o surgimento do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) que veio entre outros motivos, regular as relações ocorridas na internet. Em seu art. 19 basicamente aduz que o provedor de aplicações de internet somente poderá ser

9 [...] O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido (REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018).

responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Diante desse texto, adentrou a discussão a respeito do conflito de princípios constitucionais existentes que não se alinham a essa normativa, tais como a liberdade de expressão e a recusa à censura em contraponto ao direito da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da vida privada e a proteção à privacidade e a honra.

Sendo assim, percebe-se que esse tema é de enorme relevância porque traz em seu bojo uma discussão sobre os limites que são impostos à internet relacionadas à imagem e dignidade dos seus usuários. Nessa seara adentra o direito ao esquecimento, instituto central de discussão desse estudo.

De maneira conceitual, como explanado no decorrer do trabalho, o direito ao esquecimento invoca a ideia de o indivíduo possui o direito de não ser mais lembrado por um fato ou imagem remetida ao seu passado, não querendo com isso que haja uma exposição ou intensa divulgação a esse contexto. Surgiu com base na situação em que um condenado, que já tenha cumprido a sua pena, venha a requerer o direito de que os registros sobre aquele crime não sejam utilizados de maneira permanente contra ele. Cabe salientar ainda que o direito ao esquecimento não se restrinja apenas à figura do condenado, por exemplo, mas também a vítima e a seus familiares.

Ainda que não esteja claro sobre a inconstitucionalidade do respectivo artigo, é com base no posicionamento sumário do Supremo Tribunal Federal que se assemelha a ideia de que é preciso que o direito ao esquecimento do indivíduo seja efetivado de maneira mais eficaz, permitindo assim que a pessoa prejudicada siga sua vida com razoável anonimato, não sendo mais o fato exposto de maneira ao se fazer uma busca corriqueira na rede, se encontre informações referentes aos fatos progressos da sua vida.

É nítido que esse tema é complexo e envolve interesses difusos. O que se pode defender é uma ponderação ao se analisar cada caso concreto. Nesse sentido, entende-se que por ser um instituto baseado nos princípios da privacidade e o da dignidade da pessoa humana, para aplicá-lo caso a caso, os julgadores devem se valer de técnicas de ponderação e proporcionalidade, chegando assim ao resultado final de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. **Direito ao esquecimento: uma Investigação sobre os Sistemas Jurídicos Portugêses e Brasileiro**. 2018. Disponível em:

<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2017/11/art20171121-08.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BIONI, Bruno. ***Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento***. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Justiça. **Enunciado nº 531**. VI Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 06 fev. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e do STJ comentados**. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Diana. É possível cumprir o direito ao esquecimento na era da internet? 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-01/diana-fernandes-possivel-cumprir-direito-esquecimento-internet>. Acesso em: 15 fev. 2021.

LAUX, Francisco de Mesquita. O Supremo Tribunal Federal debate o artigo 19 do Marco Civil da Internet. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-04/stf-debate-artigo-19-marco-civil-internet>. Acesso em: 27 fev. 2021.

MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento: A proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

PECK, Patricia. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

PINHO, Gabriel. **Precisamos falar sobre o art. 19 do Marco Civil da Internet**. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/09/28/precisamos-falar-sobre-o-artigo-19-do-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 19 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da Internet: Avanço ou retrocesso?** A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. Direito & Internet III— Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SHINOHARA, Julia Akerman. **Direito ao esquecimento na internet**. 2017. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/propriedade-intelectual-ij/direito-ao-esquecimento-na-internet>. Acesso em: 26 fev. 2021.

STRECK, Lenio. **Artigo 19 do Marco Civil da Internet é constitucional**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-25/artigo-19-marco-civil-internet-constitucional-defende-streck>. Acesso em: 20 fev. 2021.

TAVARES, Winicius Matias. **Estelionato Eletrônico e Necessidade de Tipificação Legal**. 2013. 58 f. Trabalho de conclusão de curso de Direito – Faculdade UNIRG, Gurupi – TO, 2013.

O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E A PANDEMIA DO COVID-19: O PAPEL DO ESTADO NO COMBATE AO NOVO CORONAVÍRUS

JOVELINO GOMES DE SOUSA JUNIOR:
bacharel em Direito pela Faculdade de Ensino
e Cultura do Ceará – FAECE

RESUMO: A COVID-19 gerada pelo Sars-Cov-2 trouxe um verdadeiro desafio aos países do mundo inteiro: como lidar com um ser invisível que é uma ameaça mortal à existência humana? Quais são as medidas adotadas pelos governos democráticos no combate ao novo coronavírus quando os sistemas de saúde se encontram totalmente colapsadas? O propósito deste artigo é apresentar um panorama jurídico do direito à saúde, do sistema único de saúde, as origens do Sars-Cov-2 e como o mesmo chegou ao território brasileiro e por fim, analisar as medidas alternativas de como o Estado brasileiro adotou para conter o avanço do novo coronavírus e minimizar as mortes causadas pela transmissão exponencial do Sars-Cov-2 na sociedade brasileira.

Palavras-chaves: Direito a saúde. Novo coronavírus. Sars-Cov-2. Pandemia. Estado brasileiro. Sistema único de saúde – SUS.

ABSTRACT: The COVID-19 generated by Sars-Cov-2 brought a real challenge to countries around the world: how to deal with an invisible being who is a deadly threat to human existence? What are the measures adopted by democratic governments to combat the new coronavirus when health systems are completely collapsed? The purpose of this article is to present a legal overview of the right to health, of the single health system, the origins of Sars-Cov-2 and how it arrived in the Brazilian territory and, finally, to analyze alternative measures of how the Brazilian State accepted to contain the advancement of the new coronavirus and minimize the deaths caused by the exponential transmission of Sars-Cov-2 in Brazilian Society.

Keyword: Right to health. New coronavirus. Sars-Cov-2. Pandemic. Brazilian State. Single health system – SHS.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o mundo está enfrentando um momento caótico e um colapso nos sistemas de saúde em função da pandemia originada pelo SARS-Cov2, mais conhecida como o novo coronavírus, revelando dessa forma, o despreparo dos estados democráticos frente a nova pandemia do COVID-19. Os meios de comunicação a cada instante, informam os alarmantes números de óbitos que ocorrem todos os dias nos hospitais e nas unidades de pronto atendimento, mostrando dessa forma que ainda há muito a ser feito em termos de direito a saúde no Estado Democrático Brasileiro,

afinal de contas a saúde é dever do Estado e direito de todos, conforme preceitua o artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Além do colapso nos sistemas de saúde, a pandemia trouxe reflexos negativos como a queda acelerada na economia da sociedade, privação do direito fundamental ao trabalho presencial (muitos estão em regime “home office”), limitação do direito de ir e vir, além do crescente número de pessoas com doenças emocionais e psicológicas, como a depressão, aumentando dessa forma, a demanda massiva por psicólogos e psiquiatras.

Uma pergunta fundamental que é preciso fazer quando o assunto se trata de uma pandemia tão crítica é: como o Estado lida juridicamente com a efetivação do direito de acesso a saúde, quando esta última se encontra colapsada com um grande número de infectados pela COVID-19?

O presente artigo científico foi escrito com o intuito de promover uma análise jurídica do direito fundamental a saúde e sua relação com a pandemia do COVID-19, tendo como metodologia de pesquisa, a consulta de periódicos, artigos, teses, sites e dissertações sobre trabalhos escritos sobre o tema, analisando aspectos jurídicos, médicos e sociais do que vêm acontecendo nos últimos dias e como o Estado deve agir para combater o tão temido vírus e garantir a população em geral, a efetivação do acesso a uma saúde de qualidade como efetivação do direito fundamental, respeitando o fundamento mais importante da atual Constituição: o fundamento da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III).

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL A SAUDE

2.1. Conceito jurídico

O direito a saúde está consubstanciado no artigo 196 da Suprema Carta Constitucional:

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

Como se pode perceber, a saúde no estado democrático é direito de todos e dever do Estado, no qual as políticas sociais e econômicas devem atender a sociedade de forma geral e ilimitada, além de garantir o acesso universal e igualitário as ações e serviços de saúde. Já imaginou as pessoas terem um sistema de saúde que não funciona adequadamente e com deficiência na prestação de seus serviços? Certamente, não se poderia falar em efetividade das prestações do serviço de saúde

na república brasileira, pois as populações mais carentes necessitam de uma atenção maior por parte do Estado, haja vista que elas vivem em condições de vulnerabilidade extrema.

Neste sentido, a Constituição Federal é tida como um documento político-jurídico de excelência por outros países porque o Estado procura prover para seus cidadãos, uma existência digna, garantindo o mínimo existencial aos mais vulneráveis, do contrário, não se poderia falar de liberdade e democracia na república atual (MAIA, 2020). Dessa forma, como poderia um Estado-nação subsistir sem o atendimento básico, público e de qualidade que é o direito fundamental de acesso a uma saúde básica?

2.2. O sistema único de saúde – SUS

Como já foi exposto nos parágrafos anteriores, é de suma importância que o Estado, por meio de políticas públicas e econômicas possa garantir a concretização do direito a saúde em seu território. Mas como implementar medidas eficazes para que esse direito seja efetivamente concretizado? Através da implementação do sistema único de saúde (que daqui em diante, será reportado como SUS), cuja previsão se encontra no texto constitucional, no artigo 198, incisos I, II e III:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera do governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Como se pode perceber, o texto constitucional elenca as características desse sistema e como ele deve funcionar dentro do território nacional. Logo depois que a Constituição foi promulgada, o sistema único de saúde é criado, cuja finalidade é oferecer a população atendimento universal e igualitário, no sentido de assegurar os serviços básicos de saúde, promovendo, dessa forma, a prevenção de doenças e o aumento de qualidade de vida, como é o exemplo dos programas de saúde da família (MAIA, 2020).

Seguindo o raciocínio de Maia (2020), o SUS possui um modelo assistencialista, focado nos atendimentos hospitalares e de emergência e segundo o autor, permanece assim em muitas localidades até hoje. Contudo, a crítica do autor é que esse modelo

se mostrou insuficiente e dispendioso, o que fez com que as autoridades começassem a questionar a eficiência do sistema vigente no país e sobre os métodos alternativos que tornassem a assistência à saúde mais eficiente (MAIA, 2020 apud REVISTA SAÚDE PÚBLICA, 2000).

Dessa maneira, o Ministério da Saúde informou que o SUS surge como um “modelo caro, ineficiente e desumano, que desagrade a prática profissional e não atende as necessidades da população” (MAIA, 2020 apud REVISTA SAÚDE PÚBLICA, 2000), cuja afirmação foi declarada numa cartilha institucional, do Programa Saúde da Família, criado em 1994 e cujo objetivo seria de solucionar erros de uma gestão voltada para o assistencialismo e para a utilização irracional de seus recursos tecnológicos (MAIA, 2020).

De acordo com Mattos (2009), os brasileiros se queixam sempre do péssimo atendimento dos serviços de saúde, pois os usuários que estão em busca desses atendimentos são submetidos a extensas filas, que se formam de madrugada para pegar senhas, passar por triagens, aguardar horas de espera, além de necessidade de percorrer mais de um estabelecimento de saúde nos casos exigentes de realização de exame e obtenção de medicamentos. A ideia básica seria oferecer aos cidadãos, um serviço célere, onde a dor e o desconforto seriam amenizadas (Mattos, 2009 apud Fórum da Revista Sanitária, 2006), o que na realidade prática não ocorre.

Em razão dos fatos apresentados, o problema identificado atualmente por teóricos da medicina e do direito é o modo de como a gestão do SUS é administrada, pois novas medidas alternativas devem ser buscadas afim de assegurar a população brasileira os princípios que o SUS defende no texto constitucional vigente. O autor deste artigo não defende a privatização dos serviços de saúde, mas uma reforma na gestão do atual do SUS e do texto constitucional, afim de que os serviços de saúde possam ganhar celeridade e eficiência no atendimento à população, principalmente na assistência dos mais necessitados.

3. A PANDEMIA DO NOVO CORONAVIRUS (Sars-Cov-2)

3.1. Origem do Sars-Cov-2

De acordo com o site Sanarmed, os primeiros casos do coronavírus tiveram sua origem no mercado de frutos do mar de Wuhan, cidade localizada na China, onde as primeiras ocorrências foram registradas na virada do ano 31/12/2020 e a expansão do vírus cresceu de forma exponencial depois desses dias. Como o vírus é transmitido por gotículas de ar e contato com os infectados, a doença cresceu se alastrou com muita facilidade para outras cidades chinesas

Já o Jornal da USP informa que o primeiro caso oficial de COVID-19 foi de um paciente hospitalizado no dia 12 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China, mas os estudos retrospectivos detectaram um caso clínico com sintomas da doença em 01/12/2019. Neste sentido, o primeiro artigo científico publicado a respeito do tema, relatou o caso de um paciente de 41 anos admitido no Hospital Central de Wuhan em 26 de dezembro. De acordo com os estudos clínicos, o fluido broncoalveolar continha um vírus que apresentou um genoma que mostrou uma relação filogenética com o coronavírus causadores da Sars e Mers. Desse modo, o vírus denominado WHCV (Sars-Cov-2), mostrou alta similaridade em seu genoma com o Bat SL-CoVZC45, um vírus obtido de um morcego coletado na China. O resultado sugeriu que o novo coronavírus poderia ter se originado de morcegos.

Além dos morcegos, artigos científicos relataram que o coronavírus também existe nos pangolins, com similaridade genética de 85,5-92,4% com o Sars-Cov-2. De acordo com as pesquisas realizadas, esses animais são consumidos na China e são vendidos ilegalmente, por conta da sua carne, escamas e uso na tradicional medicina chinesa. O resultado conclusivo das pesquisas é que o vírus tem sua origem nos animais consumidos na culinária chinesa, contrastando com as teorias de que o vírus teria sido desenvolvido em laboratório e que a difusão em larga escala teria motivações políticas.

3.2. Da China para o mundo: o surto do Sars-Cov-2

De acordo com Wu, Di; WU, Tiantian; Li, Qun; *et al.*, (2020) não demorou muito para que o coronavírus se espalhasse pelas províncias chinesas vizinhas e por 66 países próximos. Com isso a Comissão Nacional de Saúde da República Popular da China informou que a partir das 24:00 de 2 de março de 2020, um total de 80.302 casos de COVID-19 na China foram confirmados em 31 províncias (nesse número estão incluídas regiões autônomas e municípios) além das culturas de produção e construção na cidade de Xinjiang, dentre outras cidades incluídas como Hong Kong, Macao e Taiwan. Naquele período foram contabilizadas 2.947 mortes, 30.095 casos de pessoas internadas nos hospitais, 47.260 casos de pessoas liberadas dos leitos de hospital, além de 587 casos suspeitos. O artigo ainda informa que a partir de 11 de fevereiro, 1.715 profissionais da saúde haviam sido infectados, sendo que 5 desses profissionais vieram a óbito. Com a análise desses casos, os números superam em muito a SARS ocorrida em 2003.

Em outras palavras, como o Sars-Cov-2 é suscetível de novas mutações e adaptações ao ambiente em que se encontra, por meio da seleção natural, não é de se esperar que o vírus destrua as células e os mecanismos de defesa de modo acelerado em pouco tempo. Infelizmente, entre as vítimas, estavam os profissionais da saúde (médicos, enfermeiros, auxiliares, etc.) que tiveram suas vidas ceifadas pelo vírus.

Já no plano internacional, o novo vírus se alastrou de forma significativa: numa viagem cruzeiro da empresa Diamond Princess, foram reportados casos do coronavírus de 66 países em 6 continentes. Nesses 66 países, foram registradas 168 mortes, fora da China. Os países da Coreia, Itália, Japão e Irã se tornaram a preocupação maior da OMS porque o contágio nesses países cresceu de forma alarmante. De acordo com os dados do Centro Europeu de Prevenção e Controle de Doenças, na última avaliação realizada sobre o risco da COVID-19, em 2 de março, o surto foi considerado a um nível de risco de moderado a leve, dentre outras informações. Na pesquisa realizada, quando a atual pandemia é comparada com o vírus da influenza H1N1, o qual compartilha a mesma rota de contágio, existe um CAA 50 vezes, onde os dados apresentados mostram o quanto é importante adotar as medidas de quarentena e medida de isolamento social, medidas essas adotadas no governo da cidade chinesa de Hubei.

3.3. O COVID-19 no Brasil

Em território brasileiro, o primeiro caso registrado do novo coronavírus foi confirmado no dia 26 de fevereiro, por um brasileiro que estava na Itália e que se recuperou da doença. Mas ele não foi o único que portou em si o vírus: no mesmo período, mais de uma centena de introduções do novo vírus ocorreram no país, acelerando de forma exponencial, o contágio em solo brasileiro.

O site Veja Saúde ainda informa que o COVID-19 existente no Brasil é oriundo da Europa, pois os infectados vieram dos países do continente europeu, mas existe a possibilidade de o novo vírus ter vindo de outras partes do mundo. De acordo com o infectologista Celso Granato, diretor clínico do Grupo Fleury, eles notaram que “30% das amostras eram oriundas dos Estados Unidos, o que foi uma surpresa para nós, porque naquela época não tínhamos muito casos confirmados por lá” (VEJA SAUDE apud GRANATO, 2020). Com isso, a principal presunção é que o vírus tenha vindo da Europa, mas as possibilidades de terem vindo de outras partes do mundo como os EUA, não podem ser descartados.

Por outro lado, os números de casos no Brasil não param de crescer. De acordo com a última atualização realizada pelo Ministério da Saúde, foram registrados 12.320.169 casos acumulados, 100.158 casos novos e incidência de 5862,6 novos infectados. Os dados mostram claramente que o contágio exponencial do vírus cresce de forma acelerada por conta de sua mutabilidade genética e condições ambientais. Mas os dados não param por aí: de acordo com o site do Ministério da Saúde, foram confirmados 303.467 óbitos acumulados, 2.777 casos novos e o percentual de mortalidade na faixa de 2,5%. Mas ainda há esperança: o mesmo site divulgou que existem 10.772.549 casos de pessoas recuperadas e 1.244.158 casos em acompanhamento, ou seja, mesmo com certo número estatístico de óbitos, muitas pessoas foram curadas do COVID-19 e retornaram para casa recuperados. Mesmo assim, dados apresentados mostram que as medidas de combate e prevenção devem

ser reforçadas e o estado democrático precisa se envolver mais na elaboração de medidas alternativas de prevenção para conter o vírus e vacinar toda a população, afim de minimizar as mortes e contribuir com o combate do novo coronavírus.

4. O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO NO COMBATE AO SARS-COV-2

Em razão dos dados e fatos apresentados, o Estado brasileiro deve agir com mais celeridade e seriedade para combater o Sars-Cov-2 em seu território, implementando medidas alternativas além de meros lockdowns, pois o COVID-19 não só atingiu a saúde física das pessoas, mas também os aspectos econômicos e sociais, levando a população a crise alimentar, pois sem trabalho não há como prover alimento para si e a família, não há como pagar tributos e impostos, há um desencadeamento de crises psicológicas com alto índice de pessoas em depressão e transtornos de ansiedade, além de outras mais. Foi elaborado no presente trabalho, teoricamente, algumas medidas que o Estado brasileiro já adota no combate da doença, além de aperfeiçoar o que já existe.

4.1. Medidas políticas

Desde o início da pandemia do COVID-19 no país, o Estado brasileiro tem adotado as medidas tradicionais recomendadas pelo Ministério da Saúde para conter a propagação do vírus e seu contágio. Dentre as medidas propostas no atual cenário, tem-se o isolamento social, lockdowns, quarentenas, políticas de higienização, auxílios financeiros, repasses de verbas públicas e etc. A finalidade dessas medidas seria proteger a população em geral, principalmente as de vulnerabilidade social mais crítica, suscetíveis a contrair a doença.

Uma das mais tradicionais medidas tomadas pelo governo brasileiro logo no início da pandemia é o isolamento social das pessoas. Basicamente, o isolamento social é a separação de pessoas doentes daquelas não infectados com o objetivo de reduzir o risco de contágio da doença (AQUINO, SILVEIRA, SOUZA-FILHO, *et.al*, 2020). A Lei nº13.979/2020 define o isolamento social como “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus” (BRASIL, 2020). A ideia é estabelecer um distanciamento mínimo entre as pessoas para prevenir o contágio da doença, pois como já foi demonstrado anteriormente pelos dados apresentados. Nesse sentido, o isolamento social se mostrou eficiente e capaz de conter os avanços da doença e como política de saúde pública fundamental no combate à COVID-19.

Outra medida imposta pelo Estado brasileiro é o famoso e conhecido lockdown. Assim como o isolamento social, os estados da federação possuem autonomia legislativa para decretar lockdowns, se efetivamente necessário. Através dos decretos

estaduais é possível estabelecer um isolamento mais rígido, nos casos de aumento exponencial acelerado do coronavírus. Um exemplo clássico é o Decreto nº34.005 do governo do Estado do Ceará, que determinou o isolamento rígido em todo o Estado do Ceará, como política de contenção de propagação do novo vírus.

Além das duas medidas impostas pela Lei nº13.979/2020, o uso obrigatório de mascarar devem ser obedecidos por todos os brasileiros em toda jurisdição. O inciso III-A do artigo 3º da referida lei diz que é obrigatório "o uso da máscara de proteção individual" (BRASIL, 2020) e através dos decretos estaduais, o uso da máscara se torna medida obrigatória nos espaços públicos e nos setores privados, podendo o infrator da norma administrativa estar sujeito a sanções por parte dos fiscais e dos demais órgãos responsáveis pela fiscalização.

4.2. Medidas científicas

A ciência, através da medicina, está na linha de frente da pandemia, correndo contra o tempo e investindo cada precioso minuto em possíveis soluções para amenizar os impactos que a COVID-19 causou no país. Médicos, biomédicos, enfermeiros e cientistas estão na busca desenfreada pela cura do novo vírus, porém, é de fundamental importância que o Estado colabore, incentivando a pesquisa e repassando verbas para investimento em mais tecnologia e laboratórios.

A Constituição deixa claro, artigo 218 que é dever do Estado fomentar e promover a pesquisa científica em todo o território nacional:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

Dessa forma, o Estado precisa investir muito mais no desenvolvimento científico do país, a fim de prover a capacitação científica e tecnológica de vários profissionais da ciência em geral. Adiante, no parágrafo primeiro, a Carta Magna deixa claro que a área científica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado! Em outras palavras, deve o Estado brasileiro priorizar o financiamento e investimento, parcerias com instituições científicas nacionais e internacionais. O texto também fala que todo conhecimento científico é destinado ao bem público: se não há investimento na área das ciências e tecnologias da nação, o povo há de perecer mãos das endemias, epidemias e pandemias. Se o Estado brasileiro, através do governo federal tivesse

investido em peso em programas de capacitação aos profissionais da ciência, talvez o Brasil estivesse preparado para enfrentar os males oriundos da Sars-Cov-2.

Além desse fundamento constitucional-jurídico, convém ressaltar que, o Ministério da Saúde, vem desde o início da pandemia, orientando a população quanto as medidas de prevenção: lavagem de mãos com água e sabão ou sua higienização com álcool em gel; cobrir o nariz ou a boca enquanto está tossindo ou espirrando; distanciamento social; o não compartilhamento de objetos de uso pessoal como talheres e copos e manter o ambiente ventilado como hábito diário (OLIVEIRA, DUARTE; FRANÇA e GARCIA, 2020). São medidas preventivas que, embora sejam, muito simples, são de fundamental importância no combate ao novo coronavírus e podem ajudar a conter os números de infectados e até mesmo de óbitos!

4.3. Medidas jurídicas

No que tange as medidas jurídicas, o Estado tem tomados algumas medidas como a edição e publicação de Medidas Provisórias, Portarias e Regulamentos, na tentativa de amenizar os problemas que foram ocasionados pela expansão do COVID-19, afinal de contas, a pandemia atingiu não só atingiu as áreas da saúde das pessoas, mas também os empregos e setores do comércio nacional, estadual e municipal. Com isso, não se pode esquecer que os artigos 5º, 6º e 7º da Constituição que tratam do direito e justiça social são vetores importantes para a sustentação da segurança jurídica do país (SOCIN, LOURENÇO e SILVA, 2020).

Para que o Estado brasileiro possa subsistir enquanto ente jurídico, além de salvar vidas, é de extrema importância agir para salvar os direitos relativos ao trabalho e a economia, pois se não existir movimentação constante da economia na república, como o governo brasileiro vai obter as verbas públicas necessárias destinadas a saúde, segurança pública, investimento científico e educação?

Evidentemente não se pode sacrificar as atividades econômicas e os empregos dos trabalhadores em função do isolamento social ou decretar meros lockdowns, pois a subsistência destes últimos depende dos primeiros. A mera publicação de portarias e decretos visando o isolamento social só piora a situação para muitas pessoas, principalmente para as famílias que vivem em vulnerabilidade crítica na área econômica e social.

Pensando nisso e em obediência ao texto constitucional previsto no artigo 196 da Constituição Federal, o Poder Executivo sancionou a Lei nº 13.979/2020 que dispõem sobre as medidas para o enfrentamento de saúde pública de importância internacional decorrente do surto do novo coronavírus. A lei em destaque permite que os estados e municípios da federação possam adotar as medidas que lhe convier pertinente no combate ao Sars-Cov-2, respeitando suas regras e normas. Segundo SOCIN,

LOURENÇO e SILVA (2020) a imposição de medidas que restrinjam outros direitos fundamentais em detrimento a saúde pública demanda uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico como um todo e um cuidado redobrado, quando aplicado nas esferas que possam atingir os demais direitos fundamentais (UCHÔA e UCHÔA, 2020).

Por isso, a flexibilização das medidas alternativas para prevenir a ação do vírus e proteger a economia, visando respeitar os demais direitos fundamentais deve estar em equilíbrio constante, afim de que não haja um colapso no sistema jurídico e político da nação brasileira. Evitar os extremos e buscar o equilíbrio entre as medidas de combate ao vírus e os institutos jurídicos que permeiam a sociedade brasileira deve ser o foco neste momento tão crítico de pandemia.

4.4. Medidas econômicas

Talvez as medidas mais polêmicas para salvaguardar a economia advenham dos governos federal, estadual e municipal, como já foi exposto anteriormente, pois pandemia trouxe reflexos negativos quanto a questão da movimentação da economia para o Brasil. Nesse sentido, a decisão tomada pelos estados da república foi o isolamento total, mais conhecido como lockdown. Nesse procedimento, por falta de planos de risco, os direitos de ir e vir e de trabalho presencial foram proibidos (AVENI, 2020), comprometendo seriamente os fluxos de economia e os setores de circulação de bens e serviços.

De acordo com Aveni (2020), o que se tem visto atualmente é uma série de lockdowns sem planejamento e estratégias alternativas, a não ser proteger historicamente os sistemas de saúde e permitir que outros setores da sociedade sofram, como é o caso do setor econômico. Neste sentido, países como Nova Zelândia, Estônia, Israel e etc., tiveram uma abordagem racional, fazendo uso de um lockdown seletivo e temporário. Antes de decretar rígidas medidas de isolamento social, é importante que se faça estudos de impacto social e principalmente econômico e um mapeamento das áreas da sociedade que podem ser afetadas e sofrer com o lockdown decretado.

Contudo, fechar todos os estabelecimentos é uma opção que surge de falhas de políticas e de responsabilidade governamental. As medidas tomadas nos países da América Latina têm falhado em relação a isso, pois se o estudo de impacto econômico e social fosse realizado com cautela e prudência, tomando como exemplo os países citados, provavelmente o quadro clínico e econômico melhoraria, abrangendo outros setores da sociedade.

Dentre as possíveis soluções apontadas por Aveni (2020), o Estado brasileiro pode implementar medidas de saúde pública eficazes e com bons recursos para

prevenir o contágio do coronavírus e apostar na implementação de políticas bem direcionadas para apoiar sistemas de saúde e trabalhadores, além de proteger os rendimentos de grupos e empresas sociais vulneráveis durante o surto da doença. Fora essas medidas, o Estado deve ajudar as famílias que vivem em condições de vulnerabilidade social fornecendo assistência, tais como transferência em dinheiro ou seguro desemprego e garantir a cobertura de custos com serviços de saúde para todos, se necessário.

5. CONCLUSÕES

Com base nos dados apresentados e coletados, fica evidente que o combate ao contágio do COVID-19 em território nacional é uma questão urgente de calamidade pública e sanitária, pois através da análise dos fundamentos jurídicos sobre o direito a saúde que a Constituição elenca, o dever de assegurar um sistema sanitário público de qualidade advém do Estado, através das políticas públicas. Foi analisado a origem jurídica, administrativa do SUS e as críticas tecidas pelos profissionais da saúde pública, como também os princípios que regem o SUS como sistema responsável da saúde nos âmbitos do governo federal, estadual e municipal.

Para traçar o histórico do Sars-Cov-2 no Brasil, foi analisado como o vírus surgiu, se desenvolveu e como o mesmo atingiu as províncias, cidades chinesas até chegar nos demais continentes e como o COVID-19 adentrou os limites da república através de brasileiros e estrangeiros infectados e como o vírus cresceu de maneira exponencial em todos os estados do Brasil com base nos dados do site coronavírus vinculado ao Ministério da Saúde.

Entrementes, foi analisado as medidas que o Estado brasileiro tem adotado para conter a propagação do vírus dentro dos limites do território, através da implementação na área das políticas públicas de prevenção através das legislações, decretos, portarias, etc., da orientação das políticas sanitárias preventivas por meio de cartilhas e outras mídias sociais de informação, como também minimizar os impactos na seara da economia e a adoção de medidas jurídicas que visem auxiliar os estados na contenção do vírus, seja por isolamentos sociais ou quarentenas, além de outras medidas previstas em lei.

Em relação ao acesso fundamental a saúde, o Estado deve aperfeiçoar as medidas já existentes, sem sacrificar os demais direitos fundamentais em decorrência do colapso no sistema de saúde e formular novas políticas de atendimento aos pacientes infectados e investir no repasse de mais verbas para construção de hospitais de campanha e ao mesmo tempo, desenvolver estratégias em conjunto com os governadores e prefeitos para amenizar os impactos negativos da pandemia no setor econômico e social, buscando o equilíbrio entre as prioridades sanitárias e ao mesmo

tempo, traçando estratégias para recuperar o setor econômico das empresas em crise e restauração de empregos.

REFERÊNCIAS

AVENI, Alessandro. Estratégias atuais e futuras para empresas e profissionais na economia da COVID-19. Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Pessoal, Faculdade Processus, volume II, nº3, p.46-64. jan./jun., 2020. Está disponível em: <https://www.processus.com.br/revista-processus-de-politicas-publicas-e-desenvolvimento-social/> - Acessado em 22/03/2021;

AQUINO, E.M.L, Silveira, I.H, Pescarini, J, Aquino R., Souza-Filho, J.A. Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: Potenciais impactos e desafios no Brasil. Ciência e Saúde Coletiva (2020/Abr). Está disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/medidas-de-distanciamento-social-no-controle-da-pandemia-de-covid19-potenciais-impactos-e-desafios-no-brasil/17550> - Acessado em 22/03/2021;

CORONAVIRUS (COVID-19): origem, sinais, sintomas, achados, tratamentos e mais. Disponível em <https://www.sanarmed.com/coronavirus-origem-sinais-sintomas-achados-tratamentos> - Acessado em 25 de março de 2021;

CORONAVIRUS Brasil. Disponível em <https://covid.saude.gov.br> - Última atualização de dados: 25 de março de 2021. Acessado em 26 de março de 2021.

GRUBER, Arthur. Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença. Disponível em <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca> - Acessado em 25 de março de 2021;

OLIVEIRA, K. Wanderson; DUARTE, Elisete; FRANÇA, V.A Giovanni; GARCIA, P. Leila. Como o Brasil pode deter a COVID-19. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, vol. 29, nº 2, 1-8, abril, 2020. Está disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S223796222020000200200&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt - Acessado em 23/03/2020;

MAIA, D. Alessandro. Direito a saúde e a pandemia do COVID-19: Desafios para o Estado Democrático de Direito Brasileiro Revista Processus de Estudos e Gestão, jurídicos e Financeiros, vol. XI, n. 41, 1-16, jul/dez. 2020. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/issue/view/58> - Acessado em 24/03/2021;

MATTOS, A. Rubens. Princípios do Sistema Único de Saúde. Interface, comunicação, saúde e educação. Botucatu, vol. 13, supl. I, p.80-771, 2009. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832009000500028&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt – Acessado em 23/03/2021;

SOCIN, C. Angela, LOURENÇO, G. Jessica, SILVA, B. Juvêncio. Pandemia: os desafios das mudanças instituídas e da manutenção da segurança jurídica. Anais do II Congresso Internacional da Rede Ibero-Americana de Pesquisa em Seguridade Social, Universidad de la Frontera, vol.2, n.1, 212-230, outubro, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rede/issue/view/71> - Acessado em 24/03/2021;

PINHEIRO, Chloé. Grande estudo mostra como o novo coronavírus chegou e se espalhou e se espalhou pelo Brasil. Disponível em <https://saude.abril.com.br/medicina/grande-estudo-mostra-como-o-coronavirus-chegou-e-se-espalhou-pelo-brasil> - Acessado em 25 de março de 2021.

UCHÔA, S. B. Beatriz, UCHÔA, B. Bruno. Coronavírus (COVID-19) – Um exame constitucional e ético das medidas previstas na Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Cadernos de Prospecção. Salvador. Vol. 13. n. 2, p. 1-18, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/36163> - Acessado em 25/03/2021;

WU, Di; WU, Tiantian; LIU, QUN; Yang, Zhicong; et.al. O Surto do Sars-Cov-2: O que sabemos? International Journal of Infectious Diseases. vol. 94. p. 44-48. Maio,2020.Disponivel.em:<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1201971220301235> – Acessado em 26/03/2021;

FEMINICÍDIO ÍNTIMO CONTRA MULHERES PRETAS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO BRASIL

KAROL DOS SANTOS SILVA SANTANA:

Graduanda do Curso de Direito pelo CEULM/ULBRA - Centro Universitário Luterano de Manaus.

INGO DIETER PIETZSCH¹⁰

(orientador)

RESUMO: Considerando o complexo de inferioridade que sempre existiu na história no que tange ao gênero feminino, a violência contra a mulher marca a estrutura da sociedade. Nesse caso, diversas formas de violência ocorreram antes da promulgação, como violência psicológica, física, moral e sexual. De acordo com o Mapa da Violência 2019, o número de mortes de mulheres aumentou nos últimos anos, especialmente de mulheres pretas. Portanto, é preciso fazer uma análise acerca do contexto histórico da violência contra a mulher, e conceituar o feminicídio, como também analisar as espécies de feminicídio, e por fim evidenciar que a mulher preta, ocupa um ranking preocupante dos homicídios praticados por seus companheiros. Para a realização deste artigo, utilizamos a metodologia da pesquisa bibliográfica e da análise teórica e crítica dos temas envolvidos, além de uma pesquisa quantitativa que propõe indicadores sociais da feminicídio da mulher preta.

Palavras-chave: Violência doméstica. Feminicídio. Mulheres pretas.

ABSTRACT: Considering the inferiority complex that has always existed in history with respect to the female gender, violence against women marks the structure of society. In this case, several forms of violence occurred before enactment, such as psychological, physical, moral and sexual violence. According to the 2019 Map of Violence, the number of deaths of women has increased in recent years, especially of black women. Therefore, it is necessary to make an analysis about the historical context of violence against women, and to conceptualize femicide, as well as to analyze the species of femicide, and finally to show that the black woman, occupies a worrying ranking of homicides committed by her companions. For the realization of this article, we used the methodology of bibliographic research and the theoretical and critical analysis of the themes involved, in addition to a quantitative research that proposes social indicators of the femicide of black women.

¹⁰ Professor orientador.

Keywords: Domestic violence. Femicide. Black women.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. CONTEXTO HISTÓRICO E INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER; 2.1. Breve Histórico da Condição da Mulher Negra no Brasil; 2.2. Dos direitos fundamentais e proteção da mulher; 3. O SURGIMENTO DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO; 3.1 CONCEITO DE FEMINICÍDIO; 3.2. ESPÉCIES DE FEMINICÍDIO; 3.2.1. Femicídio íntimo; 3.2.2. Femicídio não íntimo; 3.2.3 Femicídio por conexão; 3.2.4. Transfemicídio; 4. O RACISMO E O FEMINICÍDIO DE MULHERES NEGRAS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO; 4.1. A responsabilidade do estado no controle da Violência Doméstica. Conclusão. Referências

1. INTRODUÇÃO

O feminicídio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 2015, como uma das qualificadoras do crime de homicídio, encontrando na lei uma forma de punição. Todavia, o feminicídio íntimo contra mulheres negras em suas proporções preocupantes onde tais mulheres sofrem inúmeras formas de violência por parte de parceiros íntimos chegando ao extremo corriqueiramente resultando nas mortes.

Para Diana Russel, o feminicídio é o termo utilizado para reconhecer e dar visibilidade à morte de mulheres de forma violenta por conta da condição de gênero feminino, discriminação e desigualdade. Fica evidente o papel que o racismo ocupa nas mortes e a ausência de políticas públicas específicas por parte do Estado para a prevenção e combate a estes casos. A violência contra a mulher possui no país números consideráveis e preocupantes em suma dentro dos lares por companheiros de vida com agressões verbais e psicológicas seguidas por agressão física e, por fim, o ápice, feminicídio propriamente dito que nesses casos vai além de uma agressão isolada e repentina, mas sim um conjunto de violências acumuladas ao longo de uma relação entre a vítima e o agressor. Apesar da criação de leis como a lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que visa proteger a mulheres vítimas de agressão no âmbito domiciliar, há uma diferença significativa do número de casos entre violência sofrida por mulheres brancas e mulheres negras que serão objeto desta pesquisa adiante.

Este trabalho de pesquisa científica terá como norte basilar leis e princípios que visam a proteção da vida de mulheres negras vítimas e violência de doméstica e discriminação racial que resultam no feminicídio com importante análise na evolução do crime. Faz-se importante também a análise de como os casos aumentaram com o passar do tempo, o que torna a pesquisa relevante para o combate ao aumento das mortes causadas pelo feminicídio íntimo, a violência doméstica e o fim da perpetuação do racismo que se faz presente na sociedade ferindo a dignidade da pessoa humana de várias mulheres no país, jovens, adultas, mães, filhas que passam grande parte de suas vidas lado a lado com a violência e mortalidade da forma mais covarde e cruel.

Tendo como objetivo geral explicar e conceituar o feminicídio analisando as medidas de prevenção e políticas públicas do Estado para evitar a morte de mulheres negras em razão do feminicídio, e objetivos específicos verificar o combate ao racismo e a perpetuação da violência contra mulheres negras analisando pesquisas estatísticas referentes ao feminicídio sofrido por elas com base nos direitos fundamentais estabelecidos pela constituição federal constituição brasileira de 1988, identificar e diferenciar a caracterização do feminicídio do crime de homicídio, e explicar quais as formas de identificar e provar o feminicídio com a ajuda da Lei Maria da Penha.

O presente trabalho será dividido em 3 tópicos e seus subjetivos sub-tópicos, sendo o primeiro: Contexto Histórico E Institucionalização Da Violência De Gênero Contra A Mulher, seguindo pela Breve Histórico da Condição da Mulher Negra no Brasil e Dos direitos fundamentais e proteção da mulher, já no segundo tópico retratará sobre o Surgimento Do Feminicídio No Ordenamento Jurídico, e seus sub-tópicos conceito de feminicídio e da tipologia de feminicídio, e as suas subseções Feminicídio íntimo; Feminicídio não íntimo; Feminicídio por conexão; Transfeminicídio, e por fim, trará o racismo e o feminicídio de mulheres negras e a responsabilidade do estado brasileiro.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER

Desde os primórdios da sociedade, a mulher é vista como um ser inferior, marcada por narrativas de submissão e de domínio pelo sexo masculino, tornando-se constantemente vítima de violência de gênero, o qual legitima-se através de diferenças sociais entre homens e mulheres (NEGRÃO, 2004).

A violência de gênero contra a mulher insere-se num contexto histórico e social, baseada na desigualdade entre os sexos. Para contextualizar a violência, faz-se necessária a explanação do conceito de violência de gênero, que por sua vez, não é adstrito ao sexo feminino. Segundo Costa e Porto (2014, p. 41), "o conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder".

Nesse mesmo entendimento, assegura Costa:

Quando falamos em relação de Gênero, estamos falando de Poder. À medida que as relações existentes entre masculino e feminino são relações desiguais, assimétricas, mantem a mulher subjugada ao homem e ao domínio patriarcal (COSTA, 2008, p. 45).

Dessa maneira, o gênero deve ser entendido como componente constitutivo a partir das relações sociais existentes e da construção dos papéis impostos ao feminino

e masculino. Este que sempre exerceu um domínio físico e emocional sobre a mulher, obteve assim uma relação de desigualdade, onde o homem era o dominador exercendo maior controle, designando uma relação de subordinação. Já o feminino, dentro dessa mesma realidade, é considerado frágil e emotivo (SAFFIOTI e ALMEIDA, 1995).

O comportamento violento contra a mulher é legitimado historicamente por diversos seguimentos da sociedade. Depreende-se a falta de regulamentações e normas que visam a proteção das mulheres, cenário que possibilitou diversas formas de violência.

Some-se a isso as instituições religiosas, que, através de textos bíblicos e dogmas, impuseram uma condição secundária à mulher, onde o homem é assumido como um ente superior. Diversas passagens bíblicas naturalizam a subjugação das mulheres, além de reproduzirem pensamentos em que elas devem ser passivas e submissas, contribuindo com a cultura do silêncio diante de uma violência sofrida.

A violência contra a mulher é percebida também pelas culturas patriarcais que se estruturam na hierarquia entre gêneros. Nessas sociedades as mulheres eram desprovidas de diversos direitos, como a propriedade, sendo punidas mais severamente que o homem em relação ao extinto crime de adultério (RODRIGUES, 2003).

Na Grécia Antiga as mulheres não possuíam direitos. Em Roma, não eram consideradas cidadãs e, portanto, não podiam se candidatar a cargos públicos (FUNARI, 2002). No Brasil Colônia, a Igreja Católica Apostólica Romana as proibia de receber educação.

No Brasil, a violência contra a mulher, em razão do gênero, não era estabelecida como um tipo de agressão, e sim como um caráter pedagógico, no intuito de corrigir, disciplinar e punir os atos daquelas que extrapolavam o limite do tolerável. Não era restrito somente a figura da esposa, mas estendia-se por todas figuras femininas, como a tia, mãe, avó e irmã.

A legislação brasileira que vigorava era fortemente influenciada pela portuguesa (Ordenações Filipinas), que definia e regulamentava funções específicas masculinas e femininas, sempre buscando sobrepor o homem, além de legitimar a violência por parte do Estado e pelas relações privadas.

Vale ressaltar que nos Códigos Penal e Civil, estes fatos também ocorriam, e, portanto, tais poderes eram dados diferenciadamente aos homens e mulheres. Segundo Del:

Não importa a forma como as culturas se organizaram, a diferença entre masculino e feminino sempre foi hierarquizada. No Brasil Colônia vigorava o patriarcalismo brasileiro que conferia aos homens uma posição hierárquica superior às mulheres, de domínio e poder, sob o qual os 'castigos' e até o assassinato de mulheres pelos seus maridos eram autorizados pela legislação (PRIORE, 2013, p. 6)

Face às diversas limitações às quais as mulheres eram submetidas, reconhece-se, ainda, a inexistência de barreiras que privem a violência, sendo esta percebida em qualquer classe social, independentemente de nível econômico e cultural (COSTA, 2008).

Todas essas visões e perspectivas contribuíram para a desigualdade e violência de gênero, desde a sua naturalização e perpetuação até os dias atuais. A construção social da diferença entre os sexos e as áreas de atuação de poder revelam dados preocupantes. Segundo o Mapa da Violência 2015, por dia, 13 (treze) mulheres são vítimas de homicídio no Brasil. Somente neste ano, foram registrados 4.762 desses casos, sendo que 50,3% foram cometidos por familiares e 33,2% por ex-companheiros (WAISELFISZ, 2015).

Partindo de tais parâmetros, indene a conclusão a despeito de uma necessária ação estatal na criação de políticas públicas objetivando a prevenção e a erradicação da violência de gênero, por ser de responsabilidade da sociedade como um todo o bem-estar social e familiar da mulher.

2.1. Breve Histórico da Condição da Mulher Negra no Brasil

Desde a escravidão, as mulheres negras mostraram sua força na resistência e na luta pela liberdade, embora a história seja inadequada da verdadeira história das mulheres negras. Ainda há muitas pesquisas sobre gênero e raça, mas mesmo assim, ainda há muitos documentos disponíveis para fiscalização, como testamentos, cartas, testes de paternidade, certidões de casamento, etc (VARGAS, 2016, p. 8).

Segundo o autor Luciano Figueiredo (2012, p. 39), esse era um perigo para a sociedade mineradora do século XVIII. Apesar de serem presos, torturados e submetidos a diversas torturas, eles conseguiram acumular renda no conselho de Minas Gerais e comprar artesanato e outros itens.

Existe também o problema da prostituição, devido à extrema pobreza, esta é a base da sobrevivência. Enteada, filha, irmã, filho e esposa costumavam se prostituir para sustentar a família. O comércio e a prostituição em áreas ricas conduzem à acumulação de riqueza, chegando ao ponto em que ex-escravos escravizavam outras

mulheres e as usavam para serviços comerciais. Esta sociedade torna a prostituição uma forma de se libertar, não apenas porque a classe alta não permite que estabeleçam relações afetivas de longo prazo, mas raramente formam organizações familiares. Portanto, essas mulheres optaram por essa atividade para se liberarem (VARGAS, 2016, p. 8).

As mulheres negras ainda sofrem casamentos com maridos violentos e exploradores. O que é legal na lei branca antigamente. Sendo assim, a lei branca reconhece que tudo pertence a ambos, mas apenas as mulheres negras trabalham e ainda são espancadas (VARGAS, 2016, p. 8).

Durante esse período, os casamentos entre elites brancas e africanos eram baseados em condições socioeconômicas, e os pares buscavam melhorar sua situação financeira. Para os grupos mais pobres, existem “presentes” pessoais, um exemplo é uma mercearia que desperta o interesse dos compradores. Essas mulheres muitas vezes não têm aquele marido “ideal” e podem garantir moradia, alimentação e roupas. Portanto, mesmo depois de casados, eles continuam a trabalhar na mercearia para criar seus próprios filhos, e às vezes até a família inteira, para ajudá-los a ganhar a liberdade e a liberdade de outras pessoas (VARGAS, 2016, p. 8).

Para as mulheres daquele período, liberdade significava o direito de entrar e sair, o direito de estar com os filhos, de se livrar da violência sexual e pessoal do dono, de gozar do direito ao trabalho, à moradia e à autonomia salarial. Mesmo depois que as mulheres negras foram libertadas, elas ainda passaram e ainda encontraram muitas dificuldades. Mesmo que procurem outras oportunidades, acabarão fazendo os mesmos trabalhos que os escravos. Embora esse trabalho seja pago, ainda não é suficiente para atender a todas as suas necessidades (VARGAS, 2016, p. 8).

Hoje, ainda sentimos a persistência do estigma e do erotismo dos corpos femininos negros. É necessário realizar mais pesquisas sobre raça e gênero, pois a história da história deixou muitos “espaços em branco” sobre a vida das mulheres negras durante a escravidão e como elas enfrentaram e enfrentaram a discriminação e a violência.

2.2. Dos direitos fundamentais e proteção da mulher

Inicialmente os direitos fundamentais procuram garantir a liberdade do indivíduo, a partir da estipulação da esfera do inelidível. Tarefa esta que, todavia, somente será exitosa no contexto de uma sociedade livre, entendida como aquela que pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Assentadas dessa forma, a estrutura e função dos direitos fundamentais asseguram

tantos direitos subjetivos, como também os princípios objetivos da ordem constitucional democrática (SOUZA, 2018, p.186).

No que tange aos direitos fundamentais, estes se distinguem em 'direitos fundamentais na condição de defesa' (direito de proteção) e 'direitos fundamentais como direitos a prestações' (de natureza fática e jurídica; bem como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho) (SARLET, 2016). Ainda nesse norte, os direitos de proteção podem ser brevemente conceituados, segundo SARLET (2016, pg. 171), como sendo: "posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais".

Em tal contexto, incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas de parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares. Os modos de realização dessa proteção são variados, podendo ser por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos (SARLET, 2016, pg. 185).

Por outro lado, quanto ao direito de prestação, segundo Paulo Bonavides:

[...] os direitos fundamentais da segunda geração são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Isto posto, os direitos da referida segunda geração estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, bem como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho. Pressuposto isto, passam estes direitos a exercer uma liberdade social (BONAVIDES, 2016, pg. 32-33):

Os fundamentos dos direitos humanos estão no direito natural e em certas liberdades essenciais à personalidade e a dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos estão amparados na Constituição da República Federativa do Brasil, a qual proclama que a sociedade e o Estado existem para o bem-estar da pessoa humana (PEREZ LUNO, 2016). O artigo 5º diz: "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". É com base nos direitos fundamentais de igualdade que os casos de violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar devem ser analisados, e que a lei que pretende coibi-la deve ser interpretada.

Nos termos do §8º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, compete ao Estado assegurar a assistência à família mediante mecanismos que coíbam a violência no âmbito de suas relações.

A Lei nº 11.340/06 é o tipo normativo que reconhece a violência doméstica e familiar contra a mulher como impeditivo ao exercício efetivo, dentre outros, dos direitos à vida, à segurança, ao acesso à justiça, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. A partir deste reconhecimento, prevê a criação de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, assim como a instalação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, como já mencionado anteriormente. Do mesmo modo, até este momento, é de ver-se que a Lei Maria da Penha, não gratuitamente, avança ao dispor que, em sua interpretação, “serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Este princípio opõe-se à existência de vantagens para determinadas pessoas ou grupos, porém é necessário identificar e assim diferenciar os iguais e os desiguais, haja vista que dar ao maior igual tratamento concedido ao menor poderia caracterizar injustiça. Por conseguinte, o princípio da igualdade dá segurança às pessoas de posições iguais, objetivando sempre a harmonia entre todos e não consentindo distinções.

3. O SURGIMENTO DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURIDICO

O termo feminicídio é um nome novo no vocabulário brasileiro. Diante a expressão de feminicídio, de acordo com Passinato (2011, p. 224) “derivado do termo “matar mulheres”, o termo “feminicídio” foi falado pela primeira vez pela socióloga sul-africana Diana Russell antes de seu discurso no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres.”. Esse tribunal foi realizado em Bruxelas no ano de 1976 amplamente designou aos assassinatos de mulheres cometidos por homens pelo fato de ser mulher, priorizava pela expressão “mulher” e não “mulheres” visto que o feminicídio é cometido também contra crianças e idosas.

Toda via, mesmo após a base da Constituição Federal prevendo direito iguais, a mulheres persistiu a presenciar fatos ao preconceito e ao machismo, devido ao histórico respeitável de nosso país. A igualdade entre homens e mulheres está prevista no inciso I, artigo 5º da Constituição Federal de 1998:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL.CFRB, 2018).

Portanto, a igualdade é um direito constitucional, para a Carta Magna, a igualdade de gênero é uma afronta aos direitos e princípios fundamentais do ser humana, mas apesar disso, a violência contra a mulher só tem aumentado.

3.1 CONCEITO DE FEMINICÍDIO

Compreende-se que o feminicídio consiste como ódio contra as mulheres, de uma superioridade de posse do homem sobre a mulher, isto é, causados pelos sentimentos quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher e sua dessemelhança por ser submetida a relações desigual, cabendo ao direito atuar nessas assimetrias, não tratando de maneira desigual e sim preservando a vida das mulheres, que estão sendo ameaçadas pelo fato da “condição” de serem de mulheres.

Segundo Debora Diniz, no que tange ao termo de feminicídio:

“O termo feminicídio pode ser entendido como um novo tipo penal, ou seja, aquilo que está registrado na lei brasileira como uma qualificadora do crime de homicídio. Mas, ele pode ser entendido também no sentido mais amplo, no seu aspecto sociológico e histórico. Nesse sentido, feminicídio é uma palavra nova, criada para falar de algo que é persistente e ao mesmo tempo terrível: que as mulheres sofrem violência ao ponto de morrerem”. (FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURG, SÃO PAULO: INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2017, pág. 11).

Contudo, visa os deveres do poder público e os direitos das vítimas, ressaltando que o feminicídio é um crime evitável e que o Estado tem a responsabilidade de apresentar medidas de responsabilização, proteção e prevenção.

Neste sentido, contribuir com o que foi explanado, pode citar o que diz Wiecko Volkmer de Castilho, subprocuradora geral da República:

“No caso da ‘condição do sexo feminino’, acaba ficando muito forte a ideia de que sexo é um conceito biológico, natural, ocultando que há relações desiguais de poder que são construídas cultural e socialmente que resultam repetidamente em violências. Entender isso é “Fundamental para o enfrentamento dessas violências.” (FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURG, SÃO PAULO: INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2017, pág. 14).

Com advento de entendimentos de controvérsias e argumentação de acordo com as desigualdades e discriminações pelo aumento nas mortes de mulheres. Neste sentido, de acordo com a literatura de Russel e Radford:

“utilizaram a expressão para designar os assassinatos de mulheres que teriam sido provocados pelo fato de serem mulheres (...) outra característica que define femicídio é não ser um fato isolado na vida das mulheres vitimizadas, mas apresentar-se como um ponto final em um *continuum* de terror, que inclui abusos verbais e físicos e uma extensa gama de manifestações de violência e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de suas vidas.” (PASSINATO, Wânia. 2011, p 224)

Criado o decreto nº 7.958/2013 determinou diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual, tratado em seu artigo 2º:

Art. 2º O atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do SUS observará as seguintes diretrizes:

I - **Acolhimento** em serviços de referência;

II - Atendimento humanizado, observados os princípios do respeito da dignidade da pessoa, da não discriminação, do sigilo e da privacidade;

III - disponibilização de espaço de escuta qualificado e privacidade durante o atendimento, para propiciar ambiente de confiança e respeito à vítima;

IV - Informação prévia à vítima, assegurada sua compreensão sobre o que será realizado em cada etapa do atendimento e a importância das condutas médicas, multiprofissionais e policiais, respeitada sua decisão sobre a realização de qualquer procedimento;

V - identificação e orientação às vítimas sobre a existência de serviços de referência para atendimento às vítimas de violência e de unidades do sistema de garantia de direitos;

VI - Divulgação de informações sobre a existência de serviços de referência para atendimento de vítimas de violência sexual;

VII - disponibilização de transporte à vítima de violência sexual até os serviços de referência;

VIII - promoção de capacitação de profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do SUS para atender vítimas de violência sexual de forma humanizada, garantindo a idoneidade e o rastreamento dos vestígios coletados (BRASIL, 2020).

Este decreto foi importante para redução da violação contra as mulheres, e que deu solução para sancionar a Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015 designadas como Lei do feminicídio, no Código Penal, no artigo 121, §2º traz um novo inciso o VI, onde se refere ao homicídio simples quando praticado contra mulher, pela razão da condição de sexo feminino, tornando-se qualificadora do crime de homicídio, dispõe:

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015).

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015).

VII – contra autoridade ou agente descrito nos art. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015).

Logo após, a Lei nº 13.104/2015 entende-se que o feminicídio é indispensável compreender que a violência na condição de sexo feminino, já que o crime de feminicídio distingue a desigualdade de poder entre homens e mulheres e a estrutura histórica, cultural, econômica, política e social discriminatória, bem como o assassinato de mulheres como condição qualificadora para o feminicídio, têm tornado inúmeros atos de violência contra as mulheres na sociedade a última fatalidade, o crime foi adicionado ao rol dos crimes hediondos pela Lei nº 8.072/1990.

Desta maneira, é compreendido o feminicídio quando as causas do assassinato tendo de ser apenas por questões de condição do sexo feminino, quando uma mulher é morta pelo motivo de ser mulher ocasionada pelos sentimentos de desprezo, posse e ódio, tendo a mulher como um objeto para ser usado e descartado de forma livre e espontânea diminuindo por possuir o sexo feminino.

3.2. ESPÉCIES DE FEMINICÍDIO

Visto que, a tipificação penal do feminicídio segundo especialistas como uma ferramenta para denunciar a violência sistêmica contra mulheres em relações conjugais, que muitas vezes resulta em homicídios encarados como “crimes passionais” pela sociedade, pela mídia e até mesmo pelo sistema de Justiça.

Entretanto, o feminicídio há múltiplas formas que configura o crime de feminicídio em violência contra mulheres: o feminicídio não íntimo, o feminicídio íntimo, o feminicídio por conexão, transfeminicídio, dentre outros.

3.2.1. Feminicídio íntimo

De acordo com Simonato (2015, p. 15) “O feminicídio íntimo decorre quando a vítima tem ou teve uma relação afetiva ou vínculo íntimo com o homicida, pode abranger companheiros, namorados, noivos, ex-marido, amante, pessoa com quem tem filho (a)s”. Ocorre que este tipo de Feminicídio não está limitado à união matrimonial e sim que tiveram relações de convivência familiar, por exemplo, inclui-se a hipótese do amigo que assassina uma mulher – amiga ou conhecida – que se negou a ter uma relação íntima com ele, seja sentimental ou sexual.

3.2.2. Feminicídio não íntimo

De acordo Simonato (2015, p. 15) “são os crimes cometidos por homens desconhecidos com os quais a vítima não tinha nenhum tipo de relações íntimas, familiares ou de convivência, mas que havia uma relação de confiança ou amizade”, podendo ser amigos ou colegas de trabalho e etc...

Segundo Simonato (2015, p. 15) essa espécie de Feminicídio são “recorrentes nos dias de hoje, morte de mulheres cometida por um homem desconhecido, com quem a vítima não tinha nenhum tipo de relação”, pode ser uma agressão sexual que culmina no assassinato de uma mulher por um estranho. Exemplo disso, são os casos de vizinho que mata sua vizinha sem que existisse, entre ambos, algum tipo de relação ou vínculo íntimo.

3.2.3 Feminicídio por conexão

Para Simonato (2015, p. 16) “são cometidos quando as mulheres foram assassinadas por se encontravam ‘na linha de fogo’, no mesmo local onde um homem matou ou tentava matar outra mulher, independente do vínculo entre a vítima e o agressor”. Esse Feminicídio pode ser desconhecido, uma vez que são casos onde mulheres adultas ou meninas tentam interferir a prática de um crime contra outra mulher e acabam sendo vítimas do homicida também.

3.2.4. Transfeminicídio

Já o Transfemicídio conforme Simonato (2015, p. 16) “identificada como uma política disseminada, intencional e sistemática de eliminação da população trans, mulheres trans e travestis, motivada pelo ódio e nojo”. Ou seja, dá-se quando resulta a morte de uma mulher transexual pelo fato de ser “trans” uma verdadeira misoginia, por exemplo, caso Laura Vermont.

Para entendimento de CUNHA (2016, p. 66) diz que “a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente”. Quando se trata de uma transexual eu obtém perante a justiça a mudança de sexo e é conhecida civilmente como sendo uma mulher, ela possui os mesmos direitos de uma mulher, uma vez que é considerada pelo Estado como uma mulher.

4. O RACISMO E O FEMINICÍDIO DE MULHERES NEGRAS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

Ao consultar o “Mapa da Violência”, podemos observar que a matança de mulheres por homens no Brasil está quase sempre relacionada pela raça/cor, e apontemos:

Com poucas exceções geográficas, a população negra é vítima prioritária da violência homicida no país. As taxas de homicídio da população branca tendem, historicamente, a cair, enquanto aumentam as taxas de mortalidade entre os negros. Por esse motivo, nos últimos anos, o índice de vitimização da população negra cresceu de forma drástica (OLIVEIRA, 2016, p. 4).

Em síntese, podemos perceber que essa questão envolve um contexto social e histórico, no qual as mulheres negras têm se tornado mais expostas e vulneráveis devido ao processo histórico de exclusão, exploração e racismo enfrentado pela raça negra desde a escravidão.

No que tange ao feminicídio de mulheres negras, a ministra da Igualdade Racial e Direitos Humanos Nilma Lino Gomes (2013) “esses números mostram que a luta contra o racismo, a discriminação de gênero, o assassinato de mulheres e outras formas de violência contra as mulheres negras deve ser enfrentada e que se tenha progressos nos esforços”.

Expor e analisar os fatores raciais na violência contra a mulher negra, a fim de partir de uma perspectiva específica, apresentando o fato de que quando a vítima é uma mulher negra, sendo assim, a violência contra a mulher está aumentando, e principalmente a violência doméstica contra a mulher negra, um fato evidencia a existência de racismo, que tem resultado em mais violência.

Partindo de precedentes históricos, Carneiro abordou a emergência desse processo de desigualdade / exploração e, como resultado, as mulheres negras sofreram violência:

No entanto, pode ser considerada como a história ou memórias do período colonial, que ainda existe no imaginário social, e adquiriu novos contornos e funções na chamada ordem social democrática, mantendo as relações de gênero baseadas na cor da pele ou raça estabelecidas naquele período. Completo. Escravidão. As mulheres negras têm uma experiência histórica única, e o discurso clássico sobre a opressão das mulheres não foi reconhecido, assim como elas não perceberam a diferença qualitativa que a influência da opressão tem e ainda tem na identidade feminina das mulheres negras (CARNEIRO, 2011, p. 01).

A violência contra a mulher negra é entendida como fruto de uma dupla discriminação. No entanto, existem dois sistemas de subordinação, um é a subordinação de gênero das mulheres e o outro é a subordinação racial dos negros. A interação entre esses dois eixos subordinados produz consequências estruturais e dinâmicas, que se revelam por meio da interseccionalidade. (CRENSHAW, 2002).

A dupla discriminação pode ser entendida por meio da opressão cruzada. Quando as mulheres negras são principalmente vítimas de violência de raça e gênero, elas enfrentam o racismo e sexismo, respectivamente, que é uma subordinação intencional (CRENSHAW, 2002). Ocorre que estudam comprovam que a mulher negra é muito mais sexualizada do que a mulher branca, sem conta na solidão da mulher negra.

A violência costuma vir acompanhada de discriminação, nesse sentido, Cavalcanti (2005) destaca que essas duas categorias fazem parte do mesmo binômio, do mesmo lado da moeda e, em certa medida, retroalimenta a discriminação contra as mulheres (prática da exclusão), justifique a agressão (comportamento violento) e vice-versa.

Portanto, Ramão, Meneghel e Oliveira (2005, p. 85) acertadamente apontam: "Os diferentes tipos de violência (física, emocional, simbólica, de classe e raça) vivenciados pelas mulheres exacerbam a situação de opressão e vulnerabilidade, especialmente as mulheres negras".

A deputada do PT-DF Erica Kokai (PT-DF) afirmou: "Entre 2003 e 2013, o número de mulheres negras assassinadas por causa do gênero aumentou em 54%, enquanto a taxa de mulheres brancas assassinadas teve uma queda de 10%. "Ela

também forneceu alguns dados que mostram que a violência doméstica afeta principalmente as mulheres negras, representando 58% do Disque 180 no Centro de Atendimento à Mulher Essa parte também é a que tem maior impacto na mortalidade materna (56%) e na violência obstétrica (65%). Os dados são do Ministério da Saúde e da Fundação Osvaldo Cruz (FIOCRUZ), sendo assim, cerca de 2,4 milhões de mulheres são vítimas de violência doméstica, e só dessas mulheres 1,5 milhões são mulheres negras.

Figura 1: Fundo Social.



O número da violência contra a mulher negra é o ponto de partida do projeto “Mulheres Negras e Violência”: Decodificando esses números, a Gillette desenvolverá esse número em 2016 com o apoio da Fundação ELAS e do Instituto Avon. O projeto visa ampliar a compreensão das peculiaridades das questões de violência doméstica que envolvem as mulheres negras.

Figura 2: Mulheres negras três vezes mais vítimas de feminicídio.



MULHERES NEGRAS TÊM
TRÊS VEZES
MAIS CHANCES DE SEREM
VÍTIMAS DE FEMINICÍDIO
QUE MULHERES BRANCAS



Diante dos indicadores sociais acima e da vulnerabilidade e riscos sociais enfrentados pelas mulheres negras, é preciso refletir. De acordo com especialistas que discutem e pesquisam esse tema, as soluções variam.

Para Jacobo (2016, s.p). É necessário mudar a mentalidade e cultura de segurança do Brasil. As agências de segurança pública criaram o mito de que toda violência é causada por drogas e crime. No entanto, uma investigação de 2012 por promotores investigou os homicídios em 16 unidades federais no Brasil e concluiu que não era esse o caso: em 9 estados, os crimes culturais e os crimes de ódio dominavam.

Ele confirmou que os grupos dominantes sempre tiveram uma boa compreensão do problema do negro e persuadiram as classes subalternas a incorporar essa ideia sem ter consciência disso. Você não pode colocar policiais em todas as casas e bares. Esse problema pode ser superado por meio de mudança cultural e educacional, além de redesenhar a forma como cuidamos da iluminação pública e da segurança e de quem servimos.

De acordo com Nilma (2015) argumentou: A questão das mulheres negras na violência nos faz refletir sobre uma sociedade que ainda é racismo, patriarcado e sexismo. Quanto mais conceitos de raça e cor da pele inserimos em nossa pesquisa, mais nós, como governo, podemos coletar esses dados e mostrar à sociedade brasileira que esse é um problema que precisa ser resolvido.

Sem esse debate, a punição do agressor equivaleria a um ato de "limpar o gelo". "Atualmente não existe um modelo punitivo que resolva ou resolva o problema. Ele ressaltou que quem cometeu o homicídio deve ser preso, mas que pense que aí, depois de dez anos de punição, vai se sair melhor." Ele saiu. Naquela época, essa pessoa faria a mesma coisa novamente sem hesitar, porque não deu detalhes sobre o crime que cometeu. Logo, ele se sentiu culpado pelo que fez e sempre pensaria que fez certo.

Ocorre que está em vigor há 14 anos a Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo de conter, prevenir e assistir às mulheres vítimas de violência doméstica. Portanto, desde de sua entrada em vigor o Estado brasileiro tomou para a si a responsabilidade de pôr em prática os artigos que ali contem afim de punir tais criminosos, tornando a violência doméstica não mais um assunto familiar. Contudo, apesar das conquistas das mulheres em diversos aspectos referente a igualdade e respeito, estudos apontam, como mostramos mais acima que a violência doméstica nunca teve sua taxa reduzida e os agressores não se intimidam com tais punições, pior, a violência doméstica avança da agressão para o Femicídio. Sendo assim, evidencia-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido em direção à erradicação do problema. Mas a grande questão é, mostrar que o Estado brasileiro tem culpa na ineficácia da lei.

4.1. A responsabilidade do estado no controle da Violência Doméstica

Como mostra o relatório do Terra; Teodoro (2020) o sistema responsável por garantir a aplicação da lei apresenta graves falhas. Desde o início logo no registro da denúncia à investigação policial, quando a mulher vai denunciar o agressor ela enfrenta burocracia e ineficiência. Muitos outros obstáculos são concentrados pela judiciário no processo e na interpretação da lei - este prevê julgamentos baseados no acolhimento da vítima e não na punição do agressor.

A Lei Maria da Penha apesar de a lei prevê o acolhimento da vítima, a falta de participação de todas as instituições públicas para a construção de uma rede integral de acolhimento das vítimas é outra grande dificuldade que impede as mulheres de receberem os cuidados previstos na legislação.

Segundo o portal Terra; Teodoro (2020) relata que "as consequências dessas agruras colocam o Brasil na 5ª posição do ranking mundial de Femicídio - quando o crime é motivado por questão de gênero -, de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)".

Ao nomear violência, as ideias feministas enfatizam a disseminação da violência nos mais diversos espaços sociais e eliminam sua invisibilidade. O processo de indicação e desistência permite que o Estado participe mais para garantir a proteção e o atendimento às mulheres vítimas de violência, visto que a especificidade dessa violência foi revelada. Antes de continuar a desafiar as intervenções do Estado na violência contra as mulheres, é necessário colocar a legitimidade do controle da violência pelo Estado em segundo plano (ANGELIM; DINIZ, 2009, p. 3).

Um dos fundamentos do Estado de Direito é o controle da violência social. Aprovar leis, procedimentos policiais e militares para adotar cerimônias formais para

identificar a legalidade e a forma de violência. Max Weber define o emaranhado entre a violência e o estado de direito da seguinte maneira:

O Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. É, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer em relação a qualquer outro grupo de indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do "direito" à violência (WEBER, 2008: 56).

Ocorre que como foi incansavelmente falado a igualdade entre homem e mulher é um direito constitucional. Contudo, acerca disso Frederico Valdez; Douglas Fischer explicam que:

A Constituição Federal brasileira é (integralmente, segundo nossa expressão) garantista, e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, mas insistimos no sentido de que a teoria garantista não existe apenas para proteção exclusivamente de interesses e direitos fundamentais individuais (VALDEZ; FISHER, 2019, p. 63).

Portanto, no entendimento dos autores possui o papel de "garantista", ou seja, tem como objetivo garantir que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam resguardados, afim de prevalecer a democracia. Diante de uma Constituição que expressa ou implicitamente prevê a proteção dos bens jurídicos (individuais e coletivos) e protege ativamente os interesses da sociedade e das pessoas sob investigação e/ou ação penal, sendo de responsabilidade do Estado de visualizar os contornos integrais do sistema garantista.

É compreendido que todos os direitos fundamentais são equivalentes a vínculos físicos, e esses vínculos físicos são a validade essencial das normas geradas (e na sua aplicação), e ao mesmo tempo expressa a finalidade do chamado Direito Constitucional (FERRAJOLI, 2004, p. 152). Portanto, se todos os grandes poderes estão realmente "conectados" a esses paradigmas, então o Judiciário em particular tem a responsabilidade de garantir que os cidadãos (sem ignorar a necessária proteção dos interesses sociais e coletivos) nas últimas consequências, garantia de proteção para possíveis violações desses direitos.

De acordo com Valdez; Fisher (2019, p. 63) preleciona que na compreensão dos autores " o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança". Segundo o art. 144, caput, da Constituição Federal, diz: 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.

A responsabilidade de garantir a segurança (incorporada nos direitos subjetivos individuais e coletivos) não é apenas em evitar que atos criminosos afetem os direitos básicos de cidadãos, mas deve ser além disso, as investigações devem ser apropriadas, onde devem ser conduzidas e investigadas, e a possível punição da pessoa responsável.

O problema da violência doméstica é que tal assunto nunca foi tratado como prioridade pelas autoridades municipais, estaduais e federais. Uma vez por imaginarem que as causas da mulher são causas que merecem a devida importância, e o caso piora muito mais quando se trata de uma mulher negra, a violência contra a mulher tem índices altíssimos, e preocupa muito mais esse ano, visto que com o isolamento social as taxas aumentaram muito mais, senão vejamos:

Segundo dados da Justiça estadual, no Rio de Janeiro, desde o início da quarentena, em março, as denúncias sobre violência doméstica e doméstica aumentaram em mais de 50%.

Em São Paulo, epicentro da pandemia brasileira, o Centro pela Igualdade de Gênero e o Centro de Atendimento ao Serviço Criminal do Ministério de Relações Públicas de São Paulo divulgaram nota técnica mostrando que, de fevereiro de 2020 a março de 2020, esse número aumentou quase 30%. Na comparação com o mesmo período do ano passado, o percentual de medidas emergenciais de proteção no projeto foi de 5%, e o percentual de prisões foi de 51,4% (POLITIZE, 2020).

Ainda sobre porcentagem o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos apresentou um balanço nem um pouco positivo sobre o tema, que indicava um aumento de 74,6% nos registros de tentativas de feminicídio denunciadas pela Central de Atendimento à Mulher, por meio do Ligue 180. De 2018 para 2019 as notificações saltaram de 2.075 para 3.624.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado, importa referir que a responsabilidade decorre da omissão de medidas de prevenção da violação de direitos por motivos diversos, não só sem a adoção de medidas restritivas. A não adoção de medidas preventivas causará prejuízos à comunidade, no caso, mulheres que sofreram violência devido à impossibilidade de atuação do Estado, por isso o Estado deve ser responsabilizado, uma vez que foi entregue a ele através da Lei Maria da Penha o dever de punir os agressores de mulheres e prevenir que a Mulher não se torne estatística do feminicídio. O Estado tanto tem pecado na garantia protecionista que em 2015 foi

levado o caso favela nova Brasília vs. Brasil corte interamericana de direitos humanos, vejamos:

O caso se refere às falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas “execuções extrajudiciais de 26 pessoas [...] no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília”. Alega-se que essas mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante o levantamento de “atas de resistência à prisão”. Alega-se também que, na incursão de 18 de outubro de 1994, três mulheres, duas delas menores, teriam sido vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte de agentes policiais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Por conta das falhas do Estado referente a investigação e punição de dois casos brutais ocorridos no Brasil, o primeiro foi a chacina ocorrida em 1995 e 1994 onde três mulheres foram torturadas e estupradas, ocorre que passou-se 11 anos e nada fora feito pelas vítimas. De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Comissão declarou que era inaceitável o tempo transcorrido sem nenhuma determinação preliminar sobre a legalidade do uso da força letal por parte da polícia, que resultou na morte de 26 vítimas; de acordo com a Comissão, esse tempo transcorrido bastaria para declarar que o Estado é responsável pelas violações dos artigos 8.1 e 25.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção (2017, p. 42).

Declarou por unanimidade, a Corte Interamericana De Direitos Humanos que:

- a) O Estado é responsável pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, devida diligência e prazo razoável, estabelecidas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das pessoas citadas nos parágrafos 224 e 231 da presente Sentença e nos termos dos parágrafos 172 a 231 da mesma.
- b) O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento das pessoas citadas nos parágrafos

239 e 242 da presente Sentença e nos termos dos parágrafos 172 a 197 e 232 a 242 da mesma.

Ao considerar a segurança pública como um direito garantido pela Constituição e vinculá-la à eficiência da administração pública, ainda que existam diversos meios para lidar com o assunto e oferecer proteção, pode-se analisar a violência contra a mulher como a realidade social atualmente, ocorre que os meios de proteção são de fato defeituosos mesmo com tantos dispositivos que tratam sobre o assunto e preveem inúmeras medidas e punições contra as agressões e os agressores.

Em outras palavras, o Estado deve ser responsabilizado quando viola os direitos fundamentais das mulheres, porque é dele o garantismo penal integral, e a sua ineficaz na proteção gera prejuízos irreparáveis à vítima, portanto, é fundamental ressaltar que o Ente estatal deve analisar sempre que a omissão realizada diante de um direito reconhecido é considerada como obrigação estatal não cumprida, por motivo que se enquadrará nos casos de reparação às vítimas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Então podemos concluir que o assassinato de mulheres é a etapa final da violência contra as mulheres, e leva à morte. Vem de outros tipos de violência, como violência física, violência psicológica, etc., em que o machismo domina as mulheres, os homens dominam e reproduzem sua cultura de inferioridade.

Não só acontece na família, na intimidade ou no afeto, basta que os homens queiram controlar a mulher na vida e na morte, mas também queiram atingi-la por causa do conflito de gênero. Por exemplo, como mulher, seu marido quer matá-la e pede a separação. Nesse contexto de análise, observamos que as mulheres negras são mais vulneráveis a lesões devido ao contexto social e histórico de discriminação racial caracterizada pela exclusão e preconceito, ou seja, segundo os indicadores sociais, as mulheres negras acabam sendo mais vulneráveis que as brancas. O impacto é maior.

Embora as mulheres tenham os mesmos direitos que os homens, suas conquistas após 20 anos de longa luta resultaram na promulgação da Constituição Federal em 1988 por meio dos movimentos sociais das mulheres deram a virada histórica. Portanto, esse debate não para por aí, mas sim para uma ação coletiva no âmbito da agenda pública para a efetivação da legislação por meio de medidas que garantam o gozo da cidadania e dos direitos de proteção às mulheres. Acontece, sem dúvida, reiterar que é preciso superar a noção de que o Estado deve apenas restringir seu comportamento a certas limitações. Tome uma atitude positiva (segurança positiva). O Supremo Tribunal da Etiópia, o Ministro da Justiça da Província de Cevara do Ministério da Justiça Criminal, pediu ao Estado que tomasse medidas eficazes para proteger todos os direitos fundamentais. Sim, a proteção dos direitos humanos tem

um duplo papel: “A proteção dos direitos humanos está intimamente ligada à adoção de ações ativas destinadas a prevenir e punir efetivamente crimes que podem, em última instância, visar os direitos humanos, sempre buscando o equilíbrio. A relação entre todos os direitos e obrigações básicas” (IBID., p.151).

Portanto, para proteger os direitos e garantias (individuais e coletivos) fundamentais e a exequibilidade dos deveres básicos, deve-se destacar que todos os princípios que constituem o sistema jurídico (não apenas a proteção dos direitos individuais de primeira geração) são todos um verdadeiro guia para a distribuição dinâmica e harmoniosa (na maior medida) dos bens e valores protegidos pela Constituição. Nesse contexto, este artigo enfatiza a importância do debate sobre o tema e visa quebrar o silêncio das mulheres, pois acreditamos que esta é a resposta do movimento e a formulação de políticas públicas para eliminar a violência contra a mulher e a matança de mulheres negras, e que o Estado é responsável para garantir a eficácia e segurança, principalmente no que tange a violência contra as mulheres, uma vez que apesar de se ter diversos mecanismos de defesa, a violência doméstica insiste em ser uma problema que não tem fim, daí surge a dúvida, seria o ente estatal culpado pela ineficácia da aplicação das normas? Sem dúvidas sim, visto que a problemática violência doméstica não recebe a devida atenção.

Portanto, vislumbra-se a necessidade de um estudo mais aprofundado a causa específica que vem sendo esquecida pelo Estado e sociedade fazendo com que haja discriminação e mortes cada vez mais frequentes e o desamparo de uma causa mais específica quando se trata do feminicídio contra mulheres negras.

REFERÊNCIAS

ANGELIM, Fábio Pereira, DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling. O Pessoal Torna-se Político: o papel do Estado no monitoramento da violência contra as mulheres. PSICOLOGIA POLÍTICA. VOL. 9. Nº 18. PP. 259-274. JUL. - DEZ. 2009.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. 2006. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 19/02/2021.

BRASIL. **DECRETO Nº 7.958**, DE 13 DE MARÇO DE 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm. Acesso em: 19/03/2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed., São Paulo, Malheiros, pg.793. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. BRASIL. SENTENÇA DE 16 DE FEVEREIRO DE 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**, parte especial, Editora Juspodivm, Salvador, 2016, p. 66;

FON, Lays Conceição Franco. **VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: notas sobre o Femicídio em Salvador/BA**. 2016. ARTIGOS E MONOGRAFIAS.

GIRARDI, Monise Lara. **Responsabilidade civil do Estado frente à violência contra as mulheres** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 nov 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54378/responsabilidade-civil-do-estado-frente-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 24/03/2021.

SIMONATO, Girlene Nascimento; MICHILES, Ronaldo Michiles. **FEMINICÍDIO: UMA REALIDADE BRASILEIRA. ARTIGOS E MONOGRAFIAS**.

SOUZA, Sergio Ricardo. 2018. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: 2ª ed.**, Curitiba, Juruá, pg. 186.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, pg 142. 2001.

PASSINATO, Wânia. PASINATO, Wânia. **Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil**. 2011, p 224. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso: 08/03/2021;

OLIVEIRA, Sabrina Santos de. **A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NEGRA: FEMINICÍDIO**, 2016. ARTIGO E MONOGRAFIA.

FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURG, SÃO PAULO: **INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO**, 2017;

ROZA, Gabriele da Silva. **Violência de gênero contra mulheres negras: reflexões a partir do Mapa da violência** 2015.

Lei do feminicídio: o que é e qual a importância?. Disponível em: <<http://direitosbrasil.com/lei-femicidio-o-que-e-e-qual-importancia/>>. Acessado em: 10 de set de 2020.

Negras são maiores vítimas de homicídio de mulheres no País. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2015/11/mulheres-negras-sao-mais-assassinadas-com-violencia-no-brasil>>. Acessado em: 14/03/2021.

ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acessado em: 09/02021.

VARGAS, MÁRCIA DE. A HISTÓRIA DAS MULHERES NEGRAS NO BRASIL, NO ENFRENTAMENTO DA DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA. SECRETARIA DO ESTADO DA EDUCAÇÃO DO PARANÁ. PDE - PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO EDUCACIONAL. UFPR - UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. CURITIBA, 2016.

Violência doméstica contra as mulheres negras cresce no país. Disponível em: <http://www.fundosocialelas.org/falesemmedo/noticia/violencia-domestica-contra-as-mulheres-negras-cresce-no-pais/15913/>. Acesso em: 23/03/2021.

Mulheres negras são as maiores vítimas de feminicídio no Brasil. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/11/mulheres-negras-sao-as-maiores-vitimas-de-feminicidio-no-brasil/>. Acesso em: 21/03/2021.

PEREIRA, Frederico Valdez, FISCHER, Douglas. **As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos.** Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará.

TEODORO, Marina. **Negligência do Estado atrasa combate à violência doméstica,** 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/negligencia-do-estado-atrasa-combate-a-violencia-domestica,d6b6144eb0c676ae186d1a3e5655f8d8vpjq7dkx.html>. Acesso em: 22/03/2021.

INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE INCÊNDIO

PEDRO HENRIQUE SANTANA BISPO: Bacharelando no curso de graduação em direito do Centro Universitário Una

BARBARA HELENA CARVALHO DE MEDEIROS SOUZA

(coautora)

EDUARDO RODRIGUES DE MELO SOUSA

(orientador)

Resumo: O artigo apresenta as razões que levaram a Taxa de Incêndio instituída pela Lei nº.14.938/2003 no Estado de Minas Gerais, a ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Partindo de premissas gerais, como o conceito de tributo; suas espécies; características e requisitos, passando por análises jurisprudenciais e tributárias, até adentrar nas mais específicas, o estudo e exposição da Lei além os motivos que levaram ao entendimento do Supremo. Traçando todo o processo para que, dessa forma, o leitor possa compreender as razões da Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pela OAB/MG a ter sido julgada procedente. Por fim, é exposta possível solução para o saneamento da inconstitucionalidade, apresentando qual seria a forma mais correta para que o Estado permaneça arrecadando tais valores para custeio do serviço de combate a incêndios em Minas Gerais

PALAVRAS-CHAVE: Direito tributário; Taxas; Fato gerador; Inconstitucionalidade; Taxa de Incêndio.

Abstract: The article presents the reasons that led the Fire Rate instituted by Law No. 14.938 / 2003 in the State of Minas Gerais, to be declared unconstitutional by the Federal Supreme Court. Starting from general premises, such as the concept of tribute; their species; characteristics and requirements, going through jurisprudential and tax analyzes, until entering into more specific ones, the study and exposition of the Law in addition to the reasons that led to the Supreme Court's understanding. Tracing the whole process so that, in this way, the reader can understand the reasons for the Direct Action of Unconstitutionality filed by the OAB / MG to have been considered valid. Finally, a possible solution is exposed for the sanitation of unconstitutionality, presenting what would be the most correct way for the State to continue collecting such amounts for the cost of the fire-fighting service in Minas Gerais.

KEYWORDS: Tax law; Fees; Taxable event; Unconstitutionality; Fire tax.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Taxa de Incêndio Como Espécie Tributária. 2.1. Conceito de Tributo. 2.2. Demais Espécies Tributárias (Imposto, Contribuição de Melhoria, Empréstimo Compulsório e Contribuições Especiais). 2.3. Da Taxa. 2.3.1 Fato Gerador. 2.3.2. Taxa em Razão do Poder de Polícia. 2.3.3. Taxa de Serviço. 3. Taxa de Incêndio. 3.1. Lei Estadual 14.938/2003. 3.2. Hipótese de Incidência e Base de Cálculo. 4. Da Inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio. 4.1. Pontos que Levam À Assertividade da Decisão do STF. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho tem como enfoque a discussão sobre a inconstitucionalidade da Taxa de incêndio no Estado de Minas Gerais. Assunto que foi motivo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, seccional mineira, o debate foi pacificado no Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional a taxa discutida.

Mas, para entender o que motivou a propositura da ADI e toda a discussão, é necessário que se estude essa espécie de tributo, para se chegar aos pontos que levaram a OAB/MG a propor essa ação.

O presente estudo analisa a espécie de tributo denominada taxa. Para tal é necessário que se consiga diferenciar esta das demais espécies de tributos, sua disposição na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, e análise da Lei Estadual 14.938/03, que ensejou tal taxa.

Assim, inicialmente, o trabalho vai demonstrar o conceito doutrinário de tributo, suas características (bem como de cada uma de suas espécies, classificações e competências), com enfoque na taxa, espécie tributária foco do estudo.

Em seguida, será possível que o leitor diferencie a taxa das demais espécies de tributo. E, nos capítulos seguintes, o artigo vai trazer as características precisas e quem são os sujeitos ativo e passivo da relação que enseja a cobrança da Taxa de Incêndio no Estado de Minas Gerais.

Serão ainda explicados, quanto às taxas, os fatos geradores em razão do poder de polícia, e em razão do serviço prestado ou posto à disposição. A partir daí, prosseguiremos com a análise da Lei 14.938/03, que disciplina a taxa em questão, quando serão observados os principais pontos dessa legislação, em especial: a sua base de cálculo; quem está sujeito a essa cobrança; dentre outros. Isso, com o objetivo de entender o dispositivo legal e identificar quais problemas levaram à decisão de inconstitucionalidade da taxa.

Logo após, será analisada a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela OAB/MG, quando será possível se estudar qual

seria a espécie tributária mais adequada para fomentar financeiramente a atividade de combate a incêndios.

2 DA TAXA DE INCÊNDIO COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA

O presente capítulo tem por finalidade traçar um caminho para uma maior compreensão da espécie de tributo central do artigo. Para isso, serão trazidos o conceito de tributo, com a análise básica de cada uma de suas espécies. Em seguida as características, requisitos e particularidades da Taxa.

2.1 Conceito de Tributo

Para dar início à pesquisa do tema principal do trabalho, é necessário um maior esclarecimento do conceito de tributo.

Segundo disposto no artigo 3º, do Código Tributário Brasileiro, "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Para melhor entendimento desse conceito é necessária a explicação de cada um dos pontos dessa definição dada pelo CTN.

- **Prestação Pecuniária** (pecúnia, significa dinheiro em latim): significa dizer que o tributo deve ser pago pelo contribuinte, em regra, através de unidade de moeda corrente ou cheque (vide artigo 162, do CTN), sendo certo que o crédito pago através de cheque somente será considerado extinto com o resgate deste pelo sacado. O Código Tributário Brasileiro também traz a possibilidade de extinção do crédito tributário através do instituto da dação em pagamento em bens imóveis (inciso XI, do artigo 156).

- **Compulsória:** a compulsoriedade vem a ser a obrigação do pagamento, independente da vontade do contribuinte. Não é uma faculdade recolher ou não o tributo. Por força legal, o Estado obriga que o administrado cumpra com a obrigação de pagá-lo.

- **Pagamento em moeda:** aqui é um ponto onde há redundância no CTN, visto que, como já dito, a prestação é pecuniária, tratando-se então de valores pagos apenas em moeda.

- **Não constitua sanção de ato ilícito:** este é um item muito relevante. Aqui o CTN deixa claro que as multas aplicadas pela Administração Pública não poderão ter caráter tributário. É importante que isso tenha destaque, pois as multas também são prestações pecuniárias, compulsórias e pagas em moeda corrente. Entretanto, o Estado

não pode arrecadar com os erros e infrações cometidas pelos cidadãos, diante disso as sanções por atos ilícitos não podem ser tributadas.

- **Instituída por lei:** a obrigação de pagar um tributo só existe se houver uma norma jurídica, com força de lei, para estabelecer essa obrigação. Aqui fica claro o princípio da legalidade, trazido pelo artigo 150, inciso I, da CF.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (BRASIL, 1988. Art.150)

Importante deixar nítido que se entende por Lei, uma norma promulgada pelo Poder Legislativo, de forma que o Executivo não pode criar ou majorar tributos através de regulamentos, decretos ou portarias, exceto casos de imposto de exportação (IE), imposto de importação (II), imposto sobre os produtos industrializados (IPI), imposto sobre operações financeiras (IOF), conforme disposto no § 1º, do artigo 153, da CF.

- **Cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada:** não há juízo de oportunidade ou conveniência por parte da autoridade para a cobrança ou não do tributo. Ou seja, há vinculação à lei ou à atividade exercida pela autoridade administrativa.

Define o art. 142 do CTN que o lançamento é procedimento de exigibilidade do tributo, mostrando-se como atividade administrativa plenamente vinculada. Sendo assim, o lançamento rechaça a discricionariedade em seu processo de formação. (SABBAG, Eduardo. 2020. p.102.)

2.2 Demais Espécies Tributárias (Imposto, Contribuição de Melhoria, Empréstimo Compulsório e Contribuições Especiais)

Dentre as teorias sobre quantas e quais seriam as espécies tributárias apresentadas pela doutrina, duas ganham maior destaque no sistema tributário brasileiro em vigência: uma adota a teoria tripartida, enquanto a outra legitima a teoria pentapartida.

- **Teoria Tripartida:** positivada no artigo 5º, do CTN, bem como nos incisos do artigo 145, da CF, determina como tributos os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria.

- **Teoria Pentapartida:** teoria mais aceita pela doutrina e adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Além dos tributos da teoria tripartida, considera também o empréstimo compulsório e as contribuições especiais.

Leciona Leandro Paulsen sobre o tema:

São cinco as espécies tributárias estabelecidas pela Constituição: imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e a contribuição especial. O Min. MOREIRA ALVES, em voto condutor proferido quando do julgamento do RE 146.733-9/SP, em que se discutiu a constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro instituída pela Lei n. 7.689/88, optou pela classificação quinquipartida, afirmando: “De efeito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o art. 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os arts. 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas”. (PAULSEN, Leandro. 2021, p. 25)

Assim, vejamos:

A) Impostos

Os impostos são os tributos cujo fato gerador independe de qualquer atividade administrativa, incidindo somente na vida privada do contribuinte, seja pela posse de algum bem móvel ou imóvel, transporte de mercadorias, importações ou exportações etc. Além disso, é um dos tributos classificados como não vinculados, ou seja, não há contraprestação direta do ente.

Paulo de Barros Carvalho escreve que:

Com efeito, de balde procuraremos na hipótese de incidência dos impostos uma participação do Estado dirigida ao contribuinte. são fatos quaisquer - *uma pessoa física auferir renda líquida; industrializar produtos; praticar operações financeiras; ser proprietária de bem imóvel; realizar operações relativas à circulação de mercadorias; prestar serviços* etc. (CARVALHO, Paulo de Barros. 2019. p.69)

A CF traz o rol taxativo de impostos e suas competências, sendo impostos da União os trazidos pelos artigos 153, 154 e seus respectivos incisos; impostos dos Estados e do Distrito Federal, os do artigo 155 e incisos; e impostos dos Municípios os listados no artigo 156 e incisos.

B) Contribuição de Melhoria

Com previsão nos artigos 145, inciso III, da CF e artigos 81 e 82, do CTN, e no Decreto-Lei 195/67, a contribuição de melhoria é uma espécie tributária que não encontra definição legal, cabendo à doutrina conceituá-la, assim como fez Hugo de Brito Machado:

*Contribuição de Melhoria é a espécie de tributo cuja obrigação tem como fato gerador a valorização de imóveis decorrente de obra pública. Distingue-se do imposto porque depende de atividade estatal específica, e da taxa porque a atividade estatal de que depende é diversa. Enquanto a taxa está ligada ao exercício regular do poder de polícia, ou a *serviço* público, a contribuição de melhoria está ligada à realização de *obra* pública. (MACHADO, Hugo de Brito. 2015, pg. 777)*

É um tributo vinculado, cujo valor arrecadado tem o objetivo de repor o custo decorrente de obra pública que valorizou imóveis.

Possui competência comum, isto é, todos os entes. Uma vez presente o fato gerador, poderá qualquer um dos entes, seja a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, instituir a contribuição de melhoria.

Sendo assim, o fato gerador da contribuição de melhoria é a atuação do ente em obras públicas que levem à valorização imobiliária, sendo que os contribuintes serão os proprietários dos respectivos imóveis valorizados com essas obras.

Mas é necessário o preenchimento de dois requisitos para que possamos ter o fato gerador, quais sejam:

- Que a pessoa (física ou jurídica) seja proprietária do imóvel;
- Que ocorra a valorização deste imóvel decorrente de obra pública.

C) Empréstimo Compulsório

Disciplinado no artigo 148, CF, esse tributo compreende uma solicitação realizada pela União para arrecadação de verba a ser destinada à cobertura de despesas extraordinárias, elencadas nos incisos do artigo 148, da CF, e artigo 15, do

CTN. Dessa forma a União institui um empréstimo obrigatório onde o cidadão irá contribuir e terá os valores de volta posteriormente. É de competência exclusiva da União que instituirá através de Lei Complementar.

Existem dois tipos de fatos geradores para o tributo em questão: o emergencial e o de investimento. O emergencial, incumbe despesas extraordinárias de calamidade pública, guerra externa ou iminência. Já o de investimento, como o próprio nome já diz, acontecerá quando existir em caráter de urgência ou relevante interesse nacional a necessidade de investimento público.

É de caráter temporário e restituível.

Temporário porque, cessada a causa que instituiu o empréstimo compulsório, a arrecadação deste também deve ser suspensa. E, sobre a suspensão, o STF entende que deve ser de maneira gradativa, conforme RE 121.336/SP.

A Lei Complementar que o criar deverá trazer a forma, os prazos e condições para essa restituição.

D) Contribuições Especiais

Nova espécie de tributo trazida pela Constituição, mais precisamente em seu artigo 149, as contribuições especiais são instrumentos de intervenção do Estado no âmbito econômico e social.

A partir da leitura do dispositivo constitucional, podemos extrair três tipos distintos de contribuições: contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDEs), e contribuições de interesse das categorias profissionais, além da contribuição para o custeio da iluminação pública, introduzida na Carta Magna através da Emenda Constitucional nº 39/2002.

Em regra, as contribuições são de competência da União. Todavia, o texto constitucional (artigo 149, §1º) permite que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem suas próprias contribuições, mais precisamente regime próprio de previdência social para seus servidores.

2.3 Da taxa

Espécie de tributo foco do presente artigo, as taxas não encontram conceito legal. Assim, a doutrina se encarrega de defini-lo.

Vejamos o magistério de Leandro Paulsen:

O interesse público impõe ao Estado que exerça o poder de polícia administrativa e que preste determinados serviços.

Contudo, não há por que toda a sociedade participar do custeio de tais atividades estatais quando sejam específicas, divisíveis e realizadas diretamente em face de ou para determinado contribuinte que a provoca ou demanda. Daí a outorga de competência para a instituição de tributo que atribua o custeio de tais atividades específicas e divisíveis às pessoas às quais dizem respeito, conforme o custo individual do serviço que lhes foi prestado ou fiscalização a que foram submetidas, com inspiração na ideia de justiça comutativa. (PAUSEN, Leandro. 2021. p. 26)

Está disciplinado no artigo 145, II e § 2º, da Carta Magna, e nos artigos 77 a 80, do CTN.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (BRASIL, 1988. Art. 145)

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. (BRASIL, 1966. Art. 77)

Nas palavras dos doutrinadores Aliomar Baleeiro e Misabel Derzi:

“taxa é o tributo cobrado de alguém que se utiliza de serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou o tem à sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos”. (BALEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado 2018. pg. 840)

É de competência comum, ou seja, uma vez presente seu fato gerador, todos os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) podem instituir o tributo, o qual tem como sujeito passivo quem irá desfrutar, de forma efetiva ou potencial, do serviço prestado.

O pagamento desse tributo será em razão de uma contraprestação estatal. Assim sendo, trata-se de um tributo vinculado, sendo que o valor arrecadado será destinado exclusivamente ao fato gerador deste.

As taxas são separadas em duas espécies: as chamadas taxas em razão do poder de polícia, e aquelas em razão de serviço prestado ou colocado à disposição. Ambas serão discutidas nos próximos tópicos.

A base de cálculo de um tributo, ainda segundo Aliomar Baleeiro e Misabel Derzi, é:

“Base de cálculo de um tributo é a ordem de uma grandeza que, posta na consequência da norma criadora do tributo, presta-se a mensurar o fato descrito na hipótese, possibilitando a quantificação do dever tributário, sua graduação proporcional à capacidade contributiva do sujeito passivo e a definição da espécie tributária” (BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. 2000, pg. 551)

No caso das taxas, deve haver uma correlação lógica com os custos do serviço público realizado ou colocado à disposição, e não podem ter toda a base de cálculo própria de impostos.

Importante apontar que a taxa não precisa ser efetivamente utilizada. A partir do momento em que aquele serviço é colocado à disposição do contribuinte, este tem obrigação de pagá-lo.

Utilizando como exemplo a taxa de lixo, supõe-se que uma pessoa não descarte lixo pois organiza descartes de reciclagem em sua residência. Mas o só fato de o serviço ter sido colocado à disposição para aquele cidadão, já faz existir a obrigatoriedade quanto ao seu pagamento, ainda que não utilizado de forma efetiva.

2.3.1 Fato Gerador

O fato gerador é a expressão utilizada para referir-se a um fato ou um conjunto deles que, quando se enquadram no modelo descrito legalmente, geram a obrigação do contribuinte em relação a determinado tributo. É a subsunção - o encaixe perfeito - da hipótese de incidência tributária no fato da vida.

O doutrinador Eduardo Sabbag destaca a estrutura desse fato:

“é relevante destacarmos a existência dos seguintes aspectos estruturantes do fato gerador: Pessoal: sujeitos ativo e passivo; Temporal: momento em que ocorre o fato gerador; Espacial: local

em que ocorre o fato gerador; Material: descrição do cerne da hipótese de incidência; Quantificativo: base de cálculo e alíquota. (SABBAG, Eduardo. 2020, pg. 252)

Fazendo uma análise dos aspectos apontados acima, pode-se entender como sujeitos ativos os entes que têm o poder de legislar sobre esses tributos (União, Estados, DF e Municípios) ou aqueles que atuam na fiscalização ou na arrecadação tributária (entidades parafiscais).

Os sujeitos passivos que farão parte do lado devedor da obrigação, serão aqueles que têm relação direta (ou indireta no caso de representação de terceiros) com o fato gerador e que serão os contribuintes do tributo.

Com relação aos aspectos temporal e ao espacial, são autoexplicativos, sendo respectivamente o momento e o local em que ocorre o fato gerador. Material será o próprio conjunto de ações que irão se encaixar na hipótese descrita na lei. E por último, a ideia do quantitativo, que será explicitado de forma superficial pois em momento oportuno será tratado de forma mais completa.

A base de cálculo é a grandeza econômica na qual incidirá a alíquota para cálculo do tributo, ou seja, a base é o valor total do bem e a alíquota é a porcentagem ou parte deste todo que será tributado.

2.3.2 Taxa em razão do poder de polícia

Para iniciar o estudo das taxas em razão do poder de polícia, é importante trazer o artigo 78, do CTN, que conceitua esse poder como:

“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.”

O poder de polícia pode então ser visto como o conjunto de atos que a Administração Pública tem com o intuito fiscalizatório, regular práticas na sociedade através de seus entes legalmente disciplinados.

Sacha Calmon explica que “As taxas de polícia se dão pela realização de atos administrativos com base no poder geral de polícia, diretamente relacionados à pessoa do contribuinte.”

Ainda no artigo 78, do CTN, agora em seu parágrafo único, o legislador traz:

“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.”

Aqui se pode citar de exemplo a fiscalização de estabelecimentos para emissão de alvará de funcionamento, onde o órgão responsável irá analisar as condições do local para que, se dentro dos padrões estabelecidos em lei, possa emitir um alvará liberando a atividade naquele estabelecimento. Para isso é cobrada uma taxa.

Por fim deve-se frisar que poder de polícia não há de ser confundido com o policiamento ostensivo, ou pela polícia judiciária. Poder de polícia, aqui na seara tributária, bem como na administrativa, é um órgão administrativo concedendo ou cerceando algum direito do contribuinte em razão de um bem maior: a coletividade.

2.3.3 Taxa de serviço

A taxa de serviço, como já diz a própria nomenclatura, é aquela cobrada em razão de uma prestação de serviço pelo ente (União, Estados, DF ou Municípios) de forma específica e divisível. Esse serviço poderá ser efetivamente usufruído ou apenas colocado à disposição do contribuinte.

A especificidade e a divisibilidade são requisitos cumulativos para a exigibilidade do serviço, além disso, existem duas características básicas quando se fala em taxas em razão de serviço, a efetividade e potencialidade.

O CTN, em seu artigo 79, elenca esses requisitos e características:

“Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.”

Sendo assim, extrai-se da lei quatro características essenciais da taxa em razão de serviço, sendo elas: efetividade ou potencialidade, especificidade e divisibilidade.

Entende-se como eletiva a real prestação do serviço público pelo ente e usufruto ativo deste pelo contribuinte. Já em relação à potencialidade, esta ocorre quando o serviço é disponibilizado pelo ente mas o contribuinte dele não usufrui, sendo entendido como de utilização potencial.

No que tange aos outros dois requisitos o doutrinador Hugo de Brito Machado Segundo dispõe:

Por isso, quando se tratar de serviço público, este deve ser específico, e divisível, ou seja, deve ser possível determinar a qual contribuinte o serviço está sendo prestado, e quanto desse serviço está sendo aproveitado, utilizado ou posto à disposição desse mesmo contribuinte, individualmente, até para que seja possível dimensionar o valor da taxa a ser exigido de cada sujeito passivo. (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. 2019, pg 44)

3. TAXA DE INCÊNDIO

Nos tópicos a seguir será analisada a taxa tema do presente artigo. Será feita a exposição do texto legislativo além de uma análise hermenêutica sobre quais seriam as reais intenções e ideias dos legisladores ao criar os artigos 113, inciso IV, parágrafos 2º e 3º; 115, § 2º, incisos I a III; 116, § 1º; e item 2 da Tabela “b”, todos da Lei nº 6.763/1975, com a redação conferida pela Lei nº 14.938/2003.

3.1 Lei Estadual 14.938/2003

A referida lei alterou diversos artigos da lei nº 6.763/75, que consolida a legislação tributária no Estado de Minas Gerais. Dentre as alterações, destacam-se os artigos 113 e incisos, 115 e incisos, e 116, alvos de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Seguem os trechos atacados a seguir:

“Art. 113. A Taxa de Segurança Pública é devida:

[...]

IV - pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios.

[...]

§ 2º A receita proveniente da arrecadação da Taxa de Segurança Pública fica vinculada à Secretaria de Estado de Defesa Social, observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º O produto da arrecadação da taxa a que se refere a Tabela B anexa a esta Lei será aplicado, no percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento), no reequipamento da unidade operacional de execução do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais sediada no Município onde foi gerada a receita.

[...]

Art. 115. A Taxa de Segurança Pública tem por base de cálculo os valores expressos em UFEMG constantes nas Tabelas B, D e M anexas a esta Lei, vigentes na data do efetivo pagamento, observado o prazo legal.

[...]

§ 2º A taxa prevista no item 2 da Tabela B terá seu valor determinado pelo Coeficiente de Risco de Incêndio, expresso em megajoules (MJ), que corresponde à quantificação do risco de incêndio na edificação, obtido pelo produto dos seguintes fatores:

I - Carga de Incêndio Específica, expressa em megajoules por metro quadrado (MJ/m²), em razão da natureza da ocupação ou uso do imóvel, respeitada a seguinte classificação:

[...]

b) comercial ou industrial, conforme Tabela C-1 do Anexo C da NBR 14432 da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT -, observado o disposto nos §§ 3º a 6º deste artigo;

II - área de construção do imóvel, expressa em metros quadrados;

III - Fator de Graduação de Risco, em razão do grau de risco de incêndio na edificação, conforme a seguinte escala:

[...]

b) Carga de Incêndio Específica até 2.000 MJ/m²: 1,0 (um inteiro) para as classes a que se referem os incisos II e III do § 3º deste artigo;

c) Carga de Incêndio Específica acima de 2.000 MJ/m²: 1,50 (um inteiro e cinquenta centésimos) para as classes a que se referem os incisos II e III do § 3º deste artigo.

[...]

Art. 116. Contribuinte da Taxa de Segurança Pública é a pessoa física ou jurídica que promova atividade prevista nas Tabelas B, D e M anexas a esta Lei, ou dela se beneficie.

§ 1º Contribuinte da Taxa de Segurança Pública prevista no item 2 da Tabela B é o proprietário, o titular do domínio ou o possuidor, a qualquer título, de bem imóvel por natureza ou por acessão física situado na zona urbana, assim definida na legislação do respectivo Município.”

A taxa de segurança pública pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios - ou simplesmente taxa de incêndio - é o tributo pelo serviço de combate a incêndios posto à disposição pelo Estado de Minas Gerais. Conclui-se, pela leitura da redação legal, e a partir da análise do capítulo anterior deste trabalho, que o tributo é uma taxa de serviço de uso potencial.

O tributo foi instituído com a intenção de reaparelhar e aprimorar o Corpo de Bombeiros de Minas Gerais com equipamentos adequados para o exercício da atividade, treinamentos, equipes qualificadas, entre outras melhorias para a corporação.

3.2 Hipótese de Incidência e Base de Cálculo

O pagamento da Taxa de Incêndio era devido às edificações não residenciais situadas em área urbana. Eram isentos ao tributo os edifícios elencados no artigo 114, §2º da Lei 14.938/2003, entre eles: utilizados por órgão público e demais pessoas jurídicas de direito público interno (inciso I), utilizado por qualquer templo religioso (inciso VI), utilizado por Microempreendedor Individual - MEI (inciso VII).

Quanto à base de cálculo, a Taxa de Incêndio era calculada em função do grau de risco de incêndio de cada imóvel. Eram levados em consideração aspectos como ocupação e atividade exercida em relação à área da edificação.

A lei trazia uma tabela com o CRI - Coeficiente de Risco de Incêndio e os respectivos valores a serem pagos pelo contribuinte. Para se chegar a esse coeficiente, deveriam ser multiplicados a Carga de Incêndio Específica (CIE) pelo Fator de Graduação de Risco (FGR) pela área construída (A). Logo, tinha-se a seguinte fórmula para que fosse encontrado o CRI:

$$\text{CRI} = \text{CIE} \times \text{FGR} \times \text{A}$$

Salutar abordar que no caso de condomínio, sendo edificações com prédios e salas, haveria a somatória da área privativa, vaga de garagem e área comum atribuída proporcionalmente à unidade autônoma. A CIE (Carga de Incêndio Específica) é localizada a partir da classificação nacional da atividade econômica (vide anexo II da Resolução 3518/2004 para os exercícios de 2004 a 2006 e o Anexo XIV do Decreto nº. 43.080/02 para os exercícios a partir de 2007). O Fator de Graduação de Risco será de 1,00 para CIE de até 2.000 megajoules e de 1,50 para CIE acima de 2.000 megajoules.

Calculado o CRI, basta verificar os valores constantes na tabela B anexa à Lei 6.763/75, expressos em UFEMG (Unidade Fiscal do Estado de Minas Gerais), e multiplicar pelo valor da UFEMG do exercício de vencimento.

Exercício	Valor
2014	2,6382
2015	2,7229
2016	3,0109
2017	3,2514
2018	3,2514

2019	3,5932
------	--------

A seguir, tem-se a tabela trazida pela Lei 14.938/03 com o CRI e os respectivos valores a serem pagos pelo contribuinte, conforme informações obtidas no site http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/taxas/taxa_incendio/criterios.html, acesso em 08 de abril de 2021.

CRI - Coeficiente de Risco de Incêndio da edificação, em megajoule (MJ). (1)	Valor da taxa em UFEMG (2)
Até 10.000 MJ	10,00
De 10.001 a 20.000 MJ	20,00
De 20.001 a 30.000 MJ	40,00
De 30.001 a 40.000 MJ	80,00
De 40.001 a 60.000 MJ	130,00
De 60.001 a 80.000 MJ	160,00
De 80.001 a 200.000 MJ	200,00
De 200.001 a 400.000 MJ	300,00

De 400.001 a 600.000 MJ	450,00
De 600.001 a 1.200.000 MJ	600,00
De 1.200.001 a 2.000.000 MJ	750,00
De 2.000.001 a 4.000.000 MJ	900,00
De 4.000.001 a 8.000.000 MJ	1.100,00
De 8.000.001 a 12.000.000 MJ	1.300,00
Lembre-se: acima de 12.000.000 MJ acrescer 50 UFEMG para cada 1.000.000 MJ ou fração excedente.	

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE INCÊNDIO

Em agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.411, entendendo ser inconstitucional a cobrança da taxa de incêndio, por 6 votos a 4.

A ação foi movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CF/OAB, que questionou os requisitos da taxa (especificidade e divisibilidade), além de afirmar ser um tributo não compatível com o financiamento de serviços de segurança pública. Foi arguida, também, afronta ao artigo 144, *caput*, inciso V, § 6º e 145, inciso II, § 2º, da CF.

Analisemos, a seguir, o porquê de a decisão do STF ter sido acertada.

4.1 Pontos que levam a assertividade da decisão do STF

Como já explicado no presente artigo, as taxas têm caráter contraprestacional, sinalagmático e devem ser cobradas do contribuinte pela utilização de serviços públicos específicos e divisíveis.

O Corpo de Bombeiros é uma das corporações elencadas no artigo 144, da Carta Magna, como responsáveis pela segurança pública, a qual é exercida “para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, conforme afirma o *caput* do dispositivo.

Além da Lei Maior Federal, cabe analisar também o que traz a Constituição do Estado de Minas Gerais no tocante à atividade do Corpo de Bombeiros:

Art. 142 – A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa do último posto, competindo:

[...]

II – ao Corpo de Bombeiros Militar, a coordenação e a execução de ações de defesa civil, a prevenção e combate a incêndio, perícias de incêndio, busca e salvamento e estabelecimento de normas relativas à segurança das pessoas e de seus bens contra incêndio ou qualquer tipo de catástrofe;

Capta-se da leitura do texto que os constituintes federais e estaduais elencaram como parte da segurança pública a extinção de incêndios, visando, assim, a preservação das pessoas e do patrimônio. Escreve Leandro Paulsen sobre o tema:

“Não se admite, porém, a cobrança de taxa pela prestação de serviços que a Constituição diz serem deveres do Estado e direito de todos, tais como os de saúde e de segurança, devem ser prestados gratuitamente, não podendo dar ensejo à instituição e cobrança de taxas.” (PAULSEN, Leandro. 2021, p. 26)

Portanto, o combate a incêndios é dever do Estado, de interesse geral, não sendo possível a sua individualização, elemento que, como visto, é essencial para a caracterização da taxa.

Inclusive, esse já era o entendimento sido consolidado pela Corte Suprema desde 2017, quando do julgamento do RE 643.247, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello - também relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade objeto do presente estudo - que assim votou:

“A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como viabilizá-la a

arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim.”

Como já mencionado acima, a Taxa de Incêndio afronta claramente as imposições do conceito de taxa, em especial a divisibilidade e especificidade, ambos listados no artigo 145, inciso II, da Carta Magna.

Tanto a especificidade quanto a divisibilidade não são vistas na taxa em questão, pois não há como dimensionar quem serão os contribuintes que irão usufruir do serviço. Refere-se aqui a atos de interesse público, logo toda a sociedade irá desfrutar dos benefícios destes.

O serviço de segurança pública, como o desempenhado pela polícia civil ou militar, é um serviço prestado para manter a ordem pública, das pessoas e do patrimônio, não sendo possível dizer que somente um número específico de cidadãos irá gozar dos benefícios que a execução daquele serviço trará.

Luciano Amaro dispõe com maestria:

os impostos se destinam a financiar as atividades *gerais e indivisíveis* do Estado, enquanto as *taxas* objetivam financiar serviços *divisíveis* do Estado, mediante a cobrança das *pessoas que se beneficiam desses serviços*, com o que se evita onerar *todos* (por meio de impostos) com o custo de serviços que só aproveitam a *alguns*. À vista disso, se determinado serviço estatal é posto à disposição de um *grupo de indivíduos da comunidade*, é de justiça que o serviço seja financiado pelos indivíduos integrantes *desse grupo que dispõe do serviço*. Não seria justo que toda a comunidade suportasse o custo do serviço que só atinge parte dela. Mas também não seria justo deixar de cobrar a taxa dos indivíduos integrantes do grupo a cuja disposição está posto o serviço.

E completa:

Ora, quanto aos serviços (divisíveis) que o Estado põe à disposição de toda a comunidade, se se quiser cobrar de todos os membros da comunidade, não é preciso criar taxas; eles podem ser financiados com os impostos. A razão de ser taxa está exatamente em que ela pode ser cobrada apenas de quem efetivamente utilize o serviço. (AMARO, Luciano. 2010. pg.62)

Portanto, trata-se de serviço que não pode ser remunerado através de taxa, havendo evidente afronta ao texto constitucional e, por isso, outra não poderia ser a

decisão senão pela inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio instituída através da Lei Mineira 14.938/2003.

5. CONCLUSÃO

Todas as análises, desde conceito de tributo, passando por cada uma de suas espécies, principais características, fato gerador, até o aprofundamento na taxa foco do presente artigo, teve como intuito um maior entendimento para chegar-se ao grande problema encontrado: a inconstitucionalidade da Taxa de Incêndio.

Dessa forma, após todo estudo realizado, considerando as definições legais, doutrinárias e também jurisprudenciais explicitadas no presente trabalho, é notório que a Taxa de Incêndio confronta a Constituição Federal por: (i) Não atender aos requisitos elencados no artigo 145, especificidade e divisibilidade, pontos básicos para a construção do tributo taxa; (ii) Referir-se a serviço de segurança pública, sendo dever do poder público a utilização de valores arrecadados através de imposto para custeá-lo.

Dos pontos que levam a taxa foco do presente artigo ser considerada inconstitucional, ficou evidente que todos afrontam a Carta Magna no que diz respeito ao encaixe da Lei no conceito do tributo **taxa**.

Sendo assim, a possível solução para a questão da inconstitucionalidade é que o poder público custeie esse serviço com as contribuições arrecadadas através de impostos. Assim não haverá afronta à Constituição Federal, haja vista que além de não haver a divisibilidade e a especificidade como requisito, os impostos são os tributos pelos quais os serviços de segurança pública devem ser cobrados.

9. BIBLIOGRAFIA

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro - CTN Comentado**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Editora. Forense, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2019.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2019.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora. Forense, 2000.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 12ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 3ª Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**, 11ª edição . Grupo GEN, 2019.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 16ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17ª Ed. Grupo GEN, 2019

CRITÉRIOS PARA CÁLCULO DE TAXA DE INCÊNDIO. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/taxas/taxa_incendio/criterios.html>. Acesso em: 08 abril 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 643247 - SÃO PAULO - INTEIRO TEOR. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770040361/recurso-extraordinario-re-643247-sp-sao-paulo/inteiro-teor-770040368>>. Acesso em: 08 abril 2021.

KARIN RAMALHO PEREIRA:

Bacharelanda do Curso de Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas

ANA PAULA BIANCHETTO¹¹

(coautora)

RENATA MIRANDA DE LIMA¹²

(orientador)

RESUMO: O artigo aqui apresentado aborda o instituto do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, não previsto em Lei até o momento. Nesse sentido o direito de ser esquecido trata-se da possibilidade de o indivíduo ter informações a seu respeito (que ocorreram no passado) não sejam divulgadas, assegurando o seu Direito de não ser lembrado de fatos pretéritos de forma perpetua (pena eterna). Este direito baseia-se no entendimento que com o tempo informações que antes tinham interesse coletivo/público modificam seu status, havendo um conflito legal entre o direito à privacidade, honra, imagem e o direito à informação. O texto maior brasileiro assegura tanto o direito a privacidade quanto o direito a informação. Por decisão majoritária, em fevereiro de 2021, o STF, concluiu que é incompatível com a Constituição Federal o entendimento relacionado ao “Direito ao esquecimento” que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. Para o STF eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados de forma individual em caso concreto, fundamentado em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil. Nesse sentido a pesquisa tem objetivo de abordar os distintos posicionamentos acerca do direito ao esquecimento e princípios observados pela constituição. Como metodologia utilizou-se o referencial bibliográfico com base em artigos, livros, Lei Seca, e demais documentos que sustentassem o tema. As conclusões da pesquisa pairam no entendimento que a melhor saída ao problema seja a edição de legislação específica que balize a questão, visto que atualmente essa liberdade que o STF trouxe a questão ainda traz entendimentos dúbios e que podem gerar decisões

11 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2021.

12 Professora orientadora do artigo. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano – CEULJI, Ji-Paraná, RO. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto, RS. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR.

equivocadas ou destoadas a observação aos direitos individuais (vida privada, dignidade da pessoa humana, intimidade e honra, assegurados pela CF/88) nos tribunais brasileiros. Além de abrir margem para eventuais meios de comunicação exporem a vida de forma desordenada trazendo grandes prejuízos ao indivíduo, sendo submetido a uma pena perpétua frente a eventos cometidos no passado.

Palavras-chave: Direito. Esquecimento. Pena eterna.

ABSTRACT: The article presented here addresses the institute of the right to be forgotten in the Brazilian legal system, which has not been provided for in the Law until now. In this sense, the right to be forgotten is the possibility of the individual having information about him (which occurred in the past) not being disclosed, ensuring his right not to be remembered of past facts in perpetual form (eternal penalty). This right is based on the understanding that, over time, information that previously had a collective / public interest changes its status, therefore there is a legal conflict between the right to privacy and the right to information. The largest Brazilian text ensures both the right to privacy and the right to information and the Supreme Federal Court ruled in February 2021 that By majority decision, on Thursday (11), the Supreme Federal Court (STF) concluded that it is incompatible with the Federal Constitution the understanding related to the right to be forgotten that makes it possible, due to the passage of time, to prevent the disclosure of facts or truthful data in the media. For the STF, any excesses or abuses in the exercise of freedom of expression and information must be analyzed individually in a specific case, based on constitutional parameters and on criminal and civil legislation. In this sense, the research aims to address the different positions regarding the right to be forgotten and principles observed by the constitution. As methodology, the bibliographic reference was used based on articles, books, Prohibition Law, and other documents that supported the theme. The research conclusions hover in the understanding that the best solution to the problem is the edition of specific legislation that marks the issue, since currently this freedom that the STF brought the question still brings dubious understandings and that can generate wrong or unreasonable decisions the observation to the individual rights (private life, human dignity, intimacy and honor, guaranteed by CF / 88) in Brazilian courts. In addition to opening up the possibility for any means of communication to expose life in a disorderly manner, causing great damage to the individual, being subjected to a perpetual sentence in the face of events committed in the past.

Keywords: Right. Forget. Eternal penalty.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2. DIREITO AO ESQUECIMENTO; 2.1 A aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio; 2.2 Dignidade da Pessoa Humana; 2.3 Direitos de personalidade, privacidade, informação; 2.4 Entendimento do STF; 2.5 Críticas ao entendimento atual do STF quanto ao Direito ao Esquecimento; 3. CONCLUSÕES; 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos 20 anos muito se tem falado sobre o “Direito ao Esquecimento”. Trata-se do Direito que o indivíduo possui de que um fato, mesmo que considerado “verdade”, não venha a público. Visto que este fato o pode trazer prejuízos, transtornos, nas distintas esferas da vida humana.

O direito possui assento legal considerado como uma vertente do direito a vida privada, dignidade da pessoa humana, intimidade e honra, assegurados pela CF/88 (art. 5º, X), (art. 1º, III, da CF/88) e pelo CC/02 (art. 21).

A justificativa da proposta está no entendimento atual do STF que afirma que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, de modo que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso. Isto dá uma margem ainda maior para eventuais meios de comunicação exporem a vida de forma desordenada trazendo grandes prejuízos ao indivíduo.

Em realidade a discussão baseia-se na seguinte problemática: o indivíduo que cometeu um ato em uma situação pretérita da vida deverá ter seu nome eternamente vinculado a este fato?

A resposta é humanista. Com base na possibilidade de mudança por parte dos seres humanos, nós como indivíduos em constante mutação, podemos mudar nossa conduta, tomando uma forma de viver distinta. Além disso, é importante ressaltar que, mesmo que o indivíduo tenha cometido um ato danoso, a partir do momento que paga sua pena, que se regenera, tem o direito de pedir a retirada de um conteúdo ou informação negativa dos meios de comunicação, não sendo prejudicado com esta reputação manchada de forma eterna. Até mesmo pelo que a Constituição Federal proíbe penas de caráter perpétuo.

Assim, pode-se entender que o direito ao esquecimento é o direito de não ser penalizado eternamente, o direito de viver uma vida nova, não tendo informações pretéritas negativas divulgadas, podendo ser munição para um julgamento sobre a atual conduta do indivíduo.

Com base nestes entendimentos apresenta-se algumas abordagens sobre o posicionamento histórico da doutrina sobre o direito ao esquecimento; aborda-se o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao esquecimento; fazendo um comparativo sobre os direitos de personalidade, privacidade, informação e o direito de ser esquecido; apresentando por fim os conflitos legais sobre os direitos fundamentais e o direito ao esquecimento; e, o posicionamento do STF sobre o tema.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento está ligado à possibilidade do indivíduo de não ter certas informações divulgadas.

De acordo com Costa (2013),

Não há consenso doutrinário acerca de sua conceituação, porém, inegável é o fato de que a alteração no modo como os indivíduos lidam com suas lembranças em uma realidade marcada por inovações tecnológicas foi determinante para a promoção desse direito (COSTA, 2013, p. 185).

Seja na mídia em geral, ou seja, na própria internet, ou em bancos de dados de acesso público informações pretéritas negativas podem prejudicar a vida presente do indivíduo. É um problema relativamente novo que surgiu a partir da discussão entre o direito de acesso a informação e demais direitos de personalidade (vida privada, dignidade da pessoa humana, intimidade e honra, assegurados pela CF/88).

Segundo Silva e Silva,

O direito de ser esquecido é a possibilidade de o indivíduo ter as informações que ocorreram no passado não sejam divulgadas, tendo assim assegurado o direito de não ser lembrado para sempre sobre fatos ocorridos no passado, uma vez que com o decorrer do tempo, as informações que tinham um interesse coletivo deixam de ter interesse público. Ocorrendo assim um conflito entre o direito à privacidade e o direito à informação, como a Constituição Federal assegura a todos esses direitos em uma eventual colisão de direitos se faz necessário utilizar a técnica de ponderação, ao utilizar essa técnica um determinado direito vai se sobrepor ao outro, para que assim possa ocorrer uma solução harmônica para os conflitos (SILVA; SILVA, 2020, p. 1).

Além deste, apresenta-se o posicionamento de Moreira e Medeiros (2016, p. 72) que afirmam que "O chamado direito ao esquecimento é oriundo de construção jurisprudencial, cuja matriz originária reside na Europa".

Trata-se do direito que o indivíduo possui em evitar que um fato ocorrido em determinado momento de sua vida (passado), seja exposta a sociedade, nas redes sociais, em jornais, em qualquer meio de comunicação, causando-lhe transtornos ou aborrecimento. Isto inclui tanto fatos que sejam verídicos como inverídicos.

Quando analisado a nomenclatura do direito ao esquecimento, pode ser denotar como "direito de estar só" ou "direito de ser deixado em paz". Trazendo para

a perspectiva internacional sobre o tema pode-se apresentar a abordagem dada nos Estados Unidos da América, sendo conhecido como "*the right to be let alone*", assim como em países de língua espanhola, é celebrado de "*derecho al olvido*" (STJ, 2021).

Resumidamente pode ser entendido como a possibilidade do indivíduo ter apagado informações ocorridas no passado, ou que tais informações não sejam divulgadas; o indivíduo tem assegurado o direito de não ser lembrado para sempre sobre fatos que desabonem a sua conduta, o seu ser, ou venha lhe trazer qualquer tipo de prejuízo. Que estas informações "de algum modo de interesse coletivo", deixem de ser públicas (MARTINS, 2014).

O direito ao esquecimento se apresenta na doutrina como um conflito direto sobre princípios constitucionais importantíssimos como o direito à liberdade de expressão e o direito a informação. Há ainda divergência entre os direitos a vida privada e os direitos a informação (SILVA; CALDAS, 2019).

Em realidade o legislador não se movimentou até o momento quanto ao direito ao esquecimento, ainda que haja um ou outro projeto de lei que aborde a questão, mas algo concreto que realmente traga não existe.

Nesse sentido apresente-se um caso de direito ao esquecimento, denominado "Caso Ainda Curi". Santos e Jacobs (2020),

Em 1958 uma jovem de 18 anos, a terceira dos cinco filhos de um casal de imigrantes sírios, foi assassinada por 3 homens. Eles a levaram para o Edifício Rio Nobre, em Copacabana/RJ, a espancaram brutalmente depois de um infrutífero estupro e a jogaram do 12º andar. Dois dos criminosos, um deles menor de idade, eram homens da classe média carioca e o outro era o porteiro do prédio. O crime foi fartamente debatido na mídia e seguiu sem punições. Passados cinquenta anos do ocorrido, a vida e a morte de Aída Curi viraram tema de uma reportagem especial da TV Globo, veiculada no programa conhecido por Linha Direta. Os irmãos de Aída ajuizaram, então, uma ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da rede Globo, afirmando que, apesar de o crime ter sido intensamente divulgado no noticiário da época, com o passar dos anos foi esquecido e que o programa teria aberto novamente as feridas ao explorar a imagem da vítima. A ação foi julgada improcedente tanto em primeiro quanto em segundo grau e a discussão chegou ao STJ pelo RESP nº 1.335.153-RJ, interposto pelos autores. O Ministro Relator Luís Felipe Salomão analisou a questão do uso indevido da imagem da falecida, citou o conflito

entre liberdade de informação/expressão e proteção da memória individual e salientou ainda não existirem critérios únicos e definitivos para a ponderação do direito ao esquecimento, bem como em relação aos efeitos decorrentes de sua aplicação quando os fatos envolvem pessoas públicas, local público, ocorrência de crime e evento histórico. No caso Aída Curi o julgador ressaltou que a ação poderia ter sido subdividida em duas: a primeira seria relativa à indenização pela lembrança das dores passadas e a segunda relacionada ao uso comercial da imagem da falecida. Na época, ressaltou a aprovação do Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil, segundo o qual a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento e abrange as vítimas como dignas desse direito, mas que, no caso específico, acolher o direito ao esquecimento, com a consequente indenização, significaria corte à liberdade de imprensa se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. A justificativa é que a programação foi ao ar cinquenta anos após o acontecimento e que, além disso, se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o fim de retratar o caso 'Aída Curi sem Aída Curi'. Também não houve indenização pelo uso da imagem porque não se considerou que ela ocorreu de maneira degradante ou desrespeitosa, não sendo, ao final, indevida ou digna de reparação. O STF, via recurso dos autores, reconheceu a repercussão geral no tema e viu a oportunidade de analisar se o direito ao esquecimento pode ser aplicado na esfera civil; o Google entrou no processo como uma das partes interessadas, bem como a Abraji (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo), o ITS-Rio (Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro), a Artigo 19, o IBDCIVIL (Instituto Brasileiro de Direito Civil), o Instituto Palavra Aberta, o Instituto de Direito Partidário e Político/PLURIS e a Yahoo! do Brasil. (JACOBS, 2020, p. 1-2)

Cite-se também o julgamento realizado em fevereiro de 2021 do Recurso Extraordinário (RE – 1010606), matéria de repercussão geral, onde alguns familiares da vítima de um crime, que teve grande repercussão nos anos 1950, na cidade do Rio de Janeiro, buscavam reparação, frente a divulgação da Reconstituição do caso, em 2004, no programa "Linha Direta", da TV Globo, sem prévia autorização. Depois de quatro sessões de debates, o julgamento concluído, tendo por entendimento o direito ao esquecimento sendo incompatível com a Constituição Federal, de modo que eventuais

excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso (STF, 2021).

Em realidade o entendimento atual do STF sofre críticas. Inclusive por parte do posicionamento deste artigo, afirmando que os prejuízos causados por algumas destas informações são maiores do que os benefícios de trazer estas informações ao conhecimento da sociedade, por parte dos meios de comunicação.

O entendimento, ou idéia central dos juristas que se apoiam nesta idéia, fundamentam-se no entendimento que nós humanos, dotados de cognição, temos condições de melhorar nossos comportamentos, nossas condutas, e não devemos sofrer as consequências de um momento, ou uma fase da vida considerada turbulenta, ou cheia de erros. É possível melhorar a nossa conduta e não devemos pagar de forma infinita e eterna por erros cometidos no passado e que neste momento não mais são realizados. Ou até mesmo que a pena tenha sido cumprida com a sociedade. Oposto a isso, seria considerado como uma pena eterna (STJ, 2021).

Com base nesta abordagem inicial apresenta-se alguns posicionamentos históricos sobre o direito ao esquecimento.

2.1 A aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio

Apresenta-se neste sentido alguns importantes posicionamentos do STF, e de cortes internacionais sobre o direito ao esquecimento e ao conflito de interesses. Em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito ao esquecimento como tema de repercussão geral (786) com base na possibilidade da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil. Este poderá ser invocado pela própria vítima ou até mesmo por seus familiares conforme o ARE 833.248 RG, paradigma substituído pelo processo RE 1.010.606 (STF, 2018).

Este entendimento se deu a partir de 12 de junho de 2017 quando foi realizada audiência pública, convocada pelo Ministro do STF Dias Toffoli, relator do RE 1.010.606. Nesta ação o objeto era o direito de uma família de não reviver uma circunstancia que trazia sofrimento, em virtude do falecimento de um ente querido, pois os detalhes do seu assassinato foram divulgados em programa de televisão em rede nacional (STF, 2021).

Esta ação foi um marco no que diz respeito ao direito de ser esquecido. Em realidade este direito já vem sendo amplamente discutido na Europa. Segundo o Boletim Jurídico espanhol (*Google Spain S.L, Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD), Mario Costeja González (C-131/12)) julgado em Julgado em 13/05/2014 evidenciou,

Em 2010, o Sr. Mario Costeja González, cidadão espanhol, ajuizou ação contra a editora La Vanguardia Ediciones SL1 e contra as empresas Google Spain e Google Inc. perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD). O Sr. González alegou que, caso um internauta digitasse seu nome no mecanismo de busca do grupo Google (Google Search), a lista de resultados mostrava links para duas páginas do jornal La Vanguardia, de janeiro e março de 1998. Essas páginas expunham o anúncio de um leilão imobiliário organizado após processo de penhora para a quitação de dívidas previdenciárias devidas pelo Sr. González. O requerente solicitou que a editora retirasse ou alterasse as páginas em questão, com o intuito de ocultar seus dados pessoais, ou que utilizasse ferramentas específicas para proteger os dados nos mecanismos de busca. Em seguida, requereu que as empresas Google Spain e a Google Inc. removessem ou ocultassem os dados pessoais a ele relacionados, para que essas informações não mais aparecessem nos resultados de pesquisa e links referentes à La Vanguardia. A AEPD rejeitou o pedido contra a La Vanguardia, por considerar que as informações foram publicadas legalmente. Por outro lado, acatou o pleito no tocante às empresas do grupo Google e solicitou que ambas tomassem as medidas necessárias para retirar os dados pessoais do requerente de suas indexações, dificultando futuros acessos. As empresas Google Spain e Google Inc. recorreram da decisão perante a Audiência Nacional (National High Court). O órgão decidiu suspender o processo e submeter questões ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre a interpretação da Diretiva 95/462, que versa sobre a proteção das pessoas quanto ao processamento de dados pessoais e à livre circulação dessas informações, além da aplicação da legislação espanhola em matéria de proteção de dados (STF, 2018, p. 8).

O entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia é que a atividade dos mecanismos de busca na internet (seus algoritmos e programações) se fazem no intuito de encontrar informações publicadas ou disponibilizadas on-line por sites terceiros, fazendo com que haja uma indexação automática. Além de tal constatação tal indexação promove um armazenamento temporário disponibilizando tais informações conforme as mesmas são solicitadas pelos usuários (STF, 2018).

Tal atividade, denominada na Espanha como “processamento de dados” pode afetar significativamente alguns direitos de personalidade do indivíduo, como direitos fundamentais à privacidade, direito da proteção de dados, visto que qualquer usuário

com o nome do indivíduo pode obter informações através de uma mera consulta por nome, uma visão estruturada de distintos aspectos da vida privada do pesquisado (STF, 2018).

É possível através desta pesquisa, estabelecer um perfil estereotipado da pessoa, ligando a personalidade atual da mesma a fatos a ela relacionados no passado (com destaque aos fatos negativos). De modo que se não fosse a oportunidade dos mecanismos de busca estes fatos não poderiam ter sido interligados, ou seriam conectados com grande dificuldade. No entendimento deste tribunal esta exposição fere os artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Nesse sentido o marco histórico do Direito ao Esquecimento e sua primeira menção na perspectiva internacional remete-se a Alemanha. Onde foi realizado um julgamento, chamado "*Caso Lebach*", realizado no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no dia 05 de junho de 1973 (STJ, 2021).

O entendimento dos tribunais alemães é de que,

Em 1969, quatro soldados foram assassinados e um ficou gravemente ferido durante um roubo de armas e munições. O caso ficou conhecido como "o assassinato dos soldados de Lebach", em referência ao lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha onde o crime ocorreu, tendo ganhado grande notoriedade pela brutalidade com que foi cometido. Os dois principais autores foram condenados à prisão perpétua e um terceiro fora condenado a seis anos de prisão por ter auxiliado na preparação da ação criminosa. No ano de 1972, uma emissora de televisão⁵ anunciou a produção de um documentário sobre o delito, no qual reconstituiria o latrocínio, com referência aos nomes e fotos dos envolvidos, detalhes da relação entre os condenados - incluindo ligações homossexuais -, além de particularidades sobre a perseguição e prisão. O programa iria ao ar poucos meses antes da data do livramento condicional do partícipe, razão pela qual pleiteou-se medida liminar para impedir sua exibição, sob o argumento de que a veiculação desses fatos seria prejudicial à sua ressocialização, em afronta ao direito de desenvolvimento da personalidade. O pleito foi denegado nas instâncias ordinárias, fundamentado na proteção da liberdade comunicativa e informativa, o que motivou o ajuizamento de reclamação constitucional (STF, 2018, p. 8).

O julgamento tratava sobre um assassinato brutal de quatro soldados na cidade de Lebach em 1969 (para roubar as suas armas e munições). O ocorrido foi conhecido

como “assassinato dos soldados de Lebach”. O fato foi estenuadamente noticiado, em virtude da natureza e brutalidade do crime (STJ, 2021).

O ocorrido trouxe a condenação de três pessoas. Dois com pena de prisão perpétua em virtude do assassinato dos soldados, e o terceiro condenado a seis anos de prisão, considerado como cúmplice para preparação do crime (STJ, 2021).

A problemática inicia-se a partir da decisão de um canal de televisão da Alemanha em realizar um documentário sobre o crime. Neste documentário houve a reconstituição da cena do crime. Além disso citou-se o nome dos envolvidos, além de apresentação de fotos dos envolvidos. O documentário foi mais além, retratando a vida dos condenados do crime, inclusive apresentando orientação sexual dos envolvidos insinuando que eles eram homossexuais. Enfim, trouxe praticamente um raio-x sobre vítimas e algozes (STJ, 2021).

Além disso o documentário seria exibido meses antes de um dos condenados saírem da prisão, através do benefício da pena condicional. Em virtude de tal realidade o condenado pediu a justiça que o documentário fosse suspenso, com base na idéia de ressocialização e violação dos direitos de personalidade do mesmo (STJ, 2021).

O entendimento do Tribunal da Alemanha foi de dar procedente ao pedido do requerente, visto que o conflito entre “o direito à informação” e o “direito à personalidade” prevalece o “direito a personalidade”. Coincidentemente o entendimento deste artigo. O sujeito não pode ser eternamente penalizado por um erro (STJ, 2021).

A corte entendeu que o tempo fez com que o interesse sobre a notícia não fosse mais de “interesse público” para que novamente houvesse divulgação do crime. Além disso, o fato de a emissora tornar público a imagem e a vida privada do condenado por um período indeterminado violariam os direitos de personalidade do condenado (STJ, 2021).

Segundo o entendimento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, era uma discussão que envolvia diversos direitos. De um lado o direito à informação e de outro os direitos de personalidade. Esta corte julgou procedente o pedido (STF, 2018).

O entendimento da Corte alemã do caso em questão é que a tutela dos direitos de personalidade estava superiores aos direitos de liberdade de comunicação, o que no caso em questão justifica a intervenção para proibir a transmissão de tal documentário até a decisão final sobre a ação principal pelos tribunais ordinários alemães competentes (STF, 2018). Este é o entendimento atual deste artigo, que os direitos de personalidade, privacidade, e honra são superiores aos direitos de informação.

O entendimento mor da Corte foi de que os meios de comunicação de massa apresentam grande influência na decisão do processo de formação da opinião pública. E no momento em que disponibiliza a sociedade informações deste tipo e acontecimentos da sociedade merecem uma discussão (STF, 2018).

No entendimento da corte deve ser considerado o respeito à intimidade, à vida privada, com base no princípio da proporcionalidade, que rege que a divulgação de retrato, nome, ou qualquer identificação do autor do delito pode ser limitada. O entendimento final foi que a proteção a personalidade não admite que a emissora explore a imagem e a vida pessoal do condenado por tempo ilimitado e além da notícia atual (STF, 2018).

Já em nosso país um importante caso que gerou Repercussão Geral, foi o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 833.248 Rio de Janeiro de relatoria do Ministro Dias Tóffoli,

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário no qual se pleiteou indenização por danos morais formalizada em virtude do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores – Aída Curi – no programa de televisão denominado “Linha Direta Justiça”. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro desproveu a apelação interposta pelos ora recorrentes, sob o fundamento de que os fatos expostos no programa eram de conhecimento público, amplamente divulgados pela imprensa ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos, permanecendo acessíveis à coletividade. Ressaltou ter a empresa cumprido com sua função social de informar, alertar e debater o controvertido caso, o que se sobrepõe ao interesse individual de alguns. Afirmou que a família da vítima não teria direito absoluto de esquecer o evento e acrescentou haver o programa televisivo gerado efeitos positivos para a sociedade, uma vez que serviu de alerta para que as novas gerações repensassem sobre as condutas do presente. Frisou que, embora a rede de TV fosse pessoa jurídica de fins lucrativos, observou-se que a reprodução do caso não trouxe aumento do seu lucro ou, ao menos, não houve comprovação nos autos. Em sede de recurso extraordinário, os recorrentes defenderam que a discussão relativa ao direito a proteger sua dignidade humana, atingida pelo exercício considerado abusivo e ilegal da liberdade da expressão frente aos órgãos de mídia e de imprensa, é matéria de repercussão geral. No mérito, sustentaram que o direito ao

esquecimento é um atributo indissociável da garantia da dignidade humana, com ela se confundindo. Aduziram que a liberdade de expressão não tem caráter absoluto, não podendo se sobrepor às garantias individuais, notadamente à inviolabilidade da personalidade, da honra, da dignidade, da vida privada e da intimidade. Assim, defenderam que o programa sobre o lamentável fato não teve cunho jornalístico e se deu de forma sensacionalista, com objetivo meramente comercial, tendo o revolvimento dessa tragédia implicado danos morais à família da vítima, mesmo após longo período de tempo (STF, 2018, p. 13).

O entendimento geral deste caso está no fato que mesmo o indivíduo ter cumprido (ou estar cumprindo) a pena que o Estado impôs, outros meios não possuem o direito de trazer prejuízos a este indivíduo, sobre fatos acontecidos no passado, dificultando a reinserção ao convívio da sociedade.

Na esfera nacional cite-se ainda um marco ao direito ao esquecimento ocorrido em 2013. Foi aprovado o enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) o enunciado diz que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. A justificativa deste enunciado estava no seguinte entendimento:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando atualmente. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (Conselho de Justiça Federal-Enunciados, disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>)

Importa ressaltar que ainda em 2013 foi julgado no Superior Tribunal de Justiça dois casos em que estavam pautados relacionados ao direito ao esquecimento. estes casos possuíam como relator o ministro Luís Felipe Salomão. O primeiro caso (Recurso Especial nº 1.334.097) possuía como réu a emissora de televisão Globo Comunicações e Participações S/A. Isto porque a mesma no programa “Linha Direta” num caso em que era evidenciado a Chacina da Candelária, divulgando o nome do autor como um dos suspeitos de participarem do homicídio ocorrido no ano 1993 (caso de extrema relevância nacional).

No caso da ação em si, houve a alegação sobre a divulgação do nome do indivíduo dentro da reportagem. A ação poderia promover possíveis ações de ódio social na comunidade onde reside, com uma imagem negativa de assassino, ferindo inclusive a privacidade, trazendo prejuízos aos seus familiares, visto que a vinculação do documentário. Além disso poderia não mais conseguir emprego, tendo inclusive que deixar a cidade onde vivia, pois, estava sendo ameaçado de morte. O entendimento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça foi de que a vinculação do nome na reportagem feria os direitos da personalidade, privacidade. Ainda que fosse divulgado que ele foi absolvido. Além disso o tribunal entendeu por ferimento de alguns direitos visto que já havia passado muito tempo, não havendo mais o chamado "interesse público".

A decisão do ministro ressaltou o fato que a vinculação do nome ao caso poderia gerar dúvidas sobre a índole do mesmo; além disso, a reportagem não passou a mensagem como inocentado pela justiça. O entendimento da 4ª turma do STJ foi para a observação dos direitos a privacidade e intimidade. Além disso, após a absolvição ou cumprimento da pena o indivíduo tem o direito de ser esquecido, não permitindo que tal fato ou informação seja eternizado. Apresenta-se a ementa da decisão:

Ementa: recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência Do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação consentida de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado.

[...] 20. Condenação mantida em r\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. (stj- resp: 1.334.097, relator: ministro luis felipe salomão, t4- quarta turma, data de publicação: dje 10/09/2013)

Além disso, no entendimento do STJ, se o programa ocultasse a imagem e o nome do autor não haveria prejuízos a matéria jornalística, além de não afetar a liberdade de imprensa, havendo, portanto, entendimento sobre a necessidade de

indenização por parte da emissora em virtude de danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Já um segundo caso relacionado ao direito ao esquecimento, é o Recurso Especial nº 1.335.153-RJ. É um caso também contra a Rede Globo, no programa “Linha Direta”, trazendo a tona o caso Aida Curi. Falava sobre o assassinato ocorrido em 1958, crime conhecido pelo mesmo nome, tendo a reportagem divulgado tanto o nome como a imagem da vítima.

A partir desta divulgação os irmãos da vítima (Aida Curi), impetraram ação de indenização por danos morais, materiais e a imagem, contra a emissora de televisão (Rede Globo) a partir da alegação que o tempo fez com que o crime fosse esquecido perante a sociedade, e a divulgação da reportagem trazia “lembranças desagradáveis” sobre o crime, causando dor, sofrimento desnecessário a família. Além disso, a alegação pairava na idéia que a emissora lucrava com o uso da imagem da vítima.

Além disso a autoria da ação alegava que a divulgação do nome e fotos da vítima, foi realizado de forma ilícita, visto que a emissora foi informada pelos familiares que não desejavam que a reportagem fosse ao ar, até mesmo pelo fato do crime ter sido há muito tempo, de modo que a sociedade nem lembrava mais sobre o caso, não havendo, portanto, o que chamamos de “interesse público”.

A alegação da autoria era que a reportagem trouxe a emissora lucros com a audiência e publicidade, sendo que não obteve os direitos de imagem da vítima.

O entendimento do STJ foi de que o crime foi conhecido pelo nome da vítima, de modo que não havia como a emissora contar a história do homicídio sem divulgar o mesmo. Além disso o STJ não reconheceu a aplicação do direito ao esquecimento, visto que o crime se tornou um fato histórico, não havendo inclusive a necessidade de indenização sob a alegação que com o passar do tempo a dor da perda de um ente querido vai diminuindo, não causando mais o mesmo dano que antes causaria. Apresenta-se a ementa:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA

HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. [...] (STJ- REsp: 1.355.153, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, T4- QUARTA TURMA, Data da Publicação: DJe 10/09/2013)

Sobre a divulgação da imagem o entendimento do STJ se deu na não utilização, visto que somente foi apresentada uma única vez em toda reportagem. Nas demais foram realizadas dramatizações. O entendimento foi de que mesmo que a divulgação da imagem da vítima fosse realizada sem o consentimento da família, não se demonstrou dano moral para ocorrer uma indenização pela divulgação da imagem.

Percebe-se, portanto, um entendimento divergente do Superior Tribunal de Justiça em dois casos que traziam como teor o direito ao esquecimento. No primeiro, caso da Chacina da Candelária, houve o entendimento por parte do STJ prevalecendo o direito à privacidade, visto que o autor (sendo absolvido) teria a partir da divulgação da reportagem atingido seu direito à personalidade e à privacidade, visto que a reportagem poderia ocultar tal informação, não comprometendo a matéria jornalística, havendo, portanto, reconhecimento do STJ ao direito ao esquecimento.

No segundo caso, conhecido como “Aida Curi” houve entendimento diverso, não havendo entendimento sobre indenização, ou direito de imagem. O primeiro visto que o crime se tornou fato histórico (sendo impossível a reportagem ocultar o nome da vítima), tornando-se um fato considerado de domínio público; e no segundo, pela divulgação considerada mínima da imagem da vítima, não havendo de fato um dano até mesmo pelo tempo de ocorrência dos fatos, entendendo o tribunal que com o tempo a dor da perda vai diminuindo.

Com base nestas explanações apresenta-se alguns princípios que são violados no entendimento deste artigo consubstanciando-se o direito ao esquecimento. Dentre eles pode-se citar a dignidade da pessoa humana. Além deste os direitos de personalidade, privacidade, informação e o direito de ser esquecido.

2.2 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está contemplada na Constituição Federal de 1988 no artigo primeiro,

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;

Nesse sentido pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana infere que o Estado deve sob primazia proteger a vida. As condições mínimas que o indivíduo precise para sua existência. Uma vida digna, bem-estar, ou seja, a proteção física, moral, do indivíduo. Há reconhecimento ainda do princípio.

Entende-se a dignidade da pessoa humana está fundamentado no entendimento que o Direito, na esfera penal, é um direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade (GILMAR MENDES, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO, 2021).

Deste modo a dignidade da pessoa humana enquadra-se no entendimento que mesmo que um indivíduo seja corretamente processado, julgado, condenado, deverá a sua pena obedecer a proporcionalidade e razoabilidade, e a partir da finalização da pena, com o findar, que dados relacionados a esta prisão não sejam eternos, e não venham a prejudicar o indivíduo mesmo após a finalização de todos os procedimentos, assumindo assim um caráter perpétuo. Em realidade o indivíduo não pode carregar um erro ao resto da vida, precisa seguir em frente e buscar sua ressocialização.

Inclusive o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, afirma que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Nesse sentido a justificativa do enunciado apresenta o entendimento que:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos,

mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (Conselho de Justiça Federal-Enunciados, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>)

Em realidade este enunciado não apresenta a nenhuma pessoa o direito de apagar fatos ou até mesmo de reescrever a própria história. O direito paira em assegurar o uso e a forma com que estes fatos serão utilizados, ou até mesmo o modo e a finalidade com que são lembrados.

Inclusive a dignidade da pessoa humana é apontada pelo Deputado Augusto Carvalho, autor do PL (PL 10.860/2018), que busca inserir no parágrafo único do art. 11 do Código Civil a redação do enunciado 531 citado na Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Dentre os argumentos estão os indivíduos com Posição pró-esquecimento.

Os indivíduos que advogam tal posição entendem que o esquecimento existe, e deve preponderar, com base no direito da pessoa humana, com destaque a observação dos princípios da reserva, da intimidade e da privacidade. Fundamentado na dignidade da pessoa humana, considerado como um valor supremo na ordem constitucional brasileira, os direitos a intimidade e privacidade seriam superiores aos direitos de liberdade de informação com relação a fatos pretéritos, não-atuais.

Os defensores deste entendimento ainda ressaltam que: entender o oposto seria o mesmo que “rotular o indivíduo”, aplicando ao mesmo o que seriam “penas perpétuas” através da divulgação da mídia e da internet. O IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais possui representantes que advogam prazo de 5 anos ao fim do cumprimento da pena para que informações sobre condenações penais sejam “apagadas” da imprensa e da internet.

Assim a dignidade da pessoa humana enquanto ao direito ao esquecimento paira na proteção a honra, a privacidade, a vida privada do indivíduo, que se sobrepõe a outros direitos, que neste caso, o direito a informação.

2.3 Direitos de personalidade, privacidade, informação

Os direitos de personalidade, como o próprio nome o diz, trata sobre as pessoas, direitos que as pessoas possuem por existir. O existir na grande maioria das vezes não pode ser quantificável, portanto, os direitos de personalidade na maioria das vezes são subjetivos.

Os direitos de personalidade estão dispostos na Constituição federal de 1988 direito a vida privada, dignidade da pessoa humana, intimidade e honra, assegurados

pela CF/88 (art. 5º, X), (art. 1º, III, da CF/88) e pelo CC/02 (art. 21), conforme se apresenta a seguir,

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;

[...]

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

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

[...]

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815)

Em realidade os direitos de personalidade são inerentes ao homem. São direitos que lhe protegem a honra, a vida privada, sua dignidade, suas opções de vida, seu modo de ser. São considerados como direitos irrenunciáveis e intransmissíveis que os indivíduos tem em controlar o uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade.

Nesse sentido quando são divulgadas informações negativas sobre alguém em meios de comunicação como: jornais, internet, ou qualquer outro meio, abre-se precedente para a possibilidade de violação de direitos de personalidade; principalmente quando estes fatos já não têm interesse público. Em verdade muitas destas informações já não interferem no cotidiano da vida humana, relacionado ao

direito de informação e somente contribuem para denegrir a imagem de quem é citado.

Nesse sentido cite-se um caso emblemático relacionado aos direitos de personalidade e o direito ao esquecimento. O Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, onde parte era a emissora de televisão Globo Comunicações e Participações S/A. Neste caso um programa de televisão chamado Linha Direta fazia uma reportagem sobre o caso da Chacina da Candelária, divulgando o nome do autor como um dos suspeitos de participarem do homicídio ocorrido no ano 1993.

Esta reportagem foi divulgada em 2006 no programa, citando o autor da ação como um dos assassinos do homicídio. Todavia o caso já tinha sido julgado e potencial homicida foi absolvido de tal acusação. O potencial homicida inclusive foi procurado para entrevista, se negando a tal ato, e inclusive demonstrou desinteresse que sua imagem fosse divulgada em rede nacional como um indiciado sobre o crime.

A alegação do autor, correspondente aos direitos de personalidade pairavam no fato que a divulgação do seu nome com a reportagem reacenderia o clamor e ódio social em sua comunidade. Trazendo a ele uma imagem de assassino. O autor alegava que tal divulgação feria a sua privacidade, trazendo ainda potenciais prejuízos aos seus familiares, visto que após a divulgação não conseguiria mais encontrar emprego, e inclusive estava sendo ameaçado de morte.

O entendimento da 4.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça foi de precedente o pedido do autor, visto que ainda que tenha sido mencionado que o autor tinha sido absolvido a divulgação do nome na matéria jornalística feriu direitos da personalidade, violando o direito à privacidade do indivíduo, pois no momento a matéria jornalística não apresentava mais “interesse público”, visto que a chacina ocorreu há muito tempo, sendo a informação não mais de interesse coletivo.

O Ministro relator Luís Felipe Salomão afirmou em sua decisão que ainda que a reportagem tenha contado de forma verídica os fatos, a percepção da sociedade trazia dúvidas quanto a prática ou não do assassinato pelo indivíduo relatado, mesmo após o mesmo ter sido absolvido de suas acusações, geram dúvidas com relação a sua índole.

Além disso o entendimento da 4.^a turma do Superior Tribunal de Justiça foi de que após o cumprimento da pena ou absolvição o indivíduo tem direito ao esquecimento com relação ao crime que lhe foi imputado, visto que tem suas dívidas pagas junto a sociedade, não permitindo que esta informação seja eternizada. Nestes termos apresenta-se a ementa do entendimento:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

[...] 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. (STJ- REsp: 1.334.097, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28/05/2013, T4- QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/09/2013)

Por fim, com relação a violação dos direitos de personalidade, o entendimento do STJ foi de que ocultar o nome e imagem do acusado não prejudicaria a matéria, e não afetaria a liberdade de imprensa. A emissora foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O direito a personalidade também foi violado no caso Aida Curi. O julgamento do Recurso Especial nº 1.335.153-RJ, também contra a Rede Globo através da divulgação no "Programa Linha Direta" onde foi realizado uma reportagem sobre o caso Aida Curi. Trata-se de um assassinato ocorrido em 1958; um crime de repercussão social na época, conhecido pelo nome da vítima, sendo que a reportagem divulgou o nome e a imagem da vítima.

A partir da divulgação da reportagem os irmãos da vítima impetraram ação de indenização por danos morais, materiais e de imagem, contra a emissora (Rede Globo) televisão alegando que com o decorrer do tempo não haveria mais interesse público no caso e que o mesmo. Além disso alegaram que a emissora obteve lucros com a reportagem, entre outras questões.

O entendimento do tribunal foi que não caberia direito ao esquecimento, visto que com o tempo a dor vai diminuindo frente ao fato. Além disso, o tribunal entendeu que não haveria como omitir o nome da vítima, visto que o nome dava título ao caso. Não reconheceu o direito de indenizar, uma vez que com o passar do tempo a dor da perda de um familiar vai diminuindo, conforme a ementa a seguir:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURÍ". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. [...] (STJ- REsp: 1.355.153, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28/05/2013, T4- QUARTA TURMA, Data da Publicação: DJe 10/09/2013)

Além disso não foi configurado dano a imagem frente ao fato que a vítima na reportagem aparece somente uma única vez, pois as demais imagens foram realizadas através de dramatizações (feitas por atores), não havendo entendimento do tribunal para dano moral, havendo necessidade de retratação via indenização sobre a divulgação da imagem sem a devida autorização para seu uso.

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça entendeu de forma diferente os casos no que tange ao direito ao esquecimento. No primeiro "Chacina da Candelária" entendeu haver violação ao direito à privacidade, visto que o autor foi acusado do crime, todavia absolvido, de modo que a divulgação da imagem e nome violaria o direito, ainda que a reportagem afirmasse que ele tenha sido inocentado sobre a acusação de assassinato, esta divulgação feria o direito à personalidade e à privacidade, visto que poderia ter sido ocultado esta informação na reportagem, não comprometendo a matéria jornalística, havendo neste caso o reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Superior Tribuna de Justiça.

No segundo caso "Caso Aida Curi" o entendimento foi distinto, visto que o tribunal reconheceu a existência do direito ao esquecimento, todavia sem aplicação a

este caso, visto que o crime ficou conhecido nacionalmente pelo nome da vítima, sendo impossível ocultar na reportagem tal informação. Além disso, ficou entendido que o fato se tornou domínio público, tornando-se um fato histórico. Além disso não foi admitido indenização e direito de imagem visto que o tribunal entendeu que com o tempo a dor da família diminuiu, relacionado a perda, não havendo, portanto, o abalo descrito, não havendo direito a indenização.

2.4 Entendimento do STF

Foi julgado em 11 de fevereiro de 2020 o Recurso Extraordinário (RE) 1010606, com repercussão geral já reconhecida, onde os familiares da vítima de um crime de grande repercussão nos anos 1950, ocorrido no Rio de Janeiro buscavam reparação sobre o ato da reconstituição do caso em 2004 pelo programa "Linha Direta". Sendo que estas ações foram realizadas na Rede Globo, sem a autorização da família, até mesmo no que concerne ao direito de imagem (STF, 2021).

O plenário decidiu de forma majoritária que é considerado incompatível a Constituição Federal o entendimento do direito ao esquecimento que possa impedir em virtude de passagem de tempo a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. De acordo com o entendimento dos Ministros do STF "eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil" (STF, 2021).

Ao ver deste artigo o entendimento é equivocado e não trouxe avanços para a questão. Até mesmo porque praticamente não houve um entendimento que há ou não direito ao esquecimento restando para o caso concreto. Em verdade a decisão do supremo sofre muitas críticas (STF, 2021).

Após quatro sessões o tribunal por maioria de votos negou provimento ao recurso anteriormente mencionado.

No que tange ao tema "Solidariedade entre gerações" votaram pelo desprovimento do recurso. Importa salientar que Cármen Lúcia (2021) afirmou que "não há como extrair do sistema jurídico brasileiro, de forma genérica e plena, o esquecimento como direito fundamental limitador da liberdade de expressão", como também não se pode entender o direito ao esquecimento como uma "forma de coatar outros direitos à memória coletiva" (STF, 2021).

A ministra trouxe como referência o direito à verdade histórica no que tange ao princípio da solidariedade entre gerações, considerando que não é possível. Sob a perspectiva jurídico, não há como uma geração negar à próxima o direito de saber a sua história.

Inclusive trouxe outras considerações sobre o tema fazendo menção a escravidão, violência contra mulher, índios, gays, tortura, entre outros: “Quem vai saber da escravidão, da violência contra mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência da agressão, da tortura e do feminicídio?”(STF, 2021, p. 1-2)

Com relação a “Ponderação de valores” o Ministro Dias Toffoli acompanhando o voto do relator, optou pelo desprovimento do RE. Além disso o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a liberdade de expressão trata-se de um direito de capital importância, ligado ao exercício das franquias democráticas (STF, 2021).

Para Ricardo Lewandowski o direito ao esquecimento só pode ser verificado individualmente no caso concreto, a partir de uma ponderação de valores, fazendo análise e sobrepesando qual dos dois direitos fundamentais (a liberdade de expressão ou os direitos de personalidade) deve prevalecer (STF, 2021).

O Ministro conclui afirmando que “A humanidade, ainda que queira suprimir o passado, ainda é obrigada a revivê-lo.”(STF, 2021, p.2-3).

Outro tema que foi discutido foi a “Exposição vexatória”. Nesse sentido apresenta-se destaque para o voto parcial do Ministro Gilmar Mendes, acompanhando a divergência apresentada pelo Ministro Nunes Marques. Os ministros exaltaram os direitos à intimidade e à vida privada como superiores a demais direitos.

Inclusive o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “a exposição humilhante ou vexatória de dados, da imagem e do nome de pessoas (autor e vítima) é indenizável” (STF, 2021, p. 2-3); isto inclui até mesmo questões que sejam de interesse público, histórico e social, devendo o tribunal de origem verificar o pedido de indenização.

No entendimento de Gilmar Mendes quando há conflito entre normas constitucionais de igual hierarquia, como no caso do recurso analisado, é necessário examinar de forma pontual qual dos direitos deverá prevalecer buscando observar a possibilidade de direito de resposta e indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Legislativo.

O presidente do STF Ministro Luiz Fux ressaltou o caráter ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana quanto ao direito ao esquecimento, e quando há confronto entre valores constitucionais é preciso eleger a prevalência de um deles. No entendimento do Presidente da Corte o direito ao esquecimento pode ser aplicado, todavia no caso em discussão os fatos se tornaram domínio público, tendo sido retratados não apenas no programa televisivo, mas em livros, revistas e jornais, não havendo aplicabilidade do Direito ao Esquecimento, acompanhando o voto do relator.

A tese de repercussão geral firmada no julgamento foi de que:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (STF, 2021, p. 3).

Em verdade o entendimento do STF para a questão sofreu muitas críticas. Mas atualmente é o entendimento a que as cortes inferiores deverão seguir. Acredita-se que realmente uma solução para a celeuma estará na ação legislativa para a questão. Numa discussão sobre quais dos direitos devem prevalecer os direitos a honra, a imagem, a privacidade, a dignidade da pessoa humana, ou o direito a informação e a imprensa.

2.5 Críticas ao entendimento atual do STF quanto ao Direito ao Esquecimento

Primeiramente quando o STF refuta a existência do direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira rechaça uma gama de decisões judiciais anteriores, dando destaque aos muitos julgados do STJ; como também vai de encontro a muitos catedráticos e a expressiva doutrina, que se posiciona de forma majoritária favorável ao direito ao esquecimento. Trazendo o direito ao esquecimento em alguns casos como direito fundamental, corrente a que este artigo coaduna com o entendimento.

Nos sites jurídicos, reportagens, palestras, entrevistas tem se visto também uma grande tendência pelo entendimento da existência ao direito ao esquecimento e suas consequências, principalmente no que tange a eliminação de dados, informações em banco de dados públicos ou privados que possam trazer informações que prejudiquem o indivíduo.

Além disso é importante fazer alusão ao paralelo entre o Direito ao Esquecimento e o artigo 748 do Código de Processo Penal, que estabelece "a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal". Este entendimento é também apresentado no artigo 202 da Lei de Execuções Penais.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990) traz sobre os atos infracionais a possibilidade de aplicação e reconhecimento do direito

ao esquecimento, com base no entendimento da proteção da dignidade da pessoa humana e observação aos direitos de personalidade das crianças (com idades até 12 anos incompletos de idade) e adolescentes (12-18 anos). O texto traz no artigo 18 o entendimento que crianças e adolescentes não podem ser submetidos a qualquer tipo de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor frente a possibilidade de prática e de um ato infracional (BRASIL, 1990).

Além deste artigo, o artigo 143 proíbe "a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional". Além deste no parágrafo único do artigo 143 ensina que "nenhuma notícia a respeito do fato poderá identificar a criança ou o adolescente" estando proibido "fotografias, referências ao nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome" (BRASIL, 1990).

Há ainda manifestação favorável ao Direito ao Esquecimento no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990). De acordo com o artigo 43,§1º, as informações cadastrais dos consumidores constantes das listas de inadimplência (cadastros negativos) poderão ser armazenadas e utilizadas pelo prazo de cinco anos. Sendo assegurado o direito de exigir o cancelamento (exclusão das informações), ademais da responsabilização das entidades responsáveis pela manutenção e uso dos dados em caso de violação da regra, nos termos de doutrina e jurisprudência dominante (BRASIL, 1990).

Também o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) estabelece uma gama de princípios e garantias, direitos e deveres relacionados ao uso da internet no Brasil. A legislação não prevê de forma direta o "direito ao esquecimento", mas apresenta informações, diretrizes que podem induzir ao reconhecimento:

Apresente-se o disposto no artigo 3º da Lei do Marco Civil dispõe que o "uso da internet no Brasil" terá como princípios: "I — garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II — proteção da privacidade; III — proteção dos dados pessoais, na forma da lei".

De acordo com o artigo 7º,

[..] acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados, entre outros, os seguintes direitos, designadamente os previstos nos incisos: I — inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; VII — não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo

mediante consentimento livre, expresse e informado ou nas hipóteses previstas em lei; X — exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

Com base nestas abordagens de outras legislações verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro por muitas vezes entende a existência do Direito ao esquecimento, como sendo inclusive Constitucional; inclusive assegurando que certas informações não podem ser divulgadas (salvo em caráter restrito ou previsto em Lei); como também que há a possibilidade de responsabilização do agente que incorrer em divulgação de tais informações de forma indevida, inclusive sendo garantido o direito a indenização e reparação.

Em verdade o que se percebe é que o STF rechaçou muito mais o rótulo do "Direito ao Esquecimento" do que a existência e o conteúdo do mesmo; com relação ao julgamento do caso concreto a posição deste artigo é de acerto, inclusive com relação ao reconhecimento da repercussão geral da matéria e ao julgamento.

Assim o objetivo desta crítica não é colocar em xeque a liberdade de expressão, mas entendemos que os direitos de personalidade do indivíduo estão superiores a este direito. Infelizmente o que ocorreu neste último julgamento relativo ao caso foi que o STF não aceitou um direito ao esquecimento na extensão pleiteada pelos recorrentes no "caso Aida Curi". O entendimento foi que "é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais" como também que "eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais — especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral — e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível".

Resumidamente o que a corte trouxe foi a afirmativa de que é incompatível um direito ao esquecimento entendido de uma determinada forma (no caso do impedimento da divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos) todavia há a possibilidade de avaliar, individualmente, se houve excesso e/ou abuso no manejo da liberdade de expressão, no caso do ferimento da dignidade, honra, privacidade, entre outros direitos.

O que aparentemente se verifica é que a corte não foi objetiva no julgamento, mas que acabou não negando a possibilidade de eventuais limites aos discursos

considerados abusivos e destrutivos contra outros valores fundamentais, mas que o direito ao esquecimento não possa ferir os direitos a liberdade de expressão e de informação e o direito individual e coletivo à memória.

Em verdade seria muito mais objetivo se a corte tivesse estabelecido critérios para orientar outras decisões que envolvem estes direitos de personalidade e direito de informação (considerados princípios e direitos fundamentais); além disso seria muito mais proveitosos apresentar quais meios seriam constitucionalmente legítimos; protegendo os direitos da personalidade, a dignidade humana; como também apresentando quais meios seriam considerados restritivos as liberdades comunicativas, inclusive apresentando penalização relacionada a responsabilização civil e/ou penal e, direito de resposta, correção e/ou extinção de dados e informações, o que não ocorreu.

Em verdade toda esta análise feita encaminha para a necessidade de uma regulamentação por parte do legislador, para que realmente a questão seja mais bem tratada. Havendo assim segurança jurídica para a questão, e diminuindo as possibilidades de ausência legal e conflito de direitos no caso concreto.

3. CONCLUSÕES

O direito ao esquecimento é um tema bastante complexo. A discussão está no conflito entre direitos considerados basilares ao ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, temos os direitos de personalidade com destaque para o direito a honra, vida privada, dignidade da pessoa humana. E, do outro o direito a informação/imprensa, a liberdade de expressão, direito de acesso a informação, entre outros direitos neste sentido. Há ainda um terceiro fator, a possibilidade do indivíduo que incorreu em um erro ser penalizado de forma eterna, a partir do momento que certas informações se mantêm por muito tempo e acessíveis.

Em realidade o arcabouço legal tem tendenciado ao reconhecimento do direito ao reconhecimento, inclusive apresentou-se no decorrer do artigo, o ECA, e o CDC como legislações que abordam a questão e tendenciam ao reconhecimento.

Infelizmente o STF, ao ver deste artigo não acertou quanto ao entendimento relacionado ao tema. Inclusive foi extremamente subjetivo, podendo-se afirmar que foi até omissivo quanto a não ter estabelecido critérios para orientar outras decisões de tribunais inferiores que envolvem conflitos entre direitos de personalidade e direito de informação (considerados princípios e direitos fundamentais).

Em verdade seria muito mais proveitoso se o STF apresentasse quais meios seriam constitucionalmente legítimos; protegendo os direitos da personalidade, a dignidade humana; como também apresentando quais meios seriam considerados restritivos as liberdades comunicativas, inclusive apresentando penalização relacionada

a responsabilização civil e/ou penal e, direito de resposta, correção e/ou extinção de dados e informações, o que não ocorreu.

A solução para a celeuma está na necessidade de discussão e apresentação de uma lei específica por parte do legislador, balizando a questão e apresentando uma punição plausível para aquele que ultrapassar os limites legais. Contudo, com base em tudo que já foi apresentado o posicionamento deste artigo é de reconhecimento ao direito ao esquecimento como também de que os direitos de personalidade são superiores ao direito a informação em um eventual conflito. Esta afirmativa consubstancia-se no fato que o indivíduo não pode ser penalizado de forma perpétua e a manutenção de informações negativas sobre o mesmo é de certa forma uma penalização eterna.

4. REFERÊNCIAS

BEZERRA JUNIOR, Luiz Martius Holanda. **Direito ao Esquecimento - Série IDP.**

São Paulo, Saraiva Jur, 2018. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/>> Acesso 29 outubro de 2020

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/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento: a Scarlet Letter Digital.** São Paulo: Atlas, 2013.

JACOBS, Edgar. SANTOS, Ana Luiza. **O caso Aída Curi e o direito ao esquecimento.** 2020. Disponível em: <<https://www.jacobsconsultoria.com.br/post/o-caso-a%C3%ADda-curi-e-o-direito-ao-esquecimento>> Acesso 01 abril 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Direito Privado e Internet.** São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao Esquecimento: Entre a Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo. **Revista de Direito Privado**, v. 70, ano 17, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **STF e direito ao esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado?** 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito->

esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado#:~:text=A%20tese%20aprovada%20com%20repercuss%C3%A3o,meios%20de%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20social%20anal%C3%B3gicos> Acesso em 01 abril 2021.

STF. **Boletim de Jurisprudência Internacional: direito ao esquecimento**. 2018.

Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREITOAOSQUECIMENTO.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2020.

SILVA, Sammy Eloisa Gomes da; SILVA, Cheila Cristina da. Direito ao Esquecimento. **Revista da OAB Olinda**, ano III, v. 03, n. 1, 2020.

STF. STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. 2021. Disponível em:<

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1>> Acesso em: 22 fev. 2021.

STJ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO. 2021. Disponível em:< <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/02/voto-mgm-direito-ao-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

A DESAPROPRIAÇÃO E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO.

MOISÉS ADÃO MACHADO:
bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário de Santa Fé
do Sul.

GIULIANO IVO BATISTA RAMOS¹³

(orientador)

RESUMO: O objetivo deste estudo é abordar sobre o processo expropriatório, no tocante à indenização paga ao expropriado. A expropriação é um dos mais importantes modos de interferência do Estado no imóvel particular, sendo o proprietário compelido a mudar seu imóvel para o Estado, através de uma necessidade pública. Na desapropriação, é aberta a fase administrativa, consistente na possibilidade de um trato entre o expropriante e o expropriado. Ocorre que, em inúmeras vezes, a desapropriação busca seu remédio na esfera judicial, fase está que discutirá somente a quantificação do valor pago e a possível imissão posse. Uma das maiores controvérsias nos processos expropriatórios é, indubitavelmente, a quantificação da indenização, tanto na fase administrativa quanto judicial. Nesse sentido, este estudo busca uma maior compreensão quanto aos fatores da avaliação judicial, dos processos expropriatórios e dos fundamentos da reparação indenizatória. Este estudo também aborda a questão de uma possível urgência na desapropriação, onde será concedida uma possibilidade imediata para o Estado apossar-se do imóvel, depositando uma prévia indenização. Assim, diante dos fundamentos constitucionais e jurídicos, a desapropriação, legalmente prevista, não pode causar prejuízo ao expropriado, direito este assegurado pela Constituição Federal. No tocante à problemática, é importante observar que está se concretiza na quantificação do valor indenizatório, relacionando-se com a avaliação preliminar. Assim, as hipóteses caracterizam na necessidade de interesse público, conflitando com o interesse particular. Com relação à metodologia empregada, a fim de desenvolver esta pesquisa, foi utilizado o método teórico dedutivo, tendo como base técnicas, conceitos e pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Desapropriação. Interesse Público. Justa Indenização. Administração Pública.

ABSTRACT: *The objective of this study is to address the expropriation process, with respect to the compensation paid to the expropriated. Expropriation is one of the most*

¹³ Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, e docente pela UNIFUNEC – Santa Fé do Sul/SP.

important modes of state interference in private property, and the owner is compelled to relocate his property to the state through public need. In expropriation, the administrative phase is opened, consisting in the possibility of a deal between the expropriator and the expropriated. It happens that, many times, the expropriation seeks its remedy in the judicial sphere, a phase that will only discuss the quantification of the amount paid and the possible emission possession. One of the biggest controversies in expropriation proceedings is undoubtedly the quantification of compensation, both in the administrative and judicial phase. In this sense, this study seeks a greater understanding of the factors of judicial evaluation, expropriation proceedings and the grounds of indemnity reparation. This study also addresses the question of a possible urgency in expropriation, where an immediate possibility will be granted to the State to take possession of the property, depositing a previous indemnity. Thus, given the constitutional and legal grounds, expropriation, legally provided for, cannot cause harm to the expropriated, a right ensured by the Federal Constitution. Regarding the problem, it is important to note that it is materialized in the quantification of the indemnity value, relating to the preliminary assessment. Thus, the hypotheses characterize the need for public interest, conflicting with the particular interest. Regarding the methodology employed, in order to develop this research, the deductive theoretical method was used, based on techniques, concepts and bibliographical research.

Keywords: Expropriation. Public interest. Just indemnity. Public administration.

1 INTRODUÇÃO

A desapropriação é um procedimento pelo qual o Estado transfere para si mesmo a propriedade de terceiro, considerando a necessidade pública, visando ao interesse coletivo, mediante o pagamento de justa e prévia reparação indenizatória.

Diante de vários conceitos sobre desapropriação ou expropriação, o principal é de que constitui em uma transferência de propriedade particular ou até mesmo pública de graus inferiores, para o Estado, por utilidade/necessidade pública, ou interesse social, através de prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), com ressalva nas exceções constitucionais.

Ademais, é um procedimento que o Estado, respaldado em necessidade pública, de maneira compulsória, despoja alguém de um certo bem, exercendo o direito aquisitivo, em caráter originário, diante de uma reparação em dinheiro. De outra forma, em alguns casos de certos imóveis urbanos ou rurais os quais não acordados com a função social, a indenização será feita na forma de títulos da dívida pública, com resgate através de parcelas anuais, maneira esta morosa.

Assim, considera-se o ato mais gravoso intervencionista do Estado no imóvel particular, efetivando a mudança do domínio particular para o Estado. Para tanto, o objetivo abordado consiste na alienação do bem desapropriado para o montante do expropriante.

A desapropriação é um procedimento administrativo, de caráter público, iniciando a sua primeira fase quando o Estado manifesta seu interesse pelo imóvel, dando início às medidas para sua alienação através de um Decreto, o qual tem a intenção de permitir a posse direta sob a propriedade interessada, visando proceder ao cadastro da área, edificações ou benfeitorias, bem como avaliação, visando à valoração da reparação administrativa ou judicial a ser oferecida aos proprietários.

Importante informar também que dificilmente ocorre acordo entre o Estado e proprietário do imóvel, o que geralmente resultaria no encerramento da fase inicial. Porém, não ocorrendo o acordo, o processo administrativo sofre uma transição, sendo essa responsável pelo ingresso na fase judicial, diante da tal ação de desapropriação, momento em que o magistrado então resolve a controvérsia.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA E EVOLUTIVA

Nos primórdios, as propriedades eram classificadas como sendo coletivas, alterando essa ideia no período neolítico, se transformando de forma progressiva em propriedade privada.

Diante da evolução na Revolução Francesa, a ideia que perdurava era de que a propriedade privada era restrita, uma vez que contrariava a ideia do feudalismo. Em 1789, a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” abordava a propriedade na questão da proteção, tratando essa como sendo inviolável. Nesse contexto, em meados 1821, foi consagrado no Brasil que a propriedade não seria retirada do particular nem pelo Estado, salvo se fosse pactuado o valor a ser pago por este.

Portanto, em 1824, na primeira Constituição, este tema questão ganhou respaldo legal, ressaltando que, caso o Estado tenha interesse, deverá, inicialmente, indenizar o valor da propriedade. Assim, as Constituições seguintes deram sequência a este tema, exigindo, portanto indenização prévia e justa por parte do Estado, sendo editado inclusive o Decreto-Lei nº 3.365/41, disciplinando as relações de desapropriação até hoje.

No dia 9 de novembro de 1964, foi instituída a questão da desapropriação por interesse social, visando à reforma agrária, quando a propriedade a ser desapropriada versar-se de latifúndio, sendo pago em títulos da dívida pública e as benfeitorias, em dinheiro.

Ainda, em nossa Constituição atual, foi consagrado que a propriedade deverá atender a função social, assim criando este instrumento intervencionista na propriedade privada, chamado de desapropriação

2.1 A JUSTA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO:

Diante dessa questão, o art. 5º, Inciso XXIV, da CF, é expresso no sentido de que a desapropriação por utilidade ou necessidade pública está interligada ao pagamento de indenização prévia, justa, em dinheiro.

A “prévia indenização” consiste no pagamento realizado anteriormente à concretização da alienação do imóvel ao Estado. De outra maneira, considera-se justa a indenização que busca o verdadeiro valor do imóvel, valor este condizente a deixar o proprietário sem quaisquer prejuízos.

Em ação de desapropriação tramitada no município de Palmas/TO, o ente público deixou de realizar o depósito do valor indenizatório, sendo extinta a presente ação pelo juízo de primeira instância, sem resolução do mérito. Com isso, o município apresentou apelação, tendo o tribunal de origem mantido a sentença.

É importante demonstrar que o referido ministro abordou a questão da justa e prévia indenização como mandamento constitucional, ou seja, requisito essencial para haver o processo da desapropriação, porém, caso não fosse realizado, resultaria em confisco e não desapropriação expressamente dita.

Com fundamento nesses raciocínios, Carvalho Filho, possui o seguinte entendimento ao destacar que:

Para que se configure a justiça no pagamento da indenização, deve esta abranger não só o valor real e atual do bem expropriado, como também os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade. Incluem-se também os juros moratórios e compensatórios, a atualização monetária, as despesas judiciais e os honorários advocatícios (CARVALHO FILHO, 2009, p. 335).

O ato da desapropriação pode firmar, através da via administrativa, quando o proprietário do imóvel aceita o valor oferecido pelo expropriante ou, através da via judicial, quando o dono não concorda com o valor oferecido através da indenização do imóvel. Então, ocorrerá na via judicial a ação de desapropriação, ocorrendo todos os requisitos legais, bem como determinação de perícias em ambos os lados, competindo ao perito nomeado apresentar laudos comprobatórios de maneira a consubstanciar o livre convencimento para impor a quantificação do valor da indenização. Considerando ser uma questão jurídica, a fundamentação ocorrerá através de elementos probatórios e outras alegações juntadas ao juízo, observando os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Por ora, a indenização será justa quando forem observadas características técnicas e, quanto aos valores de terrenos, benfeitorias e até mesmo plantações existentes, comportando, portanto a perda da propriedade e seus complementos. Assim, considerará os lucros cessantes e os danos emergentes, além dos juros moratórios, da atualização monetária, despesas judiciais e até mesmo honorários advocatícios.

2.2 DA PERÍCIA TÉCNICA E DO LAUDO DE AVALIAÇÃO

No decorrer do processo de desapropriação, o maior desacordo norteia-se na falta de composição da administração com o Estado. Diante da possibilidade de mensuração do valor, resta ao juiz imparcial arbitrar a indenização. Contudo, diante da lide, faz-se necessária a perícia técnica, nomeada pelo juízo do feito.

Em alguns casos de “urgência”, feito o depósito da quantia em oferta, poderá o magistrado deferir, inicialmente, a imissão da posse imediata do imóvel ao ente público, independentemente, da citação do proprietário.

Para tanto, em caso que se discutia a urgência na desapropriação do imóvel, o STJ tem adotado o seguinte entendimento:

Processual. Desapropriação. Imissão Provisória na posse. Urgência. Avaliação Provisória. Desnecessidade. Decreto – Lei nº 3.365/41, art. 15 §1º. Importação De Multa Nos Termos do art. 538, Parágrafo Único do CPC. Não Cabimento. 1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a imissão provisória na posse do imóvel objeto de desapropriação, caracterizada pela urgência, prescinde de citação do réu, tampouco de avaliação prévia ou de pagamento integral. In casu, o autor-expropriante agravou da decisão que indeferiu o seu pedido de imissão provisória na posse sem a realização de avaliação pericial provisória. 2. Malgrado o não acolhimento dos argumentos expendidos pela recorrente, uma vez não vislumbrado o caráter protelatório dos embargos declaratórios, forçoso se revela a exclusão da multa de 1% sobre o valor da causa, imposta pelo Tribunal de origem com supedâneo no art. 538, parágrafo único do CPC. 3. Recurso especial provido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 23).

Todavia, em diversos processos nos quais os entes públicos requerem a tutela imediata da posse, o maior conflito se amolda no tocante à dependência ou não de perícia técnica.

Em razão disso, considerando a indenização posterior, o TJ/PR, seguindo entendimento do STJ, decidiu:

Agravo de instrumento. Ação de constituição de servidão administrativa. Servidão de passagem. Construção da linha de transmissão de energia elétrica – LT 500KV ASSIS - LONDRINA C2. Decisão agravada determinou nova avaliação prévia por engenheiro civil, com posterior apreciação do pleito liminar. Insurgência. Pleito de imissão provisória na posse. Depósito efetuado nos termos do art. 15, §1º, do decreto Lei nº 3.365/1941. Interesse público na servidão a justificar a imissão na posse. Eventual diferença indenizatória em desfavor dos expropriados será aferida no curso do processo. Razoabilidade 1. (...) O STJ tem sólido entendimento de que o Poder Público, em caso de urgência, tem direito à imediata imissão na posse de imóvel urbano não residencial, desde que realize o depósito nos termos do art. 15, § 1º, do DL 3.365/1941, independentemente de avaliação prévia. Eventual diferença indenizatória em desfavor dos expropriados será aferida no curso do processo (TJ/PR, 2017).

Diante de todos esses fundamentos, diversos juízos adotaram o seguinte entendimento de conceder a imissão imediata da posse após uma perícia preliminar. Nesse contexto, essa medida tem sido o motivo pela grande controvérsia da quantificação do valor de indenização, propiciando duas avaliações, uma prévia e outra definitiva, em diversos momentos do litígio. Acontece que diversos fatores temporais podem alterar o ponto de vista da mensuração do valor indenizatório.

Ademais, com relação à ênfase na morosidade procedimental, principalmente no tocante às perícias, tanto preliminares quanto definitivas, é importante demonstrar que este decurso de tempo será objeto de discussão judicial, visto que as obras que serão realizadas podem influenciar na quantificação do valor indenizatório. Diante disso, os personagens jurídicos, especialmente os peritos, terão que se atentar ao fator tempo. No tocante ao valor indenizatório, na concepção do perito, corresponderá aos valores de terrenos, benfeitorias e, ainda, plantações ou outros objetos existentes.

Com relação ao valor do terreno, a avaliação deverá incidir na perda da propriedade, visto que o proprietário não poderá mais usufruir e/ou exercer seus direitos concebidos.

Na valoração das benfeitorias, somente serão avaliadas as benfeitorias existentes quando no momento do decreto de utilidade pública. Caso aparecerem

outras benfeitorias posteriores ao decreto, essas somente serão indenizadas caso forem consideradas úteis ou necessárias, através de autorização do expropriante.

Com relação às perícias definitivas que ocorrem sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, quando os peritos ou assistentes constatarem erros ou omissões, deverá esclarecer os mesmos e até mesmo corrigi-los e, ocorrendo requerimento de outra perícia, retificá-las visando alterar o valor.

Ocorre que há uma real importância em, quando da realização da avaliação, tomar por base, fatos e elementos que não retratam a verdadeira situação do imóvel. Nesse sentido, diante da contemporaneidade, prevalecerá a avaliação que trate realmente o valor do bem quando da perda do imóvel.

Assim, diante desses fundamentos, em acordo com os princípios constitucionais, torna-se indispensável que a prova pericial definitiva trate-se, verdadeiramente, na data da posse, do real valor do estado e das condições do bem expropriado.

2.2.1 DA FIXAÇÃO DO VALOR

Considerando que neste procedimento o juiz da causa deverá levar em consideração vários fatores, utilizando como base as perícias, é notório que a quantificação do valor a ser pago cause conflito entre as partes.

Abordado anteriormente, para ser justo, o valor a ser indenizado deverá cobrir não somente o real valor do imóvel, mas também quaisquer danos e lucros decorrentes da perda do imóvel, ainda juros compensatórios e moratórios e eventuais despesas em fase processual.

De certa forma, resta então explorar de qual modo deverá ser estipulado o valor, para tanto, a dúvida que causa é de que a fixação deste valor se baseará no valor de mercado ou valor venal.

Em ação de desapropriação que se discutia a mensuração do valor para fins de indenização, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou da seguinte maneira:

Ementa: Apelação Cível – Ação De Desapropriação valor da indenização – Valor da indenização - Laudo Pericial Fundamentado – Valor De Mercado do Bem À Época Da Desapropriação – Metodologia Aplicada – Fator de Comercialização – Incidência – Obediência Às Normas Da Abnt – Sentença Mantida - A justa indenização, respaldada pelo art. 5º, inciso XXIV, da CR/88, é aquela que toma por base não apenas o valor de mercado, mas, outrossim, as particularidades do imóvel expropriado, os fatores que poderiam influenciar, de forma

positiva ou negativa, a valoração do bem em questão e o efetivo prejuízo suportado pelo proprietário com a desapropriação - A utilização do fator de comercialização é recomendada pela própria norma da ABNT, a fim de contemplar o valor real do imóvel (TJ/MG, 2020).

Portanto, extraímos o entendimento de que não se pode levar em consideração somente o valor de mercado, uma vez que este deverá ser utilizado apenas como base, porém não se pode deixar de analisar outros fatores que colaboraram com a valorização ou até mesmo a desvalorização do imóvel.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou da seguinte maneira:

Recurso Ex Officio Em Ação De Desapropriação. 1. Justa Indenização. Inexistência de controvérsia quanto ao método utilizado para a aferição do justo valor da indenização. Valor da indenização corretamente fixado em laudo pericial em consonância com a área expropriada e o preço de mercado. Laudo pericial bem fundamentado e que adotou critério técnico que demonstra o efetivo valor de mercado do imóvel. 2. Honorários Advocatícios. Fixação que se deu de acordo com o Decreto 3.365/41. 3. Sentença de Procedência Mantida. Recurso desprovido (TJ/SP, 2019).

Assim, concluímos que, para haver a mensuração do valor a ser pago, deverão ser levados em consideração vários fatores, tanto de aspectos positivos quanto negativos, porém sempre deverá ser utilizado como norte o valor comercializado no momento da perícia, ou seja, o valor de mercado. Destarte, este valor será utilizado como fundamento, porém não deixando de lado outras questões fundamentais, como benfeitorias, vegetação, produtividade e aproveitamento citados anteriormente.

2.2.3 DOS JUROS DE MORA NO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Diante do processo expropriatório, os juros compensatórios são aqueles devidos pelo desapropriante ao desapropriado, visando compensar a perda antecipada da posse provisória do bem. Assim, tem em vista compensar o valor que o expropriado não ganhou com a perda do imóvel, motivo este justificado pela incidência dos juros a contar da data da imissão da posse até a expedição do precatório, conforme julgado do Tribunal do Estado de São Paulo:

Ação de desapropriação julgada procedente em parte pelo juízo de 1º grau. Condenação da expropriante a complementar o

montante depositado da oferta inicial até o valor apurado pelo perito judicial referente à terra nua, acrescido da avaliação feita da cultura de cana de açúcar, com atualização pelo IPCA-E desde a data do laudo, juros compensatórios de 6% ao ano desde a ocupação da área pela expropriante (Súmulas 69 e 114 do STJ) e até a expedição do precatório, e juros moratórios de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula 70 do STJ), consoante o artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001. Em virtude da sucumbência parcial, a autora foi condenada no pagamento de honorários advocatícios, tendo por base de cálculo a diferença entre o valor ofertado e o total da condenação, em percentual que deverá ser fixado na liquidação de conformidade ao artigo 85 do CPC. A ré também foi condenada ao pagamento de verba honorária, fixados em 10% da diferença entre o valor postulado quando se manifestou sobre o laudo pericial e o valor da indenização, pelo não acolhimento da sua pretensão indenizatória. Sentença mantida. REEXAME OFICIAL E RECURSOS VOLUNTÁRIOS NÃO PROVIDOS (TJ/SP, 2019).

Com relação aos juros de mora, os quais possuem natureza diversa dos compensatórios que, conforme a Súmula 69 do STJ, incidem a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa a indenização, portanto não há que se falar em cumulação de juros moratórios com compensatórios.

Por final, ficou consagrado que os juros compensatórios são devidos após a imissão na posse pelo ente público, sendo no montante de 6% ao ano. Ademais, como citado anteriormente, será devido sobre 80% do valor oferecido e a diferença do valor fixado na sentença judicial.

Importante também demonstrar que, tendo como base esses julgados, para haver essa compensação, o referido imóvel deverá estar produtivo, sendo também requisito a comprovação de perda do rendimento por parte do expropriado.

2.2.4 DA TRANSFERÊNCIA DO BEM

Tendo como base os entendimentos predominantes em algumas doutrinas, é possível extrair que estas abordam a desapropriação, tratando como uma forma originária de aquisição do bem, uma vez que não provém de quaisquer títulos antecedentes, tornando-se o bem desapropriado impossível de reivindicação.

Portanto, é de suma relevância abordarmos quando ocorre a transferência do bem desapropriado. Como foi destacado anteriormente, a desapropriação possui a esfera administrativa e via judicial.

Com relação à esfera administrativa, caso for acordado entre as partes, no tocante ao proprietário transferir o bem e o ente público manifestando a concordância ao valor indenizado, não haverá que se falar em fase judicial, uma vez que esse acordo é bilateral, simulando um contrato de alienação conhecido como uma forma consensual. Havendo consenso na fase administrativa, este acordo será então formalizado, podendo ser lavrada escritura pública. Como foi abordado anteriormente, caso este acordo restar infrutífero, será então proposta ação judicial visando solucionar esta lide.

Via de regra, a posse do ente público somente poderá ser efetivada quando tiver sido finalizado todo o processo de desapropriação, sendo realizado o pagamento da indenização e, em seguida, a transferência do bem, sendo a sentença título hábil para a inscrição da propriedade do imóvel no registro imobiliário.

Porém, havendo declaração de urgência e o depósito prévio, há possibilidade de ocorrer a posse provisoriamente, ocorrendo antes da finalização do processo, conforme estipula o art. 15 do Decreto-Lei 3.365/1941: "Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo, provisoriamente, na posse dos bens."

Assim, nos casos de regime de urgência na desapropriação, o TRF tem julgado da seguinte maneira:

Consoante o disposto no artigo 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/1941, se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens. 2. Em se tratando de desapropriação por utilidade pública (Portaria n.º 963, de 14 de outubro de 2013, do Diretor-Executivo do DNIT, publicada no DOU de 15/10/2013, seção 01, pág. 141), disciplinada pelo referido diploma legal, e demonstradas a necessidade da área expropriada (para ampliação da faixa de domínio) e a urgência no prosseguimento das obras que se encontram em fase de execução, para ampliação da capacidade e restauração, onde houver necessidade de alargamento da faixa de domínio preexistente da Rodovia BR-470/SC (trecho: Navegantes-Div. SC/RS, subtrecho: Acesso a Gaspar-Entr. BR477 (B)(p/Timbó), segmento: Km 44,87 - Km 57,78, extensão: 12,91 Km - LOTE 03), não há ilegalidade na

imissão provisória do DNIT na área expropriada, ante o depósito do valor ofertado a título de indenização (TRF-4, 2019).

Ademais, é importante demonstrar que o princípio da justa e prévia indenização não será utilizado na imissão provisória na posse do bem e sim somente na transferência da propriedade de maneira definitiva.

Como abordado anteriormente, há necessidade de perícia judicial provisória visando à fixação do valor para imissão provisória.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo apurou que a desapropriação é uma importante forma de intervenção do Estado na propriedade particular, pela qual o dono é compelido a transferir sua propriedade para o ente público, sendo compensado por uma reparação indenizatória prévia e justa. Ocorre que, no tocante à mensuração do valor há uma certa discrepância com relação ao valor devido a ser pago. Nesse sentido, este artigo buscou analisar a justa indenização e seus pontos a serem observados e, ainda, a avaliação judicial de bens.

Considerando a avaliação do bem a ser expropriado, foi evidenciado neste artigo o papel fundamental do perito, o qual deverá analisar vários fatores para arbitrar um valor condizente. De certo modo, é mais que importante observar fatores como tempo, execução de obras e diferenças do mercado. Para tanto, os sujeitos processuais devem ater-se mais à justeza do valor do bem para que não cause prejuízo a nenhuma das partes processuais.

Assim, este instituto visa ao interesse e à utilidade pública, ou seja, o ente público possui a competência para expropriar. De certo modo, na fase declaratória, o Poder Público manifesta o seu interesse através da Lei ou decreto também chamado de procedimento ou fase administrativa. Após esses procedimentos, inicia-se a fase executória, buscando a transferência da propriedade.

Nessa linha de estudo, esses procedimentos poderão seguir a esfera administrativa, através de acordos, ou até mesmo pela esfera judicial. Diante da esfera judicial, também chamada de execução judicial, essa ocorrerá por meio de Ação de Desapropriação, quando o acordo restar inviável.

Ocorre que, diante a fase judicial, somente será possível discutir no mérito o valor da indenização, estudado anteriormente. Portanto, o expropriado não poderá defender a justeza da desapropriação.

Ora, diante dos princípios e fundamentos constitucionais, a desapropriação visa utilizar o bem com o fim de interesse público, ou seja, melhorando as condições de

serviços voltados à sociedade. De certo modo, a desapropriação de bens para fins públicos vem casada com uma justa e prévia indenização. Assim, o expropriado que tem o seu bem desapropriado faz jus a uma indenização que corresponda de maneira justa ao valor de sua propriedade. Ocorre que, na maioria dos casos, é necessário que um juiz imparcial resolva a lide, com o intuito de não prejudicar nenhuma das partes.

Ficou consagrado também com relação à fixação do valor indenizatório que, no processo de desapropriação, o perito apontará um valor aproximado, podendo o juiz da causa utilizar como fundamento para a fixação do valor.

Foi abordada também a questão da justa indenização, uma vez que é tratada como um mandamento constitucional, ou seja, caso não for considerada, não será desapropriação e sim confisco. Bem como, ficou explícita a questão da mensuração do valor a ser indenizado, quais fundamentos deverão ser analisados, em se tratando de valor venal ou de mercado, chegando à conclusão de que deverá sempre analisar a base do valor de comercialização, ou seja, valor de mercado.

Tratou-se também a importância da imissão provisória da posse, quando é possível e quais os requisitos necessários, complementando com julgados posicionando-se que é primordial a demonstração da necessidade do depósito prévio.

Nesse sentido, é de importante valia ressaltar ainda que o desapropriado, ao ter seu imóvel declarado como utilidade pública, tem a faculdade de obter outra propriedade equivalente à sua.

4 REFERÊNCIAS

FILHO, J. D. S. C. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed., São Paulo : Atlas, 2009.

JÚNIOR, J. C. **Comentários à Lei de Desapropriação Constituição de 1988 e Leis Ordinárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: RT, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso prático de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial : REsp 1196003 SP 2010/0098423-0. Relator: Ministro: Mauro Campbell Marques. DJ: 26/10/2010. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17554477/recurso-especial-resp-1196003-sp-2010-0098423-0>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1831313 TO. 2019/0237434-1. Relator: Ministro: Gurgel Faria. DJ: 19/03/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/823907863/recurso-especial-resp-1831313-to-2019-0237434-1?ref=feed>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1196003 SP. 2010/0098423-0. Relator: Mauro Campbell. DJ: 26/10/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17554477/recurso-especial-resp-1196003-sp-2010-0098423-0>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL: Resp: 1.513.043/MG. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJ: 29/03/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/687030231/andamento-do-processo-n-533914-agravo-recurso-especial-19-03-2019-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em: 24 jul. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO CIVEL: AC: 10024123054769001/MG. Relator: Elias Camilo. DJ: 12/03/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/822732714/apelacao-civel-ac-10024123054769001-mg?ref=feed>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. RECURSO ORDINÁRIO: RO 10029252120188260066 SP. Relator: Marcelo Berthe. DJ: 10/07/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=REEXAME+DE+SENTEN%C3%87A+EM+A%C3%87%C3%83O+DE+DESAPROPRIA%C3%87%C3%83O+POR+UTILIDADE+P%C3%9ABLICA>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação e Recurso Adesivo: AC 100080323920158260361 SP. Relator: Souza Nery. DJ: 03/10/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765410026/apelacao-civel-ac-10080323920158260361-sp-1008032-3920158260361?ref=serp>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 2332 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 05/09/2001. JusBrasil, 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14750624/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2332-df>>. Acesso em: 12 mai 2020.

TRF-4. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AG: 50480612220184040000. Relator: Vânia Hack de Almeida. DJ: 30/04/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713163458/agravo-de-instrumento-ag-50480612220184040000-5048061-2220184040000?ref=serp>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

TJ/PR. Agravo de Instrumento : AI 15956851 PR 1595685-1 (Acórdão). Relator: Nelson Mizuta. DJ: 04/04/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451907882/agravo-de-instrumento-ai-15956851-pr-1595685-1-acordao>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SALLES, J.C.M. A desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência. 6. Ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Agravo de Instrumento: AI 15956851 PR 1595685-1 (Acórdão). Relator: Nelson Mizuta. DJ: 04/04/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451907882/agravo-de-instrumento-ai-15956851-pr-1595685-1-acordao>>. Acesso em: 15 jul, 2019.

O CORPO NEGRO E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA DISPARIDADE RACIAL EM MEIO A MAGISTRATURA

ANA LOURDES DE OLIVEIRA MACEDO MONTEIRO:
Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário
Santo Agostinho - UNIFSA.

MARIANA SILVA DE ABREU OLIVEIRA¹⁴

(coautora)

WIRNA MARIA ALVES DA SILVA¹⁵

(orientadora)

RESUMO: A problemática do racismo decorrente de uma negligência do Estado brasileiro no momento pós-abolição acarreta reflexos persistentes até a atualidade, o que perverte a magistratura e lesa a vivência da população afro-brasileira. Por essa razão, a questão norteadora versa sobre o seguinte ponto: quais as consequências da desigualdade racial no cotidiano social e no Poder Judiciário brasileiro, ao analisar a disparidade racial na magistratura? Nesse sentido, o presente estudo teve como objetivo central decompor as consequências do racismo na sociedade brasileira e como isso tem afetado os atos da magistratura. Outrossim, objetiva-se trazer à tona tal discussão, que carece de uma maior visibilidade e debate no âmbito jurídico, para que no futuro seja finalmente alcançada a devida reparação à população negra. Ademais, o estudo foi desenvolvido através da utilização do método de abordagem dedutivo, sendo realizadas pesquisas bibliográficas. Com realização de pesquisas preliminares, foi possível identificar que sem o devido amparo estatal, a população negra, de indivíduos recém libertos, e sem a possibilidade de inclusão social, acabou em situação de marginalidade. Isso ainda é refletido sobre seus descendentes, o que gerou o desequilíbrio étnico e possibilitou a manutenção de uma hierarquia racial.

Palavras-chave: Racismo, magistratura, discriminação, direitos humanos.

ABSTRACT: The problem of racism as a result of the negligence of the Brazilian State in the post-abolition period has led to persistent reflexes until today, which perverts the magistracy and harms the life of the Afro-Brazilian population. For this reason, the guiding question is: what are the consequences of racial inequality in the social life and

¹⁴ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* marianasilvadeabreu@gmail.com.

¹⁵ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Mestra em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. *E-mail:* wirnam@hotmail.com.

in the Brazilian Judiciary, when analyzing racial disparity in the magistracy? In this sense, the present study had as its central objective to decompose the consequences of racism in Brazilian society and how it has affected the acts of the judiciary. Furthermore, the objective is to bring up such discussion, which lacks greater visibility and debate in the legal field, so that in the future, reparation to the black population is finally achieved. In addition, the study was developed using the deductive approach method, with bibliographic searches being carried out. With preliminary research, it was possible to identify that without due state support, the black population, of newly freed individuals, and without the possibility of social inclusion, ended up in a situation of marginality. This is still reflected in their descendants, which generated ethnic imbalance and made it possible to maintain a racial hierarchy.

Keywords: Racism, magistracy, discrimination, human rights.

Sumário: **1** Introdução - **2** A desumanização, imagem do inimigo: 2.1 Negligência estatal na pós-abolição; 2.2 A raça no estado brasileiro; 2.3 Princípios constitucionais e dos direitos humanos versus discriminações raciais: 2.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana; 2.3.2 O princípio da igualdade; 2.3.3 O princípio da não discriminação - **3** Desequilíbrio étnico e a branquitude no Brasil: 3.1 Ausência negra em cargos de poder; 3.2 Desigualdade étnica em meio aos magistrados; 3.3 As cotas raciais no poder judiciário brasileiro aplicadas à magistratura; 3.4 Enquanto sociedade, o que nos trouxe até aqui? - **4** Realidade do racismo na magistratura brasileira: 4.1 Caso: Barbara Querino; 4.2 Caso: Rafael Braga; 4.3 Caso: Valéria Lucia dos Santos - **5** Conclusão - Referências

1 INTRODUÇÃO

O racismo que permeia a sociedade brasileira é duramente combatido por dispositivos presentes na Constituição Federal de 1988 e em uma pluralidade de legislações específicas. No presente estudo será discutida a relação existente entre a vivência negra no Brasil e como o judiciário brasileiro age frente a ela, busca entender as ferramentas que historicamente levaram a perseguição judicial e criminalização do povo preto, e visa comparar justificativas existentes para tal violação, presentes desde o período escravocrata no Brasil.

Diante disso, frente aos Direitos Humanos, o racismo lesiona alguns princípios constitucionais aplicados a discriminação racial, sendo eles os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o da não discriminação. Tais princípios dão estrutura e coesão ao ordenamento jurídico, e que buscam amenizar as desigualdades existentes entre os seres humanos.

Contemporaneamente é observada a presença de uma persistente desigualdade étnica na sociedade brasileira, que é correspondente a uma ferida latente na história

do país, que ignora as sequelas de seu passado escravocrata, portanto, a discriminação racial permanece enraizada na vivência dos brasileiros.

Deste modo, o trabalho busca analisar a desigualdade que ocorre dentro do Judiciário, sobretudo na magistratura, visto que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), traz a pessimista previsão de que a igualdade racial em meio aos magistrados só será alcançada em 2044.

Outrossim, a negritude carece de justiça histórica, e o Poder Judiciário brasileiro, por meio de atos praticados por alguns de seus magistrados, tem manifestado a institucionalização do racismo. Isso pôde ser demonstrado através da observação de casos como Barbara Querino, Rafael Braga e da Advogada Valéria Lucia dos Santos.

Desse modo, destacam-se como objetivos de estudo: decompor as consequências do racismo na sociedade brasileira e mensurar como isso afeta as ações magistras neste país. Tais objetivos foram delineados para responder a seguinte questão norteadora: quais as consequências da desigualdade racial no cotidiano social e no Poder Judiciário brasileiro, ao analisar a disparidade racial na magistratura? Por conseguinte, a motivação para o desenvolvimento dessa pesquisa é o ensejo de poder contribuir com a discussão teórica sobre o tema, a fim de trazer maior visibilidade para o assunto, e como consequência, possibilitar o equilíbrio e a devida reparação social para a população negra.

Posto isso, o presente estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, com a utilização do método de abordagem dedutivo, método realizado por meio de leitura e análise de livros, jornais e artigos científicos. É de se perceber que é um método que visa esclarecer como se processa o conhecimento da realidade.

Dessa forma, a pesquisa se divide em três capítulos: o primeiro apresentará uma evolução histórica desde a violenta chegada da população negra vinda de África. Posteriormente, tratará dos princípios norteados e tutelados pela Constituição Federal de 1988. O segundo capítulo discutirá o desequilíbrio étnico e a branquitude no Brasil, no que tange a ausência negra em cargos de poder. Já o terceiro capítulo irá expor atos de magistrados que refletem o racismo enraizado, apresentando alarmantes situações reais.

Cumprir observar que a importância social desse estudo é apontar as causas da desigualdade racial no Brasil e as suas consequências no Poder Judiciário nacional, além de demonstrar a problemática da ausência de negros em cargos de poder, inclusive no Judiciário, e por fim, expor situações, que apesar de violentas e degradantes, são cotidianas para população afro-brasileira.

2 A DESUMANIZAÇÃO, IMAGEM DO INIMIGO

A história de como os indivíduos negros em no Brasil se tornaram alvo de uma perseguição social e estatal começa bem antes da chegada dos primeiros homens e mulheres traficados de África pisarem em portos brasileiros. É necessário entender o pensamento do homem europeu ao analisar a existência de indivíduos que não eram por eles considerados como semelhantes. Aqueles homens e mulheres foram reduzidos a “homens-objecto”, “homens-mercadoria” e “homens-moeda” (JOHNSON, 1999; e BAUCOM, 2005 apud MBEMBE, 2014).

A expansão mercantil e da cultura renascentista traz o homem europeu para o centro do ideal filosófico, transformando-o no homem universal, e por consequência, todos os povos e culturas que não refletiam seu ideal em sub evoluídos (ALMEIDA, 2018).

Uma das principais ferramentas para a desconsideração da humanidade desses indivíduos foi a sua transformação em uma figura dessemelhante ao padrão eurocêntrico, tratando-os por meio de fatos irrealis, criando a imagem do negro como o ser-outro, uma figura animalesca de destruição e perigo (MBEMBE, 2014).

2.1 Negligência estatal na pós-abolição

O Brasil é o país americano que mais recebeu pessoas retiradas de forma compulsória do território africano através do tráfico negreiro. Estima-se que entre os anos 1550 e 1862, cerca de 4,8 milhões de africanos tenham desembarcado nos portos brasileiros. Mister se faz ressaltar que, vergonhosamente, o Brasil foi o último país da América a abolir a exploração do trabalho escravo. Ademais, a abolição ocorreu por meio de um breve texto, sem qualquer previsão de inclusão social, ou intenção de redimir desigualdades e hierarquias raciais geradas por mais de 3 séculos de servidão. (SCHWARCZ e GOMES, 2018).

A Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, de modo raso e objetivo, dispõe:

Declara extinta a escravidão no Brasil.

A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte:

Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.

Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém.

O secretário de Estado dos Negócios da Agricultura, Comercio e Obras Públicas e interino dos Negócios Estrangeiros, Bacharel Rodrigo Augusto da Silva, do Conselho de sua Majestade o Imperador, o faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de maio de 1888, 67º da Independência e do Império.

Princesa Imperial Regente.

A referida lei não incluiu temas que estavam em pauta nas inúmeras propostas de abolição de outras nações, não apresentou qualquer menção do modo como essa drástica mudança social ocorreria, sem oferecer qualquer amparo àqueles indivíduos recém-libertos e sem qualquer possibilidade de uma inclusão funcional na sociedade da época.

De forma diversa, antes da propositura da Lei Áurea em 1888, já existiam duas leis que foram fundamentais para a consolidação dos recém libertos e seus descendentes à margem da sociedade, o que acarreta consequências até a atualidade.

A primeira delas foi a Lei n.º 601/1850, conhecida como a Lei de Terras, que garantiu a distribuição das terras brasileiras, pertencentes à coroa portuguesa desde a colonização, antes que aqueles ainda escravizados e seus descendentes pudessem fazer parte dessa distribuição. (POLLO, 2020).

A outra lei que serviu de forma direta para a marginalização desses indivíduos foi a Constituição Imperial de 1824, que previa educação gratuita a todos os cidadãos, excluindo, no entanto, as pessoas negras ainda escravizadas.

2.2 A Raça no Estado brasileiro

O Brasil, apesar de possuir um Estado de Direito baseado em sólidas instituições democráticas, passa por retrocessos históricos (CIDH, 2021). No país, não há legislação segregadora, e seguindo a Constituição Federal, no ordenamento jurídico brasileiro, existem leis que estabelecem o racismo como crime imprescritível e inafiançável.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 3º, apresenta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Entre eles, encontra-se no inciso IV, a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceito ou discriminação, vide:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (Grifo nosso). (BRASIL, 1998)

Ainda na Constituição Federal, o *caput* do artigo 5º determina a igualdade de todos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país perante a lei, sem qualquer forma de distinção. Em seu inciso XLII o racismo é caracterizado crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, *ipsis litteris*.

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:

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, no Código Penal, o racismo encontra-se tipificado sob a denominação de injúria racial, disposto parágrafo 3º do artigo 140, como uma qualificadora para o crime de Injúria, veja:

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

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

[...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:(Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1940)

Apesar da nítida intenção legislativa de prevenir e punir ações racistas, é preciso considerar que o Brasil é uma nação construída e enriquecida, durante cerca de 300 anos, às custas de vidas negras. Esse mesmo país, no momento pós-abolição, não apresentou nenhuma forma significativa de inserção da população negra, recém-saída da vida de servidão absoluta a sociedade. Isso gerou a marginalização destes indivíduos, possibilitando a manutenção e ainda o reforço da imagem do negro como uma figura de perigo, fato que acarreta em diversas consequências para os afro-brasileiros até a atualidade.

Uma das sequelas geradas por este histórico descaso é facilmente identificada por meio da forma como corpos negros são vistos e tratados pelo sistema judiciário brasileiro, neste sentido Oliveira e Carvalho (2020) elucidam:

O sistema judiciário é parte constituinte desse Estado que perpetua os moldes historicamente determinados pelo racismo estrutural. Se reorganizando como uma instituição racista e estabelecendo um parâmetro de seletividade, escolhendo quando e para quem se deve preservar as garantias constitucionais do acusado.

Em relatório do ano de 2015, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apresenta que a chance de um indivíduo branco, ao ser preso em flagrante, ser solto ao se apresentar a um juiz em audiências de custódia é 32% maior que a de uma pessoa negra (DINIZ, 2016). Tais dados são o reflexo de uma construção racista da sociedade brasileira. Essa construção é ignorada por grande parte da população, sob a falsa ideia de uma democracia racial.

2.3 Princípios Constitucionais e dos Direitos Humanos *versus* Discriminações Raciais

Em paralelo aos Direitos Humanos, o racismo fere alguns princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, que são pontos relevantes de todo o sistema normativo, já que eles são os alicerces sobre os quais se constrói o ordenamento jurídico. Esses princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao ordenamento jurídico, que buscam amenizar as desigualdades existentes entre os seres humanos que servem como alicerce para entender-se a sua real importância (NUNES, 2018).

2.3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, conforme o artigo 1º, inciso III, vide:

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, 1988)

O princípio da dignidade humana está acima dos princípios constitucionais, sendo um supra princípio, que busca proteger todo e qualquer ser humano desde o seu nascimento, contra tudo que lhe possa levar em desobediência, sendo-lhe inerente e independente de qualquer requisito ou condição, tais como raça, cor, religião ou sexo, com garantia de pleno exercício de valores morais e éticos de direitos fundamentais (NUNES, 2018).

Tal princípio possui um valor supremo, sendo fundamental para evitar atos discriminatórios. Todos os seres humanos são possuidores de direitos na busca da igualdade racial, não podendo sofrer ofensa por preconceitos. A aplicação de leis nos casos de discriminação racial garante os direitos fundamentais.

É um princípio de suma importância que assegura um direito fundamental, que confere unidade e rigidez para o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Filho (2019) dispõe que:

Entre os superiores princípios (valores) consagrados na Constituição de 1988, merece especial destaque o da dignidade da pessoa humana, colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Temos hoje o que podemos chamar de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Isso é valor.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicado particularmente ao ser humano, e qualquer ato discriminatório fere esse princípio, tendo em vista que todos são iguais perante a lei, e não podem ter distinção ou tentativa de imposição de uma raça sobre outra.

2.3.2 O Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, tratando sobre os direitos e garantias fundamentais. Ou seja, é garantindo que todos são iguais perante a lei. *In verbis*:

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

Todavia, o princípio garante que todos os cidadãos possuam um direito igualitário perante a lei sem qualquer distinção. Entretanto, há situações desfavoráveis em que essa igualdade não acontece, como por exemplo em situações em que o racismo se manifesta. É notório observar que a discriminação racial ainda existe, e por isso ocorre a violação de direitos de pessoas com base em critérios injustos, como a raça.

Neste sentido, Moraes (2017) elucida que o princípio da igualdade possui dois planos diversos, o primeiro plano é da obrigatoriedade ao intérprete, e sobretudo, uma aplicação de leis e de atos normativos pela autoridade pública de modo igualitário, sem distinção de raça, religião, sexo e classe social. O segundo plano é o do Poder Executivo ou do legislador, que busca o combate à criação de tratamentos desiguais, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias.

2.3.3 O Princípio da Não Discriminação

Segundo Passos (2002), o princípio da não discriminação é uma consequência ou um reflexo do princípio da igualdade. Assim, é incapaz de ser edificado a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem.

E conforme explica Neto (2006):

O princípio da não-discriminação tem relação umbilical com o princípio da igualdade, este representante de etapa do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais como visto. Pode-se dizer, inclusive, que o princípio da não-discriminação é fruto de processo evolutivo constatado sobre princípio da igualdade, ao passo que a mera igualdade perante a lei, própria do Estado Liberal, não se mostrou suficiente para tutelar os indivíduos.

O princípio supracitado está previsto em diversos dispositivos, como na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput* e inciso XLII. Ele destaca que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, para Maior (2002) discriminar é qualquer distinção das coisas, pessoas e conceitos em conformidade com as suas características próprias e bem definidas. Dessa forma, discriminar é distinguir, excluir ou restringir, pessoas baseadas em raça e cor. Portanto, quem praticar crimes de discriminação racial será submetido a um processo criminal.

3 DESEQUILÍBRIO ÉTNICO E A BRANQUITUDE NO BRASIL

A tardia abolição da escravatura brasileira, ocorrida em 13 de maio de 1888, quando a Princesa Isabel assinou a “Lei Áurea” Lei nº 3.353, abolindo oficialmente a escravidão no Brasil, gerou persistentes sequelas sociais não cicatrizadas. O fim da escravidão foi resultado das mudanças econômicas e sociais iniciadas na segunda metade do século XIX, que culminaram na crise do Segundo Reinado e na subsequente derrubada da monarquia (LEÃO, 2019).

Entende-se por branquitude um *status* mais elevado da classe social, isto é, da hierarquia racial. Neste sentido, os indivíduos brancos seriam superiores aos não-brancos. Frisa-se que a branquitude vai muito mais além do fenótipo, ser branco é aquele que possui privilégios raciais, desde os primórdios até os dias atuais. Desta maneira é evidente que há um desequilíbrio étnico entre as classes sociais, dado que, homens brancos ditos como ocupantes da hierarquia social gozam mais de oportunidades do que os não-brancos. Pessoas negras, por sua vez, sempre vistos como seres inferiores no que tange a sua intelectualidade. Eram responsáveis por executar as atividades de menor complexidade intelectual, e em decorrência disso, eles não possuíam a chance de realizar outras atividades, a não ser braçais (MÜLLER e CARDOSO, 2017).

Desse modo, o atual cenário do Brasil demonstra que o país não conseguiu de fato eliminar a discriminação racial, e que isso são questões não solucionadas do passado, que refletem até este momento, um país de herança colonial e escravocrata, e faz com que perdurem até hoje atitudes racistas, ocasionando um desequilíbrio étnico (ALMEIDA, 2019).

Por fim, segundo Müller e Cardoso (2017), é de extrema relevância findar tal desequilíbrio étnico, posto que, a cor da pele de um ser humano não o define, para que a branquitude reconheça que para sua classe racial ser valorizada, não é necessário desvalorizar a outra.

3.1 Ausência negra em cargos de poder

A Síntese de Indicadores Sociais (SIS), publicada no ano de 2020 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) - que possui como principal fonte para a construção de seus indicadores a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) de 2012 a 2019, além da utilização de dados fornecidos pelo Sistema de Contas Nacionais (SCN), Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, dentre outros - apresenta uma detalhada análise das condições de vida do brasileiro, ao analisar sua estrutura econômica, escolaridade, presença no mercado de trabalho, padrão de vida e distribuição de renda.

Ao considerar cor e raça no mercado de trabalho, através da SIS, foi possível observar que pessoas pretas ou pardas são maioria entre aquelas que possuem ocupação, representando um percentual de 54,8%, contra a taxa de 45,2% relativa à de pessoas brancas. Porém, mister se faz ressaltar que há uma acentuada divergência entre as categorias relativas às atividades ocupacionais e respectivamente a remuneração correspondente.

Enquanto a população de cor branca que detém ocupação localiza-se predominante em atividades relativas às áreas cujo rendimento salarial médio por hora de trabalho encontra-se acima da média do ano de 2019, sendo elas, administração pública, educação, saúde e serviços sociais e informação, financeira e outras atividades profissionais. Por outro lado, as atividades de agropecuária, na construção e serviços domésticos, correspondentes aos rendimentos salariais inferiores relativos à média de 2019 são predominantemente ocupadas por pessoas pretas ou pardas.

Ademais, através da SIS, foi levantado que no ano de 2019 a população branca que possui ocupação recebia 69,3% a mais do que pessoas pretas ou pardas, tendo um rendimento por hora trabalhada superior ao da população preta ou parda em qualquer nível de instrução, sendo maior no nível superior.

É nítida a persistência de resquícios de um segregacionismo invisível, maquiado sob a falácia de uma democracia racial. Os impeditivos gerados pelo Estado na inserção das pessoas negras na sociedade se mostra persistente, a fim de manter estes indivíduos à margem da sociedade.

3.2 Desigualdade étnica em meio aos magistrados

O Censo do Poder Judiciário de 2013, revelou que somente 15,6% dos magistrados brasileiros eram negros, e deste conjunto, 14,2% se declaram pardos e 1,4%, pretos, em contraponto aos 84,5% demonstrados de magistrados brancos (OTONI, 2018).

Nesse sentido, uma pesquisa mais atualizada do Censo do Poder Judiciário de 2018 realizado pelo CNJ, expôs que apenas 18% dos magistrados do país eram negros, sendo declarados pretos apenas 1,6% e pardos 16,4%. (ANDRADE, 2019). Mesmo se passando 5 anos do Censo de 2013, a porcentagem de juízes negros no Brasil aumentou apenas 0,2%. Dessa forma, podemos observar que a baixa representatividade no Judiciário continua.

Cumpra observar que a situação brasileira atual é consequência da sua herança colonial e do desinteresse estatal no período pós-abolição na integração dos indivíduos recém libertos. Devido à falta de possibilidade de inserção social e a consequente marginalização, famílias negras, que com as desvantajosas ações negativas do estado gozaram um menor acesso à saúde e à educação, por tanto, esses indivíduos tiveram o alcance a níveis sociais mais elevados dificultado. Ao longo da formação do país, a população brasileira cresceu sem consciência de raça, nesta sociedade pessoas brancas aprenderam que raça não precisa ser levada em consideração, uma vez que entendem que não há racismo no Brasil. Isso é refletido no Judiciário brasileiro que é composto predominantemente por pessoas brancas, o que tem levado a análises jurídicas de acordo com o senso comum (NUZZI, 2020).

3.3 As Cotas Raciais no Poder Judiciário brasileiro aplicadas à Magistratura.

As cotas raciais estão designadas para pessoas negras, indígenas ou pardas, aplicadas no Brasil, com objetivo de cessar o racismo estrutural e a desigualdade racial, que são consequência da violenta colonização brasileira. São exemplos de cotas raciais a destinação de reservas de vagas em concursos públicos e vestibulares, com o objetivo de favorecer grupos de pessoas excluídas e discriminadas em função da raça a que pertencem, que são os indivíduos de “raça negra” (POLITIZE, 2020).

Desse modo, em relatório, a PNAD contínua, realizada pelo IBGE em 2019, apontou que a maior parte da população se considera negra, cerca de 56,10%. Sendo habitantes do país 209,2 milhões, 19,2 milhões afirmam ser negros, e 89,7 milhões declaram ser pardos. O ensino superior público foi ocupado pela maioria de negros pela primeira vez. No entanto, existe uma minoria nos cargos de trabalho, na política e magistratura (AFONSO, 2019).

Atualmente há duas leis específicas sobre cotas que buscam diminuir as desigualdades étnico-raciais, que são a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que se refere ao acesso às universidades públicas federais, e a Lei nº 12.990 de 9 de julho de 2014, que busca a igualdade nos concursos públicos no âmbito federal. Essas leis surgiram para diminuir e retificar as desigualdades sociais provocadas pela escravidão no Brasil.

O Poder Judiciário adotou o sistema de cotas raciais, a partir de 2015, através da resolução de nº 203 do CNJ. Em 23 de junho de 2020, a resolução completou cinco anos e vem garantindo o ingresso de pessoas negras a pelo menos 20% das vagas oferecidas em concursos públicos de cargos efetivos e de ingresso na magistratura, portanto, hoje existem reservas de vagas em todo o Brasil. Essa norma foi definida para cumprir o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288 de 2010), que visa reduzir a desigualdade de oportunidades profissionais para população negra brasileira (RUSSEL e CIEGLINSKI, 2019).

A pesquisa realizada pelo CNJ em 2018 informa que 18,1 % dos magistrados do Brasil são negros. O estudo foi conduzido com 11.348 magistrados ativos, cerca de 62% do total de juízes desembargadores e ministros dos tribunais superiores da nação. Dentre eles, 1,6% se declararam pretos, 16,5% pardos, 80,3% brancos e apenas 11 pessoas se declararam indígenas. Esses números revelam a baixa representatividade dos negros e apontam o racismo enraizado na sociedade que é formada por 55% de pretos e pardos, com base no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (NACARATTE, 2020).

Em conformidade ao CNJ o equilíbrio racial na magistratura brasileira só será alcançado daqui a 24 anos, ou seja, apenas em 2044 a magistratura terá em sua composição um percentual de 22,2 % de juízes negros (PAOLA, 2020).

3.4 Enquanto sociedade, o que nos trouxe até aqui?

Ao longo da história, os negros no Brasil sempre estiveram fora de todos os poderes, inclusive do Poder Judiciário. Discriminados em um projeto de sociedade que surgiu desde a escravidão e ainda permanece até hoje, tal fato é perceptível, posto que, a presença de magistrados negros até este momento é baixa. Desse modo, a população negra saiu do período escravocrata sem oportunidade no que diz respeito ao acesso à educação e à cultura, de modo que as oportunidades de emprego dadas a eles eram aquelas de menor complexidade, isto é, não exigiam muito conhecimento no campo intelectual (SCOLA, 2018).

Desse modo, a falta de juízes negros em um país cuja população é metade negra deixa evidente que a sociedade brasileira é racista, posto que ainda tende a escolher os lugares em que as pessoas, sobre certas condições, devem ocupar, e isso se deve à exclusão histórica dos negros do acesso à educação e espaços de poder (ANDRADE, 2019).

Nesse sentido, o Brasil tem 56,10% da população negra, conforme a PNAD contínua realizada pelo IBGE em 2019, porém, até hoje um negro que se apresenta como juiz causa sobressalto em determinadas pessoas, pois para elas, negros não se enquadram na profissão do magistério, ou não teriam capacidade intelectual suficiente

para ocupar tal cargo. Isso escancara o preconceito trazido do período colonial e escravocrata que está na atual sociedade brasileira (AFONSO, 2019).

Dessa forma, é notório que o racismo ainda muito presente na atual sociedade proporciona a maioria branca no magistrado, e é inegável que eles gozam de mais oportunidades. Todavia faz-se necessário dizer que a população negra ao longo da sua história de luta vem aos poucos ganhando seu espaço em diversas áreas jurídicas (ANDRADE, 2019).

Por fim, o Estado age de forma lenta e tímida juntamente com os órgãos públicos e entidades da sociedade civil, as quais atuam no enfrentamento contra a discriminação racial e étnica e buscam construir condições de paridade para que as pessoas tenham acesso aos espaços, sobretudo aos espaços de poder, com objetivo de proporcionar isonomia de oportunidades para todas as pessoas, independente do seu histórico cultural ou a cor de sua pele. Desse modo, ocorrerá conseqüentemente a redução da discriminação quanto a raça e inserção de mais pessoas negras na magistratura brasileira.

4 REALIDADE DO RACISMO NA MAGISTRATURA BRASILEIRA

O Brasil construído sob a ilusão de uma pacífica miscigenação branca, negra e indígena mantém socialmente erguida a ideia da existência de uma democracia racial, sustentada pelo discurso da meritocracia. Tal mecanismo racista retira do Estado a responsabilidade quanto a desigualdade educacional, desemprego, miséria e violência, atribuindo o sucesso ao esforço individual sem considerar qualquer fator externo (ALMEIDA, 2018).

Almeida (2018) ainda destaca que a desigualdade educacional está relacionada diretamente à desigualdade racial e acesso ao ensino, que reforçam no imaginário social o retrato do estereótipo de estudante universitário, e por consequência, de ocupante dos cargos de prestígio nos setores públicos: homem branco, hetero e cis gênero, associando-o a competência e ao mérito.

Moreira (2017) elucida que a negritude carece de justiça histórica, portanto as consequências da discriminação racial sistêmica persistem até a atualidade. No ano de 2020, o autor reitera, durante o painel "Julgamento com Perspectiva Racial" do seminário "Questões Raciais e o Poder Judiciário", promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que a ideia de neutralidade magistral possibilita a manutenção de análises do jurídicas que ignoram a problemática do racismo intergeracional, estrutural, institucional (BANDEIRA, 2020).

Ao acreditar que não há necessidade do reconhecimento da opressão negra, do racismo estruturalmente estabelecido e do privilégio branco, o judiciário

majoritariamente branco segue agindo como ferramenta de opressão e marginalização da população negra.

Uma nítida consequência de tal fato é o alarmante dado apresentado pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2020, publicado pelo 14º Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que apresentou que no ano de 2019, dentre os 657,8 mil presos com informação de cor ou raça disponíveis, 438,7 mil são negros. Tal número corresponde a significativa maioria de 66,7% da população carcerária brasileira que é formada por pessoas negras (ACAYABA, 2020).

Nos últimos anos, algumas manifestações deste racismo institucional praticado por membros do Poder Judiciário alarmaram e revoltaram parte da população brasileira. Entre eles estão os casos de Barbara Querino, Rafael Braga e da Advogada Valéria Lucia dos Santos.

4.1 Caso: Barbara Querino

Barbara Querino, uma jovem que aos 19 anos foi vítima do racismo estrutural que se estende à magistratura. A dançarina foi presa no dia 15 de janeiro de 2018, sem qualquer comunicação da razão, tendo ciência através de seu advogado, de que havia sido presa devido à acusação de dois assaltos, somente após um mês de cárcere.

Em agosto de 2018 Bárbara foi condenada a 5 anos e 4 meses de prisão pela participação em assaltos realizados na zona sul de São Paulo. A decisão do magistrado foi tomada a partir do reconhecimento de testemunhas brancas, que identificam Bárbara como a agressora unicamente devido a sua cor da pele e cabelo, parecidos com os da real assaltante (LOPES, 2020).

O juiz do caso deliberadamente ignorou provas em foto, vídeo e testemunhas apresentadas pela defesa de Bárbara que deixavam claro que no dia da ocorrência dos fatos a dançarina não estava na cidade onde os assaltos aconteceram, e sim no litoral do estado de São Paulo, trabalhando em um evento como modelo (LOPES, 2020).

Somente após cumprir dois sextos de sua pena, em setembro de 2019, Barbara obteve a possibilidade de cumprir o restante de sua condenação em Regime Aberto, e em 13 de maio de 2020, a inocência de Bárbara foi decretada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

4.2 Caso: Rafael Braga

Rafael Braga é um reflexo da silenciosa perseguição racial brasileira, que faz uso de instituições prisionais como forma de higienização social e racial. Rafael é um homem negro, semianalfabeto, nascido na periferia do Rio de Janeiro, que buscava

obter renda trabalhando como catador de material reciclável. Ele teve sua liberdade cerceada após os protestos de julho de 2013.

Devido à sua precária situação financeira, na tentativa de economizar dinheiro, tinha como hábito não retornar para sua casa na Vila Cruzeiro, dormindo pelas ruas do centro urbano. No dia 20 de julho de 2013, Rafael é detido pela polícia militar do estado do Rio de Janeiro ao casarão abandonado onde costumava dormir. O rapaz portava em sua mochila uma garrafa de desinfetante e outra de pinho-sol, porém, os policiais acreditavam que tais itens seriam usados para a produção de um “Coquetel Molotov”, um artefato incendiário a ser utilizado nas manifestações que ocorriam naquele dia (MENDONÇA, 2019).

A partir de então, Rafael esperou por cinco meses até seu julgamento, no Complexo Penitenciário de Japeri. Neste período, teve pedido de revogação da prisão preventiva, feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, negado pelo juízo. Posteriormente, foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, sendo transferido para o Complexo Penitenciário de Bangu. Deste modo, apesar de não fazer parte das manifestações, Rafael Braga foi o único que recebeu condenação criminal em decorrência dos protestos que ocorreram em junho de 2013 e deram ensejo ao *Impeachment* da então presidente Dilma Rousseff.

A bomba caseira denominada “Coquetel Molotov”, item que supostamente teria sido fabricado por Rafael na noite em que foi abordado pela polícia, consiste em uma mistura composta por três elementos: um líquido altamente inflamável, uma garrafa de vidro e um pano ou corda, embebido no líquido inflamável para que sirva de pavio. Desta forma, a garrafa ao ser atirada no alvo irá se quebrar, espalhando o líquido inflamável e assim gerando um incêndio (NOGUEIRA, 2019).

Necessário se faz ressaltar que posteriormente, por meio de laudo técnico, o esquadrão antibombas da polícia civil, ao realizar a análise dos artefatos apreendidos com Rafael, concluiu que os produtos de limpeza tinham uma insignificante possibilidade de funcionar para a produção de artefato explosivo (MENDONÇA, 2019).

Apesar de tal circunstância, com apelação da sentença condenatória, a defesa de Rafael, realizada pelo Instituto de Defesa dos Direitos Humanos, somente obteve uma diminuição da pena em 4 meses. Portanto, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu manter a prisão infundada do rapaz, que havia sido determinada pelo juiz da 32ª Vara Criminal, na primeira instância.

No ano de 2014, Rafael teve sua primeira progressão de regime, porém logo perdeu tal direito, regredindo ao regime fechado após a publicação de uma foto por um de seus advogados, em que Rafael encontrava-se diante uma parede com a seguinte frase pichada: “Você só olha da esquerda p/ direita, o Estado te esmaga de

cima p/ baixo". Além de regressar ao regime fechado, Rafael ainda passou um mês isolado do convívio dos demais presos, ficando na "solitária". Somente no final do ano seguinte Rafael obteve uma nova progressão de regime, o semiaberto, com uso de tornozeleira eletrônica, e pôde voltar a residir com sua família (MENDONÇA, 2019).

Em 12 de janeiro de 2016 mais uma vez a liberdade de Rafael foi interrompida de maneira abrupta e infundada. Neste dia, o rapaz foi abordado violentamente por cinco policiais militares que o agrediram, a fim de supostamente obter informações sobre o tráfico na comunidade Vila Cruzeiro, na Penha, zona norte do Rio, onde Rafael Braga residia com seus familiares. O rapaz foi agredido física e verbalmente, levando socos no estomago ouvindo e ameaças de estupro e morte (SANSÃO, 2016).

Ao ser levado para a Delegacia de Polícia, Rafael foi autuado por tráfico de drogas, associação e colaboração com o tráfico. A ele foram imputados o porte de 0,6g de maconha, 9,3 de cocaína e um rojão. Apesar da existência de testemunha que afirma ter presenciado a violência sofrida por Rafael Braga e da implantação do vulgarmente denominado "kit flagrante", além da forte contradição presente no depoimento dos policiais, o juiz se negou a autorizar a apuração das imagens capturadas pelas câmeras internas e externas da viatura policial, e ao fim do processo condenou Rafael a 11 anos de reclusão, por tráfico de drogas e associação para o tráfico (SANSÃO, 2016).

Segundo Souza *et al.* (2017),

[...] nomeação de um "elemento suspeito", a única prova encontrada por policiais, os mesmos policiais servindo como testemunhas, denúncia de tortura ignorada, o saber pericial submetido ao poder de decisão judicial, o "livre convencimento" do juiz servindo como exercício arbitrário de condenação.

Mais uma vez o Estado age como higienizador, não enxergando Rafael como sujeito de direitos, mas apenas um objeto a ser movimentado na estrutura social. O rapaz não foi apenas julgado e condenado por crimes que não cometeu, mas por duas vezes a justiça, enquanto instituição, peca ao se negar a considerar provas explícitas de inocência e se voltar apenas ao fator predominante de culpa, a cor da pele e a classe social.

4.3 Caso: Valéria Lucia dos Santos

A situação atípica e degradante sofrida pela advogada Valéria Lucia dos Santos, mulher negra, de 49 anos, no exercício de sua atividade profissional, ocorreu no dia 10 de setembro de 2018, em sessão realizada no Terceiro Juizado Especial Cível de Duque de Caxias, no Rio de Janeiro.

Enquanto Valéria Santos, na situação de advogada, representava sua cliente, a juíza leiga que presidia aquela audiência decide por encerrá-la antes da advogada ter acesso e poder impugnar a contestação do réu, insistindo para que ela se retirasse da sala em que estavam. A advogada se recusou e insistiu em permanecer na sala até a chegada do representante da OAB, por sua vez a juíza leiga solicitou a presença da força policial para retirar Valéria da sala de audiências (MIGALHAS, 2018a).

Após a chegada da polícia, Valéria acabou sendo algemada e posta sentada no chão do juizado, frente a cliente e aos companheiros de profissão. A situação foi inteiramente documentada por vídeos amplamente divulgados na internet.

A atitude da juíza leiga foi duramente repudiada por instituições como o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), tendo seus atos sido considerados racistas, violentos e ilegais.

Porém, a Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais (COJES) do Rio de Janeiro decidiu por inocentar a juíza leiga e os policiais que indevidamente algemaram a advogada no exercício de sua função. O desembargador Joaquim Domingos de Almeida Neto afirmou que as algemas foram devidamente utilizadas para conter a advogada que representava perigo à juíza leiga (MIGALHAS, 2018b).

Em resposta, a OAB/RJ demonstrou estranheza por não ter participado do processo e nem pôde participar da oitiva da juíza leiga ou das testemunhas arroladas:

A Ordem tomou conhecimento da lamentável decisão da COJES apenas por intermédio dos meios de comunicação que noticiaram o fato, vez que não integrou o procedimento, nem pôde participar da oitiva da juíza leiga ou das testemunhas arroladas. Causa-nos espécie e estupefação o fato de o tribunal não ter percebido qualquer tipo de ilicitude na inaceitável e reprovável decisão de algemar uma advogada no exercício de sua profissão. Continuaremos a tomar todas as medidas cabíveis contra essa agressão (MIGALHAS, 2018b).

Após a decisão do COJES, Valéria Santos declarou:

O próprio Judiciário disse que ela agiu correto e que os policiais também acertaram em me algemar porque eu estava colocando em risco as outras pessoas. Mas eu não estava armada e não agredi ninguém. Eles falaram que eu me debati, mas não provaram. Eles falaram que me joguei ao chão, mas não

provaram. Eu tenho como provar que me algemaram (SANTOS, 2019).

O caso de Valéria demonstra que o racismo estrutural que permeia o Judiciário e as estruturas de poder não afeta unicamente pessoas em condições precárias de vida, à margem da sociedade. Em meio ao seu exercício profissional, Valéria Santos foi tida como ameaça a uma mulher branca, uma figura de perigo, e por isso foi fisicamente subjugada e humilhada. Valéria é uma advogada, mulher adulta, com nível superior de escolaridade, mas mesmo assim se tornou vítima de um sistema que oprime e violenta a existência de pessoas negras no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho realizado, foi possível averiguar através de análises bibliográficas e de casos reais, que durante os mais de três séculos em que no Brasil as pessoas negras viveram sob o abusivo regime escravocrata, foram geradas desigualdades raciais hierárquicas que produzem efeitos até a atualidade, através da banalização de práticas discriminatórias e racistas.

Mesmo o Brasil sendo um país em que a maior parcela da sua população é negra, foi observado que essa proporção não se reflete entre os níveis mais elevados da sociedade, e como consequência, tal população se mantém entre aqueles que possuem a menor remuneração financeira, quando comparada à da população branca, o que contribui para a permanência destas pessoas à margem da sociedade.

Também é notável que no Poder Judiciário brasileiro, em meio a magistratura, há uma baixa representatividade quanto a ocupação de cargos por juízes negros. Neste sentido, é visível que tal ausência está refletida em decisões em que juízes não racializados, que são a grande maioria entre os magistrados, apresentam análises jurídicas que são alheias à existência do racismo estrutural e institucional, que ainda assombra a sociedade brasileira.

Esse racismo estatal manifesta-se na alarmante presença negra no cárcere. Por meio dos casos expostos, neste estudo foram demonstradas ações de racismo institucional presentes no Judiciário brasileiro, que demonstram a banalização de vidas negras, como observado nos casos de Barbara Querino e Rafael Braga, através da passível perda de liberdade devido uma falsa ideia de neutralidade magistral. Também pôde ser observado, através do caso Valéria Santos, que esse mesmo racismo não afeta apenas indivíduos que estão à margem da sociedade, mas pessoas que ocupam grandes cargos. A advogada também foi vítima deste mesmo sistema que vem ferindo, violentando e oprimindo a existência de pessoas negras neste país.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago. Proporção de negros nas prisões cresce 14% em 15 anos, enquanto a de brancos cai 19%, mostra Anuário de Segurança Pública. **G1**, São Paulo, 19 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/19/em-15-anos-proporcao-de-negros-nas-prisoos-aumenta-14percent-ja-a-de-brancos-diminui-19percent-mostra-anuario-de-seguranca-publica.ghtml>. Acesso em: 16 abr. 2021.

AFONSO, Nathália. Dia da Consciência Negra: números expõem desigualdade racial no Brasil. **Agência Lupa**, Rio de Janeiro, 20 nov. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/11/20/consciencia-negra-numeros-brasil/>. Acesso em: 26 fev. 2021.

ALMA PRETA JORNALISMO. **Um ano de liberdade de Babiy Querino**. 2020. 1 vídeo (12 min). Disponível em: <https://youtu.be/IWdTQYUPK50>. Acesso em: 17 abr. 2021.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

_____. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ANDRADE, Juliana. Juízes negros se reúnem para discutir baixa representatividade. **Correio Braziliense**, São Paulo, 26 out. 2019. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/10/26/interna_cidad esdf,801071/juizes-negros-se-reunem-para-discutir-baixa-representatividade.shtml. Acesso em: 20 fev. 2021.

BANDEIRA, Regina. Para especialista, juízes brancos desprezam a realidade social ao julgar. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 8 jul. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/para-especialista-juizes-brancos-desprezam-a-realidade-social-ao-julgar/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 234, de 25 de março de 1824. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. [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: 13 out. 2017.

_____. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Dispõe sobre o Estatuto da Igualdade Racial. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 147, n. 138, p.1, 21 jul. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições de nível médio e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 149, n. 169, p.1, 30 ago. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

_____. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Lei de Cotas no Serviço Público Federal. Institui a reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 151, n.109, p.3, 10 jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

_____. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

_____. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Dispõe sobre a **Lei Áurea**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm#:~:text=Declara%20extinta%20a%20escravid%C3%A3o%20no,o%20Imperador%2C%20o%20Senhor%20D.&text=1%C2%B0%3A%20%C3%89%20declarada%20extincta,lei%20a%20escravid%C3%A3o%20no%20Brazil. Acesso em: 15 out. 2020.

CARNEIRO, Júlia Dias. Brasil viveu um processo de amnésia nacional sobre a escravidão, diz historiadora. Entrevistada: Lilia Schwarcz. **BBC Brasil**, Rio de Janeiro. 10 mai. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44034767#:~:text=algum%20para%20celebrar,-,O%20Brasil%20foi%20o%20ultimo%20pa%C3%ADs%20do%20Ocidente%20a%20abolir,na%20%C3%A9poca%20de%20'retard%C3%A3o'.%3E>. Acesso em: 16 out. 2020.

DINIZ, Débora. Audiência de custódia solta 32% mais brancos que negros. 25 jul.2016. **Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, 21 jul. 2016. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/2942-Audiencia-de-custodia-solta-32-mais-brancos-que-negros-e-pardos>. Acesso em: 17 out. 2021.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Sociologia Jurídica**; 15ª edição, editora Forense – Rio de Janeiro, 2019.

GOMES, Irene; MARLI, Mônica. IBGE mostra as cores da desigualdade. **Revista Retratos**, 11 maio. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21206-ibge-mostra-as-cores-da-desigualdade>. Acesso em: 17 out. 2020.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. 148 p. il. (Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, ISSN 1516-3296; n. 43). Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

LEÃO, Diogo Abreu. Abolição Da Escravatura Brasileira. **Politize**, 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/abolicao-da-escravatura-brasileira/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

LOPES, Beatricee Karla. Direito em suas mãos – como um negro pode sobreviver às suspeitas? **Censurado Zero**, 10 jun. 2020. Disponível em: <https://censurazero.com.br/direito-em-suas-maos-como-um-negro-pode-sobreviver-as-suspeitas/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

MAIOR, Jorge Luís Souto. **O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação**. Porto Alegre: HS Ed., Justiça do Trabalho n. 220, 04/2002.

MBEMBE, Achille. **A crítica da razão negra**. Tradução de Marta Lança. Lisboa: Antígona, 1ª. ed. 2014.

MENDONÇA, Leonardo Martins. Nem Kafka teria escrito um processo como o de Rafael Braga. **Justificando**, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/02/22/nem-kafka-teria-escrito-um-processo-como-o-de-rafael-braga/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

MIGALHAS. Juiz anula audiência que teve advogada algemada no RJ. **Migalhas**, São Paulo, 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/287289/juiz-anula-audiencia-que-teve-advogada-algemada-no-rj>. Acesso em: 17 abr. 2021.

_____. Juíza leiga que mandou algemar advogada em audiência é inocentada por órgão do TJ/RJ. **Migalhas**, Rio de Janeiro, 26 set. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/288134/juiza-leiga-que-mandou-algemar-advogada-em-audiencia-e-inocentada-por-orgao-do-tj-rj>. Acesso em: 17 abr. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, n. 7, p. 393-420, 2017.

MÜLLER, Tânia M. Pedrosa; CARDOSO, Lourenço. **Branquitude**: Estudos sobre a identidade branca no Brasil. 1. Ed. Curitiba: Appris, 2017.

NACARATTE, Jonathas. Cadê o juiz?" Representatividade importa. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/cade-o-juiz-representatividade-importa/>. Acesso em: 25 fev. 2021.

NETO, Alberto Emiliano de Oliveira. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1176, 20 set. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8950>. Acesso em: 13 out. 2020.

NOGUEIRA, André. As origens do coquetel molotov: resistência, batizado e deboche. **Aventuras na História**, São Paulo, 11 out. 2019. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-coquetel-molotov.phtml>. Acesso em: 17 abr. 2021.

NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUZZI, Vitor. Racismo no Judiciário reflete senso comum e 'imaginário' brasileiro. **Rede Brasil**, São Paulo, 13 set. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/09/racismo-no-judiciario-reflete-senso-comum-e-imaginario-brasileiro/>. Acesso em: 20 out. 2020.

OEA - Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos: **Situação dos direitos humanos no Brasil**. OEA, 12 fev. 2021. 207 p. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

OLIVEIRA, Lucas; CARVALHO, Marcos. Como o racismo guia a Justiça brasileira. **Ponte**, 2020. Disponível em: <https://ponte.org/artigo-como-o-racismo-guia-a-justica-brasileira/>. Acesso em: 08 set. 2020.

OTONI, Luciana. Pesquisa do CNJ: quantos juízes negros? Quantas mulheres? **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 3 mai. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres/>. Acesso em: 17 out. 2020.

PAOLA, Roberta. Equidade racial na magistratura só será alcançada em 24 anos. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 8 jul. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/equidade-racial-na-magistratura-so-devera-ser-alcancada-em->

https://www.researchgate.net/profile/Rose-Barboza/publication/322437823_A_criminalizacao_de_Rafael_Braga_Vieira_notas_sobre_a_seletividade_racializada_e_a_cidade_revanchista/links/5a58d2acaca2727d60814efe/A-criminalizacao-de-Rafael-Braga-Vieira-notas-sobre-a-seletividade-racializada-e-a-cidade-revanchista.pdf. Acesso em: 17 de abr. 2021.

FAKE NEWS: O PAPEL DO DIREITO PENAL NA POSSÍVEL TIPIFICAÇÃO E OS IMPACTOS GERADOS ÀS VÍTIMAS

ALESSANDRA BONIFÁCIO ARAÚJO:

Bacharelada do curso Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná

DAIANE POLICARPO RESENDE

(coautora)

CLAUDENIR DA SILVA RABELO

(orientador)

RESUMO: Tendo em vista que houve aumento significativo na divulgação de notícias falsas pelas mídias sociais, induzindo pessoas comuns ao erro, pesquisa-se sobre o como o direito penal se posiciona a respeito do tema, a fim de definir se tem o direito penal atuado de maneira correta na punição daqueles que praticam este ato. Para tanto, é necessário definir o real conceito de *fake news*, verificar as principais dificuldades enfrentadas pelo judiciário quando se trata de investigar crimes cibernéticos, caracterizar a importância da criação de lei específica a respeito das *fake news* no ordenamento jurídico brasileiro, bem como identificar quando será aplicada leis esparsas para criminalizar as Fake News. Assim, realiza-se então, uma pesquisa qualitativa de natureza explicativa e exploratória. Diante disso, verificou-se que a *fake news* compreende a divulgação de notícias falsas em mídias e redes sociais, sendo que o julgador tem utilizado como meio punitivo os crimes contra a honra, não havendo ainda legislação específica para tratar do caso, que impõe a constatação de que é sim necessário o posicionamento legislativo a respeito do tema, a fim de criar mecanismos que punam aqueles que criam e propagam as informações falsas.

Palavras-chave: Notícias falsas. Desinformação. Tipificação. Direito Penal.

ABSTRACT: Bearing in mind that there was a significant increase in the dissemination of false news through social media, inducing people common to error, research is done on how criminal law is positioned on the subject, in order to define whether criminal law is acted in a correct in punishing those who practice this act. Therefore, it is necessary to define the real concept of fake news, to verify the main difficulties faced by the judiciary when it comes to investigating cyber crimes, to characterize the importance of creating specific laws regarding fake news in the Brazilian legal system, as well as to identify when sparse laws will be applied to criminalize Fake News. Thus, a qualitative research of an explanatory and exploratory nature is carried out. In view of this, it was found that fake news comprises the dissemination of false news on media

and social networks, and the judge has used crimes against honor as punitive means, and there is still no specific legislation to deal with the case, which imposes realization that it is necessary to adopt a legislative position on the subject in order to create mechanisms that punish those who create and propagate false information.

Keywords: Fake news. Disinformation. Typification. Criminal Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fake News. 2.1 Conceito. 2.2 Aspectos Constitucionais. 2.3 Fake News e a Liberdade de Expressão. 3. O papel do Direito Penal na possível tipificação. 3.1 Tipificação Penal. 4. A responsabilidade criminal pela exposição e compartilhamento das Fakes News. 4.1 Danos causados aos ofendidos. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante do real cenário que a sociedade vive hodiernamente, a *internet* tem-se tornado a ferramenta essencial para divulgar as chamadas *Fake News*, sendo esta, conhecida por notícias falsas ou inverídicas. A disseminação de informações por meio das *fake news* aproxima o cidadão, de uma forma geral, das notícias que chegam por meio do telefone sem fio, manchetes de jornais impressos/*online* ou até mesmo pelas redes sociais.

Esse fenômeno surgiu nos primórdios com intuito de atrair os olhares da sociedade para as informações ali disseminadas, sabidamente falsas, como meio de auferir vantagens, sejam elas, positivas ou negativas. Isso mostra o quanto a sociedade evoluiu, contudo, as informações continuam sendo polarizadas, porém, com outras ferramentas que podem ser compartilhadas e acessadas mundialmente em tempo real.

Com a evolução da *internet*, e o acesso às redes sociais, proporcionou a todos um ambiente livre, podendo ser discutidos diversos assuntos, sendo eles, verídicos ou não, é um espaço em que o pensamento é a maior forma de liberdade de expressão, sendo apresentada como meio de expor as ideias preestabelecidas através da democracia, logo exercida de forma intolerante, causando danos a terceiros que sente prejudicado.

A forma como é propagada a notícia, acaba por extrapolar os limites impostos à sociedade, ferindo o direito fundamental apresentado no art. 5.º da própria Constituição Federal de 1988, como também no Código Penal Brasileiro, hoje se discute uma maneira de impor regras devido a potencialidade da *Fake News* em distorcer fatos dados como verdadeiros.

A *Fake News* não impõe o acesso à liberdade de expressão, nem ao exercício de direito, contudo, corrompe a sociedade com informações truculentas, despidas de

inverdades, pois agride a moral e a honra, lesando cidadãos, mediante a velocidade alcançada pela propagação.

A discussão acerca desse tema, tomou diversas proporções, sendo elaborados Projetos de Leis para tipificar crimes propriamente ditos. Assim, diante da ótica do direito, visa criminalizar a *fake news* para que a sociedade possa combater a desinformação e que tal conduta não fique ileisa.

Destarte, o presente trabalho procura entender como as notícias falsas, *fake News*, pode influenciar e manipular o comportamento do cidadão, interferir no convívio social, de modo que possa atingir a liberdade de expressão, a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem, além do bem jurídico tutelado, e concomitante, trazer danos irreparáveis para a sociedade, ainda relacionar a importância do Direito Penal, seus aspectos mediante o crescimento involuntário das falsas notícias.

Para a realização desta pesquisa foi utilizado o método qualitativo, sendo uma pesquisa exploratória e explicativa, a fim de melhor demonstrar como a divulgação de informações falsas afeta a sociedade como um todo.

2. FAKE NEWS

Entende-se por *fake news* qualquer notícia ou informação inverídica divulgada nos meios sociais, podendo ocorrer pelas mídias digitais (sites, páginas sociais), além das mídias analógicas (rádio e televisão), e mídias físicas (jornais impressos), mas também, podem ocorrer através da comunicação interpessoal entre cidadãos.

Contudo, a criação e divulgação de informações inverídicas tomou maiores proporções a partir das eleições americanas de 2016, onde circularam diversas notícias de cunho político prejudicando ambos os candidatos à presidência dos Estados Unidos.

Várias notícias falsas sobre as eleições presidenciais nos Estados Unidos tiveram mais alcance no Facebook do que as principais histórias eleitorais de 19 grandes fontes de notícias, como os jornais "New York Times", o "Washington Post" e a NBC News. Esse foi o resultado de uma análise do Buzz Feed News divulgada na quarta-feira (16).

Nos três últimos meses de campanha, 20 histórias falsas, de sites que se dizem informativos e de *blogs*, relacionadas às eleições geraram 8,711 milhões de compartilhamentos, reações e comentários no Facebook (G1, 2016, p. 1).

A propagação desenfreada e extensiva de informações falsas só se tornou possível através do alto número de pessoas que acessam as redes sociais cotidianamente, e assim, sem saberem que determinada notícia é verdadeira ou não, acabam por propagar a informação para ainda mais pessoas.

Foi no século XX, com o surgimento dos meios de comunicação em massa, que se criaram condições para que este fenômeno se tornasse uma dimensão fundamental da vida social e política. Exemplos claros disso são as próprias campanhas de propaganda baseadas em ideologias políticas contrapostas, quer num cenário democrático, quer autoritário, em que os fatos e as informações dissonantes com o próprio discurso vinham a ser invisibilizadas, enaltecendo-se, pelo contrário, os defeitos ou a falsidade dos países inimigos (CARDOSO, BALDI, 2018, p. 187).

Sergio Branco (2017, p. 8) “aponta que o excesso de informações a que a sociedade está sujeita, permanentemente, impede-a de ler com atenção todas as notícias, refletir sobre o conteúdo, buscar fontes alternativas, verificar dados, emitir opiniões equilibradas. Assim, estima-se que mais da metade das pessoas que compartilham notícias na *internet* o façam sem sequer ler seu conteúdo”.

O site Interesse Nacional afirma em sua página que os criadores de notícias falsas conseguem arrecadar somas nada desprezíveis por conta do compartilhamento e dos cliques que as notícias recebem. A Folha de S. Paulo publicou interessante matéria acerca do assunto em fevereiro de 2017. Segundo a reportagem, “profissionais do mercado publicitário [...] estimaram que os anúncios do site rendam de R\$ 100 mil a R\$ 150 mil por mês, dos quais até 50% ficariam com o intermediário e o restante com o dono do site”. Trata-se, portanto, de um negócio lucrativo – o que ajuda a explicar, em parte, o fenômeno. (BRANCO, 2017, p. 10)

O direito deve resguardar, independentemente de sua natureza, os objetos jurídicos violados no ambiente virtual. Em igual acepção, Herman Benjamin, ministro do Superior Tribunal de Justiça elucidou em acórdão no ano de 2010, que,

A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e sem responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam, nem as ferramentas tecnológicas que utilizam

conseguem transmudar ou enfraquecer a natureza de sobre princípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro (BRASIL, STJ – Resp: 1117633 RO 2009/0026654-, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 09/03/2010, T2 – Segunda Turma, DJe: 26/03/2010).

As *fake news* atingiu índices alarmantes, portanto, deve ser repensado em uma norma para responsabilizar aqueles que utilizam a *internet* para propagar as notícias, o cenário midiático é uma mola propulsora que através do compartilhamento, lesa terceiros de boa-fé.

2.1. CONCEITO

Fake news é um termo em inglês cujo significado corresponde a notícias falsas. São informações comprovadamente inverídicas e intencionalmente divulgadas. Usualmente, essa disseminação ocorre na *internet* e tem o intuito de influenciar as pessoas em várias dimensões como a política, a social e a econômica. O fator crucial para a sua eficácia é a impressão de credibilidade de sua fonte, (TEIXEIRA, 2018).

Segundo Gross,

As *Fakes News* seriam, portanto, um tipo novo de conteúdo produzido a partir de uma intencionalidade apenas viabilizada pelo modelo de produção, disseminação e consumo de conteúdo *online*. Trata-se do conteúdo mentiroso, ou seja, intencionalmente falso, fabricado com o objetivo de explorar as circunstâncias do universo *online* (o anonimato, a rapidez de disseminação da informação, a fragmentação das fontes de informação e da atenção dos usuários da internet, e o apelo às emoções e ao sensacionalismo). (Apud. ZAMBAM e BALDISSERA, 2019, p. 860).

As notícias falsas são criadas para atender um fim específico, sendo propagadas entre a sociedade para atingir um determinado público ao distribuir informações inverídicas e ganhar visibilidade midiática para lucrar através dos compartilhamentos, assim, atingindo a privacidade do ambiente sociojurídico.

A divulgação de notícias falsas ou mentirosas é fenômeno conhecido internacionalmente como "*fake news*" e pode ser conceituado como a disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas com o intuito de atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica (BRAGA, 2018, p. 205).

Vale dizer, porém, que o ato de propagar notícias com essência errônea, equivocada e/ou simplesmente falsa vem muito antes da atribuição do termo *fake news*. Extrai-se que desde os primórdios, no século VI d.C. Procópio de Cesareia produziu informações com o objetivo de manchar a reputação do imperador Justiniano, entretanto, hoje com as tecnologias digitais e sua velocidade, as *fakes news* conseguem se popularizar de forma nunca antes vista (DARNTON, 2017).

No mesmo sentido, Mayara Utiyama (2019) diz que a utilização de *fakes news* não surgiu com o aparecimento e popularização da *internet*, uma vez que são tão antigas quanto a civilização. Contudo, essas notícias ganharam força com a modernização dos meios de comunicação que facilitou a propagação e as formas de criação das informações, sendo utilizado constantemente dos artifícios da inteligência artificial como meio de manipular o conteúdo a ser noticiado.

2.2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 como ápice das leis brasileiras, serve como parâmetro para definir a constitucionalidade da lei, e seus aspectos a ser seguido, é a base para impor limites às previsões injustificadas diante do atual cenário imposto pelas *fake news*, exerce como meio de propor um diálogo entre os anseios da sociedade.

É na Constituição que o Direito Penal deve fincar raízes para exercer um direito de impor regras e preceitos. Nessa linha segue Luigi Ferrajoli (2002, 372):

É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.

Com efeito, a regra do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, segundo a qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, incumbiu, com exclusividade, ao legislador a tarefa de selecionar, dentre todas as condutas do gênero humano, aquelas capazes de colocar em risco a tranquilidade social e a ordem pública. A isso se convencionou chamar “função seletiva do tipo”. (CAPEZ, 2019. p.96)

[...]. A construção e a interpretação de todos e de cada um dos componentes normativos do sistema devem ser orientadas pela exigência indiscutível de que o conteúdo de ditas normas, incluindo as penais, evidentemente, se ajuste, para que conte com validade material, ao predicado no sistema de valores que,

definitivamente, determina o verdadeiro alcance e significado do texto constitucional, (GOMES, 2002, p. 88).

A carta magna deve nortear para as políticas públicas que carecem de tutela, não violando os direitos fundamentais do ser humano, mas na sua existência, limitar a incidência de infrações advindas do direito à liberdade de expressão, à imagem, à honra e violação de privacidade.

A Constituição Federal em seu art. 5º impõe limitações. como:

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

É imperioso destacar que a Constituição Federal além de nortear a atividade legiferante penal ao eleger os valores que carecem de tutela, também impede que o legislador exorbite sua competência ao violar os direitos fundamentais da pessoa humana. Sua existência ao tempo em que limita a incidência do Direito Penal, também impõe sua atuação no que concerne a determinados bens.

A informação falsa, não seria protegida pela Constituição porque conduziria a uma pseudo-operação da formação da opinião. Assinala-se a função social da liberdade de informação de “colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia [...]”, para que possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, possa tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante”. Argumenta-se que, “para se exercitar o direito de crônica, que está intimamente conexo com o de receber informações, será *mister* que se atenda ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade”. (MENDES E BRANCO 2017, p. 242).

Dessa forma, é *mister* a preocupação em relação à garantia à liberdade, pois essa garantia prevista na constituição acaba por sair da orbita, quando se trata da relação sociedade e o direito.

2.3. FAKE NEWS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é fruto da luta histórica pelo direito a dignidade que começou pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, a qual visa garantir a premissa dos direitos de dignidade da pessoa humana e liberdade.

A liberdade de expressão e comunicação no entendimento de José Afonso da Silva (2000, p. 247), consiste

[...] num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5.º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as forma de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, está sujeita a regime jurídico especial.

Elenca a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19º, o seguinte:

Artigo 19 Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU foi um marco fundamental para que países tomassem um norte a ser seguido no que tange aos direitos a liberdade de expressão. No Brasil, esta garantia encontra base legal na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso IV, que versa, "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

A respeito da liberdade de expressão, apontam Luiz Alberto e Vidal Serrano (2002, p. 47):

[...] enquanto opinião diz respeito a um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão consiste na sublimação da forma das sensações humanas, ou seja, na situação em que o indivíduo manifesta seu sentimento ou sua criatividade, independente da formulação de convicções, juízos de valor e conceitos.

Apesar de haver a garantia da liberdade de expressão; é necessário observar que há limites ao que se fala, não tendo o indivíduo liberdade total de fala, ou seja, o

direito à liberdade de expressão termina onde adentra o direito de outrem, podendo assim, gerar punições cíveis ou penais para o que se fala.

3. O PAPEL DO DIREITO PENAL NA POSSÍVEL TIPIFICAÇÃO

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as suas relações com a mesma sociedade. Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas conforme as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. (BITENCOURT, 2018).

O legislador ao promulgar o Código Penal não pensou na exclusividade, no bem de apenas um cidadão, mas pensou na sociedade como um todo, na defesa e tutela dos bens coletivos e individuais, sendo que, no caso das informações falsas, o bem tutelado pelo Código Penal é a honra dos cidadãos ou de sua possível ingenuidade frente a notícia divulgada.

Segundo Fernando Capez (2019, p. 91) a ótica do Direito Penal deve estar pautada no risco concreto.

Para o Direito Penal, “Não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico.” Para existir a atuação do Direito Penal, terá de existir uma exteriorização de conduta delitiva, com efetivo ataque a interesse social relevante, isto é, um perigo real ao bem jurídico tutelado. O princípio que rege tal fundamento é o princípio da ofensividade, princípio este que considera inconstitucionais os “delitos de perigo abstrato”, “não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.” Assim, impende destacar que a função da ofensividade é delimitar a ação estatal, a fim de que não haja proibição penal sem que tenha havido ofensa direta a bens jurídicos.

Numa ótica clara, é possível enquadrar as *fakes news* como crime de perigo concreto, ao passo que, a sua propagação em meios digitais pode atingir grande parcela dos cidadãos brasileiros, influenciando estes a cometer atos de forma errônea, gerando assim o perigo concreto.

De acordo com Hans Welzel (Apud BITENCOURT, 2018, p. 77) o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social, caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua

“adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não se revestem de tipicidade, por isso, não podem constituir delitos.

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos, carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado (BITENCOURT, 2018, p. 77).

Com isso, percebe-se que o intuito de criar ou propagar informações inverídicas se encaixam perfeitamente no tipo penal, vez que o prejuízo ocasionado por esta conduta afeta diretamente a sociedade, gerando problemas a diversas pessoas que por não serem bem instruídas, acabam por acreditar nas informações ora divulgadas nas redes.

Destarte, surge a dúvida, se os métodos de interpretação e integração utilizados pelo Direito, como: a interpretação extensiva, a interpretação analógica e a analogia (além da interpretação declarativa) quando aplicados à legislação penal brasileira, autorizam a aplicação dessa legislação aos casos de ilícitos envolvendo penalização de *fake news* e do contrário, haveria um conflito intransponível com o princípio constitucional da reserva legal, (MARTIN; ARCENIO, 2019).

“[...] A influência midiática é tanta que possibilita a inflação legislativa, com criação de leis penais mais severas e até mesmo com a tipificação de condutas, sem olvidar do massacre social de acusados que protagoniza” (BRAGA, 2014, p. 2).

É necessário que seja criada lei específica para os casos de *fake news*, pois a aplicação da analogia no direito penal só é válida em benefício do réu, e assim sendo, o indivíduo será condenado por crime análogo ao praticado nos casos de *fake news*. Isso significar dizer que, caso um indivíduo crie uma notícia falsa sobre determinada pessoa, pode se enquadrar no que diz os artigos 138, 139 e 140 do CP, por exemplo.

Essa premissa se dá para que não haja impunidade no ato praticado pelo agente criminoso, garantindo assim a justiça devida àqueles que foram ofendidos pelo ato praticado.

Considerando a aplicação da lei penal às atividades ilícitas desenvolvidas na *internet*, surge um possível problema de aplicação da lei, decorrente do fato de o Código Penal Brasileiro, datado de 1940, jamais ter previsto, especificamente, tipos penais para o combate de ilícitos como as notícias falsas (MARTIN; ARCENIO, 2019).

Consequentemente, não são todos os bens que devem gozar da proteção Penal, somente aqueles indispensáveis à comunidade, assim como não é qualquer ofensa que legitima a incidência desse Ramo, apenas as transgressões mais graves a esses

pressupostos cruciais. Logo, o Direito Penal só deve intervir quando os demais ramos do direito não forem eficazes, reforçando a subsidiariedade e fragmentariedade de sua atuação. (TEIXEIRA, 2018).

É por tal fato que o direito penal é considerado com *ultima ratio*, ou última medida, pois sua consequência ao agente é mais gravosa do que uma pena de multa cível a exemplo. Assim, antes do legislador enquadrar as *fakes news* como crimes no Código Penal, deve haver a tentativa salutar desta demanda nas demais esferas do direito, a fim de não suprimir o direito do agente de ir e vir com uma possível condenação a cárcere privado.

Assim, pode-se entender que o Direito Penal deve ser utilizado de maneira subsidiária aos demais ramos do ordenamento jurídico. Isto é, devem-se exaurir todas as formas de medidas punitivas extrapenais, e, se reiteradas as práticas lesivas, estas sendo capazes de gerar uma desordem na paz social, aí sim deverá ser aplicada o tipo penal incriminador, fazendo com que o Estado interfira penalmente. (NUCCI, 2015 p. 2016)

É o Estado que tem o poder de punir, por isso é dever dele criar imperativos, diretrizes e valores para que a sociedade não sofra consequências futuras, assim salienta Sarrule (1998, p. 98),

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetam gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismo de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo.

Por sua vez, Zaffaroni; Pierangeli (p. 397, 2006) afirmaram que “[...] bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

Neste íterim, a criação de um fato típico no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da premissa de elaboração de lei específica para punir a prática de disseminação de *fake news* tem sido proposta por diversos parlamentares através de projetos de leis que estão em trâmite no Congresso Nacional.

Segundo o site Agência Pública, até maio de 2018 havia cerca de 20 projetos de lei com o intuito de criminalizar o ato de propagar notícias falsas através dos meios de comunicação em massa, como por exemplo a *internet*, *blogs* e redes sociais (UTYAMA, 2019, p. 34).

Tais condutas têm sido consideradas pelo poder judiciário como antijurídicas, existindo a possibilidade da responsabilização penal, através da reprovabilidade e tipificação pelo Código Penal e leis esparsas de crimes correlacionados às *fake news*. Porém, nem sempre a legislação brasileira consegue atender a todas as questões que as envolvem (CORRÊA et al., 2018).

Por fim, como meio de tentar incriminar corretamente quem cria e divulga *fake news* deve o legislador formular lei específica para tratar do assunto a fim de não haver lacunas para o agente se eximir do fato delituoso.

3.1. TIPIFICAÇÃO PENAL

A tipificação penal ocorre devido ao dever do Estado em tutelar os bens jurídicos, contudo, tal fato deve ocorrer de forma fragmentária e subsidiária, ou seja, nem tudo deve ser considerado como crime, deve haver breve análise do caso concreto, assim sendo, em um mar de ilicitudes, apenas as ilhas seriam os delitos penais, para que assim haja a intervenção mínima do direito penal.

Além disso, necessário é que haja a exteriorização de um fato penal, tendo em vista, que se não há fato comprovado, não há crime. Esse fato penal comprovado se dá através do princípio da legalidade, onde a lei irá versar o que é crime e o que não é crime; onde este irá atentar contra o bem jurídico tutelado pelo Estado.

Por fim, para que um ato seja considerado crime, necessário é analisar ainda a tipicidade formal e material da conduta, onde a tipicidade formal é a adequação do ato ao que versa a legislação, se há algo em lei que versa que a conduta é ilegal, haverá a devida tipificação formal. Já a tipificação material nada mais é que a valoração e comprovação da conduta ilícita, verificando se o agente cometeu ou não o crime a ser apurado.

O Tipo Penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).

a) O tipo pertence à lei. É na lei que encontramos os tipos penais: na "parte especial" do CP e nas leis especiais. Dito ainda mais concretamente, tipos são "matar alguém" (art. 121, caput, do CP), "provocar aborto, sem o consentimento da gestante" (art. 125 do CP), "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem" (art. 129, caput, do CP), "contrair alguém, sendo casado, novo casamento" (art. 235, caput, do CP) etc. "Tipos" são fórmulas legais, da espécie que mencionamos, ou seja, as fórmulas legais

que nos servem para individualizar as condutas que a lei penal proíbe.

b) O tipo é logicamente necessário, porque sem o tipo nos poríamos a averiguar a antijuridicidade e a culpabilidade de urna conduta que, na maioria dos casos, resultaria sem relevância penal alguma (ZAFFARONI, 2011, p. 387).

Ademais, aponta Luigi Ferrajoli (2002, p. 374), a respeito do princípio da lesividade:

O princípio de lesividade impõe à ciência e à prática jurídica precisamente o ônus de tal demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Palavras como "lesão", "dano" e "bem jurídico" são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um "bem jurídico" e que sua lesão é um "dano" é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um "bem penal" significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a penal.

Com esse princípio, nota-se que para haver condenação criminal é necessário que haja lesividade comprovado do ato, ou seja, o ato praticado tem que ser considerado lesivo ao indivíduo ou a coletividade, sem que haja isso, não há motivo para intervenção do direito penal, não há por que condenar o agente a uma possível pena privativa de liberdade.

Para haver condenação nos crimes de *fake news*, o legislador utilizou a interpretação analógica para enquadrar tais casos; assim, quando alguém divulga ou cria informação inverídica, este será julgado pelos crimes de honra, sendo estes, a Calúnia, Difamação e a Injúria.

Dispõe no Código Penal em seus artigos as tipificações penais:

Calúnia

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

Difamação

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

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro (Grifo Nosso).

Neste ínterim, a criação de um fato típico no ordenamento jurídico brasileiro a partir da premissa de elaboração de lei específica para punir a prática de disseminação de *fake news* tem sido proposta por diversos parlamentares através de projetos de leis que estão em trâmite no Congresso Nacional (UTIYAMA, 2019).

Conforme a câmara legislativa federal, são inúmeros os projetos de lei embasado no tema *fake news*, porém, não são todos que visam criminalizar a conduta como um crime passível pela esfera penal.

O projeto de Lei 9.931/2018 da deputada Erika Kokay propõe a tipificação do crime de divulgação de notícias ou informações falsas, seguindo entendimento baseado na influência de veículos de informações, sendo punível com detenção de até 2 (dois) anos.

Art. 286-A - Publicar, propagar ou divulgar notícias ou informações falsas, com o intuito de influenciar a opinião pública. Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§1º - Se o conteúdo da notícia ou informação envolver:

I - Candidato a cargo eletivo, do pedido de registro de candidatura à diplomação;

II - Crimes, ainda que fictícios, de grande repercussão nacional, suas vítimas ou supostos autores ou sua investigação criminal;

III - A segurança, a saúde ou a economia pública. Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

§2º - A condenação pelo crime tipificado neste artigo incluirá a obrigação de retratação pelo autor nos mesmos meios e com a mesma exposição em que foi publicada, propagada ou divulgada a notícia ou informação falsa.

Contudo, o presente projeto de lei ainda se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, sendo que seu último despacho ocorreu na data de 8 de setembro de

2020, cuja finalidade era apensar o presente projeto ao projeto de lei nº 6.812/2017, a pedido do deputado Enio Verri (BRASIL, 2021).

O projeto de Lei 6.812/2017 do deputado Luiz Carlos Hauly dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa, ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências.

Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica. Penal- detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

O presente projeto também se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, aguardando o parecer do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e informática (CCTCI), para posteriormente ser analisado em plenário (BRASIL, 2021).

O Projeto Lei 215/2015 do deputado Hildo Rocha tem como intuito punir com mais rigor os crimes contra a honra, praticados nas redes sociais, acrescentando uma tipificação no Código Penal o seguinte art. 141. V - com utilização das redes sociais.

Este projeto também se encontra em tramitação na Câmara, com *status* de "pronto para pauta de plenário", conforme aponta o site da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2021).

Isto posto, é notório que a aprovação dos presentes projetos de lei é fundamental para a proteção do bem jurídico; qual seja, a informação verídica veiculada de forma correta, não havendo espaço para informações que sejam de cunho prejudicial, podendo seus criadores e propagadores sofrerem sanções penais por seus atos.

4. A RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELA EXPOSIÇÃO E COMPARTILHAMENTO DAS FAKES NEWS

A responsabilidade criminal compreende-se pelo dever jurídico de responder pelo ato praticado, ou seja, a partir do momento que o indivíduo imputável pratica ato delituoso, este fica incumbido às sanções, que se fazem através da pena, que pode ser restritiva de liberdade ou direitos ou ainda de multa.

Primeiramente é necessário verificar se ao compartilhar *Fake News* a pessoa teve a intenção ou não, se agiu com dolo ou culpa. Desta forma, analisar-se-á o crime doloso, que está previsto no artigo 18, I do Código Penal, "art. 18. [...] I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

Acerca do dolo, Cleber Masson (2019, *online*), versa que:

O dolo, no sistema finalista, integra a conduta, e, conseqüentemente, o fato típico. Cuida-se do elemento psicológico do tipo penal, implícito e inerente a todo crime doloso. Dentro de uma concepção causal, por outro lado, o dolo funciona como elemento da culpabilidade. Em consonância com a orientação finalista, por nós adotado, o dolo consiste na vontade e consciência de realizar os elementos do tipo incriminador.

Aplicando o conceito de dolo e ao compartilhamento de notícias falsas, pode-se ficar sujeito a penalidade prevista, no momento em que tiver comprovado que o agente por sua vontade teve a consciência de realizar o resultado.

Por sua vez, o crime culposo, disposto no Art. 18, II do Código Penal:

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Acerca do crime culposo, Luiz Regis Prado apresenta a diferenciação entre dolo e culpa, da seguinte maneira:

O tipo de injusto culposo tem estrutura diversa do tipo doloso. Enquanto no delito culposo são necessários critérios normativos de atribuição de sentido à conduta, no delito doloso eles não podem afastar o indispensável exame do dolo.

A diferença entre eles é mais marcante no âmbito da tipicidade. Expõe-se, ainda, que tal diferença, de ordem objetiva, reside no fato de que no injusto culposo (de resultado) ocorre uma ação de risco proibido, ao passo que no doloso o resultado diz respeito ao injusto de uma concreta ação de realização do resultado. Os tipos objetivos têm estrutura material diferente.

Sendo assim, deve analisar se ele cometeu o ato por imprudência, negligência ou imperícia quando compartilhou algo ilícito nos meios de comunicação.

Incorre que, no caso em questão, não há possibilidade de divulgação ou criação culposa de *Fake News*, pois tal ato depende estritamente da vontade do agente, ou seja, o indivíduo detém total controle sobre tais atos, e pode muito bem presumir o quão maléfico podem ser as suas atitudes.

Assim, considerando que a aplicação penal para casos de *Fake News* são os crimes contra a honra, observa-se que estes crimes não dispõem de forma culposa; apenas dolosa.

Com o objetivo de haver intervenção do Poder Público logo, “é desejável, na medida em que se acate a liberdade individual como bem supremo, preservando-se a dignidade da pessoa humana na exata demanda do Estado Democrático de Direito.” (NUCCI, 2015 p. 215).

A respeito da proporcionalidade, Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 25), menciona que:

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa.

A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra implicitamente a proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento. Fixa o art. 5.º, XLVI, as seguintes penas: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Desta maneira, o direito penal é aplicado sempre de forma subsidiária em relação aos outros ramos do ordenamento jurídico. Devem-se exaurir todas as formas de medidas punitivas extrapenais, e, se reiteradas as práticas lesivas, está sendo capaz de gerar uma desordem na paz social, aí sim deverá ser aplicada o tipo penal incriminador, fazendo com que o Estado interfira penalmente. (NUCCI, 2015 p. 2016)

A respeito do tema, os tribunais federais tem decidido da seguinte maneira:

EMENTA: PENAL. ART. 20, § 2º, DA LEI 7.716/89. **MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOLO.** DÚVIDA. PRINCÍPIO DA DÚVIDA FAVORÁVEL AO RÉU.

APLICABILIDADE. 1. O preenchimento do tipo penal previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89, conforme doutrina e assentada jurisprudência, exige a presença do elemento subjetivo (vulgarmente chamado de "dolo específico") consubstanciado na intenção de promover preconceito ou discriminação contra um grupo de pessoas distinguíveis por um dos critérios listados em seu caput (raça, cor, etnia, religião, procedência nacional). Ausente esse requisito, a conduta é formalmente atípica; 2. O Poder Judiciário deve analisar com prudência a nova realidade dos meios de manifestações de opinião, notadamente o espargimento e a intensificação dos debates ensejados pela *internet*, de modo a evitar um indevido engrandecimento da intervenção do Direito Penal sobre uma ordem de fatos que cada vez mais se repetirão: acaloradas emissões de opiniões, comentários de "mal gosto" e mesmo piadas no bojo de discussões de cunho político, econômico ou social; 3. Havendo dúvida sobre o dolo, deve ser contemplado o princípio do *in dubio pro reo* no caso, reformando-se a sentença condenatória. (TRF4, ACR 5000830-02.2015.4.04.7017, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 04/08/2020)

Com isso, o judiciário entende que há uma perca de controle pelo que se posta nas redes, bem como o que se compartilha, contudo, não se deve usar o direito penal para todos os casos de possível *fake news* que apareçam, pois isso geraria um acúmulo absurdo de processos que poderiam não acabar em nada.

Deve-se lembrar também que a divulgação de informação falsa pode dar motivo a instauração de inquérito policial para apuração de crime, o que pode gerar a quem cria ou divulga essa informação a responsabilidade criminal prevista nos artigos 339 e 340 do Código Penal, que versam:

Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

[...]

Art. 340 - Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Com isso, mesmo que não haja lei específica ainda para tipificar o crime de *fake news* o magistrado pode julgar o indivíduo nos artigos penais supracitados, a fim de garantir a boa execução do direito penal.

Fica evidente a responsabilização criminal ao agente que cria ou divulga *fake News*, mesmo que ainda não haja lei específica sobre o assunto; o magistrado deve aplicar o que melhor se encaixar em cada caso específico, a fim de garantir o bem jurídico tutelado pelo Estado.

4.1. DANOS CAUSADOS AOS OFENDIDOS

A divulgação de informações inverídicas ou a manipulação de fatos irreais, tendem a alterar a percepção dos indivíduos acerca de determinado assunto, criando padrões de ação coletiva e direcionando suas ações, o que pode afetar o sistema como um todo, criando pontos de instabilidade social (MORONI, 2019, p. 145).

Em Araruama, na Região dos Lagos, um casal foi linchado por cerca de 200 pessoas devido a um boato que viralizou através do aplicativo de mensagens Whatsapp. A mensagem continha fotos do carro do casal e alegações de que os dois teriam sequestrado uma criança. [...]. A dona de casa Fabiane Maria de Jesus, moradora do Guarujá – SP, foi vítima de um boato semelhante, veiculado em uma página do Facebook. Fabiane foi amarrada e espancada até sofrer ferimentos tão graves que a levaram a óbito. [...]. Esse é o grande perigo das fake news: a veracidade dos fatos não precisa ser provada, apenas afirmada. Não há espaço para provas; uma vez jogada na rede, a notícia falsa é tão disseminada como se verdadeira fosse, e a tentativa de desmentir-la se torna quase inútil (TEIXEIRA et al., 2018, p. 4-5).

A divulgação de qualquer notícia falsa que seja pode ocasionar uma série de fatores maléficos para aqueles que a recebem, como uma espécie de "efeito

borboleta”, onde o indivíduo pode acabar por fazer algo que será prejudicial a si ou a outrem.

A exemplo disso, apontam-se vídeos propagados em redes sociais contendo informações de “possíveis curas” para determinadas doenças. A pessoa que não detém discernimento claro acerca do conteúdo divulgado poderá aplicá-lo em seu cotidiano antes mesmo de consultar um médico especialista, ocasião que pode acabar vindo a óbito em razão de não saber que o medicamento usado era prejudicial a sua saúde.

Às figuras mais comuns de dano não patrimonial (dano à integridade psicofísica, dano estético, dano à saúde etc.) vêm se somando outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática. Para designá-las, a doutrina de toda parte tem empregado expressões como novos danos ou novos tipos de danos (SCHREIBER, 2015, p. 92).

Assim, observa-se que as *fake News* podem causar tanto danos patrimoniais quanto não patrimoniais; onde os patrimoniais são formados pela notícia falsa que acaba gerando depredação ou danos a determinado local pela repercussão negativa à sociedade, e o não patrimonial é o dano gerado diretamente contra a pessoa.

Os impactos gerados pelas *fake news* atingem proporções jamais vistas, pois, o avanço tecnológico favorece a divulgação de tais notícias, não tendo o Estado e tampouco as próprias empresas, detentoras das mídias sociais, capacidade para fiscalizar tudo o que é postado, a propagação da informação falsa alcança milhares e até mesmo milhões de pessoas cotidianamente.

Mais um exemplo de notícia falsa que acarretou em morte foi o caso de uma mulher que fora linchada no Guarujá, conforme aponta o site de notícias G1 (2014, *online*),

A dona de casa Fabiane Maria de Jesus, de 33 anos, morreu na manhã desta segunda-feira (5), dois dias após ter sido espancada por dezenas de moradores de Guarujá, no litoral de São Paulo. Segundo a família, ela foi agredida a partir de um boato gerado por uma página em uma rede social que afirmava que a dona de casa sequestrava crianças para utilizá-las em rituais de magia negra.

Como já dito anteriormente, não só no Brasil os casos de *fake News* tomam proporções avassaladoras e prejudiciais, mas também em todo o globo. Uma notícia veiculada de forma errônea ou com pleno intuito de causar discórdia, ou prejuízo é

deveras danosa a toda sociedade, assim como demonstra notícia veiculada pelo BBC News (2018),

As mortes de Ricardo e Alberto Flores no México não são casos isolados. Boatos e notícias falsas no Facebook e no WhatsApp fomentaram episódios de violência com morte na Índia, em Myanmar e no Sri Lanka, para citar apenas três. Na Índia, como no México, o WhatsApp ressuscitou rumores antigos sobre sequestros, permitindo que se espalhassem mais rápido - e com menos responsabilidade.

O WhatsApp, que foi comprado pelo Facebook por US\$ 19 bilhões em 2014, tem sido associado a uma onda de linchamentos em toda a Índia, muitas vezes alimentada por histórias falsas de crianças sequestradas. No Estado de Assam, em junho, Abhijit Nath e Nilotpal Das foram espancados até a morte por um grupo de 200 pessoas, em um incidente assustadoramente semelhante ao de Acatlán.

O desenvolvimento das tecnologias de comunicação tem disseminado e agravado as chamadas *Fake News*, principalmente, através da *internet*, a qual propicia a circulação de conteúdo sem verificação de veracidade, tornando-se uma questão juridicamente relevante (ABREU e ADEODATO, 2020).

Conforme Almeida, Doneda e Lemos (2018), vídeos falsos de policiais atirando em civis ou de supostos bandidos assaltando pessoas em uma comunidade poderia causar uma convulsão social. O tempo de denúncia e da apuração dos vídeos para verificação de autenticidade seria um empecilho para conter o caos social, pois nesse ínterim entre a disseminação dos vídeos e sua verificação, mortes poderiam ocorrer, como linchamentos de inocentes ou embates entre policiais e civis provocados pela divulgação de *fake news* em maiores proporções em comparação ao que já acontece, em contextos diferenciados.

Um bom exemplo de desinformação ocorreu no ano de 2020 durante a pandemia de Covid-19 (Sars-Cov-19), tendo diversas pessoas acreditado em informações que poderiam ser altamente prejudiciais, assim como aponta a pesquisa feita por Cláudia Galhardi e Maria Minayo (2020), referente ao compartilhamento de informações nas mídias Facebook, WhatsApp e Instagram, de 17 de março à 10 de abril de 2020:

Fake News	Total
-----------	-------

Métodos caseiros para prevenir o contágio da Covid-19	65%
Métodos caseiros para curar Covid-19	20%
Golpes bancários	5,7%
Golpes/arrecadações – instituições pesquisa	5%
A Covid-19 é estratégia política	4,3%
Total	100%

A desinformação durante esse período foi tanta que diversas pessoas chegaram a sofrer danos graves por conta de métodos que não eram efetivos contra a Covid-19. Geralmente, quando uma pessoa recebe uma informação como essa, deixa de pesquisar mais a fundo, ou até mesmo ir ao médico, razão esta que gera diversos prejuízos à pessoa, podendo levá-la à morte.

5. CONCLUSÃO

As *fakes news* (informações inverídicas), são notícias ou boatos que se propagam de maneira rápida nas mídias sociais, televisivas ou até mesmo pela “boca do povo”. Essas informações tendem a ser prejudiciais e maléficas a toda a sociedade, que em muito peca por não conseguir discernir o que é verdadeiro ou falso.

Mesmo que o Estado garanta a liberdade de expressão, não é permitido que o indivíduo use desta prerrogativa para disseminar informações inverídicas nas redes, ocasionando dúvidas e prejuízos aos demais cidadãos do país. Com isso, o Estado tem papel importante em tentar frear esta prática que muito tem prejudicado pessoas inocentes que não têm discernimento suficiente para entender o que é certo ou errado.

As *fakes news* atualmente não possuem leis específicas, contudo, há possibilidade de aplicação penal para cada caso específico onde for veiculada uma informação inverídica, sendo que em sua maioria, os artigos penais a serem utilizados são os que versam sobre os crimes contra honra.

Assim, observa-se que as *fakes news* tendem sim, a causar diversos prejuízos a sociedade como um todo, dia-a-dia, milhares de informações inverídicas são

veiculadas através das mídias digitais, causando muitos prejuízos para pessoas, que tendem a não analisar o que recebe e envia para outros.

Como meio efetivo ao combate à criação e disseminação de *fake news* deve o Estado, através do Código Penal, propor novos tipos penais que visem reprimir tal prática delitativa que tem causado tantos prejuízos para a sociedade, que em sua maioria é desprovida de conhecimento para analisar tais informações.

É necessário que haja medidas punitivas para aqueles que tendem a disseminar informações falsas, mas também é necessário criar políticas públicas de prevenção a tais informações, orientando a sociedade a não fazer o repasse de notícias que não tem plena certeza da veracidade.

Neste contexto, salienta-se que é fundamental que o Estado atue efetivamente no combate à criação e disseminação destas notícias inverídicas, pois, o dano causado por estas, já tem proporcionado diversos prejuízos irreparáveis a muitos cidadãos de bem, que pouco entendem a respeito de questões relacionadas a tecnologia e informação.

Assim sendo, é notório que é cabível a responsabilidade criminal a todo aquele que cria ou dissemina notícias falsas em meios virtuais, pois as consequências destes atos podem ocasionar diversos prejuízos à sociedade ou a determinado grupo ou pessoa.

REFERÊNCIAS

ABREU, A. E. L.; ADEODATO, J. M. L. Complexidades na conceituação jurídica de fake news. **Revista em Tempo**, Marília, SP, UNIVEM, v. 19, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3109>. Acesso em: 18 fev. 2021.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BBC NEWS. **Como as 'fake news' no WhatsApp levaram um povoado a linchar e queimar dois homens inocentes**. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-46206104>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo. Saraiva, 2018. vol. 01

BRAGA, Lorena Corrêa. O poder da mídia e seus reflexos na ordem jurídica penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-poder-da-midia-e-seus-reflexos-na-ordem-juridica-penal/>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 203-220. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/4813/2018_braga_industria_fake_news.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRANCO, Sérgio. **Fake News e os Caminhos para Fora da Bolha**. 2017, p. 8-10 Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4758>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 215/2015**. Acrescenta inciso V ao art. 141 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6812/2017. **Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em: 29 mar. 2021

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9931/2018**. Tipifica o crime de divulgação de notícias ou informações falsas. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170681>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL, Casa Civil. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. REsp 1117633/ RO, Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 09/03/2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDOSO, Gustavo. BALDI, Vania *et al.* **As Fake News numa sociedade pós-verdade Contextualização, potenciais soluções e análise**. Disponível em: [As Fake News numa sociedade pós-verdade: Contextualização, potenciais soluções e análise – Obercom](#). Acesso em 13/02/2021.

DARNTON, Robert. **The true history of fake news**. 2017. Disponível em: <<https://www.nybooks.com/daily/2017/02/13/the-true-history-of-fake-news/>>. Acesso em: 25 out. 2020.

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

G1. **Notícias falsas sobre eleição nos EUA têm mais alcance que notícias reais**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/noticias-falsas-sobre-eleicoes-nos-eua-superam-noticias-reais.html>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

G1. **Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GALHARDI, C. P.; FREIRE, N. P.; MINAYO, M. C. de S.; FAGUNDES, M. C. M. **Fato ou Fake? Uma análise da desinformação frente à pandemia da Covid-19 no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020006804201#t1>. Acesso em: 19 abr. 2021.

GOMES, Flávio Luiz. **Direito penal, Ciência do Direito Penal e “poder punitivo estatal”**. MP/MG. Jurídico. Pág. 40. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/967/3.4.1%20Direito%20Penal.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTIN, A. J.; ARCENIO, I. F. **A possibilidade de aplicação da legislação penal brasileira para combater as condutas ilícitas envolvendo fake news e criptomoedas**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19569/1192612283>>. Acesso em 12 fev. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORONI, Juliana. Possíveis impactos de fake news na percepção-ação coletiva. **Revista de Filosofia Temática**, v. 3, n. 1, p. 130-160, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988333/cfi/6/2!/4/2@0:0>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990114/cfi/6/10!/4/8/2@0:100>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal** (Abolicionismo o justificación). Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, V. M.; MARCOS, A. D.; MACHADO, M. L. H. G.; CABRAL, H. L. T. B. As Fake News e suas consequências nocivas à sociedade. In: XV ENCONTRO VIRTUAL DE DOCUMENTAÇÃO EM SOFTWARE LIVRE e XII CONGRESSO INTERNACIONAL DE LINGUAGEM E TECNOLOGIA ONLINE, 2018. **Anais eletrônicos**, v. 7, n. 1, 2018. Disponível em:
<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/anais_linguagem_tecnologia/article/view/15058>. Acesso em: 18 fev. 2021.

TEIXEIRA, Virgínia Melo do Egypto. **O limite do direito penal no mundo digital à luz das fake news e da liberdade de expressão**. Disponível em:
<<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11552/1/VMET15062018.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

UTIYAMA, Mayara. **O Direito Penal e a disseminação de fake news pelos meios de comunicação em massa: a possível tipificação da conduta e suas implicações**. 2019. 47f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2019. Disponível em:
<<https://core.ac.uk/download/pdf/286370563.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: volume J: parte geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1

ZAMBAM, N. J.; BALDISSERA, W. A. Fake News e democracia: uma análise a partir dos julgados do Tribunal Superior Eleitoral em 2018 e da visão de Amartya Sen. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 3, p. 853-873, set./dez. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7878/6190>> . Acesso em: 05 mar. 2021.

LEI MARIA DA PENHA: A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A JUSTIÇA NO BRASIL

DANIELLE PARANHOS DOS REIS: Graduanda do curso de Direito da Faculdade UNA – Unidade Aimorés.

ISADORA CAROLINA DE CARVALHO GABRIEL¹⁶

(coautora)

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo o estudo teórico e analítico da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida por Lei Maria da Penha. A violência doméstica constitui grave problema social e cultural, com reflexos em vários âmbitos da sociedade moderna como saúde, segurança, judiciário, cultura e família. Assim, este estudo busca analisar os regramentos materiais e processuais no que tange a violência doméstica no âmbito da Lei Maria da Penha, além de promover o estudo dos delitos de lesão corporal e feminicídio, principais crimes relacionados à violência doméstica contra a mulher.

Palavras-chave: Feminicídio. Lei Maria da Penha. Lesão Corporal. Mulher. Violência Doméstica.

ABSTRACT: The present scientific article aims at the theoretical and analytical study of Law 11.340 / 2006, popularly known as Law Maria da Penha. Domestic violence is a serious social and cultural problem, with repercussions in various areas of modern society such as health, security, the judiciary, culture and the family. Thus, this study seeks to analyze the material and procedural rules regarding domestic violence under the Maria da Penha Law, in addition to promoting the study of crimes of bodily injury and femicide, the main crimes related to domestic violence against women.

Key-words: Bodily injury. Domestic violence. Femicide. Maria da Penha Law. Women.

Sumário: 1. Introdução. 2. Violência Doméstica. 3. A Violência Doméstica e o Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3.1. Lei Maria da Penha 3.2. Lesão corporal. 3.3. feminicídio. 3.4. O sistema de proteção à mulher vítima de violência doméstica. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica é constante assunto de discussão popular, seja pelo aspecto jurídico ou pelo aspecto social, sendo que, paralelamente e de forma

¹⁶ Graduanda do curso de Direito da Faculdade UNA – Unidade Aimorés.

concomitante à evolução da sociedade, é promovida pelo legislador brasileiro um constante aperfeiçoamento do sistema legislativo, na tentativa de reduzir e/ou coibir a ocorrência dos conflitos e delitos relacionados à vítima mulher.

Contudo, conforme se demonstrará, estes problemas não são fenômenos surgidos na sociedade moderna, pelo contrário, são acontecimentos que se repetem e prolongam através do tempo e da sociedade. Parte da convivência da sociedade e da ausência de tutela estatal advém da construção da sociedade de raízes patriarcais e machistas, que subjagam e diminuem o papel da mulher na sociedade, tolhendo-lhes a voz e submetendo-as a situações vexatórias e lesivas.

A constituição brasileira, através do direito a igualdade, formal e material, , confere às mulheres poder e voz na sociedade, carecendo, entretanto, de políticas públicas para a efetivação e exercício destes direitos.

Destarte, a interpretação de outros dispositivos também se amoldou em tempo e espaço às mudanças sociais, de modo a permitir a aplicação de forma equânime e eficaz, embora a legislação brasileira ainda necessitasse de diplomas ou dispositivos capazes de tutelar a violência doméstica contra a mulher de forma absoluta.

Assim, diante da evolução social, ainda que de forma tardia, o legislador brasileiro editou, em 2006, a Lei 11.340, que busca tutelar especificamente os delitos cometidos em âmbito doméstico, sobretudo aqueles contra as mulheres. De forma a potencializar a proteção, foi promulgada ainda a Lei 13.104/2015 (lei do feminicídio). Atentando-se ao sabor constitucional, a Lei recebe interpretação extensiva, abrangendo o termo “mulher” como qualquer pessoa que assim se identifique.

O presente artigo científico busca a compreensão técnica e teórica acerca da tutela dos direitos das mulheres em relação à integridade física, psicológica, moral, patrimonial e/ou sexual. Tal estudo se baseia na análise qualitativa dos dispositivos legais que tutelam os direitos das mulheres e que buscam coibir a ocorrência dos delitos, bem como penalizar eventuais infratores.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Preliminarmente ao estudo da violência doméstica, faz-se necessária a compreensão do termo violência, como forma de auxiliar o aprofundamento do estudo a ser realizado. O conceito genérico do termo violência deriva do latim “*Violentia*” que significa usar a agressividade de forma intencional e excessiva para ameaçar ou cometer algum ato que resulte em acidente, morte ou trauma psicológico. No meio jurídico e de forma ainda genérica, o termo violência pode ser definido também como “Coação que leva uma pessoa à sujeição de alguém.” (Dicionário Michaelis, 2020.).

Acerca do conceito de violência, Nagib Filho e Priscila Gomes informam que:

entende-se o ato de força, a impetuosidade, o acometimento, a brutalidade, a veemência(...)a violência é espécie de coação, ou forma de constrangimento, posto em prática para vencer a capacidade de resistência de outrem, ou para demovê-la à execução de ato, ou a levar a executá-lo, mesmo contra a sua vontade. É, igualmente, ato de força exercido contra as coisas, na intenção de violentá-las, devassá-las ou delas se apossar (...) embora, em princípio, a violência, ou violentação, importe num ato de força, num ato brutal, tomando, pois, a forma física, tanto pode ser material, como pode ser moral, revelando-se nos mesmos aspectos em que se pode configurar a coação ou o constrangimento. (FILHO; GOMES. 2016. p. 3.901)

No Direito Brasileiro, porém, a concepção de violência pode receber diferentes significados, todos certos, a depender do contexto interpretativo. Para o Direito Penal, a violência é um gênero da qual se resulta a grave ameaça, a lesão, a morte, a violência sexual, arbitrária e tantas outras mais, entre elas, a violência doméstica, cerne da análise deste artigo.

A violência pode ocorrer em qualquer lugar, em intensidades e formas diferentes, podendo ou não serem caracterizadoras de delitos, ou apenas meios para o emprego destes. Acerca do tema, Cesar Roberto Bitencourt afirma que é prescindível que a violência empregada nos delitos seja irresistível, bastando, porém, que seja apta e idônea para coagir a vítima à vontade do autor. Contudo, caso a força empregada se mostrar irresistível, somado a um resultado criminoso por parte do coagido, o coator deverá ainda responder pelo delito acontecido, nos termos do ar. 22 do Código Penal. (BITENCOURT, 2018. p. 380)

Em outras palavras, a violência resulta da ação ou força invencível, praticadas com o intuito de um objetivo, que não se concretiza sem ela. E manifesta se através do ato de agredir, violar, abusar, desrespeitar, ofender, invadir. A violência seja material ou moral, vicia o consentimento, já que esta suprime à vontade, sendo o violentado induzido a praticar um ato ou privar de uma ação pelo temor, ou pelo perigo que a violência oferece. (LACERDA, 2014, p. 2).

Diante disto, temos então o conceito base de violência, que se relaciona intrinsecamente ao objeto maior deste estudo, a violência doméstica, sendo está uma espécie daquela (gênero). A definição de violência doméstica se extrai do art. 5º da Lei Maria da Penha: "*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*".

Assim, aplicar-se-á os dispositivos legais da referida Lei quando da tutela dos direitos que envolvem lesões de qualquer natureza contra as mulheres, em âmbito doméstico, desde que compatível a conduta delitiva com os termos legalmente estabelecidos. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha:

(...) definimos violência doméstica como sendo a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência. Como bem salientou o Conselho da Europa, trata-se de "qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ..o u humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais. (CUNHA, 2017. p. 66)

No mesmo sentido, Williana Alexandre Alves e Maria Tereza de Oliveira explicam que a violência, sobretudo familiar, não constitui fato social inerente a sociedade moderna, é histórica e cultural, ocultada pela sociedade paternalista e centralizadora na figura masculina, que submete as mulheres ao regime de inferioridade. Para o autor:

As relações interpessoais de violência sempre estiveram socialmente invisíveis no cotidiano familiar. Historicamente a visão de autoridade foi cristalizada na estrutura familiar e outorgada ao sexo masculino. Ideologicamente, convencionou-se construir a figura de um homem forte, superior a mulher, o sexo "frágil" e, conseqüentemente, a sua subordinação ao mesmo. (ALVES. OLIVEIRA, 2017. p 59)

Em complemento ao conceito e aplicação da Lei e do próprio entendimento do que é a violência doméstica, cumpre demonstrar ainda que a própria Lei informa, nos termos do art. 7º o que se entende por violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, explicitando de forma pormenorizada condutas deverão ser consideradas para fins de aplicação do dispositivo e caracterização de violência doméstica.

O Autor Rogério Greco, citando Geraldo Landrove Díaz, esclarece a importância do estudo e da evolução da legislação no sentido de prevenir, coibir e punir a violência havida no seio familiar.

Dentro das tipologias que levam em conta a relação prévia entre vítima e autor do delito (vítima conhecida ou desconhecida) temos que ressaltar a especial condição das vítimas pertencentes ao mesmo grupo familiar do infrator; tratam-se de hipóteses de vulnerabilidade convivencial ou doméstica. Os maus-tratos e as agressões sexuais produzidos nesse âmbito têm, fundamentalmente, como vítimas seus membros mais débeis: as mulheres e as crianças. A impossibilidade de defesa dessas vítimas – que chegam a sofrer, ademais, graves danos psicológicos – aparece ressaltada pela existência a respeito de uma elevada *cifra negra*. (GRECO *apud* DÍAZ, 2017, p. 75)

Deste modo, feita a compreensão dos conceitos de violência e violência doméstica, passa-se à análise específica da violência doméstica no direito brasileiro, os principais delitos (lesão corporal e feminicídio), além de uma breve explanação sobre os órgãos judiciais de competência mista, em detrimento dos juizados especiais.

3. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

s crimes contra a mulher no ordenamento brasileiro são determinados pelo código penal, interpretado em conjunto à Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Contudo, necessário dizer que os demais delitos comuns também podem ter mulheres como sujeito passivo, embora não sejam classificados como delitos contra a mulher.

Deste modo, é necessária a análise pormenorizada das leis supra e dos delitos contra a mulher, construindo o conhecimento do que são estes delitos, quando são configurados e como ocorrem na sociedade brasileira atual.

3.1. Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha surgiu em 2006 e, por força do já comentado art. 5º, deverá ser aplicada sempre que o delito for cometido em âmbito familiar, contra mulher, desde que a violência se enquadre nos termos do art. 7º da própria Lei.

Neste sentido, a Lei 11.340 de 2006, embora seja importante atualização legislativa no rigor à penalização de infratores, a lei não se limita a promover alteração dos patamares mínimo e máximo de penas abstratas. O diploma confere importantes alterações acerca da instrução penal, dos meios de prevenção e combate à violência (medidas protetivas), da atividade Estatal de persecução policial e judiciária, além de

regras procedimentais específicas no tocante ao processo penal. (MASSON, 2018. p.147-148).

Acerca das medidas protetivas decorrentes da Lei Maria da Penha, incluindo a prisão preventiva de eventuais infratores, a jurisprudência entende por idônea quando necessária à segurança física e psíquica da vítima. Senão, vejamos

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AMEAÇA. PREISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO REU. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS. DENEGADA. 1 O Tribunal a quo assinalou a necessidade da constrição diante da necessidade de proteção à integridade física e psíquica da vítima, diante do reiterado descumprimento das medidas protetivas de urgência fixadas pelo Juízo, com base na Lei Maria da Penha. 2 A prisão preventiva do Paciente está devidamente fundamentada, haja vista que a jurisprudência considera idônea a decretação da custódia cautelar fundada no descumprimento de medidas protetivas, de acordo com o art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal. 3 Ordem de habeas corpus denegada. (STJ – HC: 467.591 DF 2018/0228013-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2018, T6 – Sexta Turma, Data da Publicação: DJe 19/12/2018)

A Lei Maria da Penha, por força do art. 44, alterou o disposto no §9º do art. 129 do Código Penal, que tutela as lesões corporais, para fazer constar penas mais severas aplicáveis ao autor dos delitos praticados em âmbito doméstico. Contudo, o texto deixa em aberto a interpretação ao fazer constar as palavras “irmão” e “companheiro”, deixando dúvida a interpretação da aplicação para violências em âmbito doméstico de vítimas do sexo masculino. (MASSON, 2018. p. 147-148). Contudo, a jurisprudência atual tem o firme entendimento que a mulher é o sujeito passivo da Lei, exclusivamente, em razão da hipossuficiência física natural que possui. Senão, vejamos:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA PRATICADA PELO RECORRENTE CONTRA A EX-MULHER. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO. VULNERABILIDADE ÍNSITA À CONDIÇÃO DA MULHER. NULIDADE. PERÍCIA NO CELULAR DA VÍTIMA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. ATIPICIDADE DA CONDUTA E INEXISTÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A própria Lei n. 11.340/2006, ao criar mecanismos específicos para

coibir e prevenir a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente. Ou seja, a **fragilidade da mulher, sua hipossuficiência ou vulnerabilidade, na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos.** (Grifo nosso) (STJ – AREsp: 1.439.546 RJ 2019/0033585-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, data de julgamento 25/06/2019, T5 – quinta turma, Data da Publicação: DJe: 05/08/2019)

Nesse sentido é o entendimento do autor supracitado, que afirma ainda

o principal desiderato da Lei 11.340/2006 foi punir com maior severidade os crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher. Mas a Lei Maria da Penha também possui regras gerais, tais como as que aumentam a pena de alguns crimes cometidos contra qualquer pessoa, homem ou mulher. É o que ocorre no delito em análise, pois em caso contrário a lei não teria falado em “irmão”, nem em “companheiro”, e sim em irmã ou companheira, bem como quando foi prevista uma causa de aumento de pena quando a lesão corporal leve é praticada contra qualquer pessoa portadora de deficiência, homem ou mulher (CP, art. 129, §11). (MASSON, 2018. p.147).

Ainda em relação às disposições gerais do diploma, cumpre o esclarecimento de que, por força da súmula 58917 do Superior Tribunal de Justiça, não se faz possível a aplicação do princípio da bagatela em crimes ou contravenções penais contra as mulheres em âmbito familiar.

Portanto, nota-se que a aplicação deste diploma visa a proteção integral da mulher, sem abandonar outras pessoas potencialmente vulneráveis na sociedade, abrangendo toda e qualquer violação de direitos de esfera física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial, bastando apenas, para que assim seja classificado, que o agressor tenha qualquer tipo de vínculo familiar ou de relacionamento com a vítima, seja passado ou presente, não sendo necessária a coabitação.

17 STJ [Súmula 589 - É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.\(STJ-TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017\).](#)

3.2. Lesão corporal.

A Lei 11.340/06 alterou, conforme já mencionado, o tipo legal do delito de lesão corporal leve, art. 129, §§9º e 11º do Código Penal, alterando os patamares mínimos e máximos de pena culminada em abstrato sem, contudo, alterar a natureza da pena (detenção). Por este último ponto é que se extrai a ideia de que o tipo penal tutela apenas a lesão corporal leve pois, noutro giro, não teria nexos ou razoabilidade a punição dos infratores por lesões graves, gravíssimas ou seguidas de morte com penas de detenção e em patamares menores que aqueles firmados pelo próprio artigo em outros parágrafos. (MASSON, 2018, p. 147).

Neste mesmo raciocínio, Damásio de Jesus explica que:

Trata-se de figura típica qualificada, cominados mínimo e máximo da pena, aplicável somente à lesão corporal leve dolosa (figura típica simples), excluída a forma culposa (§ 6º). As lesões de natureza qualificada pelo resultado (§§ 1º a 3º), quando presente a violência doméstica, têm disciplina diversa (§ 10 do art. 129, mantido pela Lei n. 11.340/2006). Presente uma circunstância especial do § 9º (p. ex.: preavalecimento das relações domésticas), prevista também como agravante genérica (CP, art.61), aquela prevalece a esta, impondo-se uma só (a pena da específica). Quanto aos conceitos de cônjuge, companheiro, relações domésticas, coabitação e hospitalidade, vide o art. 61 do CP. A norma, por ser mais gravosa do que a lei anterior, não retroage. (JESUS, 2020. p. 218)

A alteração legislativa visa, portanto, a proteção das mulheres de qualquer lesão, tendo em vista que, presentes os requisitos ensejadores da violência doméstica, o agressor terá sua pena aumentada, seja na forma qualificada (lesão corporal leve, §9º) seja pela incidente da majorante a que trata o parágrafo 10º do mesmo artigo 129 na fração fixa de 1/3. (lesão corporal grave, gravíssima ou seguida de morte, Art. 129 §§1º a 3º).

Fato já incontroverso é a natureza da ação penal persecutória do delito, que será sempre incondicionada à representação, ou seja, a ação estatal em prol da persecução penal e da punição do autor prescinde da vontade da vítima, bastando apenas, em tese, que a autoridade policial ou judiciária (Polícia Civil, M.P., por exemplo) tenha conhecimento dos fatos para que se inicie o procedimento investigatório. A

súmula 54218 do STJ ratifica este posicionamento, que a doutrina entende como certo e justo, tendo em vista que, não fosse assim, a cessação da agressão poderia fazer com que a vítima retirasse a representação, o que prejudicaria a prossequibilidade da ação penal em casos de violência doméstica.

Neste sentido, é a jurisprudência:

PETIÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSOS REPETITIVOS. TEMA N. 177. CRIME DE LESÕES CORPORAIS COMETIDOS CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DAS TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ADEQUAÇÃO AO JULGAMENTO DA ADI N. 4.424/DF PELO STF E À SÚMULA N. 542 DO STJ. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA.1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n.1.097.042/DF, cuja quaestio iuris, acerca da natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto, já incorporado à jurisprudência mais recente deste STJ. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada. 3. Questão de ordem acolhida a fim de proceder à revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n.1.097.042/DF - Tema 177. (STJ, 2017)

Há de se esclarecer ainda que o art. 16 da Lei Maria da Penha permite a retratação judicial da representação, contudo, a interpretação pacífica é de que referida retratação será possível em casos de delitos de ação penal pública condicionada à representação, com violência ou grave ameaça, à exemplo do delito de ameaça (art. 147 CP), não se aplicando o art. 16 em casos de lesão corporal por violência doméstica (MASSON, 2018. p. 149).

Outro ponto importante em relação ao delito de lesão corporal é a desnecessidade de coabitação entre o agressor e a vítima pois, se assim não fosse, inviabilizaria o uso da Lei contra agressores que, embora tenham todo enquadramento

18 STJ – Súmula 542 - [A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. \(Súmula 542, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015\)](#)

necessário para a aplicação da Lei, residem em local diferente. Neste ponto, decisão acertada do legislador, que ampliou e potencializou a eficácia da Norma Penal.

O tema é pacífico na doutrina e na jurisprudência hodiernas, sendo que, neste sentido, o STJ editou a súmula 600: “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.” (Súmula 600, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 27/11/2017)

3.3. Femicídio.

Muito embora o feminicídio não seja oriundo da Lei Maria da Penha, a matéria em merece abordagem no presente estudo. A Lei 13.104/15 alterou o art. 121 do código penal, para fazer constar o inciso VI, em que se pune de forma qualificada o homicídio cometido contra a mulher em razão da condição feminina. Por conceito, o crime de feminicídio é assim definido por Rogério Sanches Cunha

o feminicídio, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, violência de gênero quanto ao sexo). A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. (CUNHA, 2017, p. 64)

Novamente é possível notar a preocupação do legislador em proteger a segurança e a vida da mulher. Não se deve afirmar que a alteração legal “criou” o crime de feminicídio de forma inaugural pois, em verdade, o homicídio sempre foi punível. A expressão “matar alguém”, trazida pelo art. 121 do código penal, não faz distinção entre o gênero ou sexualidade da vítima, de modo que ceifar a vida de uma pessoa, seja ela homem ou mulher, constitui fato criminoso desde antes da Lei em comento. (BITENCOURT, 2018, p. 84)

Não se pode olvidar, contudo, que a mudança da Lei altera a forma como será punido o autor do delito, sendo que haverá alteração do patamar mínimo e máximo da pena abstratamente culminada, e que servirá de parâmetro para fixação da pena base na fase inicial de fixação de pena.

Neste sentido, surge a correlação entre a legislação em tela e a Lei Maria da Penha. A Lei 13.104 de 2015 alterou ao artigo 121 do CP para fazer constar também o parágrafo 2º-A, responsável por definir os requisitos elementares da condição de sexo feminino, sendo que estes são necessários para que se vislumbre a incidência da qualificadora. Ora, o referido parágrafo toma por empréstimo as definições do art. 5º

da Lei Maria da penha, pois cita afirma que há “condições de razão de sexo feminino” quando o delito ocorrer em âmbito doméstico, contudo, deixa de definir o que se considera por violência doméstica, ficando isto a cargo da Lei 11.340/06. (CUNHA, 2018, p. 65).

Em continuidade de análise, importa dizer que, ao contrário do que o inciso VI do art. 121 do CP nos apresenta, o homicídio qualificado não se limita ao delito cometido contra a mulher em sentido estrito biológico. Ao revés, o artigo deve ser interpretado de modo a proteger e abarcar todas as pessoas que se identificam com o gênero feminino e se entendem por “mulher”.

Tal interpretação encontra luz dos princípios constitucionais e se adequa efetivamente à sociedade moderna, pois permite a proteção de mulheres sis gênero, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais, sem qualquer distinção ou diferenciação.

Há de se salientar ainda que o conceito de âmbito família não se limita a esposas, companheiras ou afins, devendo serem consideradas, para fins de incidência penal, as ascendentes e descendes do agressor, dispensada, novamente a coabitação, por força da já mencionada súmula 600 do STJ. (CUNHA, 2018, p. 69)

Por fim, cumpre refulgir que o Supremo Tribunal Federal, em 2018, firmou entendimento que a qualificadora de feminicídio possui natureza objetiva, ou seja, refere-se a critérios que não se ligam à subjetividade do agente, podendo, portanto, ser aplicada na dosimetria da pena junto à outras qualificadoras de ordem objetiva, como o motivo torpe. Senão, vejamos a decisão do Ilustre Sr. Ministro Roberto Barroso:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. BIS IN IDEM COM O MOTIVO TORPE. AUSENTE. QUALIFICADORAS COM NATUREZAS DIVERSAS. SUBJETIVA E OBJETIVA. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Evidencia-se que a sedimentada orientação desta Corte é firme no sentido de que não é cabível sustentação oral no julgamento de agravo regimental, em observância, notadamente, aos arts. 159, IV, e 258, ambos do RISTJ. 2. Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de bis in idem no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto,

a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva. 3. Agravo regimental improvido. (STF – RHC: 161.302 MG. Relator: Ministro Roberto Barroso Data de Julgamento: 02/10/2018, data da publicação DJe: 02/10/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338847916&ext=.pdf>, acesso em 22 nov. 2020)

No mesmo sentido é entendimento do STJ que, por relatoria do Ministro Sebastião Reis Junior, proferiu a seguinte decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E FEMINICÍDIO. PLEITO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE CONGRUÊNCIA LÓGICA COM OS TERMOS DA ACUSAÇÃO. TESE DEFENSIVA NÃO DEBATIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS SOB ESSE PRISMA. SÚMULAS 282 E 356/STF. INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DA MOTIVAÇÃO RELACIONADA À CONDIÇÃO DE SER MULHER. IRRELEVÂNCIA. ÂNIMO DO AGENTE. ANÁLISE DISPENSÁVEL DADA A NATUREZA OBJETIVA DO FEMINICÍDIO. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE LINGUAGEM. NÃO OCORRÊNCIA. (...) 2. A jurisprudência desta Corte de Justiça firmou o entendimento segundo o qual o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise (AgRg no REsp n. 1.741.418/SP, Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/6/2018). (STJ – AgRg: 1.454.781 SP, 2019/0054833-2. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, Data de Julgamento: 17/12/2019, data da publicação DJe: 19/12/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1902910&num_registro=201900548332&data=20191219&formato=PDF, acesso em 22 nov. 2020)

Assim, o que se conclui é que tanto jurisprudência como doutrina são concisos em afirmar a possibilidade de elevação da pena de forma concomitante à aplicação de demais qualificadoras, sendo que tal interpretação reafirma o posicionamento enérgico e necessário no sentido de proteger as mulheres de eventuais agressões,

subsidiando a ação estatal na busca pela justa e certa punição dos autores do delito analisado.

3.4. O sistema de proteção à mulher vítima de violência doméstica

O Estado Brasileiro, desde a Constituição de 1988, têm em si a obrigação de proteção à família, através de mecanismos que visem coibir os conflitos de âmbito familiar, conforme art. 226, §8º da CRFB. Além do preceito constitucional, cumpre lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (09 de junho de 1994). Assim, em cumprimento ao compromisso firmado na referida convenção, aliado às evoluções sociais e culturais da sociedade brasileira, o sistema legislativo brasileiro buscou promover a proteção jurídica da família e, em especial, da mulher, editando e promulgando a Lei Maria da Penha, Lei 11.340 de 2006.

Antes da referida legislação, que alterou substancialmente o ordenamento jurídico acerca da proteção à mulher, parte dos conflitos domésticos eram destinados ao juizado especial, sem qualquer distinção aos demais delitos, outra parte recebia tratamento processual penal, também sem distinção

A Convenção Interamericana teve importante papel na criação da Lei maria da pena e dos demais institutos que visam a proteção jurídica da mulher, sobre o tema, Rogério Greco explica que

Seguindo as determinações contidas na aludida Convenção, em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei nº 11.340, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que ficou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, a qual, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos dispostos no art. 1º da mencionada lei. (GRECO, 2017. p. 76)

Para além do exposto, é imperioso reconhecer que a nossa cultura esta alicerçada em preconceitos, estereótipos e discriminações de gêneros, o que interfere na promoção e efetividade da justiça. O ideal da igualdade entre homens e mulheres requer adoção de políticas públicas eficazes as transformações sociais. A sociedade deve ser esclarecida sobre o que é violência contra a mulher e entende-la como fato reprovável e juridicamente punível, (AQUINO, 2006. p. 100).

Acerca do tema, a filósofa Marilena Chauí explica que

A violência não é percebida ali mesmo onde se origina e ali mesmo onde se define como violência propriamente dita, isto é, como toda prática e toda ideia que reduza um sujeito à condição de coisa, que viole interior e exteriormente o ser de alguém, que perpetue relações sociais de profunda desigualdade econômica, social e cultural. Mais do que isso, a sociedade não percebe que as próprias explicações oferecidas são violentas porque está cega ao lugar efetivo da produção da violência, isto é, a estrutura da sociedade brasileira. (Chauí, 2003, p. 52)

Diante disto, considerando o ineficaz tratamento dado aos casos de violência doméstica, foi criada a Lei Maria da Penha, conforme já mencionado. Após isto, por força do art. 41, os institutos despenalizadores e alternativos da Lei 9.099/95 deixaram de ser aplicados aos crimes que envolvam violência doméstica, ficando prejudicada, ainda, a aplicação das regras processuais também oriundas da Lei dos Juizados especiais. Neste condão, Maria Berenice Dias esclarece que

Uma coisa é certa, a violência doméstica está fora do âmbito dos Juizados Especiais, e estes não poderão mais apreciar tal matéria. Esta alteração de competência justifica-se, porquanto de modo expresso – e em boa hora – foi afastada a aplicação da Lei 9.099/95 quando o crime é praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher. (DIAS, 2010. p. 02)

Assim, surge a necessidade de o Estado criar mecanismos ou órgãos judiciais capazes de promover a aplicação eficaz, célere e justa da legislação, que apresenta conceitos mistos de direito penal e direito civil. Acerca da criação, instauração e uso de meios alternativos de solução de conflitos que envolvam a violência contra a mulher, Rogério Greco alerta:

Embora devamos proteger, cada dia mais, as vítimas de violência doméstica, tais situações não devem ficar a cargo, exclusivamente, do Direito Penal. Programas devem ser implementados pelo Estado, fazendo com que os agressores se submetam a tratamentos psicológicos, terapêuticos etc. Imagine-se a hipótese em que uma mulher, agredida por seu marido, denuncie o fato às autoridades, oferecendo sua necessária representação, permitindo, assim, o início da persecução penal. A regra será que, assim agindo, também estará pondo fim ao seu casamento, pois a convivência com o agressor, a partir de sua submissão à Justiça Penal, será muito complicada. No entanto, muitas mulheres agredidas amam seus maridos e

entendem que eles necessitam mais de um socorro psicológico do Estado do que efetivamente da prisão. (GRECO, 2017. p. 288)

Salienta-se o fato de que a denúncia se mostra uma forma de libertação da vítima, que vislumbra a possibilidade de cessação das agressões sofridas. Nesse sentido, Maria de Fátima Araújo informa que

muitas mulheres denunciam seus companheiros apenas para intimidá-lo, depois retiram a queixa e não levam adiante o processo que poderia resultar em uma punição. Mas mesmo assim, é importante fazer a denúncia. Ela é um momento de ruptura em que a mulher se desloca da condição de opressão/submissão, admite que sofre violência e precisa de ajuda. Pode significar também um primeiro passo para o seu “empoderamento” e mudança da relação. Por isso, é fundamental que por ocasião da denúncia ela tenha um bom acolhimento e seja devidamente orientada sobre seus direitos e necessidade de buscar apoio social, familiar, jurídico e psicológico para sair da situação de violência.” (ARAÚJO, 2015. p. 01)

Assim, conforme afirma a autora, a denúncia é necessária e eficaz no tocante ao papel da mulher da sociedade, tendo em vista que enseja o seu empoderamento, além de possibilitar o processamento da ação penal contra seu agressor.

Em segunda monta, nota-se ainda um anseio social atual em prol da severidade penal. Ora, nos delitos contra a mulher, não é diferente o posicionamento social. Acerca do tema, Maria Teresa Nobre (2008) informa que a Lei Maria da penha possui benefícios quanto à punição de ofensores, mas pode pecar quando restringe a possibilidade de formas diferenciadas no tratamento e que, por vezes, poderiam se transformar em resultados mais eficientes. De acordo com a autora, a Lei maria da penha:

“expressa, em boa medida, o compromisso público assumido pelo Estado brasileiro com o fim da impunidade aos crimes de violência doméstica e familiar, com impacto direto sobre as práticas do sistema judiciário e da polícia. Decerto, as alterações substanciais na nova lei e no funcionamento do sistema judiciário, referente ao trato desse tipo de violência, expressam a retomada do projeto político do movimento feminista, que resultou na criação das DEAMs. Expressam também os anseios das mulheres diante da necessidade de uma ampla revisão no julgamento e punição dos agressores, *nos casos em que*

pretendem a sua criminalização, bem como na adoção de medidas preventivas, protecionistas e inibidoras da violência de gênero.(...)É justamente a punição aos agressores que surge como o ponto mais delicado da aplicação da nova lei. É importante considerar que, se, em alguns casos, é de fato preciso aplicar penalidades mais rígidas para reter a banalização da violência doméstica, em muitos outros se faz necessária a adoção de formas diferenciadas de enfrentamento, capaz de coibir a violência e reparar os danos sofridos. (NOBRE, 2008. p. 01)

Tudo isso somente tornou nítida a necessidade de o Estado instituir ferramentas e métodos ou institutos que potencializem a aplicação da Lei Maria da Penha. Diante disto, nos termos da própria Lei, foram criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (JVDFM) que são, de certo, uma das maiores inovações e avanços trazidos pelo diploma, pois possuem competência civil e criminal simultaneamente, com potencialidade para oferecer a resposta jurídica multidisciplinar que a matéria requer. Acerca dos juizados, a autora Maria Berenice Dias afirma

O maior de todos os avanços foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal. Claro que o ideal seria que em todas as comarcas fosse instalado um JVDFM e que o juiz, o promotor, o defensor e os servidores fossem capacitados para atuar nessas varas e contassem com uma equipe de atendimento multidisciplinar. Mas, diante da realidade brasileira não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todos os cantos deste país. (DIAS, 2010. p. 02)

Deste modo, o que se nota é que a Lei Maria da Penha promoveu foram evoluções significativas no sentido de potencializar a atuação Estatal na punição do agressor, além de oferecer meios de proteção e prevenção da violência doméstica e criar mecanismos estatais, como o JVDFM, com competência cível e criminal para, onde existentes, promoverem o efetivo cumprimento da legislação e a materialização dos direitos formalmente estabelecidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o estudo aprofundado realizado acerca da violência doméstica, suas principais características, bem como a sobre como o judiciário brasileiro trata o tema, através de leis, súmulas e jurisprudências, bem como a análise doutrinária acerca do tema, fica notória a necessidade de uma atenção específica e contínua do Estado sobre os delitos que envolvem a mulher.

A violência de forma geral é um fato social corriqueiro e natural à sociedade brasileira, sendo que as mulheres, em razão da construção social histórica patriarcal, são vitimadas de diversas formas, como física, sexual, em relação ao mercado de trabalho e emprego ou psicologicamente.

A convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha e o Feminicídio constituem importantes evoluções no sentido de promover uma sociedade mais segura, justa e equânime às mulheres brasileiras.

Aliado a isto, a criação e aprimoramento do sistema legislativo, buscando a prevenção e promovendo a busca por uma real e efetiva resposta aos delitos contra a mulher de forma mais incisiva e amoldada à particularidade da questão fazem com que o Brasil caminhe, ainda que em passos lentos, à um país menos segregador e violento.

Neste sentido, os novos dispositivos e diplomas convergem aos preceitos constitucionais de segurança e igualdade entre todos os cidadãos, buscando a isonomia formal e material, mas ainda esbarram na ineficiência estatal na aplicação das Leis, na morosidade e burocracia dos sistemas legislativo e judiciário, nas institucionalizações exacerbadas de assuntos modernos e nas raízes culturais e sociais da sociedade patriarcal e preconceituosa do país, de modo que, embora representem avanços legislativos e sociais, ainda possuem eficácia limitada na busca por melhores condições para a mulher na sociedade hodierna.

Assim, como forma de buscar a contínua e necessária melhoria e evolução, torna-se imperiosa a criação e o aprimoramento de institutos que, tal como os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e as delegacias especializadas de atendimento à Mulher, visem a prevenção da violência, a rápida e efetiva resposta Estatal contra os autores de delitos e a promoção da igualdade e justiça sociais e jurídicas, em busca de uma sociedade terna e democrática, à luz e semelhança dos preceitos e princípios constitucionais, sobretudo em relação às mulheres brasileiras.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14724**: Informação e documentação. Trabalhos Acadêmicos - Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002;

ALVES, Williana Alexandre. OLIVEIRA, Maria Tereza de. **Leituras de direito: violência doméstica e familiar contra a mulher** / Cornélio Alves; Deyvis de Oliveira Marques (Org.). – Natal: TJRN, 2017. 380 p.

ARAÚJO, Maria de Fátima. **Gênero e violência contra a mulher**: o perigoso jogo de poder e dominação. In: **Revista Electrónica Internacional de la Unión**

Latinoamericana de Entidades de Psicologia, São Paulo. Disponível em: <http://psicolatina.org/14/genero.html>, acesso em 1 nov. 2020.

AQUINO, Ruth de. Crime: A violência cega dos maridos. **Época**, n. 444, p.100-101, nov. 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em out. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em nov. 2020.

_____. **LEI 11.340 de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm, acesso em nov. 2020;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte especial 2 : crimes contra a pessoa**. – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Chauí , M. (2003). **Ética, política e violência**. In T. Camacho (Ed.), Ensaio sobre violência (pp. 39-59). Vitória: Edufes.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361) I Rogério Sanches Cunha9. ed. rev., ampt e atual.- Salvador: JusPODIVM. 2017;

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_799\)17_a_lei_maria_da_penha_na_justica.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_799)17_a_lei_maria_da_penha_na_justica.pdf) acesso em nov. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco**. – 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts. 121 a 183 do CP**; atualização André Estefam. – Direito penal vol. 2 – 36. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LACERDA, Isadora Almeida. **O conceito de violência contra a mulher no direito brasileiro**. Disponível em fonte:http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Isadora%20Almeida%20Lacerda.pdf Acesso em nov. 2020

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212** / Cleber Masson. – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=violencia>, acesso em nov. 2020

NOBRE, Maria Teresa. **Controle social e a mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222008000200007 acesso em out. 2020.

SILVA, De Plácido e, 1892-1964 **Vocabulário jurídico** / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Súmulas**. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=50&i=600&operador=mesmo&ordenacao=@SUB&ordem=@SUB>. Acesso em nov. 2020.

_____. – AgRg: 1.454.781 SP, 2019/0054833-2. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, Data de Julgamento: 17/12/2019, data da publicação DJe: 19/12/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1902910&num_registro=201900548332&data=20191219&formato=PDF, acesso em 22 nov. 2020

_____. – HC: **467591 DF 2018/0228013-2**, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2018, T6 – Sexta Turma, Data da Publicação: DJe 19/12/2018.

_____. – **AREsp: 1.439.546 RJ 2019/0033585-6**, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, data de julgamento 25/06/2019, T5 – quinta turma, Data da Publicação: DJe: 05/08/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **RHC: 161.302 MG**. Relator: Ministro Roberto Barroso Data de Julgamento: 02/10/2018, data da publicação DJe: 02/10/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338847916&ext=.pdf>, acesso em 22 nov. 2020

O DIREITO AO PORTE DE ARMAS DE FOGO EM USO DE LEGÍTIMA DEFESA

ROSE MARRY IMBIRIBA DA SILVA:

Graduanda do curso de Direito na Universidade Centro Universitário Luterano de Manaus.

Resumo: O presente artigo realiza uma análise sobre o direito do cidadão de portar armas de fogo para exercer o seu direito fundamental de legítima defesa e segurança, o qual lhe tem sido negado ou mesmo dificultado por intermédio das inúmeras burocracias estatais positivadas no bojo da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), a qual regulamenta a posse e o porte de armas. Além disso, esta lei também faz uma divisão entre brasileiros uma vez que, há exceções para que somente alguns cidadãos, em detrimento de outros, possam ter acesso ao porte, após preenchidos inúmeros requisitos para tal permissão. Outrossim, o Estado através das suas polícias não tem como estar em todos os lugares de forma onipresente, devendo, portanto, garantir o direito do cidadão de portar armas de fogo única e exclusivamente no intuito de assegurar a sua própria vida. Desta forma, opera-se sua liberdade de escolha de ter ou não uma arma de fogo, utilizando-a em prol de sua segurança ou de outrem, com a finalidade de praticar seu direito fundamental à legítima defesa, o qual está em sentido oposto ao Estatuto do Desarmamento. Além disto, salienta-se que, os direitos fundamentais são definidos como um conjunto de garantias do Estado ao indivíduo, cuja a finalidade principal é o respeito à sua dignidade, tutelada por aquele em detrimento deste, bem como as garantias das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, quais sejam: o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Palavras-chave: Legítima Defesa. Porte de Armas. Usufruto dos Direitos e Garantias Constitucionais. Estatuto do Desarmamento.

Abstract: This article analyzes the citizens' right to carry firearms to exercise their fundamental right of self-defense and security, which has been denied or even hampered by the numerous state bureaucracies established within the scope of Law 10.826 / 03 (Disarmament Statute), which regulates the possession and possession of weapons. In addition, this law also makes a division between Brazilians since, there are exceptions so that only some citizens, to the detriment of others, can have access to the post, after fulfilling numerous requirements for such permission. Furthermore, the State, through its police, is unable to be everywhere in an ubiquitous way, and must therefore guarantee the citizen's right to carry firearms solely and exclusively in order to ensure his own life. In this way, their freedom to choose whether or not to have a firearm operates, using it for the sake of their safety or that of others, in order to practice their fundamental right to legitimate defense, which is in the opposite direction to the Disarmament Statute. In addition, it is emphasized that fundamental

rights are defined as a set of guarantees from the State to the individual, whose main purpose is respect for their dignity, protected by the individual to the detriment of the individual, as well as guarantees of minimum living conditions. and development of the human being, which are: respect for life, freedom, equality and dignity, for the full development of his personality.

Introdução

Para defender o direito do cidadão de ter o porte de armas, inicio com uma breve exposição do que vem ser um direito fundamental, à luz do exposto no art 5º CF. Vale ressaltar que o direito a ter o porte de armas fica implícito, tendo em vista que, a arma de fogo é um instrumento de defesa à vida, dentre outros.

“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.”

Em uma breve definição do que vem a ser um direito fundamental à luz do Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988, artigo 5º, destaco que, são um conjunto de direitos e garantias positivados na Carta Magna, com o objetivo de declarar e assegurar o pleno exercício das condições necessárias para que o indivíduo tenha assegurado o respeito à sua dignidade da pessoa humana.

Ao mesmo tempo que visa a proteção dessas condições mínimas de vida, ou seja, garantias ao respeito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como a limitação do Estado para sua efetiva concretização.

Sobre o tema, o Professor Paulo BONAVIDES(2010) ministra:

“Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas ‘liberdades públicas negativas’ ou ‘direitos negativos’, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção”.

Desse modo, no que se refere ao pleno desenvolvimento de liberdades individuais, igualdade e segurança do cidadão, o Estado deveria apenas se abster de interferir nas escolhas do indivíduo, contudo, no tocante ao porte de armas, há uma imposição restritiva e uma limitação burocratizada presente na legislação vigente da Lei nº10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), uma vez que, no artigo 6º da supra citada lei, é institucionalizado a proibição ao porte de armas de fogo.

“Art. 6º. É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para...”

O legislador no referido artigo 6º, da Lei nº10.826/2003 normaliza a proibição do indivíduo de portar armas de fogo em todo o território nacional, salvo raras exceções.

Liberdades Individuais

O maior entrave ao acesso do porte de armas, é a necessidade de que se passe por uma política controladora, onde o Estado restringe, cada vez mais, o direito de o cidadão comum exercer sua liberdade individual, visto que, o próprio Estado é ineficaz em proteger a sociedade como um todo.

No mais, frise-se que, ao votar contra o desarmamento no ano de 2005, o brasileiro deixou claro que é contra a iniciativa de confiar sua segurança e a de sua família as mãos frágeis do Estado.

Ademais, destaco a seguir, trechos do artigo jurídico dos autores Lucas de Paula Caldi e Ricardo Ferraz Braida Lopes, sobre liberdade individual, publicado pelo site Jusbrasil, em novembro de 2014.

“Consiste a liberdade individual, em princípio constitucional, um Direito de manifestação de vontade, onde se verifica em caráter subjetivo o “animus” do agente, o cogito de cada indivíduo perante a sociedade e o estado, criando assim a possibilidade de um complexo de presunções atreladas a seu conceito”.

Nessa direção, conforme vemos, o Ministro Gilmar Mendes compreende que acerca da complexidade do sistema de direitos fundamentais, estes asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público.

“Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face

dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”.

Desse modo, observa-se que o direito de utilizar as armas de fogo como instrumentos e meio de proteção ao exercício de legítima defesa e segurança, está intimamente ligado ao direito de escolha do cidadão em portar armas ou não, tendo em vista que, é o meio mais efetivo para se igualar forças em situações desvantajosas e violentas.

A Política Desarmamentista

Os autores Bene Barbosa e Flávio Quintela, em seu livro “Mentiram para mim sobre o desarmamento”, publicado no ano de 2015, pela Vide Editorial, fazem uma abordagem de vários aspectos que levam aos leitores à uma reflexão sobre a política desarmamentista empregada no Brasil.

Os autores levantam o debate sobre dez importantes tópicos, contudo, no presente artigo será feita uma releitura breve da obra acima destacada, enfatizando somente alguns pontos, principalmente no que tange a importância de o cidadão ter o direito ao porte de armas. Não há, portanto, porque fazer um estudo mais amplo da obra, a fim de que se evite a demasiada extensão do Projeto em tela. Senão vejamos o que dizem os autores:

“Responda à seguinte pergunta: quantas pessoas você conhece, no Brasil, que possuem armas? A maioria das pessoas responderá “nenhuma” ou talvez “acho que fulano tem uma em casa, mas não tenho certeza”. A mentalidade desarmamentista cegou o país e transformou as armas em vilãs sanguinárias, que não têm lugar nas casas de pessoas de bem. A dificuldade de um cidadão o seguir uma licença para se armar é muito grande, e isso acaba desmotivando a maioria das pessoas que pensa em comprar uma arma seja por causa do trabalho ou do alto custo envolvido no processo, um dos objetivos do estatuto foi cumprido, tendo em vista que ao dificultar o acesso da população às armas, aqueles que possuíam o interesse de adquiri-las desistem da ideia”. (Quintela e Barbosa, 2015).

Na obra em tela, os autores afirmam que houve uma série de desinformações sobre a política desarmamentista aplicada no Brasil, e mais, destacam ainda que o

grande responsável pelo aumento da violência e da criminalidade não é o acesso do cidadão de bem às armas de fogo, e sim, a falta deste acesso ao uso desses instrumentos como meios de defesa para proteger a si próprio e a sua família.

Eles concluem que, apesar de toda legislação proibitiva e desarmamentista, os criminosos não foram desarmados, os autores ainda fazem questão de ressaltar que as armas por si só, não representam perigo à sociedade, até porque são apenas meios de defesa que podem ser usados para garantir a segurança daqueles que as detêm, tendo em vista a ineficiência do Estado em assegurar a proteção de todos os brasileiros ou de estar presente em todos os lugares.

Ademais, convém ressaltar as informações trazidas quanto a redução da criminalidade, segundo o artigo jurídico de Daniela Galvão de Araújo e Juliano Aparecido de Lima, publicado no ano de 2016, pela Universidade Unilago que:

“Assim como a exemplo de vários outros produtos ilegais, as armas de fogo circulam livremente no Brasil, e mesmo com o surgimento de uma lei mais severa para a aquisição de armas de fogo mostrou-se ineficaz, pois os criminosos não deixaram de andar armados, quiçá estão mais bem preparados do que o Estado. Única diferença constatada foi o modo de aquisição, os quais se viram obrigados a sofisticar seus métodos de obtenção de suas armas de fogo. A Lei do Desarmamento, não atingiu aquele que deveria ser seu principal alvo, os criminosos, os principais protagonistas dos crimes violentos.”

Quanto ao mais, vale ressaltar os inúmeros casos de aumento da criminalidade noticiados todos os dias na mídia, fato estes que comprovam a ineficácia da política desarmamentista adotada no Brasil, na medida em que, fica claro que os criminosos não são intimidados por uma lei restritiva quanto ao porte de armas.

Estatuto do Desarmamento

Segundo o professor e jurista Adilson Dallari, a respeito do estatuto do desarmamento:

“Não obstante a clareza do texto constitucional, a famigerada Lei do Desarmamento estabeleceu como regra geral a proibição da posse e do porte de armas, com algumas exceções, como os membros das Forças Armadas e das corporações policiais. Tais exceções foram alargadas ao longo do tempo, mas sempre como exceções”.

Assim, observa-se que o cidadão comum, que eventualmente quisesse ter uma arma, teria de se submeter a uma verdadeira ordália burocrática altamente onerosa, devendo comprovar ser vítima de ameaça à sua integridade física e ficando na total dependência de decisão absolutamente discricionária da autoridade federal competente.

Não há sombra de dúvida de que o Estatuto do Desarmamento estabeleceu uma terrível distinção entre brasileiros: os que podem, e os que não podem desfrutar das garantias expressas do Art. 5º da Constituição Federal de 1988.

O supracitado Estatuto, em seu art. 35 diz:

“É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 60 desta Lei”, mas, em seu § 1º dispõe que “Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.”

Com esta Legislação, nota-se que, além da proibição geral de ter e portar armas, fica proibida a comercialização de armas e munições. Salta aos olhos de qualquer pessoa minimamente esclarecida que o conjunto dessas proibições traria um enorme incentivo ao comércio ilegal e, acima de tudo, representaria enorme proteção a assaltantes, esturpadores e delinquentes violentos em geral.

Diante dessa clamorosa evidência, no referendo realizado em 2005, dois terços dos brasileiros se manifestaram contra a proibição. Neste sentido Quintela e Barbosa, em seu *best seller*: “Mentiram para mim sobre o Desarmamento”, publicado no ano de 2015, pela Vide Editorial, complementam o tema no seguinte sentido:

“O Referendo de 2005 foi a primeira prova de que o estatuto do desarmamento é uma peça jurídica totalmente dissonante com a vontade popular, e com efeitos práticos negativos. As outras comprovações viriam nos anos seguintes, como já vimos em capítulos anteriores, com o aumento constante dos índices de violência no país. Ele é também a prova de que os últimos governos, incluindo o atual não tem tido nenhum apreço e nem pretendem, em momento algum, tomar medidas de acordo com o desejo da sociedade. Suas ações são sempre na direção de concretizar políticas defendidas pela base partidária governista, mesmo que sejam contrárias ao que a grande maioria da população acredita ser o melhor. O corolário desta afirmação é claro: um governo assim não pode ser chamado de democrático. (Quintela e Barbosa, 2015, pg.95)”.

No que tange ao estatuto do desarmamento, foi comprovado que se trata de uma legislação extremamente restritiva, no que se refere à compra, registro e porte de armas de fogo para os cidadãos brasileiros. Percebe-se, com isto, um exacerbado totalitarismo por parte do governo em relação as restrições para a aquisição de armas pela população.

O Estatuto do Desarmamento prevê ainda que, para obter o direito de porte, é preciso ter 25 anos, comprovar capacidade técnica e psicológica para o uso de arma de fogo, não ter antecedentes criminais nem estar respondendo a inquérito ou a processo criminal e ter residência certa e ocupação lícita.

Além disso, conforme já citado anteriormente, é preciso demonstrar a "efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física".

Considerações Finais

Diante de todo exposto, conclui-se que, no Brasil, a política desarmamentista atua fortemente contra o acesso ao direito do cidadão comum para obter o porte de armas, tendo em vista que, a legislação vigente que trata do assunto a lei 10.826/2003, é demasiadamente restritiva quanto a possibilidade de se obter estas armas de fogo.

Salienta-se que, tais restrições não contribuem para a diminuição da criminalidade, no mais, cumpre destacar que o referendo de 2005 no qual foi perguntado a população brasileira se: "O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?".

Neste caso, os eleitores puderam optar pela resposta "sim" ou "não", pelo voto em branco ou pelo voto nulo. O resultado final foi de uma maioria esmagadora, de 59. 109.265 votos respondendo "não" (63,94%), enquanto 33. 333. 045 votaram pelo "sim" (36,06%).", com esse resultado, ficou comprovado que a vontade popular não foi respeitada, uma vez que, a legislação vigente é proibitiva ao porte.

Assim sendo, tornou-se evidente que, a vontade popular não foi respeitada pelo legislador, e por mais que a sociedade lute para ter o seu direito devolvido, é preciso buscar, por intermédio de uma nova legislação, que o direito fundamental à segurança, e o de se exercer a legítima defesa com todos os meios necessários de escolha de portar ou não, uma arma de fogo, seja respeitado.

No mais, observa-se que a legislação vigente tem 18 anos e é inconstitucional, uma vez que, impede ao cidadão a garantia de seu próprio direito fundamental à vida, à legítima defesa e à segurança.

Por fim, importa esclarecer que a pauta da segurança pública e acesso às armas não avançam no Congresso, mesmo diante de pressões da população que procura por intermédio de seus representantes eleitos, novas alternativas às mudanças necessárias, de maneira que, cada vez mais, espera-se que aconteçam.

Referências Bibliográficas

BERNECULLI Borges Abra, Ana Beatriz. "A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade." In.: ConteudoJuridico, 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52868/a-ineficacia-do-estatuto-do-desarmamento-na-reducao-da-criminalidade> Acesso em: 20/04/2021.

VASCONCELOS Fontes, Rafael. "Porte de armas: direito humano e fundamental." In.: AmbitoJuridico, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/porte-de-armas-direito-humano-e-fundamental/> Acesso em: 20/04/2021.

COLLARES Pernambuco, Silvia. "Direito Natural". In.: AmbitoJuridico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-95/direito-natural/> Acesso em: 25/04/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 2007., 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

BRASIL. Casa Civil. Lei n. 10826, de 22 de dezembro de 2003. In.: Diário Oficial da União, 2003. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826compilado.htm Acesso em: 20/04/2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20/04/2021.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/Direitos-fundamentaisM%C3%BAltiplos-significados-GILMAR-MENDES.pdf> Acesso em: 25/04/2021.

BARBOSA, Bene; QUINTELA, Flávio. Mentiram pra mim sobre o desarmamento. 1ed. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

CALDI, Lucas de P aula; LOPES, Ricardo Ferraz Braida. Estatuto do Desarmamento e a grande falha do Estado onipotente. Artigo Jurídico. Faculdade Presidente Antônio Carlos. Curso de direito. Disponível em: <https://lcaldiadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/564825540/estatuto-do-desarmamento-e-a-grande-falha-do-estado-onipotente/> Acesso em 22/04/2021.

ARAÚJO, Daniela Galvão; APARECIDO, Juliano. Estatuto do Desarmamento e a Redução da Criminalidade. Artigo Jurídico. Faculdade Unilago. Disponível em <http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoanterior/Sumario/2016/2016/11.pdf> Acesso em:26/04/2021.

A MAIORIDADE PENAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

MANOEL MELO DA SILVA:
Graduando do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como foco a análise da maioria penal, que em razão do pensamento empírico social, discussões acerca do tema e a inimputabilidade penal para crianças e adolescentes por meios de normas infraconstitucionais, sobrevém a ideia de que uma redução nessa idade da capacidade de receber na, implicaria na diminuição de números drásticos de crianças e adolescentes que tem práticas delinquentes. O objetivo é mostrar que essa postura não se coaduna com o que dispõe em nossa Constituição Federal, a qual a mesma foi delineada pelo poder constituinte originário, de modo a respeitar os princípios norteadores assegurados pela nossa Carta Magna.

PALAVRAS- CHAVE: Maioridade Penal. Redução. Inimputáveis

ABSTRACT: The present work focuses on the analysis of the criminal majority, which due to the social impírico thought, discussion about the topic and the criminal pleads for childrens and adolescents, comes the ideia that a reduction in that age of the ability to receive penalty, would imply the reduction of drastic number of children and adolescents who have delinquent practices. The aim is to show that this posture does not conform tho what it has in our Federal Constitution, which has been outlined by the originating constituent power, in order to respect the guiding principles ensured by our Magna Carta.

KEYWORDS: Criminal majority. Reduction. Imcompet.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será abordado o tema maioria penal, esclarecendo os aspectos constitucionais, que ilustram o antigo cenário onde os atuais inimputáveis, não tinham total regalia e proteções asseguradas como atualmente, em destaque na primeira parte do artigo, será demonstrado todo o histórico que as normas infra constitucionais passaram até a chegada da Constituição Federal de 1988 e consequentemente a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) as formas a qual o menor infrator era analisado, quais penas eram impostas, veremos

também que nem sempre a maioria penal obedeceu a mesma regra de idade, e na segunda parte será demonstrado a utilização do nosso Estatuto da Criança e do Adolescente atualmente, seus princípios, suas medidas tomadas, e sua constante evolução a fim de sempre dá a melhor garantia e segurança a criança e ao adolescente que eventualmente venha a delinquir. E na última parte, abordaremos uma análise compreensiva e crítica sobre algumas PEC's (PROCESSO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO) que foram elaboradas, a fim de garantir uma redução na maioria penal, apontando seus lados positivos, negativos e colocando em discussão o seu conteúdo peticionário, expondo se seus pedidos são constitucionais ou não, diante de cláusulas pétreas, já discutidas inúmeras vezes em nosso ordenamento jurídico.

2. HISTÓRICO NACIONAL DE EVOLUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

No início do século XIX, prevaleciam as Organizações Filipinas, que a obrigação penal começava aos 7 anos de idade, contudo com retenções, porque o menor em nenhum momento enfrentava a pena de morte sendo assim uma diminuição da pena. Havia na época uma individualização da pena dos jovens entre 17 a 21 anos, onde os mesmos tolerariam uma eventual pena reduzida ou uma severidade maior que levava a pena de morte. Considerados apenas com capacidade penal total os maiores de 21 anos de idade. (BASTOS; MARTINS, 2002).

No período depois da proclamação da independência, no ano de 1830 o Código Criminal do Império foi adotado no Brasil, tornando-se assim o primeiro Código Penal. Dentro dele foi firmado entendimento que os critérios utilizados para punir os menores seria o discernimento (Psicológico), onde com menos de 14 anos o menor de idade não teria capacidade suficiente completa, na forma do Art. 10, com a exceção dita no Art. 13 onde dispunha que caso o menor infrator possuísse discernimento no ato praticado seria levado a casa de correção. A quantidade da pena era imposta pelo juiz, mas esse tempo que o menor passava preso cassava quando completasse 17 anos. Por isso era comum naquela época uma criança por exemplo ser condenada a prisão perpétua. (BASTOS; MARTINS, 2002).

No dizer de Carvalho (1977, p.312):

O nosso código criminal de 1830, distinguia os menores em 4 classes, quanto à responsabilidade criminal: a) os menores de 14 anos seriam presumidamente irresponsáveis, salvo se provasse terem agido com discernimento; b) os menores de 14 anos que tivessem agido com discernimento seriam recolhidos a casas de correção pelo tempo que o juiz parecesse, contando que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos; c) os maiores de 14 anos e menores de 17 anos estariam sujeitos às penas de cumplicidades (ou seja, caberia 2/3 da que seria a de um adulto)

e caso o juiz parecesse justo; d) o maior de 17 anos e menor de 21 anos gozaria da atenuantes da menoridade.

E para os menores entre 14 anos e 16 anos, era aplicado a pena dos adultos diminuídos de 2/3 se fosse do entendimento do magistrado. E, para os maiores de 17 anos e menores de 21 anos seria aplicada atenuante de menoridade.

2.1 A IDADE DE CONSENTIMENTO NO BRASIL COLÔNIA, IMPÉRIO E REPÚBLICA ANTIGA

No ano de 1989, com a implementação da República, elevou-se o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, na forma do Dec No. 847, de 11 de outubro de 1980, chamado à época de "Código Republicano". Onde no mesmo dispõe em seu Art. 27, parágrafo 1, que eram isentos de pena os menores de idade até os 9 anos. Onde já na época era utilizado o psicológico a qual o discernimento e a competência do menor, a qual seguia a linha de raciocínio que os maiores de 9 anos e menores de 14 anos, seriam avassalados por uma avaliação do magistrado, sendo o mesmo indicador se o menor teve ou não consciência e a aptidão para saber a diferença do certo e do errado, ou do bem e do mal, na forma do Artigo 27, parágrafo 2º, do código referido, sendo assim uma responsabilidade discriminada exclusivamente pelo magistrado (CANOTILHO, 2003).

E diante deste procedimento, caso em algum momento fosse demonstrado que houve consciência do ilícito penal, os menores de idade eram encaminhados a um estabelecimento industrial, desde que não passassem dos 17 anos de idade detido.

Ao final do século 19, a imputabilidade penal era aos 14 anos, podendo ser relativamente retroagida até os 9 anos, sempre de acordo com a consciência do menor. (SARAIVA, 2003).

Logo após com o surgimento do Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, o Código de Menores entrou em vigor, código este mais conhecido como Código Mello Mattos. O mesmo sendo originado pelo Doutor José Cândido Albuquerque Mello de Mattos (origem do nome do Código), onde criou vários locais de assistência, proteção a criança e também foi orientador do Primeiro Juizado Privativo de Menores.

Tal código com a evolução do pensamento Republicano falava tanto sobre os menores delinquentes, quanto de menores abandonados pelos pais onde facilmente em um futuro bem próximo também tinham enormes chances de delinquir. Adotando a partir daquela época a doutrina de Situação Irregular do Menor (posterior Proteção Integral).

E foi diante de tal situação penal vigente que se começaram a romper as ligações com as normas penais, inclusive o Estado pela primeira vez se posicionando

no intuito de ajudar a criança, firmou o “Juízo de menores”, justamente para aqueles menores abandonados pelos pais conseguissem assistência, proteção, e cuidados básicos e essenciais para uma vida digna para não levar a criança a delinquir.

Ensina Liberati (2003, p.31):

Essa “ação social”, do juízo de menores foi considerada um diferencial entre os magistrados, que preferiam desempenhar uma função mais voltada para o social, cuja prática permaneceu vigorosa até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que privilegiou o aspecto jurídico.

Era estabelecida em época através de Código de menores que os menores de 14 anos, não era responsabilizado penalmente por nenhum ato praticado, independentemente de sua conduta ter sido considerada culposa ou dolosa, da mesma forma os maiores de 14 anos e menores de 18 anos de idade não eram legislados pelo código penal vigente a época e sim por um procedimento especial, pois aquele velho conceito de “Discernimento” que era utilizado já caiu sua eficácia. Assim começaram as digamos “Medida Disciplinar”, onde o menor delinquente era encaminhado para um local onde só menores de idade cumpriam pena, ou na ausência de tal dispositivo eram recolhidos para o presídio comum, mas sempre separado dos adultos.

E no caso de menores que foram abandonados em ruas, o Estado tratava de achar os pais ou responsáveis pela criança. E caso a criança tivesse menos de 2 anos, era dado uma autorização especial pela norma vigente para estes serem criados não pelos pais que já o rejeitaram e sim por um casal que o aceitasse. Com esta medida começaram os primórdios de uma medida protetiva, ainda que bem arcaica.

Com o passar do tempo e a implementação da Lei No. 7.209, de 11 de julho de 1984, houveram muitas alterações no código penal, a mais relevante para o nosso estudo seria a mudança da palavra “inimputável”, na forma do Artigo 27. O código penal a partir dessa alteração, deixou claro a responsabilidade penal dos imputáveis para os maiores de 18 anos de idade completo, para tal modificação ficou embasado na condição de imaturidade, por isso não estaria abrangendo os mesmos. Sendo estes objetos de vigência o procedimento especial da época. (Estatuto Da Criança e do Adolescente). (CAPEZ, 2005)

A partir desta compreensão, percebe-se a conjectura de falta de “discernimento” para aqueles menores de 18 anos de idade, sendo legislados pela parte especial. Algumas modificações tentaram prevalecer, tendo em vista a proposta do Ministro Nelson Hungria em 1963, onde apresentou o seu “Projeto Hungria”, onde dispõe em seu Artigo 33, a permissão de responsabilidade penal aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos, se caso tivesse feito o ato ilícito com discernimento, que

fosse imposta a pena do Código penal reduzida de 1/3 ou metade, mas esse projeto não prosperou por ser considerado um retrocesso (A união já teve entendimentos sinônimos ao projeto).

2.2 ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

Houve necessidade de nova lei para a infância e juventude, assim foi promulgado o ECA na data de 13 de julho de 1990, através da Lei Federal No. 8.069. Consequentemente extinguindo de vez o antigo Código de Menores (1979), com esse advento houve uma transformação visível no relacionamento com crianças e adolescentes. O mesmo dispunha que era reservado a todos que tinham idade inferior a 18 anos complete, seguindo os princípios básicos de cidadão, e o poder constituinte originários da Constituição vigente atual (1988) que nos seus Artigos 227 e 228 deixavam claro a intenção da sua implementação.

Existem três princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do adolescente, podemos frisar como os mais importantes: Princípio da proteção Integral, a qual o direito que as crianças e adolescentes tem em, em qualquer parte de sua vida, na forma do Artigo 1o, não menos importante O Princípio da garantia de absoluta prioridade, a qual versa que a criança e o adolescente tem prioridade, em qualquer tipo de serviço essencial, como por exemplo: um pedido de Socorro, ou atendimento em hospitais públicos, e principalmente para o uso de verbas públicas, políticas sociais, na forma do Artigo 4o, e por último, mas não menos importante, devemos apresentar o princípio da condição da pessoa em desenvolvimento, elencados no Artigo 6º, que fala que as crianças e os adolescentes por estarem iniciando a vida, são pessoas em formação, que consequentemente precisam de cuidados especiais, pois somente dessa forma conseguirão desenvolver de forma precisa e de forma igual a todos.

Quando falamos que a condição da criança e do adolescente é de formação, consequentemente todos que ao redor ajudando no compartilhar de experiências, as pessoas envolvidas a fim de tornar eficaz os princípios que deram origem ao Estatuto da criança e do adolescente eficazes, garantindo aos beneficiados uma vida de direitos, mesmo que sejam direitos básicos como educação e tornar-se oportunizar a chance de essa criança ou adolescente ser inserido de maneira digna na vida social.

Por outro lado, ao ser feito tal afirmação, entende-se que a responsabilidade maior de cuidado básico de uma criança é o Estado, por ser detentor de facilidades para obtenção de direitos e garantias básicas em que dispõe nossa Carta Magna.

O Estatuto da criança e do Adolescente, foi feito sem distinção de nenhuma das crianças e adolescentes, a qual são igualmente tratados e respeitados, pela

condição de evolução que possuem, extinguindo o pensamento de que o juizado de menores é a melhor opção para aquelas pessoas que não dispõem de muitas finanças.

Saraiva (2003, p.62) nos ensina que o Estatuto da Criança e do Adolescente se estruturam a partir de três grandes sistemas garantistas, destacam-se: a) O sistema primário, que dá conta das Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os artigos 4º e 85/87); b) O Sistema secundário, que trata das medidas de proteção dirigidas a crianças e adolescentes em questão de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais, de natureza preventiva, ou seja, a crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais, (especialmente o artigo 98 e 101); c) O Sistema terciário, que trata das medidas sócio educativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam a condição de vitimadores (especialmente artigos 103 e 112).

Na forma dos sistemas garantias, quando o menor por vontades alheias a sua não consegue se firmar no sistema primário, vai ser imposto o sistema secundário, que o operador é o conselho tutelar, e ainda caso o adolescente se oponha a lei, se for atribuído a ele a prática de algum ato infracional, será invocado o terceiro sistema garantista de prevenção onde serão impostas medidas sócio educativas.

Quando a criança ou o adolescente praticam um ato ilícito, logicamente isso vai repercutir no ambiente onde se encontra, isso já se vem sendo observado a muitos anos. Onde nos dias de hoje tem se percebido com maior clareza devido a carência de atenção de diversas áreas

3. PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇA

A Constituição de 1988 e a lei 8.069/90 integraram a doutrina da proteção integral devido a intensa procura pela população civil a fim de que, as normas da Convenção Internacional dos direitos das crianças de 1989 fossem realmente cumpridas, assim foi fundado o Fórum Nacional de Entidades Não Governamentais, que atuou como um dos principais intermediadores perante o Congresso Nacional, e este, no passe das atividades da Assembleia nacional, teve que aceitar uma Emenda popular com inúmeras assinaturas. Dessa emenda originou-se a redação do artigo 227 da Constituição Federal, o qual determina e assegura direitos fundamentais a crianças e adolescentes sem nenhuma diferenciação. Esse dispositivo fala sobre princípios e normas de proteção à criança e ao adolescente listados pela Convenção Internacional sobre direito da criança, cuja materialização ocorreu em 1990 com a inclusão do ECA.

De acordo com Garrido de Paula diz: Quando a normativa internacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente referem-se à proteção integral, estão indicando um conjunto de normas jurídicas concebidas como direitos e garantias frente ao

mundo adulto colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas. Moral ou valores sociais são apenas os elementos informadores ou determinantes da lei, devendo ser afastada qualquer consideração extrajurídica permissiva da intromissão de outros componentes na definição de seu conteúdo.

Assim as crianças e adolescentes, foram reconhecidos como no mandamento constitucional e infraconstitucional, em todas as áreas ser protegido. E essa proteção terá garantia do Estado, pela família e pela sociedade, por ser pessoas em desenvolvimento.

Assim a doutrina, diz que as crianças e os adolescentes são pessoas de direitos, obrigando a família, a sociedade, e o Estado corresponsáveis das garantias a eles aplicadas.

Tais princípios foram elencados no Artigo 227 da Constituição Federal de 1988, na forma do Artigo 4º do ECA, *in verbis*:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Com vista no dispositivo é certo identificar os princípios norteadores da doutrina da proteção integral, na forma da transcrição: Corresponsabilidade (família, comunidade, sociedade e o Estado), neste princípio nota-se que a família, a sociedade e o Estado são responsáveis pelo menor, ou seja, a todos foi dada uma parte de responsabilidade sobre as garantias dos direitos fundamentais que foram indicados.

A obrigatoriedade dada em primeiro à família, vem da consanguinidade, bem como no fato de ser o ambiente familiar os primeiros contatos que o menor tem com a vida.

Além disso tudo, a família no fato de o contato mais ligado, estão mais preparados para ver as necessidades, as dificuldades e as qualidades do menor, unindo, melhores condições para oferecer proteção à criança e ao adolescente, também é da família que ele aprende a demonstrar suas dificuldades, suas agressões e medos sofridos.

Assim, a família é juridicamente incumbida pela a criança e pelo adolescente, ou seja, caso a família for omissa em com a suas obrigações, poderá trazer prejuízos à criança e ao adolescente e a todos que de alguma forma se beneficiariam com seu bom comportamento, e que talvez possam suportar os males de um possível perturbação psicológica e social.

A comunidade e a sociedade são ditas como corresponsáveis pela colaboração dos direitos infanto-juvenis, tendo em vista que os dois entes, podem com mais facilidade encontrar em que nível os direitos das crianças e dos adolescentes estão sendo cumpridos ou não.

Cabe lembrar, que a comunidade e a sociedade são as que recebem os benefícios do tratamento indicado à criança e ao adolescente assim serão imediatamente prejudicados quando agem com atitudes desajustadas, especialmente quando praticam atos infracionais.

Já no ao Poder Público, o Estatuto aponta ao Estado em todas as suas áreas, em âmbito federal, estadual ou municipal, vale ressaltar que todos os entes públicos são obrigados a adotar soluções no sentido de que crianças e adolescentes ganhem acesso a seus direitos, ganhando a proteção necessária, para que se lute contra as causas de pobreza e marginalização e que instigue a sua integração social. Prioridade os interesses de crianças e adolescentes devem estar no primeiro lugar na escala de cumprir-se do mundo adulto deste mundo.

4. DO ATO INFRACIONAL NO ECA

São atos infracionais os comportamentos ditos como crime ou contravenção penal, essa é uma definição definida pelo ECA através do artigo 103. O adolescente que comete algum ato infracional, significa que este teve uma conduta ilícita, a qual produz efeitos negativos na sociedade. (SARAIVA, 2012). Como já dito, o ECA, implantou a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente, e adotou um sistema com 3 vertentes de garantias. O primeiro, se refere as garantias mostrando as Políticas Públicas tanto de assistência como de atendimento, e estão localizadas no Estatuto nos artigos. 4º, 85, 87. O segundo, trata das medidas de proteção, quando crianças e adolescentes encontram-se em situação de risco, nos artigos 98 e 101 do ECA. E o terceiro, é chamado de Sistema Judicial que fala sobre as medidas socioeducativas para os menores delinquentes, e são elencados no artigo 112 do ECA.

As medidas que estão estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente possuem o dever de educar, ensinar, proteger e garantir os direitos e deveres do menor, dando a certa interação com a sociedade. E aplicação ao menor que cometeu alguma espécie de ilícito penal. A adoção dessas medidas ocorre quando o adolescente ao sair do sistema primário para o sistema secundário, e no caso do adolescente encontrar-se em conflito com a lei, estará sujeito as regras contidas no sistema terciário de prevenção, que deverá ser submetido as medidas socioeducativas.

Criança que comete ato infracional, não tem cessada sua liberdade, ao contrário do que ocorre com o adolescente, pois não tem capacidade de entender sobre a o fato praticado. Por isso, essa medida visa apenas proteger o menor, com ajuda de seus familiares. O órgão responsável por sua fiscalização é o Conselho Tutelar, que é composto por cinco membros. É um Órgão autônomo, tem natureza não jurisdicional, tem o dever de zelar pelo cumprimento dos direitos dos menores e adolescentes. Em caso de não existir esse órgão na localidade, a atribuição será do Juiz. O Estatuto em seu artigo 101 previa essas medidas, na forma abaixo:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – abrigo em entidades; VIII – colocação em família substituta.

O Constituinte firmou primeiro inciso o encaminhamento aos pais ou responsáveis, porque a medida deve ter prioridade em relação às outras, pois a família é o meio mais fácil de a criança solucionar eventuais problema. É no ambiente familiar que nasce o preparo para uma vida. É lógico, que a criança somente ficara com seus pais se estiverem em condições jurídicas, e se é melhor a convivência nela ou com outra família (substitutiva).

E por fim é considerada uma medida de natureza retribuída, na medida em que é uma resposta do Estado à pratica do ato infracional. (LIBERATI 2012). Assim, para que elas sejam aplicadas, é importante saber se o jovem seja autor de um ato infracional. Ou seja, a medida só será aplicada caso adolescente tiver cometido uma conduta típica e antijurídica. A escolha dessa medida pelo magistrado, leva ao pesar a espécie de ato infracional, reincidência na prática de ilícitos penais

A primeira no artigo 112 do ECA é a medida de advertência, que é uma instrução verbal que será reduzida a termo e assinada papéis na audiência, A medida visa avisar o jovem que efetuou ato infracional, no modo de alertá-lo para as consequências, se o jovem continue a delinquir. É preciso que a audiência de advertência seja feita de modo rápido. A obrigação de reparar o dano, prevista no ECA em seu artigo 116, é a obrigação do próprio adolescente, responder com os seus pais ou responsáveis.

Tendo a oportunidade de o adolescente vim a pensar sobre sua conduta, especialmente quanto ao dano causado e a necessidade de sua reparação de alguma forma, seja com a restituição do bem, ou através do pagamento em dinheiro que compense o prejuízo da vítima. No caso de não ter dinheiro, o adolescente ou a sua família a medida deve ser trocada por outra compatível, como por exemplo, a prestação de serviços à comunidade. A medida busca trabalhar a o temperamento do jovem, assim estimulando a harmonia, desenvolvendo práticas positivas.

É na forma de desenvolver atividades interesse geral, por no máximo seis meses, junto a entidades, hospitais, escolas e outros semelhantes, conforme artigo 117 do Estatuto. É considerada como a medida mais eficaz prevista no ECA, a liberdade assistida, na forma do artigo 118 é destinada a adolescentes que efetuaram atos infracionais graves que não justificam uma maior restrição da liberdade, mas precisam de acompanhamento e especializados. Com essa medida, o jovem fica em liberdade, mas com controle e condições. Essa medida é feita por um orientador capacitado criado para acompanhar a vida do adolescente, buscando, distanciar o menor infrator da vida do crime. É de competência ao executor da medida, a ida do adolescente e sua família, dando orientação e colocando o jovem, se for preciso, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; atentar a frequência escolar do adolescente, implantando também a sua matrícula; direcionar a sua profissionalização e da sua entrada no mercado de trabalho.

É através destes que o sistema judicial vai acompanhar o processo de ressocialização do adolescente, na forma do artigo 119 do ECA. A 5ª medida socioeducativa é a de semiliberdade. A medida pode ser usada em sentença que encerra o processo infracional, assim como fase de progressão de medida socioeducativa de internação por tempo indeterminado. Esta medida não tem fixação de prazo de duração, a exemplo da medida de internação, mas a cada seis meses a medida será reavaliada, a teor do disposto no artigo 120, parágrafo 2º, do Estatuto. A semiliberdade será cumprida em unidades especiais, vale ressaltar que o jovem é afastado da sua família e será incluído em estabelecimentos, sendo obrigatória a frequência escolar e o trabalho, visando um projeto mínimo de vida.

A medida socioeducativa mais severa do ECA é a de internação por tempo indeterminado. Medida esta que cessa total da liberdade do adolescente, é indicada

pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Com base nesses princípios, frisa o artigo 121, parágrafo 2º do ECA que a medida não comporta prazo, mas será avaliada a cada 6 meses. É medida extrema, e somente será aplicada em última ratio de ressocialização do adolescente infrator e nas hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 122 do ECA, a seguir dita:

I – trata-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta...

4.1. Execução de medidas protetivas

Os menores de dezoito anos são inimputáveis e pode somente o ECA aplicar atitudes ao ato infracional, o próprio texto determina a competência para execução das medidas protetivas de na forma da determinação judiciária. Nesse texto, as crianças até doze anos as medidas protetivas serão de autoridade do Conselho Tutelar conforme disposto no inciso VI do art. 136. As medidas protetivas serão aplicadas tanto para crianças, assim como adolescentes, mas, às crianças serão aplicadas exclusivamente medidas de proteção. As situações que necessitam da aplicação dessas medidas de proteção estão no art. 98 do Estatuto, para menores que tem seus direitos e garantias violados seja de forma comissiva ou omissiva pelo Estado ou pela sociedade, por motivos quaisquer, por pais ou responsáveis, ou pela sua conduta ou pela delinquência.

Menor que comete ato infracional, diferentemente do adolescente não cumprirá à medida com privação de liberdade, porque ela não é capaz de compreender o ilícito. Assim, a medida tem por objetivo proteger, com ajuda da família e sociedade. Reintegrando o que já foi dito antes, o órgão competente pela aplicação de medida protetiva é o Conselho Tutelar. Este órgão é autônomo e não possui natureza jurisdicional, é constituído por cinco membros e tem como função zelar para que os direitos sejam cumpridos. As medidas protetivas são aplicadas isoladas ou cumuladas, e o rol do art. 101 é exemplificativo, e a autoridade competente pode aplicar pena distinta, desde que seja para beneficiar o menor.

No caso de ilícitos cometidos por menores de 12 anos são aplicadas as medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA que dispõe: Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em

estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; X - colocação em família substituta.

5. ANÁLISE DO PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2012

O Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2012, tem por finalidade prever o incidente de desconsideração da inimputabilidade penal, a qual o jovem poderá ser responsabilizado por seus atos. A PEC diminui a maioria penal em casos onde menores infratores cometem crimes hediondos, tais como latrocínio, extorsão, estupro, favorecimento à prostituição e exploração de crianças, adolescentes, assim como homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte e ser reincidente em roubo qualificado. Tal projeto está em pauta no Congresso Nacional desde 2012, e até o presente momento ainda não obteve voto favorável. Contudo sempre que ocorre crimes envolvendo menores, a própria sociedade, imprensa, familiares, cobram de seus políticos alguma posição.

Com isso, tal PEC ganha força para ser votada, mas com o fim do lembrete social todos se silenciam novamente. Existe inúmeros contras em relação ao projeto de emenda, pois defendem a corrente que o artigo 228 da Constituição Federal é considerado cláusula pétrea, e por isso não pode ser emendado, o artigo trata-se de matéria que envolvem direitos e garantias individuais, e por isso, não é permitido sofrer emenda. Nesse sentido Edson Alves da Silva (2008, p. 01) dispõe que:

Todavia, não é só o fato de ser matéria constitucional que tem gerado certa polêmica em torno de uma possível alteração na maioria penal, pois se tal artigo fosse uma norma constitucional comum, bastaria à aprovação de emenda constitucional, nos parâmetros do art. 60 CF, para que tal artigo fosse alterado. No entanto, as discussões estão verdadeiramente fundadas no fato de o art. 228 ser considerado por alguns, como cláusula pétrea, e, portanto, não podendo ser alterada.

No meu entendimento, o referido artigo, realmente constitui cláusula pétrea, por se tratar de direito e garantia individual, qual seja os dos menores de dezoito anos, e que de acordo com o art. 60 § 4º, IV CF, não pode ser alterado.

Se tal projeto de emenda realmente fosse aprovado estaríamos diante de um problema maior, visto que, uns grandes números de adolescentes seriam encarcerados juntamente com presos com idade superior. Todos os setores da sociedade devem ter

como principal objetivo a criação de uma política de prevenção junto aos adolescentes e não simplesmente se preocuparem exclusivamente com a punição aferida e eles, no caso de cometimento de alguma infração. Com todas essas mudanças em nossas atitudes, teremos a chance de presenciar um futuro melhor aos adolescentes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo condições para que fosse promulgado o ECA, notamos que com a criação do Estatuto, os direitos e garantias básicos de uma criança e de um adolescente que na época do Brasil Colônia e Império não existiam, e a definição de ilícito para um adulto e para uma criança/adolescentes eram praticamente os mesmos.

Com o passar do tempo, muitas modificações foram feitas, a fim de que a inimputabilidade penal fosse considerada justa para todos. Os critérios bi psicológicos considerados na época deixaram de existir pois haviam inúmeras falhas, dentre elas excluir a possibilidade de aplicar algum tipo de pena para menores de 14 anos, assim como o Código de Menores que logo depois tiveram diversas modificações, inclusive com a chegada do Código Penal de 1945, que vigora até hoje e também com o passar dos anos também se observou falhas e injustas.

Por essa razão, destaca-se a relevância do estudo da inconstitucionalidade da redução da maioria penal, a qual conseguimos refletir sobre a evolução das normas infraconstitucionais criadas até os dias de hoje. Com base nos teóricos estudados, as críticas acerca da inconstitucionalidade do tema são diversas, dentre essas uma suposta solução para um dos maiores problemas de ilícitos penais no País, mas também podemos chegar a um raciocínio crítico e teórico baseados em outras doutrinas jurídicas brasileiras de que estaríamos retrocedendo no tempo, tendo em vista que o maior objetivo da PEC 33/2012 e responsabilizar um menor em certas situações, esquecendo que para se ser criado o ECA foram adotadas e estudadas todas as possibilidades de direitos resguardados e ilícitos penais que os as crianças e adolescentes viriam a cometer.

Ainda assim o objetivo do trabalho, foi conhecer as distintas formas de entendimentos sobre a redução da maioria penal no Brasil, e que esse novo estatuto ECA está harmonizado com o que foi dito pelo poder constituinte originário.

Por tudo apresentado, que sirva essas considerações para futuros estudos e que sejam levados em conta para uma evolução do pensamento jurídico brasileiro, tendo em vista que ainda existem pensamentos pós e contras a respeito do conceituado tema.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, Comentários a constituição do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. 3.ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002 volume IX

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e Ato infracional: medida socioeducativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2a ed, 2012.

MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional. 3ª edição Revisada, ampliada e atualizada – São Paulo: 2015. MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. São Paulo: Manole, 2003. SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em Conflito com a Lei. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 93.

PLEA BARGAIN: IMPLEMENTAÇÃO DO PLEA BARGAIN COMO FORMA DE SIMPLIFICAÇÃO E DE ABREVIÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

HUDA LIMA DOS SANTOS:

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de implementação do Plea Bargain como meio de simplificação e de abreviação do processo penal Brasileiro. Nesse contexto, o Plea Bargain surge como instituto de barganha entre o Estado e o infrator, onde traz à baila a possibilidade de acordo em um processo criminal entre o promotor e o réu pelo qual o réu concorda em se declarar culpado de uma acusação específica em troca de alguma concessão do promotor. A adoção do plea bargain violaria vários princípios judiciais e constitucionais, causando uma revolução no processo penal brasileiro ao abolir o direito de defesa. O método de abordagem será o raciocínio indutivo e conceitos do direito processual Brasileiro. A pesquisa foi feita através do procedimento teórico de levantamento bibliográfico, comparando a forma como ele é aplicado nos Estados Unidos, país em que se originou o instituto bem como os reflexos jurídicos positivos e negativos que podem ocorrer.

Palavras-chaves: Plea Bargaining; Justiça Consensual; Processo Penal.

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibility of implementing Plea Bargain as a means of simplifying and abbreviating the Brazilian criminal process. In this context, Plea Bargain emerges as a bargaining institute between the State and the offender, where it raises the possibility of settling a criminal case between the prosecutor and the defendant for which the defendant agrees to plead guilty to a specific charge in exchange of a concession from the promoter. The adoption of the plea bargain would violate several judicial and constitutional principles, causing a revolution in the Brazilian criminal process by abolishing the right of defense. The approach method will be inductive reasoning and concepts of Brazilian procedural law. The research was carried out through the theoretical bibliographic survey procedure, comparing the way it is applied in the United States, the country where the institute originated, as well as the positive and negative legal consequences that may occur.

Keywords: Plea Bargaining; Consensual Justice; Criminal proceedings.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A JUSTIÇA CONSENSUAL E MEDIDAS DESPENALIZADORAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO; 2.1. Justiça consensual: noções gerais; 2.2. O atual modelo brasileiro de justiça consensual; 2.2.1. Os Juizados Especiais Criminais; 2.2.2. Suspensão condicional do processo; 2.2.3. Colaboração Premiada. 3. O INSTITUTO JURÍDICO DA PLEA BARGAINING NO PROCESSO PENAL

NORTE-AMERICANO; 3.1. Modalidades de plea bargaining; 3.2. Plea bargaining e a suspensão condicional do processo; 3.3. Plea bargaining e a colaboração premiada; 4. ANÁLISE SOBRE A CONFORMAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PLEA BARGAINING NO DIREITO BRASILEIRO; 4.1. Projeto de lei no Senado nº. 236/2012; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo o índice da criminalidade do Brasil só aumenta, com isso o Estado busca instrumentos de política criminal que possam contribuir na persecução criminal, visando dar efetividade e simplificar o processo penal. Nesse contexto, o Plea Bargain que é um instituto de outro sistema jurídico common Law, surge como instituto de barganha entre o Estado e o infrator, onde traz à baila a Lei anticrime nº 13.964/2019 pelo fato de estar em voga, na qual traz a possibilidade de acordo em um processo criminal entre o promotor e o réu pelo qual o réu concorda em se declarar culpado de uma acusação específica em troca de alguma concessão do promotor.

Todavia não se sabe se a implementação do Plea Bargain no direito penal Brasileiro traria efetividade ao processo penal, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988, assegura em seu artigo 5º, inciso LIV que ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal, como também em seu artigo 5º, inciso LV no qual preconiza que aos litigantes, em processo judicial, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Devendo-se levar em consideração se com modelo do sistema Civil Law brasileiro seria compatível com esse instituto no qual é aplicado em países onde o modelo de sistema é o Common Law.

O surgimento de acordos penais como o Plea Bargain em diversos países pode estar relacionado tanto a criminalização de novas condutas, a sobrecarga processual e o aumento da violência. Nos países em que se observam esses fatores, são incentivados a adotarem o Plea Bargain no sistema de justiça criminal. O modelo norte-americano de processo penal compreende a coordenação, na qual há uma grande discricionariedade por parte dos promotores de justiça, além da possibilidade de as partes transacionarem quanto o conteúdo do processo, assim o sistema assume um tipo de postura reativa.

O sistema brasileiro não passou incólume pela tendência mundial de ampliação dos espaços de consenso no âmbito da justiça criminal, observada, sobretudo, nas últimas três décadas. Visando dar efetividade e trazer celeridade ao processo penal, o legislador brasileiro implementou com a Lei nº 9.099/95 técnicas onde é possível fazer negociação, para os crimes de menor potencial ofensivo, com medidas despenalizadoras, que são a transação e a suspensão condicional do

processo. A justiça criminal passou então a apresentar características processuais de resolução de conflitos penais nas quais se assemelham ao que no direito norte-americano é denominado Plea Bargain.

O presente tema foi escolhido pelo fato de estar em voga a discursão quanto aos acordos nos processos criminais, tendo em vista o crescimento da criminalidade, o Estado vem, cada vez mais, em busca instrumentos de política criminal que possam contribuir efetivamente na persecução criminal, visando dar efetividade e simplificar o processo penal. Nesse contexto, o Plea Bargain surge como instituto de barganha entre o Estado e o infrator, onde traz à baila a possibilidade de acordo em um processo criminal entre o promotor e o réu pelo qual o réu concorda em se declarar culpado de uma acusação específica em troca de alguma concessão do promotor.

Tendo como objetivo analisar a possibilidade de implementação do Plea Bargain como meio de simplificação e de abreviação do processo penal Brasileiro. Trazendo em seu primeiro capítulo a justiça consensual e as medidas despenalizadoras no processo penal brasileiro, como seus subtópicos que consistem em analisar a Justiça consensual: noções gerais; o atual modelo brasileiro de justiça consensual; Os Juizados Especiais Criminais; Suspensão condicional do processo. No segundo capítulo iremos analisar o instituto jurídico da plea bargaining no processo penal norte-americano, como suas Modalidades de plea bargaining, que se dividem em Plea bargaining e a suspensão condicional do processo; Plea bargaining e a colaboração premiada.

Por fim, é necessário fazer uma análise sobre a conformação jurídico-constitucional da plea bargaining no direito brasileiro, e ao Projeto de lei no Senado nº. 236/2012.

Pode-se dizer que a implementação do Plea Bargain trará reflexos jurídicos positivos, mas eventuais necessidades de correção do instituto deverão ser levadas em consideração para se adequar as normas do ordenamento jurídico brasileiro uma vez que existe uma tendência de serem feitos acordos em todas as esferas da justiça, não só com base nos Juizados Especiais, mas também que se torne uma prática comum a todas as hipóteses de processo, visando a busca da celeridade e economia processual.

2. A JUSTIÇA CONSENSUAL E MEDIDAS DESPENALIZADORAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Desde o início da década de 1990, a adoção de instituições voluntárias de justiça criminal no Brasil tem sido considerada uma nova tendência. As medidas de descriminalização do Juizado Especial Criminal e as previsões de pleitos de diversas leis representam mudanças na resolução judicial de conflitos, principalmente no sentido de respeitar consensos e negociações para evitar evasão de procedimentos ou penas mais severas.

Sob essa premissa, mais consideração deve ser dada à implementação desse modelo judicial em nosso país, e também devem ser entendidas as razões de sua restrição no ordenamento jurídico do país.

2.1. Justiça consensual: noções gerais

O entendimento de justiça voluntária refere-se à existência de fatos, ou seja, ao consenso, consistência ou uniformidade das partes envolvidas nas demandas penais, pois o desconhecimento das normas penais acarretará no descumprimento das seguintes situações incluindo o próprio país. Ao pesar os bens jurídicos, ele pensa que pode ofender a vida social pacífica.

No sentido jurídico, a justiça voluntária é outra medida para a resolução de conflitos criminais, o que pode tornar a abreviatura do processo penal aplicável a casos específicos e introduzir conceitos, de acordo com Assis (2016, p. 15-16) ensina:

[...] A justiça consultiva inclui a resolução de litígios penais através da autonomia da vontade do autor da infração e dos titulares dos direitos contenciosos, estando os litigantes determinados a comprometer os seus direitos sob tutela judicial nos termos da lei. Na relação jurídica resultante, são praticadas infrações penais com potencial ofensivo menor ou moderado. O objetivo da justiça criminal consensual é eliminar a prisão de curta duração, substituí-la por prisão alternativa, legalizar medidas de descriminalização, buscar a reconciliação com as partes e, se possível, indenizar a vítima pelos danos.

De acordo com Gomes (2019, online), a justiça voluntária inclui quatro submodelos, a saber: justiça compensatória baseada na reconciliação e danos; justiça restaurativa, que visa passar mediações que não sejam magistrados e partes processuais Pessoas resolvem conflitos; justiça cooperativa, na qual benefícios são concedidos a infratores que cooperam com a justiça criminal; e a justiça negociada, tal como ocorre no instituto do *plea bargaining* norte-americano.

No entanto, o discurso jurídico sobre crimes voluntários no ordenamento jurídico brasileiro ainda não é adequado para todos os crimes previstos em nossa legislação. Os elementos jurídicos estabelecidos pela Lei 9.099/95 se assemelham ao conceito de justiça consensual de indenização, como a composição da indenização cível, as transações criminais e a suspensão condicional do litígio, que abreviam as etapas processuais subsequentes para agilizar a resolução do litígio. É necessária para reduzir o potencial ofensivo dentro da jurisdição do Tribunal Penal Especial.

Portanto, pode-se dizer que por meio das decisões previstas no Código Penal e de algumas regras penais extravagantes, o Brasil adota a justiça cooperativa voluntária para decisões por meio de decisões, por exemplo, tomando o Direito como exemplo a lei n. 8.072 / 90 (Lei dos Crimes Graves) e lei n. 9.034/95, que dispõem sobre medidas preventivas e ações de organizações criminosas.

Em relação a um sistema judicial de consenso, a ideia de coordenação de interesses é enfatizada por meio de concessões mútuas entre infratores, vítimas ou órgãos responsáveis pelo processo penal. Considere este submodelo judicial voluntário, Pereira (2016, p. 85) assevera:

A justiça penal negociada ou as soluções alternativas para a solução de conflitos criminais por meio da mediação supervisora adotaram métodos diferentes no tratamento dos crimes. Em certa medida, realizaram a eliminação judicial parcial e regulamentada. Os criminosos, as vítimas e as comunidades usam seus representantes e participantes, o status da acusação e o status do juiz.

Não há razão para substituir o sistema penal, mas para complementar suas funções e alternativas aplicáveis, buscar a proteção judicial dos juízes, mas para aprovar soluções privadas.

Portanto, no que diz respeito à justiça criminal voluntária, ela parece representar outra forma de resolução de conflitos inerente aos rituais processuais tradicionais, modelos de conflito tradicionais lentos e burocráticos.

2.2. O atual modelo brasileiro de justiça consensual

O consenso no ordenamento jurídico penal brasileiro atualmente possui restrições legais à sua aplicação. Embora existam normas legais que esclareçam a forma de consenso para resolver os requisitos criminais, existem apenas disposições sobre fatos específicos, e não se aplicam a todos os casos específicos.

Portanto, é importante compreender como o arcabouço normativo brasileiro possibilita a implantação desse modelo judicial no campo penal, por meio da análise das medidas de descriminalização e condenações do Juizado Especial Criminal.

2.2.1. Os Juizados Especiais Criminais

O Juizado Especial Criminal - JECRIM é considerado um verdadeiro marco na justiça criminal da anuência voluntária em nosso País. É uma institucionalização mais rápida da justiça criminal, aliviando a cada dia as excessivas exigências penais do judiciário brasileiro.

Com o objetivo de simplificar o procedimento penal aplicável aos crimes menos ofensivos, o órgão do JECRIM introduziu a Lei 9.099 / 95 e posteriores alterações (especialmente a Lei 11.313 / 2006). Introduzimos essas regras em nossa estrutura normativa para implementar um modelo consensual de justiça criminal e nos diferenciar do modelo político-criminal excessivamente repressivo (SICA, 2016, p. 169). Até agora, o paradigma de um modelo de justiça criminal burocrática e de conflito passou por mudanças significativas, incluindo mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

As instituições estipuladas na Lei nº 9.099/95 não são aplicáveis a todos os criminosos. O âmbito de aplicação das normas inclui crimes menos agressivos, incluindo crimes criminais e crimes com pena máxima não superior a dois (dois anos) anos, com ou sem multa.

Neste diapasão, Vilares (2016, p. 325) pontualmente afirmou que a Lei nº 9.099/95 tem alcançado consenso no modelo de justiça criminal brasileiro por meio da composição cível, transações criminais e instituições de suspensão condicional de processos. Ocasionalmente o consenso de solução entre todas as partes envolvidas.

2.2.2. Suspensão condicional do processo

No que tange a suspensão condicional do processo, ou *sursis* processual, é conceituada por Mirabete (2016, p. 245) como forma de suspender o processo penal, desde que o arguido cumpra determinados requisitos e cumpra as condições estabelecidas dentro de um determinado prazo, o encerramento do processo sem cumprir essas condições implicará a eliminação da pena de morte. Nesse sentido, se o arguido cumprir estas condições, pode evitar-se a aplicação de instruções processuais e sanções penais. Seu fundamento legal está disposto no Art. 89 da Lei nº. 9.099/95.

Em conformidade com as palavras de Carvalho (2016, p. 27), a suspensão condicional do procedimento tem dupla natureza, pois embora se trate de uma regra processual, também tem natureza criminal, e após o decurso do prazo a pena de morte é revogada sem necessidade de suspensão dos benefícios.

2.2.3. Colaboração Premiada

No que diz respeito ao crescimento da criminalidade organizada este se apresenta como um fenômeno global. O Estado ao todo, tem como objetivo fazer frente à crescente gravidade desse fenômeno e, por isso, tem adotado medidas que visam fortalecer o direito penal e encarcerar esses criminosos.

Inicialmente, uma distinção deve ser feita entre as nomenclaturas “colaboração premiada” e “delação premiada”, que geralmente são considerados sinônimos.

No que tange ao conceito de colaboração premiada, ou colaboração processual, “pode ser compreendida como uma técnica especial de investigação em que o partícipe ou coautor de um crime colabora com as autoridades, possibilitando o desmantelamento de bandos ou quadrilhas” (LIMA, 2016, p. 752).

De forma semelhante, a delação premiada, também denominada chamamento de corrêu, é identificada por Aranha (2016, p. 132) como sendo o ato do acusado que, ao ser interrogado pela autoridade policial ou em juízo, confessa ser autor do crime, bem como imputa a coautoria a um de seus comparsas.

De acordo com Silva (2013, p. 31) para que haja colaboração premiada, “o réu confessa a prática do crime sem indicar terceiros infratores, enquanto que na delação premiada ele elenca outros indivíduos como agentes delituosos. Descortina-se, portanto, que a adoção do vocábulo colaboração premiada para figurar como instituto de justiça negocial é justificada por ser um fenômeno jurídico que engloba a delação premiada”.

Ocorre que a colaboração premiada é traçada pela noção de que quando as partes cooperam com o judiciário, há concessões recíprocas entre as partes. Em contrapartida, sendo condenado a uma pena mais branda do que o réu que não cooperou.

Portanto, ao contrário das instituições previstas na Lei nº 9.099 / 95, as negociações bem-sucedidas não abreviaram a etapa do processo penal. Como precioso denunciante, o arguido não pode eximir-se da sua própria identidade - o verdadeiro arguido no processo penal, o que trará alguns benefícios à aplicação quantitativa das penas. Os motivos para não restringir os procedimentos e as garantias constitucionais concedidas ao denunciante são compreensíveis, visto que poderá eventualmente ser condenado à prisão, razão pela qual qualquer reclusão deve passar previamente pelos procedimentos legais adequados (SILVA, 2013, p. 31).

Dentre os requisitos necessários para configurar o comportamento defensivo, de acordo com o autor Essado (2013, p. 212-213) destacou dois, sendo: “a vontade do agente, pressupondo-se que o livre arbítrio do réu não seja coagido física ou mentalmente; o defensor e o Ministério Público são presentes é imprescindível a comprovação da validade do projeto de lei. Se a reclamação for apresentada em fase pré-processual e não prejudicar o processo, o arguido pode ser dispensado da presença do Ministério Público”.

3. O INSTITUTO JURÍDICO DA PLEA BARGAINING NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO

Efetuada os estudos sobre a justiça consensual e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso que seja abordado o instituto jurídico objeto desta pesquisa: a plea bargaining. Portanto, é necessário esclarecer a concepção interna desse fenômeno jurídico, seus aspectos históricos, uma explicação básica de sua aplicação no território dos Estados Unidos e a necessidade de aplicação no Brasil.

É preciso conceituar, sendo assim, no que tange a terminológica. “Enquanto plea está ligada à ideia de declarar algo, o termo bargaining está etimologicamente vinculado à noção de barganha” (SILVA, 2013, p. 35).

De acordo com Alschuler (1979, p. 3-4) preleciona que:

[...] plea bargaining consiste em uma troca de concessões oficiais para o ato de autoincriminação. As concessões dadas a um réu podem relacionar-se à sentença, à infração, ou a uma variedade de outras circunstâncias; elas podem ser explícitas ou implícitas; [...] O benefício oferecido pelo réu, no entanto, é sempre o mesmo - a declaração de culpabilidade.

É necessário compreender que a plea bargaining esta não é apenas a troca de bens ou barganha entre as pessoas. Na verdade, esta é uma série de negociações e concessões mútuas entre os promotores dos EUA (o promotor ou o promotor distrital) e o réu que se declarou culpado e forneceu benefícios ao declarar sua culpa (GARCÍA, 1997, p. 34).

De acordo com Silva (2013, p. 37) a “plea bargaining, portanto, contrasta com a noção de que o sistema do Common Law só permite que alguém seja considerado condenado caso haja o julgamento por um órgão jurisdicionado, seja por um júri ou por um magistrado”.

É importante entender que nos Estados Unidos existe requisitos para ser concedido tal modalidade, nas palavras de Silva:

A referida Regra nº. 11 prevê em seu item b, subitem 1 que nenhum Tribunal pode aceitar uma declaração de culpa (guilty plea) se não é possível determinar que o réu compreende: (1) a natureza das acusações que são feitas contra ele, (2) a pena mínima e máxima para cada crime imputado, e (3) os direitos que serão renunciados caso ele se declare culpado – ou seja, o direito de ser julgado por um júri, de ter a assistência de um advogado no julgamento por um júri, de interrogar as testemunhas de acusação e de evitar a sua autoincriminação (HALL, 2002, p. 656). O juiz não deve apenas determinar que o réu compreende a

natureza das acusações e as suas consequências, mas, também, informá-las ao próprio acusado (SILVA et al. BRAND, 1976, p. 1118).

No que tange a história do plea bargaining, este surgiu a muito tempo. Os registros mais antigos sobre o prenúncio da plea bargaining remontam a data de 1612, nos famosos julgamentos de bruxas na região de Salem, em Massachusetts, Estados Unidos (SILVA, 2013, p. 39).

Um dos fatores mais importantes no desenvolvimento da plea bargaining foi chamada de “profissionalização da atividade jurídica”, também conhecido como lawyerization. Para Vogel (1999, p. 167), “os julgamentos criminais nas décadas de 1830 e 1840 geralmente envolviam apenas o réu e o juiz, e não havia promotoria ou advogados de defesa, então demorou alguns dias para o melhor julgamento”. Já no entendimento de Fisher (2003, p. 118) “a complexidade das etapas processuais e do sistema de provas tornou os julgamentos mais complicados e demorados, tornando impraticável realizar um júri para cada demanda criminal do país, forçando o sistema punitivo norte-americano a adotar o modelo consensual da plea bargaining”.

Sendo assim, com o uso generalizado do sistema de negociação interna na sociedade, as agências de persecução nos Estados Unidos devem obter diretrizes mínimas de ação. Com isso, é importante tratar sobre as modalidades do plea bargaining.

3.1. Modalidades de plea bargaining

Deve-se destacar a possibilidade de o acordo serem efetuado de forma implícita ou explícita. Desta forma, segundo Silva (2013, p. 40) “caso seja implícita a denominação passa a ser implicit plea bargaining ou on-the-nose-plea, ocorrendo quando o acusado se declara culpado sem que tenha ocorrido qualquer negociação entre este e o promotor” (SILVA et al. BOLL, 2009, p. 03). Por outro lado, uma negociação de confissão clara ocorre de forma clara, e a acusação e a defesa declaram-se mutuamente sobre o objetivo do acordo.

A modalidade que tem mais fama é a sentence bargaining em que o acusado se declara culpado com base na promessa de uma sentença específica por parte da acusação (NEUBAUER; MEINHOLD, 2010, p. 275). É importante destacar que a sentence bargaining obtem, inclusive a possibilidade de o promotor não recomendar nenhuma sentença em juízo. No que tange ao procedimento conhecido como charge bargaining, o promotor retira algumas das acusações em troca da confissão de culpa. O principal efeito da charge bargaining é a diminuição na potencial sentença (SILVA, 2013, p. 49).

Existe outra modalidade, sendo conhecida como count bargaining que, segundo Levinson (2002, p. 1147), isso significa que é menos provável que o réu se declare culpado do que a acusação original. Por fim, é preciso mencionar a fact bargaining que de acordo com Rauxloh (2012, p. 26) isso acontece quando o promotor promete apresentar os fatos em tribunal em troca da confissão de culpa do réu. O promotor pode, por exemplo, não ter circunstâncias graves ou cúmplices do réu envolvidos.

Portanto, parece que inúmeras formas de negociação da culpa são caracterizadas apenas pela natureza dos benefícios concedidos pelo Ministério Público, mas todas requerem declaração prévia de culpa e réu.

Apesar de o Brasil adotar a implementação da consensualidade no âmbito penal, está nada se compara ao modelo adotado nos Estados Unidos, sendo divergente em muitos aspectos, por este motivo é necessário trazer um comparativo entre os institutos jurídicos.

3.2. Plea bargaining e a suspensão condicional do processo

A composição cível dos danos inseridos no âmbito do Juizado Especial Criminal revelou-se uma forma de abreviar os procedimentos penais de menor potencial. De acordo com a legislação brasileira, em nenhum momento, qualquer pessoa acusada de cometer crime de menor potencial ofensivo e reparar o dano não deve atribuir os fatos que lhe são imputáveis. Além disso, no sistema processual norte-americano, a proposta do promotor não tem o poder de eliminar a punição do réu, pois a denúncia feita pelos membros do Ministério Público deve ser analisada pelo juiz de paz competente (SILVA, 2013, p. 53).

No que tange a suspensão condicional do processo está não impõe a declaração de culpabilidade parcial ou total do réu, elemento essencial à efetivação do instituto norte-americano. O requisito disciplinar para a suspensão condicional do procedimento exige que a proposta seja apresentada apenas após a reclamação - portanto, a proposta já se encontra em fase processual e a reclamação foi devidamente elaborada pelo Ministério Público.

Sendo assim, a plea bargaining praticada nos EUA sucede em um momento pré-processual, mesmo antes que o pedido formal de rescisão do contrato seja formalizado, isso permite que o Ministério Público dos EUA até mesmo modifique as qualificações legais para os crimes inicialmente acusados. Portanto, é óbvio que a suspensão condicional do procedimento impede o início do procedimento desde o início, e não há condenações ou outras consequências penais além das designadas pelo juiz. (MIRABETE, 2000, p. 246) ou a própria revogação do benefício.

Outra diferença entre as jurisdições mencionadas aqui, relaciona-se na necessidade de reparação do dano causado. Visto que na plea bargaining a reparação de eventuais prejuízos à vítima dar-se em uma possibilidade de acordo, ela se confirma como condição essencial à concessão do *sursis* no direito processual brasileiro.

3.3. Plea bargaining e a colaboração premiada

Um das modalidades mais conhecidas de acordo no direito penal é a colaboração premiada, nela a obtenção da causa pode ser feita através de procedimentos (no caso de inquérito policial) ou através de procedimentos criminais formalizados adequados, podendo o arguido cooperar também com os elementos que auxiliem na resolução dos processos criminais. Incomparavelmente, a plea bargaining no processo penal americano apenas se revela em um momento pré-processual, sem que o mérito da demanda tenha sido analisado por um magistrado.

Portanto, a cooperação na vitória do processo é um interesse que depende diretamente da pena do réu, pois se o juiz entender os requisitos do interesse, a cooperação entre o réu e o promotor pode levar à redução da pena ou mesmo a um perdão. Os plea agreements dos Estados Unidos Elas afetarão apenas indiretamente o julgamento do réu, pois será assim que o Ministério Público levará o caso ao juiz por consenso, o que pode significar uma pena mais leve.

Finalmente, deve-se notar que, embora na cooperação premiada, a confissão do réu foi vista como um meio de provar que era inconsistente com outras evidências obtidas durante o deslocamento processual, a transação criminosa dos EUA forneceu um verdadeiro meio para impedir o procedimento resultou na supressão de instruções criminais.

4. ANÁLISE SOBRE A CONFORMAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PLEA BARGAINING NO DIREITO BRASILEIRO

A plea bargaining esta é uma característica distintiva dos processos criminais norte-americanos. Com a crescente influência dos fatores legais das leis anglo-saxônicas em todo o mundo, as pessoas começaram a questionar a possível aplicabilidade das transações criminosas no modelo constitucional brasileiro. Apesar dessas considerações, é importante analisar as tentativas dos legisladores ordinários de adequar a pesquisa às legislações penais e processuais nacionais sem descuidar de sua adequação aos princípios promulgados pela Constituição Federal de 1988.

Além das disposições constitucionais que estabelecem os requisitos da justiça criminal de consentimento, mais a descrição inerente da negociação criminal norte-americana, o instituto de pesquisa estrangeiro também é considerado compatível com

as regras de humanidades da "Constituição da República Federal do Brasil" de 1988 (SILVA, 2013, p. 53).

No que tange essas descrições Barroso (2019, p. 317), Em termos de outros fatores: em termos de conteúdo, as regras descrevem o comportamento, enquanto os princípios expressam valor; quanto à forma de aplicação, as regras são aplicadas pela inclusividade, formando fatos e descrevendo suas consequências jurídicas, e os princípios são aplicados por peso, porque Eles não descrevem situações específicas, no que diz respeito à estrutura normativa, as regras são estabelecidas como normas de comportamento e os princípios podem ser baseados em diferentes comportamentos. (SILVA, 2013, p. 53).

O cumprimento das normas constitucionais, seja em termos de regras ou princípios, é essencial para o ordenamento jurídico estabelecido por meio da supremacia da constituição. A análise do direito penal e do direito processual penal deve ser referenciada a partir da constituição para mostrar a consistência de suas instituições e os valores básicos da sociedade. Utilizando esses termos, a análise da aplicabilidade das instituições estrangeiras ao direito brasileiro se dá por meio de um conceito básico: avaliar se está em conformidade com os princípios constitucionais. Portanto, deve-se esclarecer que, se o acordo judicial não contemplar a adequação jurídico-constitucional, a análise da organização diante da insuficiência de infraestrutura pela legislação se mostrará inócua (SILVA, 2013, p. 53).

A Constituição Federal de 1988 inovou no ordenamento jurídico brasileiro e confirmou ser o primeiro texto constitucional nacional que estipula claramente os devidos procedimentos legais como garantia básica e o plea bargaining. Reconhecer a necessidade de designar princípio em um Estado Democrático de Direito, sendo assim de acordo com Capez (2013, p. 82) explana que, no âmbito do procedimento, a garantia do devido processo inclui o direito do arguido a manifestar a sua defesa, incluindo a garantia de ser ouvido, de ser informado do comportamento processual, de gozar de justiça técnica e de ter direito à justiça. Jurisdição dupla e gritando após a acusação (SILVA, 2013, p. 53).

O devido processo é apresentado a partir de duas perspectivas diferentes, listando procedimentos jurídicos substantivos ou substantivos due process of law e o devido processo legal formal, ou procedural due process of law. Do ponto de vista substantivo, os procedimentos jurídicos devem orientar a produção normativa a se desenvolver no sentido de estabelecer padrões razoáveis. Formalmente, os procedimentos legais devem fornecer documentos legais que possam proteger os ativos legais (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 68-69).

Com essas considerações em mente, é importante entender como o uso de negociação pura afetará a visão do Brasil sobre o devido processo. A primeira opinião

citada foi a de reduzir o impacto dos processos judiciais e da prisão na ausência de procedimentos criminais formais adequados. Tal decorre da abreviatura do procedimento na proposta de negociação, o que conduz à supressão das instruções processuais e à aplicação imediata das sanções punitivas impostas aos juízes. A plena implementação do acordo de confissão de culpa no sistema normativo brasileiro implicará no aumento da flexibilidade das penas de reclusão por meio do ajuste do princípio do devido processo para acomodar o consentimento do réu de forma a simplificar o procedimento. Em nosso arcabouço legal, essa situação não tem precedentes. No entanto, não ousamos nos opor a tais aplicações indisciplinadas (SILVA, 2013, p. 62).

O conceito de verdade consensual adotado pelos Estados Unidos difere da instrumentalização dessa teoria no direito brasileiro. Embora os fatos reais sejam geralmente pesquisados no processo penal no Brasil, a aceitação do consenso no âmbito do Juizado Especial Criminal não significa confissão de culpa ou alteração dos fatos no momento da apresentação da denúncia. A possibilidade de punição atenuante é necessária. Este não é o caso nos Estados Unidos. Nos Estados Unidos, a agência de acusação e o réu podem até mesmo negociar sobre os fatos do crime e as qualificações legais (SILVA, 2013, p. 62).

Segundo o autor Lopes Jr. (2016, p. 239) acredita-se que a garantia da contradição é a necessária existência da dialética no âmbito do procedimento, o que inclui a forma de enfrentamento da prova dos fatos e a garantia necessária à eficácia do devido processo legal. Do ponto de vista da constituição, o princípio da contradição encontra uma estipulação normativa. No entanto, no sistema processual brasileiro, a admissibilidade da negociação de delitos significa uma tempestade de garantias às contrapartes. Explique-se. Constituindo-se como argumento contrário ao princípio oposto, o primado da confissão de culpa no processo penal americano difere do conceito de valor relativo do método de prova relativamente aceitável no sistema processual brasileiro.

Nas sentence bargainings, o promotor dos EUA recomenda uma sentença ao magistrado e se o juiz pode aceitar a recomendação. A expectativa do réu é que a sentença mais branda proferida pelo promotor seja mantida pelo juiz, mas esse desejo pode não acontecer (SILVA, 2013, p. 62).

Em qualquer caso, deve-se reconhecer que a negociação viciosa do crime é incompatível com as garantias constitucionais do oponente, pois impede o réu de se posicionar sobre os elementos de prova que levaram à sua condenação.

No que se refere a uma ampla defesa, esta será uma garantia inerente ao princípio da contradição, desde que sejam executadas na mesma cláusula constitucional. Quando se comprovar a existência da contradição, concordamos com

Oliveira (2012, p. 44 -47). Garantia de participação e apresentação das alegações que você questiona, enquanto a ampla defesa é confirmada por meio de defesa técnica, legítima defesa e quaisquer outros meios que possam provar sua inocência (SILVA, 2013, p. 62).

A legítima defesa inclui a contribuição ativa do réu na declaração, que se reflete em dois outros subprincípios: o direito de audiência, que é determinado como o direito de interrogar o réu; e o direito de presença, que se reflete no potencial do réu de se colocar no material produzido!

O cumprimento da plea bargaining norte-americana na legislação brasileira, isso não significa expressão a priori de descumprimento da defesa técnica. Os atuais procedimentos de negociação nos Estados Unidos podem proteger o direito do réu de ser acompanhado por seu advogado, de modo a fornecer-lhe orientação jurídica sem sobrepor os interesses das partes. No entanto, se acreditarmos que é possível permitir que advogados defendam transações de negociação de forma barata, sem analisar a coleta de evidências factuais, a adequação da defesa se mostrará desvantajosa. Não basta ter advogado no contencioso, pois é preciso que o profissional do Direito atue com discrição para buscar a melhor defesa de seus clientes (SILVA, 2013, p. 62).

Portanto, na perspectiva dos amplos direitos de defesa da constituição, é necessário considerar que o uso da negociação de cargas prejudicará as chances de o réu comparecer em juízo. A própria presunção de inocência é uma garantia inerente do indivíduo promovido desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁶ em 1789. No que tange de seu caráter secular, sua ingerência reproduz no processo penal brasileiro até os dias atuais, sendo categoricamente enunciada no Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Portanto, na perspectiva dos amplos direitos de defesa da constituição, é necessário considerar que o uso da negociação de cargas prejudicará as chances de o réu comparecer em juízo. A própria presunção de inocência é uma garantia inerente do indivíduo promovido.

Tendo em conta o disposto no Art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, a razoável duração do processo é pautada na necessidade de serem dirimidas demandas processuais morosas. Contudo, para Theodoro Junior (2019, p. 33), “o combate à morosidade judicial deve partir de uma conduta do Estado, pois não há como se conceber um resultado processual efetivo se não há celeridade na tramitação processual.”

A demora nas regulamentações judiciais foi reconhecida como um obstáculo ao direito ao devido processo nos termos da Constituição. Em conformidade com Arruda (2016, p. 96-97) afirma que desde que sejam garantidos os procedimentos

legais adequados, o direito ao processo contencioso é reconhecido dentro de um prazo razoável, pelo que os prazos processuais razoáveis devem ser incompatíveis. Atrasa o tempo necessário para formular uma defesa. Portanto, somente quando se prove oportuna a intervenção judicial, o prazo razoável do procedimento será realizado dentro do prazo adequado exigido pelo procedimento, constituindo-se, assim, proteção judicial efetiva.

O legislador nacional não estipulou a duração do processo que deve atender ao padrão de razoabilidade, o que gerou diferentes interpretações. Ocorre que implantar a plea bargaining no Brasil, tal como aplicada nos Estados Unidos, isso seria contrário ao governo constitucional do país, porque as transações criminosas obscurecem alguns princípios constitucionais. A redução do tempo processual em quantidade, por si só, não pode servir de pretexto para que a Constituição garanta o altruísmo.

Como forma de abreviar o procedimento, o consenso tem mostrado sua eficácia também no plano do direito processual civil. No entanto, no que se refere ao processo penal, parece que a celeridade irrestrita privou o arguido da liberdade, mas não lhe deu todas as oportunidades processuais, o que subverteu a lógica jurídica e constitucional do país. No próximo tópico iremos abordar o projeto de lei que visa a implantação do plea bargaining no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1. Projeto de lei no Senado nº. 236/2012

Nos tópicos anteriores podemos ter a oportunidade de observar do que se trata o instituto da plea bargaining, podemos analisar também o direito comparado entre os Estados Unidos e o Brasil, portanto, é importante que, em face das ordens constitucionais, apresentemos brevemente as tentativas de implementar tais instituições em nosso arcabouço normativo.

Foi através da Proposta de Emenda à Constituição nº 230/200042, que se deu a primeira tentativa de internalizar a o plea bargaining no ordenamento jurídico brasileiro, o presente projeto tinha como fundamento introduzir a instituição da barganha no texto constitucional e no qual o projeto se encontra arquivado. A posteriori, sucedeu o Projeto de Lei no Senado nº. 156/2009, que um projeto de reforma foi estabelecido na Lei de Processo Penal, e o procedimento do processo ainda é inerte. No entanto, trabalhos legislativos recentes incluem previsões para instituições de plea bargaining no Projeto de Lei no Senado nº. 236/2012, que representa em um projeto de reforma do Código Penal brasileiro. Antepôs-se pela tomada teórica sobre o segundo projeto de lei, pois o PLS nº. 236/2012 engloba as ideias desenvolvidas no PLS nº. 156/2009 no que se refere à barganha penal (SILVA, 2013).

As normas contidas no Código Penal Brasileiro precisam ser atualizadas, cujos itens originais remontam à década de 1940, o que mostra uma tentativa de criminalizar certas ações e outras ações como não criminais, e melhorar as leis relacionadas ao direito do Estado à punição sistema. No experimento de amplificar os espaços de consenso no âmbito penal, a comissão de juristas responsável pelo PLS nº 236/2012 preconizou o instituto da barganha em seu Art. 105, que alude:

Barganha

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §2º a 4º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção as provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal (BRASIL. 2012).

A influência da barganha no anteprojeto do Código Penal é, especialmente, o regulamento do plea bargaining dos Estados Unidos. O nomen iuris do referido Art. 105 já manifesta uma conformidade teórico do instrumento estadunidense. Sobre o instrumento que têm em vista concretizar no Brasil reincidem, tal como o instituto

norte-americano, tais problemáticas quanto a constitucionalidade de seu teor normativo.

No que tange ao que foi mostrado, a implementação da proposta de barganha provocaria na composição de uma efetividade consensual, e não somente em um consenso. O consenso que foi internalizado no âmbito do JECRIM estipula que existem acordos que não exigem a culpabilidade do arguido, podendo esses acordos estar sujeitos a sanções restritivas. De outro modo, a proposta de barganha elaborada no PLS nº. 236/2012, onde anunciar a formação da validade do consentimento mútuo, no qual será valorizada a confissão do réu dos fatos presumidos na defesa acusatória (SILVA, 2013).

Considerando o caráter do processo inquisitorial, o regulamentar da negociação testificou a superioridade da confissão nas outras provas reconhecidas em procedimentos criminais (Freitas, 2012, p. 20). Nos dias de hoje, tal posição é rejeitada, e não há provas que legalmente sobrecarregadas para os outros na formação do Congresso do Juiz, uma vez que haveria uma eliminação às garantias constitucionais de defesa contraditória, ampla e devido ao processo legal.

A admissão do instituto da plea bargaining no sistema jurídico brasileiro, seria ilegítima, sobretudo no que tange a normatização institucional do Ministério Público, estreitamente desenvolvido a partir do princípio da independência funcional de acordo com art. 127, § 1º, da Constituição da República e não dominado por todo tipo de controle político, como os estadunidense.

A este respeito, Lopes Jr. (2016, 114) apresentam a incompatibilidade deste paradigma da justiça com o sistema acusatório planejado implicitamente na Constituição Federal de 1988, especialmente para a infração dos seguintes princípios: (a) jurisdicionalidade, (b) inderrogabilidade do juízo, (c) separação das atividades de acusar e julgar, (d) presunção de inocência, (e) contradição, e (f) fundamentação das decisões judiciais.

Sendo assim, o Ministério Público brasileiro, adota em seu desempenho o modelo da civil law, sendo assim não goza de tanta discricionariedade para atuar, o que se reflete nas regras da ação penal, uma vez que esse está vinculado aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade. Além disso, a negociação da frase viola garantias individuais e distorce os papéis dos atores apenas do sistema acusatório, o que permite concluir que a proposta interposta pelo pacote anticrime não é compatível com o sistema de processo penal brasileiro.

Pode-se concluir, portanto, que no cenário contemporâneo legitimam-se inúmeras reformas legais sob o argumento da busca por eficiência, o qual propõe o máximo de celeridade na persecução penal para, em regra, responder às demandas

sociais punitivistas. O discurso de eficientismo do processo, com base em argumentos econômicos, não pode servir de razão para o atropelo de garantias constitucionais e máculas à separação das funções dos atores processuais do sistema.

Como resultado, pode-se concluir que no cenário contemporâneo, há muitas reformas legais no contexto do argumento de pesquisa de eficiência, que oferece a velocidade máxima da persecução criminal para responder às demandas sociais punitivistas. A eficácia dos processos penais, com base nos argumentos econômicos, não pode servir como uma razão para o abuso de garantias constitucionais e máculas para separar as funções dos atos processuais do sistema.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe esclarecer que a discutível exploração desse tema leva, principalmente, à conclusão de que a implantação do Instituto Norte-Americano chamado de plea bargaining no ordenamento jurídico brasileiro, não se conforma com os valores promulgados pela Constituição Federal de 1988, principalmente porque permite o descumprimento irrestrito das garantias básicas.

A justiça criminal de consenso reflete claramente a intervenção mínima das leis (e sistemas) punitivos para crimes políticos. Ela se concentra em obter maior eficácia de todo o sistema de direito penal e, portanto, fornece objetivos de prevenção geral (função de mídia).

É compreensível que o sistema de direito penal deva perseguir tanto a funcionalidade (eficiência) quanto a proteção (justiça), porque se não for negada ao Estado a responsabilidade pela proteção dos direitos dos cidadãos, então o sistema de direito penal também será desenvolvido. Quer promover os interesses da coletividade e, portanto, exige que o processo penal seja racionalizado, eficiente e rápido.

O exemplo de transações criminosas nos Estados Unidos estabeleceu a formação de fatos consensuais e desencadeou negociações sobre o conteúdo da denúncia apresentada pelo promotor público ao juiz, para que todas as partes no processo pudessem chegar a um consenso, incluindo os seguintes crimes: ser processado e agravar a situação de ofensas criminais. Portanto, é possível ao promotor apresentar uma sentença específica ao magistrado sem estar vinculado às recomendações do Ministério Público.

Por fim, expôs a necessidade de ampliar os meios de justiça do consentimento no Brasil, esquecendo-se do cumprimento do texto constitucional. Nesse caso, entendemos que a introdução gradual do consenso sobre outros crimes pode acelerar o processo, reduzir as possíveis consequências nefastas do encarceramento e reter o poder de punir o Estado.

REFERÊNCIAS

ASSIS, João Francisco de. Juizados especiais criminais. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2016.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. Columbia law review, v. 79, n. 1 p. 1-43, jan./1979. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol25/iss3/4>>. Acesso em: 25/03/2021;

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

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Antônio César Leite de. Juizados especiais criminais: suspensão condicional do processo à luz da Lei 9.099/95. Curitiba: Juruá, 2016.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 03/2013 a 04/2013. v.21 n.101. p. 203 a 227.

GARCÍA, Nicolas Rodriguez. La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado. Salamanca: Universidad Salamanca, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Consenso: essa é a saída para a justiça criminal brasileira (2019). Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/consenso-essa-e-a-saida-para-a-justica-criminal-brasileira/4057>>. Acesso em: 06/04/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

LOPES JR, Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Cláudio José. Princípio da oportunidade e justiça penal negociada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2016.

Projeto de Lei no Senado nº. 236 de 2012. Reforma do Código Penal brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

SICA, Leonardo. Direito penal de emergência e alternativas à prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, RAHYM COSTA DA. PLEA BARGAINING: UMA ANÁLISE SOBRE A JURIDICIDADE DA BARGANHA PENAL CONSENTÂNEA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS, FORTALEZA, 2013. UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, FACULDADE DE DIREITO, CURSO DE DIREITO.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013.

VILARES, Fernanda Regina. O consenso habermasiano no processo penal: justiça penal consensual e o princípio da oportunidade nos crimes tributários. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 20, nº. 98, p. 317- 338, 2016.

DA ADOÇÃO E FAMÍLIA MONOPARENTAL

IVALDETE ARAUJO: Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: Este artigo científico tem como finalidade discutir e comprovar, por meio de fundamentos jurídicos, o reconhecimento da adoção monoparental com todos os efeitos decorrentes da relação parental. Visa demonstrar a possibilidade da existência de múltiplos vínculos parentais em relação ao estado de filiação, sendo ela presumida, biológica ou afetiva, de acordo com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras leis relacionadas ao tema, como a Lei nº 6.015 de 1973 de Registros Públicos a qual é considerada de suma importância para o esclarecimento mais aprofundado da matéria, com o objetivo de demonstrar que é possível existir a parentalidade socioafetiva. Grandes são os problemas que ocorrem nas listas de adoção, como a árdua espera para ser adotado, não podendo mais este tipo de adoção viver com estes tipos de barreiras. Com isso, nesta monografia que ora se apresenta, mostrará que o conceito de pessoa solteira mudou, as condições e as necessidades para se adotar também mudaram, não havendo nenhuma expressão legal que proíba tal espécie de adoção. Tudo isso numa análise prismática, mostrando os fortes elos entre os princípios citados e a adoção monoparental. Ao final, conclui-se que o ordenamento jurídico precisa normatizar este tipo de adoção explicitamente, não precisando mais buscar na lei geral, ampla, a fundamentação necessária para justificar tal ato.

Palavras-chave: Adoção; Monoparentalidade; Direito de Família.

ABSTRACT: This scientific article aims to discuss and prove, through legal grounds, the recognition of single parent adoption with all the effects arising from the parental relationship. It aims to demonstrate the possibility of the existence of multiple parental ties in relation to the state of affiliation, whether presumed, biological or affective, according to the Federal Constitution of 1988, the Civil Code of 2002, the Statute of the Child and Adolescent and other laws related to the topic, such as Law No. 6,015 of 1973 on Public Records, which is considered of paramount importance for the further clarification of the matter, in order to demonstrate that it is possible to have socio-affective parenting. Great are the problems that occur in the adoption lists, such as the arduous waiting to be adopted, and this type of adoption can no longer live with these types of barriers. With this, in this monograph that is now presented, it will show that the concept of single person has changed, the conditions and needs to adopt have also changed, with no legal expression that prohibits such kind of adoption. All of this in a prismatic analysis, showing the strong links between the aforementioned principles and single parent adoption. In the end, it is concluded that the legal system needs to

standardize this type of adoption explicitly, no longer needing to look in the broad, general law, the necessary reasoning to justify such an act.

Keywords: Adoption; Single parenting; Family right.

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ASPECTO HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR; 2.1 Família Romana; 2.2 Família Medieval. 3. MODALIDADES DE FAMÍLIA; 3.1 Da União Estável; 3.2 Família Monoparental; 3.3 Família Anaparental. 4. DA ADOÇÃO; 4.1 Conceito. 4.2 ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES MONOPARENTAL. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A família possui uma importância fundamental, pois constitui o alicerce da sociedade, tendo, portanto, grande responsabilidade no processo de socialização da criança. A escola e família são indispensáveis na formação do indivíduo, pois é participando da vida em grupo que este aprende a viver em sociedade.

A sociedade tem passado por diversas transformações e muitas delas têm refletido no modelo familiar considerado “ideal”, surgindo novas modalidades de família buscando sempre a melhor forma de integração e formação da criança e a sua adaptação na coletividade.

Vale ressaltar que não houve uma simples transformação na família, mais que isso, houve uma modificação no comportamento da sociedade, com reflexos diretos no Judiciário, que acabou por reconhecer a existência não só de uma, mas de várias espécies de famílias, visto que o ordenamento jurídico tem recepcionado diferentes institutos familiares que apresentem como finalidade o desenvolvimento e proteção daqueles que dela fazem parte.

A adoção monoparental é uma realidade que, a cada dia que passa, alimenta ainda mais as pessoas solteiras. O fato de não querer, ou não poder manter um relacionamento conjugal, seja ele formal ou não, não impede o solteiro de traçar planos que possibilitem exercer a paternidade ou a maternidade.

Os meios procedimentais não diferem muita coisa dos que são tomados nos outros tipos de adoção. As exigências podem ser ampliadas no que se refere ao contexto familiar do adotante, onde o adotado vai interagir e viver. Requisitos como um ambiente agradável, hábil para recepcionar um novo membro entre outros, facilitam para que seja logrado sucesso na adoção.

Não divergindo dos demais tipos de adoções, o referencial a princípios básicos, que regem em tal instituto, como o do melhor interesse da criança e do adolescente, da capacidade do adotante para que seja exercida uma paternidade saudável,

responsável, e outros, devem ser observados, a ponto de se tornar inviável a adoção caso não haja a presença cumulativa dos mesmos.

Tal tipo de adoção surge conjuntamente com a possibilidade de novas estruturas familiares, sempre existentes e previstas na Constituição brasileira de 1988, possibilitando as pessoas solteiras começarem a assumir juridicamente novos papéis no seio da família, absorvendo responsabilidades e distribuindo afeto, na criação dos seus filhos adotivos.

Como em tudo que há, as flores não conseguem perfumar todos os ambientes, e algumas dificuldades e constrangimentos podem aparecer, manifestados por pessoas sem sensibilidade, marcadas pela ignorância e mediocridade. Esses problemas, com certeza, são muito maiores que os problemas decorrentes de se criar um filho só, sem ter uma das figuras, paterna ou materna, na formação da criança ou do adolescente.

2. ASPECTO HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

Todo homem, a partir do momento em que nasce, passa a fazer parte integrante de uma instituição natural, uma organização familiar. A ela permanece ligado durante toda sua vida, ainda que venha a constituir família pelo casamento.

Os desdobramentos decorrentes das relações construídas entre os componentes da referida organização, originam um conjunto de arranjos, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do Direito das Famílias.

“A família é sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 38).

Ao longo do tempo, o Direito vem evoluindo, buscando propiciar harmonia entre os indivíduos que compõem uma família, objetivando a evolução de cada um, no sentido de que sejam reconhecidos como cidadãos capazes de construir um futuro digno e produtivo.

A conceituação de família nunca foi algo estático, haja vista as constantes mudanças ocorridas nas sociedades. A seguir apresentam-se então alguns conceitos e definições. Para Rodrigues (2002, p. 4-5) a expressão família,

É usado em vários sentidos. Um é o modo mais amplo, onde família é aquela formada por todas as pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, providas de um tronco ancestral

comum. E num modo mais limitado, é compreendido família os consanguíneos em linha reta e os colaterais até o quarto grau. E também o modo mais restrito, onde constitui família o conjunto de pessoas compreendido pelo pai e sua prole.

Para Diniz (2008, p. 12) "família é o grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção".

Gomes (2002, p. 36) leciona que:

Não há mais no direito brasileiro a restrição do conceito de família ao núcleo de pessoas vinculadas ao instituto do casamento. A família que hoje merece tutela da ordem jurídica é, indistintamente, a que se origina do casamento, como a que se forma a partir da união estável entre o homem e a mulher, ou a que simplesmente se estabelece pelo laço biológico de paternidade ou pelo liame civil da adoção.

Segundo Lôbo (2002, p. 96), "a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas".

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, obrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação (DIAS, 2010, p. 39).

No ponto de vista de Nogueira (2001, p. 5) compreende-se como família:

Nova estrutura jurídica que se forma em torno do conceito de família sócio afetiva, a qual alguns autores identificam como "família sociológica", onde se identificam, sobretudo, os laços afetivos, solidariedade entre os membros que a compõe, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independe de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

Como regra geral, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. As legislações definem, por sua vez, o âmbito do parentesco.

O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como aquelas que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e

das relações destes com os pais, da sua proteção por meio da tutela dos incapazes por meio da curatela (VENOSA, 2006, p. 18).

Importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas (PEREIRA, 2012, p. 21).

Do disposto no art. 226 da Constituição Federal, Madaleno (2008, p. 05) pontua que:

A família é a base da sociedade e por isso tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Entende-se, portanto, que a família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laços 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.

2.1 Família Romana

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte. Podia desse modo, vendê-los, “[...] impor-lhes castigos, penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade do chefe da família e podia ser repudiada por ato unilateral deste” (GONÇALVES, 2007, p. 15).

O pater comandava todos os seus descendentes, sua esposa, bem como as mulheres casadas com seus descendentes. A família era compreendida como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, onde o ascendente comum mais velho exercia ao mesmo tempo a função de chefe político, sacerdote e juiz, e, além disso, comandava e celebrava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.

A organização do pater famílias, portanto, baseava-se na autoridade familiar ilimitada, tendo como objetivo apenas o interesse do chefe de família, concentrando-se na figura do pai, caracterizando o patriarcalismo. Discorrendo sobre essa autoridade Rizzardo (2004, p. 898) ensina que:

[...] representava um poder incontestável, detentor de uma autoridade sem limites, na medida em que nem mesmo o Estado

era capaz de lhe tolher tal característica. A esposa, os filhos, os demais descendentes e os escravos eram considerados *personae alieni juris*, ou seja, não possuíam qualquer direito. Sobre eles, o pai romano detinha, inclusive, o direito sobre a vida e a morte.

Portanto, significava a inteira submissão dos entes da família em relação ao chefe familiar, sendo este a autoridade maior, o dono e senhor de tudo, inclusive de seus bens patrimoniais.

Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os romanos o casamento *sine manu*, que era o casamento que se dava sem a subordinação da mulher à família do marido, nesse modelo de casamento a mulher tinha a permissão de usufruir de seus bens sem nenhuma forma de dominação. “Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominavam as questões de ordem moral” (RIZZARDO, 2004, p. 898). Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do pater, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castenses (vencimentos militares) (PEREIRA, 2012).

Em matéria de casamento, os romanos entendiam ser necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio. Os canonistas, no entanto, opuseram-se à dissolução do vínculo, pois consideravam o casamento um sacramento, não podendo os homens dissolver a união realizada por Deus (GONÇALVES, 2007).

Não se conhece praticamente nenhuma sociedade em que a família elementar (nuclear) não tenha desempenhado papel importante. Como união mais ou menos duradoura e socialmente aprovada de um homem, de uma mulher e seus filhos, a família é um fenômeno universal, presente em todos os tipos de sociedade (ROUDINESCO, 2003, p. 13).

Outra demonstração dessa força, no convívio familiar, é a própria expressão utilizada para designar a família no período romano: *famulus*,¹ que significava o conjunto de pessoas e escravos submetidos ao poder do pater, bem como o conjunto de bens que compunha o patrimônio familiar.

Além dessa característica que remete invariavelmente à ideia de propriedade, a religião exerceu forte influência na formação cultural daquele povo e, conseqüentemente, na construção dos “laços” familiares daquela época.

A influência da religião na formação familiar mostra-se latente pelos poderes extremos outorgados ao pater famílias, que além de chefe (caput) da família, era juiz (domesticus magistratus) e sacerdote (pontifex) do culto familiar. Além disso, há que se levar em consideração a forma de transmissão desses poderes, uma vez que dependia do adimplemento de dois requisitos para ser considerada válida: a) o sucessor deveria ser do sexo masculino; e, b) deveria ter sido apresentado pelo pater famílias, junto ao fogo sagrado, como legítimo sucessor junto ao altar do seu Deus Lar (FUJITA, 2010, p. 13).

A religião considerava o poder familiar do pater um sacramento, mas, “com a separação entre Igreja e Estado, passou a ser regido pelo direito civil, e não mais pelo direito canônico, apesar de guardar, desde então, íntima relação com os princípios básicos estabelecidos pela doutrina cristã” (BITTAR, 2006, 57), e universalmente sufragados pelos povos ligados à tradição romana.

Percebe-se, portanto, que a filiação não estava relacionada unicamente ao vínculo sanguíneo, mas sim ao rito de apresentação daquele novo ser perante o fogo sagrado, que representava o Deus Lar e era composto por todos os familiares que já haviam falecido e que, por terem sido enterrados em local próprio, recebido as preces adequadas e recebido o repasto fúnebre, conforme previa a religião, protegiam e auxiliavam a caminhada dos descendentes ainda vivos.

2.2 Família Medieval

Durante a Idade Média, as relações familiares, não obstante a influência das normas romanas no que concerne ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, regia-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único reconhecido, observando-se também uma crescente importância das regras do direito germânico.

Pode-se dizer que a família brasileira, em seu atual conceito, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o direito das famílias foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência, principalmente, da colonização portuguesa. “As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio” (ROUDINESCO, 2003, p. 13). Não restam dúvidas que as estruturas familiares são conduzidas pelas variações temporais.

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações a nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando “a natureza contratualista”, numa certa equivalência, quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento (RIZZARDO, 2004, p. 7-8).

A família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas peculiaridades (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

3. MODALIDADES DE FAMÍLIA

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: “um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional” (DIAS, 2010, p. 38).

A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para melhor realização dos interesses afetivos existentes entre seus componentes (GAMA, 2003, p. 101).

A Constituição Federal de 1988, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. “Assim enlaçou no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (CF 226, § 3º) e à comunidade formada por qualquer um dos pais com seus descendentes (CF 226, § 4º)” (DIAS, 2010, p. 39). No entanto, os tipos de entidades familiares são meramente exemplificativos, admitindo-se outras manifestações familiares (LÔBO, 2002).

3.1 Da União Estável

A união estável é o relacionamento entre homem e mulher que não sejam impedidos de casar. A principal característica dessa modalidade é a sua informalidade, visto que não precisa ser registrada, entretanto, também é permitido o registro quando solicitado pelo casal.

Essas estruturas familiares, ainda que rejeitadas pela lei, acabaram aceitas pela sociedade, fazendo com que a Constituição albergasse no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, mediante a recomendação de promover sua conversão em casamento (DIAS, 2010, p. 47).

Adequando-se ao art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, o atual Código Civil, no Livro IV (Do direito de Família), abre um título para “união estável” (Título III); extingue o conceito de “casamento legítimo” para aceitar também a união estável como entidade familiar. No entanto, diferencia esta última do concubinato, definindo este, no art. 1.727, como sendo “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”; e aquela no art. 1.723 como sendo “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”.

O termo companheiro (o) é utilizado para aqueles que vivem em união estável. Quanto à definição dada a esta entidade familiar, o Código volta a tempos passados, segue a definição dada pela Lei 8.971/94, enquanto que, na Lei nº 9.278/96, que regulamentou o § 3º, do art. 226 da Constituição, o termo era convivente.

Como a lei 9.278/96, o atual Código Civil não fixa prazo, lapso temporal, para obtenção dos efeitos jurídicos da união. Quanto a esta questão:

Seria interpretação restritiva e inconcebível vir a lei infraconstitucional, reguladora do instituto, impor prazo mínimo, para o reconhecimento dessa entidade familiar. Na verdade, o conceito "estável", inserido no pergaminho constitucional, não está a depender de prazo certo, mas de elementos outros que o caracterizem, como os constantes do art. 1º da Lei nº 9.278/96 (FIUZA, 2003, p. 537).

O § 1º, do art. 1.723 dispõe: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI, no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Portanto, pode-se constatar que não há mais o impedimento quanto à constituição de uma união estável com um (a) companheiro (a) casado (a), mas “separado (a) de fato”, como a Lei nº 8.971/94 proibia, ao se referir em seu art.1º, expressamente, a “um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo”.

Houve um avanço, pois existem inúmeras pessoas que, mesmo impedidas de casar, face não estarem divorciadas, encontra-se em união estável com outrem, porquanto, há muito tempo separadas de fato ou judicialmente do seu cônjuge, constituindo nova família por relações sócias afetivas consolidadas (FIUZA, 2003).

3.2 Família Monoparental

Compreende-se como família monoparental a entidade familiar constituída por um único progenitor que cria e educa sozinho de seus filhos, sendo essa unidade decorrente de uma situação voluntária ou não (REVISTA JURÍDICA, 2015).

A família monoparental foi reconhecida no parágrafo 4º, art. 226 da Constituição Federal, como entidade familiar e de acordo com a mesma é conceituada como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

O surgimento da família monoparental decorre de vários fatores, podendo ser fruto de uma decisão voluntária ou involuntária. Nesse sentido, Madaleno (2008, p. 07) esclarece que:

A monoparentalidade, no entanto, não decorre exclusivamente das separações e dissensões conjugais e afetivas, sendo identificada no processo unilateral de adoção, ou na inseminação artificial de mães solteiras ou descompromissadas e de doadores anônimos de material genético.

Segundo a concepção de Pereira (2012, p. 21), a monoparentalidade deriva da própria “liberdade dos sujeitos de escolherem suas relações amorosas” o que sintoniza o seu reconhecimento enquanto família com as próprias garantias constitucionais.

A família monoparental não possui fundamento jurídico no Código Civil Brasileiro, porém, existe na Constituição Federal e também no Projeto do Estatuto das Famílias.

O Projeto do Estatuto das Famílias conceitua a família monoparental em seu artigo 69, § 1º (BRASIL, 2013):

Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

§ 1.º Família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco.

Este novo conceito de família tornou-se forte historicamente, após as grandes guerras, pois várias mulheres tornaram-se viúvas e tiveram que cuidar de seus filhos sozinhas.

Após várias pesquisas, pode-se concluir que no Brasil, as famílias monoparentais são, em sua maioria, chefiadas por mulheres, como demonstra os dados fornecidos pelo IBGE (CORREIA, 2016): “Em 1970, 82,3% das famílias monoparentais eram chefiadas por mulheres e 17,7% por homens, já em 2003 a proporção é de 95,2% de mulheres e 4,6% de homens”.

Com estes dados supramencionados nota-se, claramente, que as mulheres vêm se tornando cada vez mais chefes de famílias ao longo dos anos, existindo um crescente aumento das famílias monoparentais.

A doutrina cita os motivos da causa do crescimento da família monoparental (LOBO, 2008, p. 41): “Aponta como causa disso a maior facilidade para os homens do que para as mulheres em reconstituírem novas uniões estáveis, consequentemente formando novas famílias segundo o modelo tradicional (pai, mãe e filho)”.

Outro importante fato gerador da monoparentalidade é o de que os homens, conforme dados do IBGE (CORREIA, 2008), estão morrendo mais cedo do que as mulheres e a consequência disso é que elas ficam viúvas, tendo que criar seus filhos sozinhas. Considere-se também o grande número de separação entre casais na sociedade atual, abandono ou morte de um dos cônjuges, viuvez, adotante solteiro, dentre outros.

3.3 Família Anaparental

A modalidade de família anaparental constitui a possibilidade de construção de uma entidade familiar mesmo sem a presença de um dos pais. Lobo (2008) traz o conceito desse tipo de estrutura familiar como a união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, especialmente no caso de grupo de irmãos após o falecimento ou abandono dos pais.

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial constitui uma entidade familiar (DIAS, 2007).

Existem outros parâmetros para o reconhecimento desse instituto. Dias (2007, p. 41) amplia o conceito ao afirmar que “a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental”

Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável (DIAS, 2007).

4. DA ADOÇÃO

4.1 Conceito

São diversos os conceitos de adoção, variando conforme as múltiplas interpretações que existem sobre tal instituto.

A adoção no direito romano, em sentido lato, significa colocar uma pessoa sob a pátria potestas, podendo reincidir sobre pessoa alheia (alieni júris), a adoção propriamente dita, ou sobre outra pessoa que tenha capacidade jurídica para praticar,

por si, os atos da vida civil (sui júrís). A adoção propriamente dita é colocar a criança ou o adolescente sobre os cuidados de outra pessoa, responsável pela vida civil, sob outro pátrio poder. É marcada, sendo assim, pela transferência do adotado de pátrio poder, dos cuidados advindos do responsável civil.

Trata-se da medida mais comum de colocar uma criança ou adolescente numa família substituta, onde a convivência mostra-se como um fator de extrema relevância na concessão de tal instituto. Como bem assevera Maria Berenice Dias:

“É permitida a colocação de crianças e adolescentes no que é chamado de família substituta, não sendo definida a conformação dessa família. Limita-se a Lei a definir o que seja família natural, não se podendo afirmar que esteja excluída de tal conceito a família homoafetiva. De qualquer modo, diante da definição da família natural, descabe concluir que a família substituta deve ter a mesma estrutura.”

A jurista Maria Helena Diniz[9], assevera que:

“A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.”

Sendo assim, a adoção é um ato tratado pela ordem pública, diante de uma proteção prevista constitucionalmente, com caráter de soberania supranacional, já que na adoção internacional, por exemplo, aplica-se em tal relação a legislação nacional, para melhor proteção do adotado, ao invés das leis estrangeiras.

A Adoção está prevista em muitos dispositivos legais, e é importante citar, em primeiro lugar, a CRFB/88, artigo 227, §§ 5º e 6º, em que se prevê o direito à convivência familiar como um dever da família, da sociedade e do Estado; o direito à dignidade; e ainda o direito ao respeito. Estes direitos também estão previstos no ECA, artigos 17 e 18.

O Código Civil de 2002 discorre sobre o assunto a partir do artigo 1618, em que define que só cidadão maior de 18 anos pode adotar, opondo-se ao ECA, artigo 42, que cita os maiores de 21 anos, e, portanto, esta lei específica mostra-se desatualizada quanto a esta questão.

4.2 ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES MONOPARENTAL

No Direito o que determina o estado civil é a situação em que a pessoa se encontra em relação a questão matrimonial, ou sociedade conjugal. Segundo as normas brasileiras os possíveis tipos de estados civis são: solteiro, casado, separado judicialmente, divorciado, viúvo e aqueles que vivem uma união estável.

A palavra solteiro (a) é oriunda do termo em latim *solitariu* e significa solitário, isolado ou que vive só. Tal palavra acabou por designar aquelas pessoas que ainda não se encontram casadas. Apesar da origem da palavra, ser solteiro não significa estar em estado de solidão sempre, e veremos que essa ideia desse sentido-origem não se aplica neste trabalho. São meras inconveniências da evolução fonética da palavra.

Nos dicionários facilmente encontra-se o conceito de solteiro como aquele que ainda não casou, aquele carecente, ou carente, faltar; podendo ser considerado também aquelas pessoas que, apesar de casada, estão com seus cônjuges distante, ou ausente; e ainda aqueles que não se encontram casados, nem separados, nem "desquitados".

Ao contrário do que muitos pensam, pessoas solteiras, homens ou mulheres sem nenhuma distinção, podem ser adotantes. O maior empecilho relaciona-se com o preconceito da sociedade tradicional, que insiste em acreditar num único modelo familiar, onde encontram-se presentes pais, mães e filhos.

Homens e mulheres solteiras estão cada vez mais buscando a realização de um sonho que anteriormente ligava-se apenas à gestação ou à questão matrimonial. Ter filho independente do casamento é uma realidade cada vez mais presente na sociedade brasileira.

No dia 11 de julho de 2001 a revista *Veja* trouxe à tona vários casos de adoção, dentre eles foi relatado o caso de Agnelo B. Pereira, professor, solteiro, que adotou uma criança cheia de doenças, como sarna, vermes e diarreia crônica. O ponto mais interessante que, inclusive, foi lembrado na sentença pelo juiz Dr. Siro Darlan, era o fato que o adotante educava inúmeras crianças no colégio que trabalhava. Ora, se Agnelo tem capacidade para educar várias crianças, mostrando-se responsável pelas mesmas, por que não poderia ser responsável pelos cuidados do seu próprio filho, apenas por ser solteiro e homossexual? Agnelo deu um depoimento à mesma revista, veja-se:

"Conheci meu filho em um orfanato do Rio, em meados de abril de 1997. Já na primeira visita, aquele menino franzino, de apenas 1 ano e 6 meses, me chamou a atenção. Foi amor à primeira vista. Lembro-me de tê-lo tomado nos braços e dizer: 'Eu vou mudar a sua vida e você vai mudar a minha'. Quando o conheci, sua certidão registrava apenas o nome da mãe. Pai, desconhecido.

Hoje ele é filho de Angelo Barbosa Pereira e mãe desconhecida. Faz quatro anos que ele chegou e posso garantir que minha qualidade de vida melhorou. Não acho relevante o fato de eu ter orientação homossexual. Não vejo diferença entre mim e outros pais. Um pai não é homossexual, nem heterossexual, nem médico, nem bicheiro, nem nada. Pai é pai e nada mais. Minha sexualidade nada tem a ver com a dele. Se um dia ele perguntar com todas as letras, responderei com todas as letras. Não há bondade na adoção. É ato de amor ou não é nada. Se falo sobre isso abertamente, é para incentivar outras pessoas a fazer o mesmo”.

Na adoção independe se a pessoa é solteira, casada ou está em união estável, já que a regra não traz nenhuma especialidade quanto à condição do estado civil em que se encontra o adotante. Solteiros podem adotar, pois o CC, ao tratar da adoção, não faz referência alguma ao estado civil da pessoa, somente da idade mínima para pleitear a adoção.

A adoção por pessoa solteira é uma realidade, um verdadeiro compromisso que o adotante se propõe, que pode mudar a dura realidade de milhares de crianças que se encontram em orfanatos e abrigos em todo o país. Hodiernamente, a não normalidade se encontra com aqueles que não querem reconhecer os novos modos de formação família, os novos meios de concretização da família. A família adotiva é marcada fortemente pelo afeto e pelo carinho, em vez de laços já conhecidos de outras épocas. A adoção, em regra, é um ato planejado, querido, o que muitas vezes não ocorre na filiação biológica, onde mães concedem filhos não desejados, frutos da irresponsabilidade, do descuido, por exemplo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade evoluiu trazendo consigo a valorização das relações afetivas e, conseqüentemente, da pessoa humana. A família, nesse processo evolutivo, perdeu a função meramente procriadora e a mulher buscou seu lugar na sociedade. Assim, a concepção de família, hoje, é muito mais abrangente e seus componentes vivem igualmente. No Brasil a evolução política, econômica e social foi palco para a transformação da dimensão de família que se deu desde o Código Civil de 1916 até aos Princípios Constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Neste contexto de inovações e adaptações é que os novos modelos familiares, formados pela união de afeto, passaram a fazer parte do Direito das Famílias. Assim, regido pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do Direito das Famílias aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades, a tutela da afetividade e da realização da personalidade humana passaram a compor o cerne das

relações familiares, que é onde se pode nascer, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa.

Sabe-se que a interminável espera pela adoção por um casal, faz com que crianças e adolescentes permaneçam numa instituição, onde ao completar sua maioridade, são postas para fora do recinto, lugar este que passaram toda a vida a espera daqueles que possibilitassem a doação do amor. Ao sair de tal local, são despejados, onde sem lar, muitas vezes são levados a cometer vícios sociais, roubando, traficando, matando etc., e no fim, sendo mortos ou presos pela polícia.

Todos aqueles que podem oferecer afeto, sustento e educação a uma criança, podem adotar, independente de orientação sexual, estilo de vida ou outras coisas. Devem ser levados em conta, principalmente, o bem-estar e o interesse do adotado, tendo fundamental importância no processo de adoção, mostrando-se como elo fundamental na filiação adotiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: ABDR, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de família. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 30 de set. de 2016.

Código Civil .11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito civil. Direito de Família. 2. Ed., Atualizado, revisado e ampliado. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. CORREIA, I. M. Famílias monoparentais – uma família, um caso. Disponível em: <<HTTP://66.102.1.104/scholar?hl=pt-BR&lr=&1r=&q=cache:7p1wsnengd0j:publisaude.com/rpcgpdfs/2002/julago02/n4v18241.pdf+fan%c3%adlia+monparental>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

COSTA, J. O. S. Os efeitos jurídicos da posse de estado de filho no processo de adoção judicial. 2010. 46 f. Monografia (Graduação em Direito) – Instituto João Alfredo de Andrade, Juatuba, MG, 2010.

COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos de família. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

União Homossexual: justiça e o preconceito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Manual de Direito das Famílias. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Manual de Direito de Famílias. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v. 5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro São Paulo: Saraiva, 2007, vol. VI.
LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil. Revista Âmbito Jurídico, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *númerus clausus*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DA POSSIBILIDADE DO DANO MORAL PELA INFIDELIDADE CONJUGAL

LUIS EDUARDO CRUZ OLIVEIRA:

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho.

ANA LÚCIA ALMEIDA FREITAS¹⁹

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA²⁰

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa, abordou a possibilidade do ressarcimento por dano moral causado em decorrência da infidelidade conjugal, observando-se tal possibilidade no âmbito do Direito Civil, pois a infidelidade no casamento deixou de ser classificada como um crime com a revogação do artigo 240 do Código Penal, no ano de 2005. De forma que, se analisou os argumentos utilizados no ordenamento jurídico para tal possibilidade de ressarcimento nas relações conjugais. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica baseada em materiais já elaborados, composto por livros, artigos científicos e jurisprudências dos Tribunais de primeira e segunda instância. A princípio, há breve introdução abordando de que maneira esse ressarcimento poderá ser cabível no âmbito das relações conjugais. Por conseguinte, há considerações sobre a evolução do casamento no ordenamento jurídico até o atual Código Civil de 2002, bem como há uma análise sobre a Responsabilidade Civil, englobando seu conceito, espécies e sua relação com o Direito de Família. Ademais, aborda-se sobre o dano moral, bem como o dever de fidelidade instituído pelo artigo 1.566, inciso I do Código Civil. Por fim, dispõe-se acerca do Projeto de Lei 5.716/2016 e o posicionamento dos Tribunais acerca do assunto abordado no estudo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Dano Moral, Infidelidade Conjugal, Projeto de Lei 5.716/2016.

ABSTRACT: This research addressed the possibility of compensation for moral damage caused as a result of marital infidelity, observing this possibility under Civil Law, as infidelity in marriage is no longer classified as a crime with the repeal of Article 240 of the Code Criminal Law, in 2005. Therefore, the arguments used in the legal system for

¹⁹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

²⁰ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

this possibility of compensation in conjugal relations were analyzed. The research was developed through bibliographic research based on materials already prepared, composed of books, scientific articles and jurisprudence of the Courts of first and second instance. At first, there is a brief introduction addressing how this reimbursement may be applicable in the context of conjugal relations. Consequently, there are considerations on the evolution of marriage in the legal system up to the current Civil Code of 2002, as well as an analysis on Civil Liability, encompassing its concept, species and its relationship with Family Law. In addition, it deals with moral damage, as well as the duty of fidelity instituted by article 1.566, item I of the Civil Code. Finally, there is provision about Bill 5.716 / 2016 and the position of the Courts on the subject addressed in the study.

Keywords: Civil Liability, Moral Damage, Marital Infidelity, Bill 5.716 / 2016.

Sumário: Introdução. 1. Evolução do Casamento no Ordenamento Jurídico. 2. Responsabilidade Civil: 2.1 Conceito; 2.2 Espécies; 2.3 A Responsabilidade no Direito de Família. 3. Dano Moral e o Dever de Fidelidade. 4. Projeto de Lei 5.716/2016. 5. Posicionamento dos Tribunais Acerca do Assunto. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, abordou a possibilidade do ressarcimento por dano moral causado em decorrência da infidelidade conjugal, deliberando, assim, sob o viés da indenização pretendida pelo cônjuge que foi traído, perante o que praticou tal ato.

A infidelidade no casamento deixou de ser classificada como um crime com a revogação do artigo 240 do Código Penal, no ano de 2005. Porém, tal ato ainda pode ser analisado no âmbito civil, no qual, pode possibilitar danos morais, por situações que coloquem em evidência a honra de quem sofre com a traição, em virtude de exposição, situação vexatória, entre outras. No tocante, Bittar (2015), afirma que a deterioração de relações, causada por problemas na convivência, como o descumprimento de um dever de fidelidade que venha a causar situação vexatória à vítima, causando-lhe marcas profundas, são fontes de geração de danos morais, suscetíveis a serem reparados.

Outrossim, o Código Civil de 2002, apresenta em seu artigo 1.566, os deveres dos cônjuges, os quais devem agir com reciprocidade, como no caso da fidelidade. Esses deveres partem desde a celebração do casamento e devem ter prosseguimento por todo o decurso deste, através da convivência. Neste sentido, afirma Gonçalves (2019), que a quebra dessa fidelidade, que é exigida de ambos os cônjuges, configura

adultério, pondo em risco a moralidade do âmbito familiar e a honra de quem sofre com tal ação, podendo, assim, configurar indenização por dano moral, logo que, no ordenamento jurídico brasileiro, o casamento tem caráter monogâmico.

A atual Constituição Federal, assegura em seu artigo 5º, incisos V e X, o direito a indenização por danos morais e a inviolabilidade da honra e imagem da pessoa. Assim, havendo grave lesão aos direitos personalíssimos do indivíduo fiel, como depreciação da sua imagem, que o expõe a situações vexatórias, exposição da intimidade, deve o ofensor, assim, indenizar a quem sofre com tais atos, indenização esta, amparada pela Constituição Federal, juntamente ao Código Civil.

Assim como a Magna Carta de 1988, a reparação por dano causado por ato ilícito está prevista no Código Civil, nos artigos 186 e 927. Há doutrinas e jurisprudências que discordam acerca de tal reparação, pois afirmam que as relações familiares estão ligadas mais ao campo do afeto, não podendo ser essas relações levadas ao campo da monetarização.

Porém, há tribunais favoráveis à configuração do dano moral em decorrência da infidelidade. Estes, aduzem que é necessária a comprovação do ato que desonre a pessoa traída, pois a traição por si só não enseja os danos morais. Tal linha de pensamento, ganha ainda mais espaço com o projeto de Lei 5.716/2016, do deputado Rômulo Gouveia, acerca da temática tratada no presente estudo. A citada Lei, objetiva a inclusão do artigo 927-A no Código Civil Brasileiro, fundamentando-se na ideia de que a infidelidade conjugal constitui uma afronta a fidelidade recíproca, já que esta é dever de ambos os cônjuges.

Logo, a pesquisa em questão tem viés relevante por se tratar de situações costumeiramente vividas pela sociedade, pois tem se tornado cada vez mais frequente a separação por infidelidade conjugal, a qual, muitas das vezes é acompanhada por situações vexatórias ao cônjuge traído, tangendo sua a imagem e honra perante a sociedade, ficando na maioria dos casos o cônjuge que traiu e expôs a intimidade do outro, sem uma sanção correspondente ao ato.

Ademais, o estudo analisou a possibilidade do dano moral pela infidelidade conjugal, utilizando-se da análise dos argumentos utilizados no ordenamento jurídico para tal possibilidade de responsabilização pela prática da infidelidade nas relações conjugais. Como também, utilizou-se de estudo para observação do Projeto de Lei 5.716/2016, coletando-se, também, jurisprudências sobre o tema, nos Tribunais de primeira e segunda instância.

1 EVOLUÇÃO DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O substantivo casamento, de acordo com o dicionário Houaiss (2011), significa a união cível ou/e religiosa, feita entre duas pessoas de modo voluntário, nos moldes da lei, dando origem a uma família, porém, nem sempre este foi o modo como o casamento foi visto pela sociedade.

Escritores no século III definiram casamento como a junção do homem e da mulher por toda a vida em comunhão com o direito, não só dos homens, mas também divino. No entanto, tal conceito foi desconfigurado com a evolução dos costumes.

Com o cristianismo, o casamento foi consagrado como um dos sete sacramentos, onde o homem e a mulher se unem em uma só carne, de maneira indissolúvel, segundo Gonçalves (2019). Na concepção da igreja a finalidade do casamento é, principalmente, a procriação e a criação dos filhos, e somente de forma subsidiária, a assistência mútua e a satisfação sexual. Nos tempos arcaicos, somente pessoas adeptas a religião cristã, poderiam dispor do instituto do casamento, por conta do viés exclusivamente religioso do ato, de acordo com Ferreira (2018).

No século XI, os casamentos eram arranjados e celebrados como forma de aliança entre tribos ou países, tendo estes vieses econômicos, até mesmo para criar ou reforçar relações diplomáticas, e somente no ano de 1140, com o Decreto de Graciano, o consentimento tornou-se parte da tradição.

Na idade média, as mulheres passaram a se casar a partir dos 12 anos e os homens a partir dos 14. Entretanto, nenhuma relação firmada pelo casamento tinha conotação de afetividade, mas sim de instituto obrigatório para perpetuação da espécie e fins inteiramente reprodutores.

Trazendo para o Código Civil de 1916, surgiu na esfera legal o instituto do casamento, porém, não se distinguia em nada do religioso. Este, continuava sendo a única forma de formar família, sendo o primeiro e principal efeito do ato, fazendo com que qualquer relação constituída fora do casamento fosse ilegítima, e que filhos gerados destas relações fossem considerados também ilegítimos e excluídos da sucessão, por não serem reconhecidos.

Na vigência do referido código era conferida ao homem toda a responsabilidade pelas deliberações da família, já a mulher passava a ter o marido como responsável. Além disso, é válido ressaltar que, por mais que neste período as relações homoafetivas já existissem, tendo em vista que há relatos destas ainda da

Grécia Antiga, elas não eram aceitas e nem mesmo equiparadas ao casamento ou união heterossexual. Ademais, não existia a separação, somente o desquite, que se difere desta por extinguir apenas o casamento, permanecendo o vínculo matrimonial, o que impossibilitava os desquitados de contrair novo matrimônio.

Após alguns anos, surgiu a Lei do Divórcio, de nº 6.515/1977. Por mais que esta conferisse a possibilidade de divórcio, ainda havia muita resistência e proteção ao casamento, o que de acordo com Ferreira (2018), burocratizava e dificultava a aplicação efetiva desses institutos, cominando inclusive em penalidades para o cônjuge que fosse tido como culpado da separação, além de ser exigido um tempo mínimo para que pudesse ser efetuado o divórcio.

Contudo, a Carta Magna de 1988 equiparou os efeitos da união estável e do casamento, e não os institutos. Sendo assim, a Constituição Federal passou a legitimar as relações fora do casamento, após dispor em seu artigo 226, § 3º que, para efeitos de proteção estatal, equipara-se a união estável ao casamento, devendo a lei facilitar a conversão desta. Neste sentido, posteriormente foi criada a Lei nº 9.278 de 1996, que regulamenta a união estável e o processo, para que esta seja convertida em casamento.

Já com o advento do Código Civil de 2002, diversas mudanças no instituto do casamento foram efetuadas. Se, no código anterior a mulher era submissa ao marido, no código vigente ela passa a ter iguais direitos e deveres, tendo em vista o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Neste cenário, o Código Civil vigente também prevê a finalidade do casamento em seu artigo 1.511, ao afirmar que o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade entre os cônjuges, que impulsionará o afeto conjugal e assim, o amor e afeição da família que se forma.

Das diversas mudanças pelo Código Civil de 2002, está o rol de deveres dos cônjuges, dentre eles estão fidelidade, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, e respeito e consideração mútuos.

Um dos deveres recíprocos do casamento, elencados no artigo 1.566 do Código Civil, é a fidelidade mútua. Trata-se de obrigação de não fazer, e o descumprimento de tal era punido, inclusive, em âmbito penal.

O adultério era crime previsto no artigo 240 do Código Penal e a conduta era punida com detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, porém, o referido artigo foi

revogado no ano de 2005, não cabendo então punição na esfera penal para quem pratica tal ato, cabendo representação somente no âmbito cível. Nada tem que se falar em criminal, pois além de a esfera penal ser a "*ultima ratio*", não deve se utilizar das leis penais para ensinar e educar moralmente o ser humano.

Mesmo este não sendo mais ilícito penal, não deixa a fidelidade mútua de ser um dos deveres dos cônjuges para com o outro, a prática do adultério constitui causa de separação litigiosa, continuando a ser configurado um ilícito civil, pois neste sentido incorre o artigo 1.566 do Código Civil. Tal obrigação não pode ser encerrada pela mera separação de corpos, separação de fato, nem o fato de um ter sido infiel desobriga o outro a manter-se na fidelidade, mas somente podem ser liberados dela quando houver a separação legal, só então este dever será dissolvido.

As relações pessoais, tanto o casamento quanto a união estável devem seguir os deveres de lealdade e respeito. Sendo possível conceituar o dever de fidelidade como o dever de um cônjuge para com o outro no que tange a relações físicas e de cunho sexual.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

A responsabilidade civil surgiu no direito romano, objetivando a vingança pessoal. Hoje no ordenamento, trata-se da obrigação de indenizar dano causado a outrem, tendo como objetivo a noção de que, não se deve prejudicar outra pessoa e deixá-la sem ressarcimento dos danos moral ou patrimonial sofridos.

Entende-se a indenização por responsabilidade como um dever sucessivo, tendo em vista que a obrigação é a fonte originária desta, neste sentido, o descumprimento do dever primário é a prática do ato ilícito, e a responsabilidade civil é a consequência de tal ato.

A indenização a quem sofreu dano moral, material ou a sua imagem decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem é assegurada não somente no Código Civil, Título IX, do artigo 927 ao 954, mas também consagrada constitucionalmente, no artigo 5º, incisos V e X.

O artigo 927 também do Código Civil, sendo o dispositivo inicial, se tratando de responsabilidade civil, dispõe que, deve indenizar aquele que por ato ilícito causar dano a outrem. O próprio código, no artigo 186 conceitua ato ilícito como qualquer

conduta que por negligência, imprudência ou imperícia cause danos a alguém, mesmo que exclusivamente moral.

Para Azevedo (2019), o dano nada é, além da lesão de qualquer espécie. Porém, no âmbito jurídico, o dano representa a lesão de bem patrimonial ou da moral. Sempre que alguém sofre diminuição do seu patrimônio, seja ele de qualquer espécie, pode se dizer que este sofreu um dano.

2.2 Espécies

A responsabilidade civil possui espécies, e pode ser objetiva ou subjetiva; contratual ou extracontratual.

O Código Civil de 1916 inseriu no ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva. Esta necessita da análise de culpa de quem praticou o ato ilícito, e até então era suficiente para fins indenizatórios. Com o decorrer do tempo, avanço da sociedade e com a vigência do Código Civil de 2002, não somente a doutrina como também a jurisprudência passou a entender que havia casos em que o dever de indenizar restava comprovado sem que necessitasse de análise de culpa.

Tendo em vista a mudança dos posicionamentos jurisdicionais e dos doutrinadores, surgiu o instituto da responsabilidade civil objetiva. Nesta não se faz necessário analisar a culpa. Tal espécie foi fundada na Teoria do Risco, cuja teoria afirma que todo dano deve ser reparado pela pessoa que o causou, independentemente de haver ou não culpa, nos casos em que a atividade desenvolvida incorra em risco a outrem.

A espécie contratual representa situações em que a responsabilidade civil é decorrente de um contrato firmado, onde há um vínculo jurídico obrigacional e apenas as partes ficam obrigadas a responder em caso do não cumprimento do que for compactuado. Já a modalidade extracontratual, também conhecida como responsabilidade civil geral, teve fundamento no Código Civil francês. Esta decorre não de um contrato, como a mencionada acima, mas sim, de um dever garantido no ordenamento jurídico que visa à satisfação das obrigações de cunho de respeito pela pessoa e seus bens.

Ambas as modalidades ensejam no ressarcimento pelo dano sofrido, tendo como peculiaridade apenas o fundamento de onde esta responsabilidade se origina.

2.3 A Responsabilidade no Direito de Família

Depois de direcionado os aspectos gerais da responsabilidade civil, é válido ressaltar suas peculiaridades no direito de família.

A responsabilização civil no âmbito familiar tem como base a dignidade da pessoa humana, garantida na Carta Magna de 1988, nos artigos 1º, inciso III e 5º, inciso X, dispositivos estes que garantem a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, honra e a imagem dos indivíduos, além de assegurar o direito à reparação pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Para que haja ou não a responsabilização civil nesta esfera, não se tem parâmetros específicos, devendo assim ser adotada por analogia as regras gerais da reparação cível e observar se houve uma ação ou uma omissão que gerou um dano moral ou material, não deixando de examinar se houve nexo de causalidade entre a conduta e o dano, assim explica Maluf (2018).

Neste cenário, o mero aborrecimento, a dor do término de um relacionamento não enseja por si em obrigação de reparação. O que é causa para indenização são as práticas ilícitas no decorrer do matrimônio, incluindo as que foram causas para o fim do laço conjugal.

Maluf (2018) explica que é necessária a análise da culpa para a configuração de dano moral no âmbito familiar, sendo ela pressuposto para que haja alguma reparação indenizatória, afirma também que tal pedido pode ser cumulado com o de dano material ou estético, e de dissolução da comunhão matrimonial.

Ademais, é importante frisar que o casamento possui natureza contratual, e que em decorrência deste fato, são aplicadas as regras de responsabilidade contratual na ruptura de contrato. Nesta esteira, o artigo 403 do Código Civil de 2002, rege que mesmo o devedor agindo com dolo, o que será ressarcido serão somente as perdas e danos. Trazendo para a esfera do direito de família, apenas a transgressão dos deveres dos cônjuges será reparada na ruptura do matrimônio e o que decorrer desta direta ou indiretamente.

3 DANO MORAL E O DEVER DE FIDELIDADE

O dano é a lesão a um interesse tutelado juridicamente, podendo ser esta lesão na esfera material, moral ou estética. Assim, é notadamente perceptível que o dano é elemento necessário para que se configure a responsabilidade civil. Para tal responsabilização, deve o dano preencher requisitos para que possa ser, assim,

reparável. Dentre os requisitos estão a lesão a interesse juridicamente tutelado (patrimonial ou extrapatrimonial), como também a certeza e a subsistência do dano.

Em suas espécies, o dano está dividido em material, moral e estético. O dano material, faz jus à lesão causada ao patrimônio, ou seja, lesão a um bem material e economicamente de fácil identificação. Já o dano estético respalda-se no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, e faz referência ao dano causado à imagem do indivíduo, que venha a causar-lhe esteticamente, por exemplo, marcas ou deformações.

Em contrapartida, conforme conceituam Gagliano e Pamplona Filho (2019), o dano moral, caracteriza-se pela lesão a direitos personalíssimos. O ofensor lesiona direitos de um indivíduo, violando a honra e imagem, vida pessoal, que são bens expressamente tutelados pela Constituição Federal, causando dor, humilhação ou sofrimento. Há de se enfatizar que o direito lesionado não é de conteúdo pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro.

Logo, observa-se que sendo esta violação a direitos personalíssimos, cabe ao juiz apreciar o caso concreto escrupulosamente, buscando se tal conduta, que pode ser ilícita, dolosa ou culposa, tenha causado prejuízos que abarcam a esfera moral do indivíduo, que conseqüentemente venham causar-lhe sofrimento ou dor, não sendo este sofrimento mero aborrecimento corriqueiro, indo além disto, como por exemplo o sofrimento psicológico.

No Brasil Colonial, não havia regra alguma que mencionasse de forma expressa a possibilidade do ressarcimento por dano moral. Portanto, segundo Miragem (2015), a evolução jurídica dessa espécie de dano como indenizável, ocorreu lentamente, pois relutava o pensamento jurídico, que alguém pudesse ser indenizado pecuniariamente por lesão exclusivamente moral, causada por dor ou sofrimento.

Com o Código Civil de 1916, a redação de artigos como o 76, 79 e 156, deram abertura para que se pudessem haver juridicamente defesas a respeito do ressarcimento do dano moral. Contudo, não era o bastante, e assim admitiu-se a priori no direito brasileiro, a ideia do não ressarcimento do dano moral, sendo este admitido apenas nas hipóteses expressas no Código Civil ou em Leis que tratassem do tema.

Haja vista o processo lento de aceitação do dano moral como indenizável no direito Brasileiro, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se terá no âmbito do “Direitos e Garantias Fundamentais” como aceitável constitucionalmente o ressarcimento do dano moral. Aliado a Constituição Federa de

1988, o Código Civil de 2002, traz em seu artigo 186 sobre o dano moral e no artigo 927, acerca da reparabilidade.

Assim, mediante a então aceitação da reparabilidade do dano moral, esta tem sido palco para discussões sobre que critérios devem ser adotados para a sua aplicação, já que não há uma fórmula matemática para sua fixação. Dessa maneira, afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2019), é razoável que se exija do magistrado um pronunciamento exposto, se os fatos alegados realmente ensejam uma lesão efetiva ao patrimônio moral, ou são apenas frutos de meros aborrecimentos, que advém de uma sensibilidade exacerbada. Afirmam ainda que, deve ter em mente o julgador, que o valor da condenação deve ser resultante de um arbitramento judicial, mesmo que a jurisprudência venha buscando parâmetros para se fixar tal *quantum debeatur*.

Outrossim, o dano moral está expressamente disposto na Constituição de 1988, como também no Código Civil. É evidente que, tais leis não fazem menção a conceito ou qualquer parâmetro específico para a aplicação dessa espécie de indenização, pois são inúmeros, e peculiares os casos que chegam aos Tribunais.

É verídico que, as relações conjugais nas quais se originam de um vínculo afetivo, tendem a serem eternas e duradouras, com a visão do “até que a morte nos separe”, com a intenção mútua dos consortes, de complementação em diversas áreas do relacionamento. Contudo, a quebra de toda essa expectativa, pela separação dos cônjuges, em virtude de dissabores agravados causados por um dos indivíduos, é o que tem sido a égide para a pretensão indenizatória. Nesse sentido Dias (2016), afirma que em casos onde há a falência da união, não há perdedores e nem ganhadores, pois a quebra da expectativa gerada, acarreta uma anulação na consciência de tudo de bom que ocorrera entre os indivíduos da união, o que se pode assim chamar de danos de amor, logo que há lesão ao patrimônio imaterial, há frustração injustificada de uma comunhão de vida, como também a quebra da expectativa de compromisso e de exclusividade.

Com efeito, o dano moral no âmbito conjugal poderá ser aplicado quando houver grave descumprimento de dever de fidelidade que cause na parte ofendida alterações psíquicas ou que possam prejudicar sua imagem social, como também seu patrimônio moral. Assim, cumpre lembrar que, não se pode responsabilizar a certo indivíduo pelo fim de um relacionamento que não prosperou de forma amorosa e sentimentalmente, levando-se em consideração a hipótese de ser penalizado pelo fim deste porque irá acarretar hipoteticamente a moral do companheiro, logo que há

ilicitude na imposição de permanência no relacionamento, apenas em virtude de tal hipótese.

Desta forma, reafirma Nunes Filho (2018), que o dano moral para que se possa ser indenizado deve advir de atos que sejam inadmissíveis, ocasionando ao indivíduo ofensa a sua personalidade. Logo, está fora de cogitação a indenização por meros aborrecimentos, utilizando-se da lógica racional quando da distinção das situações que realmente necessitarão da tutela jurídica.

Convém ressaltar que, o dever de fidelidade está previsto no artigo 1.566, inciso I, do Código Civil, onde este dispõe que os cônjuges devem agir com fidelidade recíproca na convivência, sendo a fidelidade não apenas moral, mas também física, porque segundo Azevedo (2019), as relações conjugais existem com o dever de reciprocidade entre os cônjuges, abarcando por óbvio o âmbito das relações sexuais, não podendo, conseqüentemente, um destes realizá-lo fora do matrimônio.

Logo, o descumprimento de tal dever expresso na norma pode ensejar a reparação por dano moral, não bastando por si só o adultério para o requerimento da reparabilidade, ou apenas a subjetividade das emoções do consorte que se frustrou com o fim da união, mas há que se comprovar. De acordo com Maratan (2017), se caracterizará o dano moral quando do rompimento do casamento resultar situação perturbadora, angustiante para a vítima. Por conseguinte, não bastará a presença do ilícito, se faz necessário a comprovação do dano ocorrido. Assim, faz-se necessária a presença dos requisitos mínimos (conduta culposa do agente, nexos causal, dano e culpa) para que haja a responsabilização civil.

Portanto, o dano moral no direito de família deve ser analisado pelo magistrado a cada situação de forma única, mediante suas peculiaridades. Havendo o término da relação conjugal em decorrência de conduta ilícita, com quebra de um dever do matrimônio, que conseqüentemente gere grave lesão aos direitos personalíssimos do indivíduo fiel, como depreciação da sua imagem, que o expõe a situações vexatórias, exposição da intimidade, deve o ofensor, assim, indenizar a quem sofre com tais atos, baseando-se no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, juntamente aos artigos 186 e 927 do Código Civil.

4 PROJETO DE LEI 5.716/2016

O Projeto de Lei 5.716/2016 que tem como autor o parlamentar Rômulo Gouveia (PSD/PB), objetiva incluir o artigo 927-A ao Código Civil Brasileiro. Com a inclusão do texto do artigo mencionado, pretende-se transformar em norma o

entendimento já visto em julgados de alguns Tribunais acerca do presente tema, que vem sendo discutido no âmbito do direito de família, não sendo este tema algo novo, pois muito se observa em ações de divórcio litigioso, o pedido da indenização por danos morais em decorrência da infidelidade conjugal, pautando-se no dever de fidelidade recíproca prevista no artigo 1.566 do Código Civil, fundamentado também o pedido em decisões de Tribunais.

O mencionado Projeto de Lei aspira a inclusão do artigo 927-A como alteração ao Código Civil, aferindo que, o cônjuge que evidentemente praticar conduta que venha a descumprir o dever de fidelidade recíproca no casamento, instituído pelo atual Código Civil de 2002, deverá responder pelo dano moral causado ao outro cônjuge. (BRASIL, 2016).

Em sua justificativa para tal inclusão do artigo, o deputado menciona que a infidelidade conjugal representa afronta a fidelidade recíproca que deve ser um dever de ambos os consortes, norma esta disposta no artigo 1.566, *caput* e inciso I, do Código Civil, e que essa quebra da fidelidade deve ser motivo suficiente para o infrator indenizar o dano moral causado ao outro cônjuge, pois a infidelidade produz não apenas a culpa conjugal, mas também a culpa civil. Afirmando, por conseguinte, que o objetivo principal é deixar expressamente previsto no Código Civil a responsabilização civil por dano moral em casos do descumprimento do dever de fidelidade recíproca nas relações conjugais, por qualquer dos cônjuges. (BRASIL, 2016).

No direito de família, ainda muito se discute doutrinária e jurisprudencialmente a respeito da indenização por danos morais, havendo quem afirme não ser cabível tal ressarcimento. Mesmo diante de posicionamentos contrários, é evidente que o direito de família vem acolhendo os princípios de responsabilidade civil no casamento aos poucos. Dessa maneira, ainda que não se tenha de forma expressa previsão sobre a possibilidade de fixação indenizatória em decorrência da vida em comum, a lei também não proíbe.

Mediante entendimentos dos Tribunais, depreende-se que há a necessidade de se comprovar o efetivo dano moral sofrido, bem como todos os aspectos do caso prático, não bastando apenas a evidência da infidelidade. Corroborando com tais entendimentos, depreende-se que o Projeto de Lei 5.716/2016 não tem caráter de alterar tais necessidades de comprovação do efetivo dano causado ao consorte, mas objetiva tornar uma realidade expressa a responsabilização por dano moral quando do descumprimento de dever de fidelidade, devendo, ainda assim, o cônjuge comprovar todos os elementos que irão caracterizar a responsabilidade civil.

5 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO ASSUNTO

Conforme todo o exposto, passa-se a análise dos posicionamentos de dois Tribunais do país, acerca da possibilidade da indenização do dano moral pela infidelidade conjugal.

Há de se observar que a atual jurisprudência tem se posicionado na direção do reconhecimento da reparação pecuniária de danos morais causados por cônjuge, em detrimento de relações extraconjugais. Porém, como anteriormente explicado, tais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, têm deixado claro que a violação na quebra do dever de fidelidade por si só, não é capaz de lesionar a honra do indivíduo, de maneira que venha ensejar a indenização por danos morais.

Dessa maneira, a 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou apelação nº 20160310152255APC (0014904-88.2016.8.07.0003) em 21 de março de 2018, publicada no DJe no dia 26/03/2018, cujo relator do caso foi o Desembargador Fábio Eduardo Marques, abaixo transcrito:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INFIDELIDADE CONJUGAL. PROVA. OFENSA A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO. 1. O simples descumprimento do dever jurídico da fidelidade conjugal não implica, por si só, em causa para indenizar, apesar de consistir em pressuposto, devendo haver a submissão do cônjuge traído a situação humilhante que ofenda a sua honra, a sua imagem, a sua integridade física ou psíquica. Precedentes. 2. No caso, entretanto, a divulgação em rede social de imagens do cônjuge, acompanhado da amante em público, e o fato de aquele assumir que não se preveniu sexualmente na relação extraconjugal, configuram o dano moral indenizável. 3. Apelação conhecida e não provida.

O Desembargador julgou a matéria posicionando-se no sentido de que o simples descumprimento do dever da fidelidade conjugal não configura, por si só, a indenização em danos morais, devendo haver situação humilhante em que esteja inserido o cônjuge traído, e que conseqüentemente tenha sua honra ofendida, a sua imagem, a sua integridade física ou psíquica. A Turma confirmou a sentença proferida em Primeiro Grau, que condenou o réu ao pagamento do valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a sua ex-cônjuge, em virtude dos danos morais ocasionados a esta, em

decorrência de relacionamento extraconjugal, e negou o provimento à apelação do réu.

Mediante entendimento dos Julgadores, estes afirmam que os fatos geradores do abalo psíquico à apelada ultrapassaram a esfera de mero aborrecimento cotidiano, uma vez que fora exposta a situação de humilhação, onde o ex-cônjuge postou foto em uma rede social com a amante em público, além de ter admitido em gravação a não prevenção nos atos sexuais ocorridos nesse relacionamento extraconjugal. Portanto, em virtude do risco assumido de transmitir alguma doença à esposa, a Turma concluiu pela efetiva configuração da ofensa aos direitos de personalidade da autora.

Nessa esteira, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás julgou apelação nº 0124042-29.2013.8.09.0006 em 03 de agosto de 2018, publicada no DJe no dia 08/08/2018, cujo relator do caso foi o Desembargador Orloff Neves Rocha, abaixo transcrito:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO MATRIMÔNIO. FIDELIDADE E LEALDADE RECÍPROCOS. 1- Embora a atual legislação civil tenha previsto como consequência para a infidelidade conjugal apenas a dissolução do contrato matrimonial, a moderna doutrina civilista, vista de forma global, entende que a violação dos deveres inerentes à sociedade conjugal, é capaz de provocar dano moral no cônjuge que sofre a traição. 2- O adultério por si só não gera o dever de indenizar por dano moral. Mas os constrangimentos e humilhações sociais que a vítima sofre com a divulgação, a propalação do fato e a sua repercussão, no seu meio social e familiar, enseja a condenação em danos morais. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.(TJGO, APELACAO 0124042-29.2013.8.09.0006, Rel. ORLOFF NEVES ROCHA, 1ª Câmara Cível, julgado em 03/08/2018, DJe de 03/08/2018).

No mesmo sentido, o julgado em análise afirma que o simples descumprimento do dever da fidelidade conjugal não configura, por si só, a indenização em danos morais, devendo haver situação humilhante em que esteja inserido o cônjuge traído, e que consequentemente tenha sua honra ofendida, a sua imagem, a sua integridade física ou psíquica. O relator negou provimento à apelação feita pela ré, mantendo a sentença proferida, que condenou a apelante ao pagamento do valor de R\$ 5.000,00

(cinco mil reais), a seu ex-cônjuge, em virtude dos danos morais ocasionados a ele, em decorrência de relacionamento extraconjugal, que fora exposto a toda a família e amigos na festa de seu filho, promovida pelo até então casal.

Frisa-se que até a data da festa o apelado não tinha ciência da relação extraconjugal da ex-esposa, e justamente na data da festa do filho, veio a ter conhecimento, o que lhe pôs em situação vexatória diante de todos. Além do fato de que outras pessoas da família já tinham conhecimento dessa traição. Logo, verificou-se o ato ilícito, consistente na traição conjugal da ré/apelante, o dano moral sofrido pelo autor, a partir do momento que o fato se tornou público, e o nexos causal, a prescindir de maior fundamentação. Assim, a ré foi condenada ao pagamento referente aos danos morais, pois não colacionou nenhum documento que comprove que não teve relacionamento amoroso com o amante e verifica-se que a ré/apelante não se desincumbiu de seu ônus probatório.

Por fim, é possível se encontrar um número razoável de julgados no ordenamento, que tratam da reparação pecuniária do dano moral, em decorrência da infidelidade conjugal. Apesar do existente embate doutrinário e jurisprudencial dos que são a favor e os que são contra tal reparação, há que se admitir que as decisões proferidas são condizentes entre si, pois dispõem que a simples quebra de um dever matrimonial não enseja a responsabilização civil do companheiro que comete tal lesão, necessitando a prova dos fatos geradores do abalo psíquico, sofrimento ou dor causada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, teve por objetivo abordar a possibilidade do ressarcimento por dano moral causado em decorrência da infidelidade conjugal, em consonância com argumentos utilizados no ordenamento jurídico para tal possibilidade, bem como a análise do posicionamento de alguns Tribunais do país acerca do assunto.

Inicialmente, observa-se que o casamento no ordenamento jurídico passou por um processo de evolução até o presente Código Civil de 2002, o qual instituiu diversas mudanças ao instituto do casamento, dispondo, assim, sobre os deveres de reciprocidade do casamento, que estão elencados no artigo 1.566, como a fidelidade mútua.

Por conseguinte, verifica-se que a responsabilidade civil no âmbito das relações conjugais tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, com fulcro nos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, que garantem a

inviolabilidade da vida privada, da intimidade, honra e a imagem dos indivíduos, além de assegurar o direito à reparação pelo dano material ou moral que decorre da violação de tais garantias.

Outrossim, cumpre destacar que o dano moral foi sendo reconhecido como cabível ao longo dos tempos de maneira lenta, conforme demonstrado no presente estudo, baseando-se na Constituição Federal de 1988 juntamente ao Código Civil de 2002, que em seu artigo 186 trata do dano moral e no artigo 927 da reparabilidade. Assim, o dano moral pode ser caracterizado pelo sofrimento, humilhação ou dor, que conseqüentemente venha a violar a honra, imagem ou reputação de quem sofre com o ato da infidelidade conjugal.

Logo, faz-se mister ressaltar que, para que haja o ressarcimento do dano moral nas relações conjugais, não basta por si só o adultério ou apenas a subjetividade das emoções do consorte que se frustrou com o fim da união, pois não basta somente a presença do ilícito, faz-se necessário a comprovação do dano ocorrido com a presença dos requisitos mínimos, sendo eles: conduta culposa do agente, nexa causal, dano e culpa.

Nessa esteira, corroborando com tais entendimentos, o Projeto de Lei 5.716/2016 objetiva tornar uma realidade expressa no Código Civil, a responsabilização por dano moral quando do descumprimento de dever de fidelidade, com a inclusão do artigo 927-A.

Por fim, verifica-se que ao passo que há uma boa parcela dos Tribunais que são resistentes à aceitação da reparabilidade do dano moral em decorrência da infidelidade conjugal, há uma quantidade razoável de entendimentos jurisprudenciais que são a favor de tal reparabilidade, como demonstrado nos julgados abordadas no presente estudo. Logo, há de se observar que por hora, tal entendimento está em um processo gradativo de aceitação nos Tribunais, o qual conforme apreciado de maneira subjetiva, há que se comprovar o dano que gerou o abalo psíquico, sofrimento ou dor ao consorte.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, A. V. **CURSO DE DIREITO CIVIL 6 - DIREITO DE FAMÍLIA**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em:
<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:645163>. Acesso em: 24 out. 2020.

____. **Curso de direito civil - teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:645395>. Acesso em: 24 out. 2020.

BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais** / Carlos Alberto Bittar. - 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.716, de 05 de julho de 2016**. Acresce dispositivo à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1479044. Acesso em: 22 out. 2020.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias** / Maria Berenice Dias. -- 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça (7. Turma Cível). **Apelação nº 20160310152255APC (0014904-88.2016.8.07.0003)**. Apelante: Francisco Eloi Loiola. Apelada: Maria Edina Pereira Lima. Rel. Des. Fábio Eduardo Marques. Distrito Federal, DF, 21 de março de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Distrito Federal, DF, 26 de março de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 24 out. 2020.

FERREIRA, A. A. **A possibilidade de indenização por danos morais advindos da infidelidade nas relações conjugais**. 2018. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/14653/1/ALFREDO%20ABRANTES%20FERREIRA%20-%20TCC%20DIREITO%202018.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil 3 - responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:645041>. Acesso em: 24 out. 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça (1. Câmara Cível). **Apelação nº 0124042-29.2013.8.09.0006**. Apelante: Robson Pereira Da Silva. Apelada: Mirian Gomes Da Silva. Rel. Des. Orloff Neves Rocha. Goiás, GO, 03 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Goiás, GO, 03 de agosto de 2018. Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=76832914&hash=224361625639737221286883080585757337414&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 24 out. 2020.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro 6 - direito de família.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em:
<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:642180>. Acesso em: 18 mar. 2021.

INSTITUTO ANTÔNIO **HOUAISS. Dicionário Houaiss conciso.** São Paulo: Moderna, 2011.

MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. R. D. **Curso de direito de família.** 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. Disponível em:
https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=qphiDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=a+responsabilidade+civil+no+direito+de+familia&ots=a6_7v5-pXX&sig=JeJXBipQCKHTITzhPV5zmW_k7QQ#v=onepage&q&f=true. Acesso em: 12 abr. 2021.

MARATAN, T. S. Dano afetivo nos relacionamentos conjugais. 2017. 50 f. **TCC (Especialização em Direito Contemporâneo)** – Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá, 2017. Disponível em:
<https://bdm.ufmt.br/handle/1/805>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MIRAGEM, B. N. B. **Direito Civil - Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580585>. Acesso em: 24 out. 2020.

NUNES FILHO, J. T. Responsabilidade civil e dano moral: uma abordagem sobre o dever de fidelidade no casamento. **Revista de Estudos Jurídicos**, v. 1, n. 28, 2018. Disponível em:
<http://maringamanagement.com.br/index.php/actiorevista/article/view/98>. Acesso em: 25 ago. 2020.

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E A RELAÇÃO COM O TRABALHO DO MIGRANTE

JULIANA MARY YAMANAKA NAKANO:

Advogada, especialista em direito material e processual do trabalho, pós graduanda no curso de especialização de direito do trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

RESUMO: o entendimento sobre o trabalho escravo assumiu diversas formas ao longo da história, de modo que, hoje, o estudo de novos paradigmas é essencial para a compreensão das exclusões em sociedade, em especial, a do trabalhador imigrante.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Trabalho escravo tradicional e trabalho escravo contemporâneo – 3. Histórico normativo internacional - 4. O trabalho escravo no Brasil: ação e regulamentação – 4.1. Herança colonizadora - 4.2. Disposições sobre o trabalho escravo no ordenamento jurídico brasileiro - 5. A relação do trabalho compulsório com a migração – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Busca-se, a partir deste texto, abordar, em linhas gerais, os conceitos sobre o trabalho escravo, a fim de estimular possibilidades de compreensões iniciais sobre o tema. A perspectiva adotada será a jurídica, estudando-se contornos normativos postos, assim como os entendimentos mais encontrados em leituras de textos e em estudos sobre a disciplina. O intuito da análise, portanto, é a indicação de ferramentas básicas para um posterior e eventual aprofundamento que o leitor se sinta inclinado a realizar.

Inicialmente, pode-se dizer que o uso do trabalho escravo não é prática recente considerando a história que se tem acesso. Desde a antiguidade, constituiu base de diversas sociedades, seja pela justificativa da conquista territorial, seja pela imposição de uma ideia pré estabelecida de relações sociais e de grupos “exploráveis”.

Esta forma de utilização do trabalho, então, continuou sendo promovida ao longo dos anos, com diferentes concepções e, até hoje, é persistente essa forma de exploração do ser humano. Na modernidade, ao contrário, é permeada por novos contornos, novas justificações e delimitações, atingindo sempre a população mais vulnerável, sendo por meio desta perspectiva que o estudo será conduzido.

2. Trabalho escravo tradicional e trabalho escravo contemporâneo

No primeiro momento de reflexão, será realizada breve exposição sobre o que se compreende por trabalho escravo tradicional, em contraposição ao contemporâneo. De início, deve-se admitir que não há como utilizar conceitos construídos durante a vigência de outras estruturas sociais diversas da atual, que é caracterizada pelo modo de produção capitalista. Isto porque, são realidades distintas que, muitas vezes, sequer permitem a criação de paralelos entre institutos.

De foda forma, o “trabalho escravo”, da maneira que a palavra soa tradicionalmente, pode ser compreendido como modalidade de exploração na qual o ser humano foi considerado objeto e teve sua dignidade totalmente reduzida. O trabalho escravo contemporâneo, por sua vez, funda-se em uma profunda mudança de paradigmas em relação ao tradicional, razão também pela qual parcela da doutrina não o denomina de trabalho escravo, mas sim de trabalho análogo à escravidão ou nomenclaturas similares.

No sistema de produção capitalista, a forma jurídica garante ao sujeito de direito a sua liberdade e igualdade para, como iguais, poder realizar trocas em sociedade, como formas de mercadoria. Tudo se transforma em mercadoria, a ponto de o ser humano vender partes de seu ser por valores monetários, os quais, por sua vez, nem sempre são expressão da quantidade de trabalho empenhado. Ao vender a força de trabalho, a ideia do consentimento individual é alterada e, portanto, a noção do trabalho compulsório também deve ser alterada para se adequar a realidade da troca de mercadorias, nas quais inclui-se o ser humano e sua força de trabalho.

Considerando esses aspectos, tenta-se traçar um paralelo (nem sempre possível e simétrico, como supramencionado) entre características do trabalho escravo tradicional e do contemporâneo.

Preliminarmente, aponta-se a questão da privação da liberdade. Na escravidão tradicional, o ser humano era efetivamente considerado propriedade e assim estabelecido pelos próprios meios normativos. Não se tinha uma ideia de igualdade (ao menos formal – aquela estabelecida de acordo com uma norma) entre os indivíduos e, assim, sobre eles eram exercidos todos os atributos relacionados ao direito de propriedade (usar, gozar, dispor de um objeto). Assim a inexistência de liberdade configurava parte central para a caracterização do trabalho compulsório.

Na escravidão tradicional, também se pode mencionar que o custo de compra de um indivíduo era alto. Apenas aqueles que possuíam dinheiro o suficiente e, normalmente, a propriedade da terra para exploração, eram quem conseguiam comprar escravos para impulsionar seus processos produtivos. O valor da mão de obra pode ser relacionado com a escassez dessa forma de trabalho e, no Brasil, por exemplo, se deu sobretudo com a proibição do tráfico negreiro em 1850 com a Lei Eusébio de Queirós, como se aprofundará a seguir.

Ademais, considerando toda a perspectiva de apoderamento de um indivíduo como propriedade alheia, a manutenção da ordem no modelo tradicional era realizada com ameaças, castigos, vigilância ostensiva etc.

Nos novos delineamentos sobre o trabalho escravo contemporâneo, existem alterações significativas sobre que se considera o “trabalho escravo”. Como ponto principal da discussão pode-se mencionar a ilegalidade do entendimento de um ser humano poder ser considerado propriedade de outrem. Não mais existe a estrutura normativa que possibilita a exploração e, portanto, deve-se considerar a mudança do eixo da liberdade para o da dignidade da pessoa humana quando da análise da configuração ou não de uma situação de trabalho escravo.

Enquanto antes o foco seria a liberdade de ir e vir das pessoas, hoje, a questão do consentimento é relativizada. O modo de produção capitalista concede a todos a ideia de igualdade e de possibilidade de venda de mercadorias – a força de trabalho dentro dessa ideia – entre iguais. No entanto, as próprias desigualdades produzidas por esse sistema que as perpetua são suficientes para levar indivíduos a venderem sua força de trabalho, em teoria, voluntariamente, por valores que sequer são capazes de garantir a dignidade da pessoa humana.

Ainda, não são raras as vezes em que, além de valores irrisórios pela venda da força de trabalho, indivíduos são mantidos em situações de trabalho sem condições adequadas de meio ambiente de laboral. Assim, ao contrário do modo tradicional, a exploração do trabalho compulsório hoje ocorre com a violação da dignidade dos indivíduos (submetidos a jornadas de trabalho exaustivas, em meio ambientes de trabalho irregulares) e com a descartabilidade dessas pessoas (custos muito baixos por seus serviços).

Atualmente, inclusive, pode-se dizer que as nuances do trabalho escravo podem ser muito difíceis de se examinar, sobretudo pelo fato da dificuldade da sua delimitação e conceituação na sociedade regida pela mercadoria. Sobre o tema, menciona-se excerto de tese que aproxima o trabalho livre do escravo:

Minha hipótese é que os elementos presentes no trabalho escravo contemporâneo e no trabalho livre contemporâneo não se opõem. A fundamental especificidade do trabalho escravo pós-abolição oficial consistira justamente nisto: com a separação entre o trabalhador e sua força de trabalho e a construção e universalização da liberdade formal capitalista, o trabalhador de hoje é simultaneamente objeto e sujeito.

*Ele é a força de trabalho (objeto/mercadoria) e também a parte contratual (sujeito de direito) que a vende*²¹.

Nota-se, então, que a realidade atual é até mesmo mais perigosa. Isto porque, com a ideia de igualdade entre os sujeitos e de proibição formal do trabalho escravo, alguns indivíduos que se submetem a tais situações sequer possuem consciência da realidade em que estão inseridos. Os próprios intérpretes do ordenamento jurídico podem se questionar se determinada situação pode ou não ser considerada de trabalho escravo, por conta das diversas armadilhas do sistema.

Por fim, indica-se como fonte de informação ilustrativa sobre a diferença entre o trabalho escravo tradicional e o contemporâneo a cartilha²² elaborada pelo Ministério Público do Trabalho, no âmbito da Coordenadoria Nacional de Erradicação ao Trabalho Escravo (CONAETE).

3. Histórico normativo internacional

Desde o início da fase de positivação mais intensa dos direitos humanos, buscou-se tutelar os direitos dos trabalhadores. Dentro desse contexto se inicia a regulamentação da temática do trabalho escravo, apesar de persistir essa realidade em diversos países, de forma legal, até muito recentemente²³.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919 com o Tratado de Versalhes, após a primeira guerra mundial, foi idealizada a fim de garantir a existência de um órgão internacional que protegesse os direitos dos trabalhadores de todo o mundo e demonstra preocupação com a proteção dos direitos laborais em âmbito internacional.

Quando se estuda a internacionalização dos direitos humanos, de uma maneira positivada, remonta-se ao período posterior à segunda guerra mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), pela Carta de São Francisco, em 1945. Mas mesmo antes da criação da ONU, pode-se mencionar a Convenção número 29 da

21 VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. Ser e não ser livre: a morfologia do trabalho escravo contemporâneo. Pg. 2

22 Cartilha *O trabalho escravo está mais próximo do que você imagina*. Ministério Público do Trabalho, Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/cartilhas/cartilha-do-trabalho-escravo/@@display-file/arquivo_pdf> Acesso em: 30/07/2020

Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1930, a qual já previa normativas sobre o trabalho forçado ou obrigatório.

Em relação à Convenção n. 29 da OIT, contudo, deve-se apontar que, algumas de suas disposições ainda permitiam o trabalho forçado. Nota-se que no período de sua edição, essa realidade ainda era muito presente em diversos países, razão pela qual a referida convenção, apesar de prever a progressiva abolição do uso do trabalho escravo, ainda assim acabou por regulamentá-lo em determinadas situações²⁴.

Após a segunda guerra mundial, então, há a criação da ONU e o incremento das discussões sobre proteção aos indivíduos, à humanidade e às garantias internacionais. No campo do chamado “sistema global de proteção aos direitos humanos”, houve a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948. Esta declaração elenca alguns direitos que deveriam ser garantidos a todos os seres humanos apenas pelo fato de serem seres humanos. Dentre os 30 artigos enumerados, a declaração é expressa em vedar o trabalho escravo em uma cláusula geral contra a escravidão. Tratava-se de preocupação essencial por ser uma prática ainda muito recorrente no período.

Apenas em 1957, a OIT edita a Convenção n. 105 sobre a abolição do trabalho escravo. É somente nessa ocasião que, enfim, se dispõe sobre a extinção dessa forma de exploração do ser humano, sem qualquer possibilidade de flexibilização como se percebia na Convenção número 29.

Posteriormente, a Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho de 1998 estabelece um importante marco por prever como um dos princípios fundamentais (*core obligations*) o combate ao trabalho escravo e a previsão de que o trabalho humano não é mercadoria. Menciona-se a importância dessa

²⁴ A Convenção n. 29 da OIT, apesar de já versar sobre o importante tema, previa, na prática, uma regulamentação de como poderia ser explorado o trabalho compulsório. Exemplo de dispositivos que demonstram a situação:

Art. 11 — 1. Somente os adultos válidos do sexo masculino, cuja idade presumível não seja inferior a 18 anos nem superior a 45, poderão estar sujeitos a trabalhos forçados ou obrigatórios. Salvo para as categorias de trabalho estabelecidas no art. 10 da presente convenção, os limites e condições seguintes deverão ser observados (...)

Art. 12 — 1. O período máximo durante o qual um indivíduo qualquer poderá ser submetido a trabalho forçado ou obrigatório, sob suas diversas formas, não deverá ultrapassar sessenta dias por período de doze meses, compreendidos nesse período os dias de viagem necessários para ir ao lugar de trabalho e voltar.

Dentre outros dispositivos.

classificação, visto que a OIT elencou quatro principais ramos de proteção²⁵, dos quais um deles especificamente é a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório.

Ainda como instrumentos de proteção internacional, elenca-se diplomas mais recentes, como o Protocolo à Convenção sobre o trabalho forçado, de 2014, o qual requer que os países desenvolvam medidas efetivas para prevenir e eliminar o trabalho forçado e também para proteger e prover o acesso das vítimas à justiça. Percebe-se um foco de impedir que as vítimas retornem à condição de trabalho compulsório. E, por fim, a recomendação n. 203, sobre trabalho forçado também prevê o fortalecimento de órgãos de proteção do trabalho.

4. O trabalho escravo no Brasil: ação e regulamentação

4.1. Herança colonizadora

A sociedade imposta no Brasil pela a colonização de exploração instalada por Portugal deixou marcas que se reproduzem até hoje²⁶, sendo este um dos principais pontos de partida para investigações sobre a formação da sociedade brasileira e o estudo do trabalho escravo contemporâneo no país.

Durante a colonização, houve o uso em larga escala do trabalho escravo africano. *Quanto aos questionamentos da não utilização da mão de obra indígena no Brasil, parte da doutrina²⁷ aponta que a preferência pela escravidão africana não se justifica pela escassez do trabalho indígena. Esta escolha se deu, sobretudo pelo formato da necessidade de acumulação e, então, o comércio de africanos também se encontrava como um negócio lucrativo para a metrópole, razão pela qual foi muito utilizada. Além de garantir a superexploração do trabalho e o uso da mão de obra até sua exaustão, o próprio comércio dessa “mercadoria” era positivo economicamente.*

Percebe-se que a escravidão tradicional e de forma legalizada no Brasil durou muito tempo, de 1550 a 1888. Nota-se, inclusive, que a história do país se baseia, em muito mais tempo, no trabalho forçado do que no trabalho livre, visto que foram 338 anos de trabalho escravo tradicional, comparados aos 130 anos de trabalho livre.

25 Os demais ramos de proteção da OIT são: (i) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iii) eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

26 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Pp. 73

27 KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e vadiagem. A origem do trabalho livre no Brasil*. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A. 2ª ed. 1994

Se tinha, nesse período, a existência do instituto da propriedade sobre outro ser humano e a objetificação de pessoas amparada pela norma.

Após a independência do Brasil e a dinamização, ainda que lenta, da economia interna, há também um movimento de transição para a mão de obra livre. Ao longo do século XIX são adotadas medidas que culminam com o fim do uso da mão de obra escrava. Em 1850, com a Lei Eusébio de Queiros, há a proibição do tráfico de escravos internacional. Em 1871, há a edição da Lei do Ventre Livre e, em 1885, a Lei dos Sexagenários. Em 1888, finalmente, quando também o sistema de trabalho escravo no país já não poderia se sustentar, há a abolição do uso desse tipo de mão de obra.

Em linhas gerais, a transição para o “trabalho livre” se deu baseada no apoio do direito que sustenta o capitalismo que ia se consolidando no Brasil (e também nas mudanças socioeconômicas). Além das normativas mencionadas sobre o fim da escravidão, em si, se transforma o ordenamento no sentido de promover a igualdade entre os seres humanos e, então, a possibilidade de troca entre iguais como já mencionado.

Percebe-se a clara técnica do direito de, ao transformar todos em iguais, garantir a tudo a assunção da forma mercadoria para a troca entre indivíduos inclusive da força de trabalho. Nesse sentido, com o fim da escravidão no Brasil, teoricamente, apenas se tem o trabalho livre e qualquer forma de exploração do ser humano nos moldes escravocratas deve ser repudiado. Passa-se ao modelo atual da mão de obra “livre”.

4.2. Disposições sobre o trabalho escravo no ordenamento jurídico brasileiro

Considerando o ordenamento jurídico brasileiro, a tutela dos trabalhadores contra o trabalho compulsório é realizada com base, sobretudo, nas disposições acerca da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho. Ambos são valores assegurados constitucionalmente nos artigos: 1º, III e IV; 170 caput da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Nota-se, no entanto, que em âmbito constitucional, ao menos em sua redação original (em 1988) não se mencionou em qualquer lugar a vedação ao trabalho escravo propriamente dito. A única previsão que poderia se aproximar de uma regulamentação seria a impossibilidade de existência de penas de trabalhos forçados no artigo 5º, LVII. No entanto, no tema da regulamentação do trabalho em si (e não apenas de uma penalidade), não houve previsão sobre.

Infraconstitucionalmente, por sua vez, o artigo 149 do Código Penal previa, de maneira genérica, o tipo penal de *Reduzir alguém a condição análoga à de escravo*, no entanto, sem estabelecer qualquer descrição sobre o que seria esse tipo de trabalho

ou alguma hipótese específica de incidência. Isto, na prática, dificultava os operadores do direito a identificar e até mesmo punir os casos de trabalhos forçados.

Como a abstração e a generalidade da norma gerava pouca efetividade, os principais instrumentos normativos utilizados para o combate ao trabalho escravo eram, essencialmente, a normativa internacional supramencionada.

Ocorre que, em 2003, a legislação interna brasileira passou por grande mudança. Isto ocorreu em decorrência de um caso levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Caso José Pereira. Trata-se de caso ocorrido no final dos anos 80, que obteve solução amistosa na Comissão no final de 2003.

José pereira nasceu em São Miguel do Araguaia, foi para o Pará aos 8 anos na companhia do pai que trabalhava em fazendas. Chegou nessa fazenda, onde trabalhou em condições análogas a escravo. Em tentativa de fuga, levou um tiro, se fingiu de morto e foi jogado em uma fazenda vizinha junto com seu companheiro de fuga que morreu. Caminhou então até a sede da propriedade e pediu socorro e depois, em Belém, denunciou a situação que vivera à Polícia Federal, sem receber qualquer resposta, no entanto.

Pela inércia da justiça brasileira, o caso foi levado à Comissão Internacional de Direitos Humanos e hoje possui grande importância, visto que, o Brasil, pela primeira vez, reconheceu sua responsabilidade pela existência de trabalho escravo no país e se comprometeu a tomar atitudes ativas para melhorar.

No âmbito interno brasileiro, a CONATRAE foi criada depois do caso, em agosto de 2003, José Pereira foi indenizado no valor de 52 mil reais, o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade internacional e estabeleceu uma série de compromissos relacionados com o julgamento e punição dos responsáveis, medidas pecuniárias de reparação, medidas de prevenção, modificações legislativas, medidas de fiscalização e punição ao trabalho escravo, e medidas de conscientização contra o trabalho escravo.

Em 2003, então, houve alteração no referido artigo 149 do Código penal que passa a dispor de maneira muito mais detalhada o que seria o crime de redução à condição análoga à escravidão:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Por fim, menciona-se que o ajuizamento de ações pode levar à responsabilização de quem explora o trabalho escravo. Esta pode ocorrer na seara criminal, condenando os infratores às penas da legislação penal brasileira, e também na civil, relacionado ao pagamento de indenizações. As indenizações podem ser de duas ordens. A primeira, é a destinada diretamente aos trabalhadores (dano moral individual) e a segunda pode ser destinada à coletividade (dano moral coletivo). A empresa ou o empregador infrator também podem ser elencados na chamada "lista suja", documento criado que reúne informações, a fim de expor a violência, de todos os exploradores do trabalho nessas condições.

5. A relação do trabalho compulsório com a migração

Aquele que migra enfrenta uma série de barreiras como a não compreensão das instituições do novo país e dos meios de acesso à justiça. Desconhecedor deste novo país, de seu funcionamento básico e, sobretudo, dos direitos, o imigrante sofre ainda mais barreiras na vivência em uma nova localidade.

Quando se vislumbra o direito do trabalho, a situação torna-se ainda mais complexa, pois a primeira conduta de um indivíduo que se estabelece no Brasil e, principalmente, aqueles advindos da migração forçada, é a busca de um trabalho.

Aponta-se algumas questões centrais na análise, como a da ideia do reconhecimento pelo indivíduo em sociedade de um direito exigível²⁸. Sem conhecer o direito brasileiro, acabam, muitas vezes, sendo submetidos a condições degradantes de trabalho e sequer reconhecem que têm seus direitos violados. A situação ocorre

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Servio Antonio Fabris Editor, 1988. Pg. 21

tanto por eventual diferença nos sistemas jurídicos de proteção laboral entre os países, quanto pela má fé e aproveitamento de alguns empregadores.

Na perspectiva da necessidade da venda da força de trabalho por um salário para o sustento, combinado ao desconhecimento da legislação brasileira e de toda a proteção no âmbito laboral, os imigrantes são recorrentemente explorados na condição de trabalho análogo à escravidão, nos termos mencionados nos itens anteriores deste estudo.

A fim de ilustrar a realidade mencionada, utiliza-se o levantamento “Trabalho escravo e gênero: quem são as trabalhadoras escravizadas no Brasil?”²⁹, que é baseado em artigo científico com apoio da OIT (Organização Internacional para o Trabalho). Neste trabalho, há a informação de que, no município de São Paulo, de acordo com dados da Subsecretaria da Inspeção do Trabalho do Ministério da Economia sistematizados pela Repórter Brasil (janeiro de 2003 a junho de 2018), do total de 430 trabalhadores resgatados, 30,4% são mulheres e destas, 93,1% são imigrantes.

Trata-se de uma realidade específica, urbana e em determinada região do país. No entanto, é suficiente para quantificar a vulnerabilidade dos trabalhadores imigrantes, conforme explicitado acima.

Enfim, aponta-se que como consequências para os trabalhadores que são resgatados dessa condição, o principal foco deve ser a instrução e o acolhimento para que não se retorne à condição de exploração vivenciada (o que é muito comum também). Dentro do campo normativo trabalhista, ainda pode ser possível a configuração da chamada rescisão indireta do “contrato de trabalho” (considerando a projeção de um contrato), sendo a vítima dessa forma de exploração detentora de todas as verbas decorrentes da “prestação dos serviços”. Também, o trabalhador imigrante, independentemente de sua situação migratória, quando resgatado do trabalho em situações análogas à escravidão tem o direito de receber parcelas de seguro desemprego, conforme dispõe as normas brasileiras³⁰.

6. Conclusão

Por meio deste estudo, pode-se elencar as principais noções sobre o trabalho escravo tradicional, a sua relação com o trabalho escravo contemporâneo. Um repasse

²⁹ *Trabalho escravo e gênero: Quem são as trabalhadoras escravizadas no Brasil?* Disponível em: https://escravonempensar.org.br/wp-content/uploads/2020/09/GENERO_EscravoNemPensar_WEB.pdf (acesso em 03/2021)

³⁰ art. 2º C da Lei n. 7.998/90 e IN 91/SIT/MTE

sobre os principais institutos no campo normativo internacional, assim como a evolução considerando a história brasileira e as normas nacionais.

Trata-se de tema importante quando do tratamento trabalhador imigrante, visto que, inevitavelmente, a participação em uma relação laboral será parte da vida dos indivíduos. Analisar, então, o campo normativo a fim de se garantir a subsunção à norma de forma sempre a buscar a maior garantia de direitos e inibir violações a direitos humanos deve ser o cerne de qualquer atuação, e, neste caso, a fim de se promover entendimentos sobre o trabalho escravo contemporâneo ao qual muitos ainda são submetidos.

7. Referências bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Servio Antonio Fabris Editor, 1988. Pg. 21

Cartilha *O trabalho escravo está mais próximo do que você imagina*. Ministério Público do Trabalho, Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/cartilhas/cartilha-do-trabalho-escravo/@@display-file/arquivo_pdf> Acesso em: 30/07/2020

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Pp. 73

KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e vadiagem. A origem do trabalho livre no Brasil*. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A. 2ª ed. 1994

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013

Trabalho escravo e gênero: Quem são as trabalhadoras escravizadas no Brasil? Disponível em: https://escravonempensar.org.br/wp-content/uploads/2020/09/GENERO_EscravoNemPensar_WEB.pdf (acesso em 03/2021)

VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. Ser e não ser livre: a morfologia do trabalho escravo contemporâneo.

CULTURA DO ESTUPRO: PRÁTICA E INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA AS MULHERES

BEATRIZ RIBEIRO DA SILVA:

Bacharelada do curso de Direito da
Universidade Brasil

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

RESUMO: O presente artigo busca analisar a cultura do estupro, desde o seu início até os dias atuais. Esta análise se faz urgente tendo em vista que o crime de estupro é amiudadamente ocasionado por uma necessidade de confirmação do poder do homem sobre a mulher. A violência sofrida pelas mulheres sempre esteve presente desde o início da sociedade brasileira, ainda que existam os movimentos feministas, a mulher continua sendo julgada de acordo com os estereótipos e figuras do patriarcado. O artigo aguça a necessidade de frisar o quanto é propagada a regra social de como a mulher deve se portar na presença de um homem, incluindo o comportamento mais adequado para manter sua integridade física e evitar agressões. A cada 11 minutos uma mulher é vítima de estupro no Brasil, e em um grande montante destes casos o crime é cometido dentro do ambiente familiar. Esta pesquisa foi desenvolvida por meio de análise do código penal brasileiro, da Lei nº 12.015 de 2009, bibliografias, teorias e doutrinas que conduzem o tema.

Palavras-chave: Estupro. Violência. Mulher. Cultura. Vítima. Patriarcado. Estereótipos. Comportamento.

SUMARIO: INTRODUÇÃO; 2 CONCEITO INERENTE AO ESTUPRO E VIOLÊNCIA SEXUAL; 2.1 O ESTUPRO; 2.2 VIOLÊNCIA SEXUAL; 3 CULTURA DO ESTUPRO; 4 IMAGEM DA VITIMA PERFEITA; 5 A ESTRUTURA DO ESTUPRADOR; 6 O CIRCULO DA PROSTITUIÇÃO; 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A “cultura do estupro” se baseia, em termos gerais, na normalização dos comportamentos sexuais violentos dos homens, aos olhos da sociedade. Esta expressão é utilizada para descrever uma esfera na qual o estupro é preponderante na mídia e cultura popular, assim como a violência sexual contra as mulheres.

Busca-se aguçar a atenção para a necessidade em se falar nesta cultura, há tempos nutrida por hábitos e comportamentos machistas, sexistas e misóginos naturalizados e encorajados pela etiqueta corporal e comportamental estabelecida às mulheres.

A análise do tema se faz urgente tendo em vista que o crime de estupro é, frequentemente, movido pela necessidade de confirmação do poder masculino sobre a mulher, taxando como usual e corriqueira as condutas sexuais afrontosas à sua dignidade, sob a perspectiva de que esta pertence ao homem, tal como seu corpo.

Para desenvolver este trabalho a metodologia utilizada, na abordagem deste tema, é de uma pesquisa pura e básica, baseada em conceitos gerais mais amplos, qualitativa, apresentando resultados já existentes e, além disto, exploratória e bibliográfica, proporcionando uma visão geral das doutrinas e principais teorias que norteiam o tema.

No primeiro tópico serão abordados os conceitos e definições do estupro e violência sexual, assim como um breve relato da evolução histórica conforme o passar dos anos. Na sequência o artigo retratará casos concretos e desfechos da prática deste crime, expondo também qual o comportamento fundamental para se encaixar no papel de vítima perfeita, e o quanto a sociedade fantasia a imagem de um estuprador. Por fim falaremos sobre o quão comum se torna a violência sexual e os casos de estupro no círculo da prostituição.

O presente artigo tem como objetivo analisar a Lei nº 12.015 de 2009, em seu artigo 213 do Código Penal Brasileiro, bem como discorrer sobre a cultura do estupro no Brasil, apresentando casos de prática deste crime, e também demonstrar o porquê a sociedade normaliza a prática sexual violenta dos homens.

2 CONCEITO INERENTE AO ESTUPRO E A VIOLÊNCIA SEXUAL

2.1 O estupro

A origem da palavra estupro vem do termo romano "strupum" que significa vergonha, desonra. O Código Penal Brasileiro em seu artigo 213 (na redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009), define o estupro como constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Um dos crimes mais violentos de extrema gravidade, sendo hoje considerado como crime hediondo, o estupro se enquadra na categoria de agressão sexual, geralmente envolvendo relação sexual ou atos libidinosos praticados contra uma pessoa sem o seu consentimento. O ato pode ser realizado por força física, coerção, abuso de autoridade ou contra uma pessoa incapaz de oferecer um consentimento válido, tal como quem está inconsciente, incapacitado, tem uma deficiência mental ou está abaixo da idade de consentimento.

Em virtude da nova redação constante do título VI do Código Penal podemos apontar como bens, juridicamente protegidos,

pelo artigo 213, a liberdade e a dignidade sexual. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo, no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro atingindo a liberdade sexual agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual (GRECO, 2017, p.77).

O Código Penal Imperial (1830) entendia que o estupro era um crime contra a segurança da honra da mulher, e estava ligado com o defloramento da mulher virgem e com a violação sexual violenta da mulher honesta. O defloramento da mulher virgem só seria aceito com o casamento, como forma de exclusão da punibilidade, assim qualquer ofensa sexual, havendo o casamento, seria automaticamente camuflada. Nestes casos de estupro de mulheres honestas, o agressor era obrigado a pagar um dote para redimir a honra da família da vítima. A reforma da legislação em 1940 alterou o título do crime de estupro, passando a ser tratado como “Dos crimes contra os costumes”, apesar de refletir ininterruptamente contra a liberdade sexual, o estupro ainda era tido como um crime que feria os costumes e não contra a pessoa.

A nova legislação se preocupou, principalmente, com o respeito à dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito, pois não há dúvidas sobre a intensidade da violação que as vítimas dessa espécie de infração sofrem, observando-se a tentativa de combate às diversas espécies de violência sexual, não reguladas de forma eficaz pela legislação anterior (NUCCI, 2014, p. 2).

O estupro é considerado um crime material, e se consuma com a produção do resultado naturalístico, consistente na conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Consuma-se, portanto, após o constrangimento da vítima. O elemento subjetivo deste crime é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de constranger alguém.

Por ser um crime periodicamente praticado, estima-se que 527 mil pessoas são estupradas por ano no Brasil, em um cenário de que a cada 11 minutos uma destas é estuprada; e a mulher, mesmo representando metade da população, é o alvo majoritário da execução do delito, figurando 89% das vítimas (CERQUEIRA e CRUZ, 2014, p. 26).

Este crime pode ser praticado nos mais variados ambientes, incluindo a própria casa da vítima, o trabalho, o temido “beco escuro”, espaços e vias públicas, escolas e, inclusive, hospitais. Esta variação mostra-se também na imagem do estuprador, que está presente em todos os lugares e classes sociais. Geralmente, associamos esta imagem a pessoas desconhecidas e estranhas, no entanto, ordinariamente, o estuprador convive dentro do

ambiente familiar, podendo ser o marido, o namorado, o tio, um vizinho e/ou um parentesco da família.

Por muito tempo a legislação entendia que o estupro se concretizava apenas nos casos de penetração vaginal comprovada e conjunção carnal certificadamente forçada. A lei nº 12.015 ampliou este conceito do estupro, introduzindo condutas e atos que não houvesse o consentimento da vítima, os chamados atos libidinosos, como a carícia e o toque. Outra mudança trazida pela redação da Lei 12.015 foi a de quem poderá ser sujeito passivo no crime de estupro, a palavra “mulher” foi substituída pela palavra “alguém”, entendendo que ambos os sexos se encaixam no papel de vítima.

Deve-se analisar a subjetividade da conduta, isto é, o dolo do agente, como por exemplo, os esbarrões e esfregões. Um exemplo clássico é a do indivíduo que acaba se esfregando em uma mulher dentro de um ônibus ou metrô superlotado. Não se devem generalizar os atos libidinosos, pois o indivíduo pode estar inocentemente espremido, pela quantidade de pessoas, causando assim o atrito (SANTOS, 2012, p. 4).

Vale também ressaltar que o parágrafo primeiro desta Lei trouxe o agravamento das situações de estupro que resultem em lesão corporal de natureza grave e também o agravamento dos casos em que a vítima for menor de 18 anos e maior de 14 anos, a pena agora varia entre 8 a 12 anos dependendo das agravantes, e se resultar em morte a pena irá variar entre 12 a 30 anos. A ação penal que anteriormente era promovida por ação privada, hoje, dependendo do crime sexual se tratar, deverá ser promovida por ação penal pública condicionada ou incondicionada, da mesma forma que foi acrescido pela redação desta lei o estupro de vulnerável. Através de tais mudanças, foi reconhecida a proteção estendida da vítima que antes não se via amparada pela Lei de estupro.

2.2 Violência sexual

A palavra violência tem sua origem do latim *violentia* (impetuosidade), e está ligada ao termo *violare*, que significa: potencia, força, descumprir, infligir. Em termos gerais ‘violência’ significa operar a agressividade de forma descomunal e intencional, contra uma pessoa ou grupo, resultando, em muitos dos casos, em morte, dano psicológico, ou qualquer tipo de ferimento.

Existem diversas formas de violência, subdividindo-se em: violência física, violência institucional, violência intrafamiliar, violência moral, violência patrimonial, violência psicológica e violência sexual. Cada uma delas é manifestada através de atos como violar, abusar, agredir, ofender, desrespeitar, entre outros.

Dentre tais formas de violência, a abordada neste estudo é a violência sexual, conceituada como qualquer ato sexual não consentido, obtido por meio de coação, fraude, assédio, constrangimento mediante violência grave ou ameaça, e outros mais.

A violência sexual, praticada sob forma de abuso (ato sexual entre um adulto e uma criança), estupro (conjunção carnal forçada por meio de violência), ou do atentado violento ao pudor (prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal mediante coerção), ocorre em todos os tipos de sociedade, e afeta pessoas de qualquer idade, classe social e etnia. Os autores da violência sexual podem ser conhecidos ou desconhecidos. No caso da violência contra mulheres, com muita frequência os autores são os parceiros (VILELA, 2006, p. 4)

As agressões sexuais contra a mulher são consideradas violência de gênero, uma arguição extrema de governança do homem a fim de caucionar a submissão da vítima a sua vontade, abordando a ideia de que o poder sexual está no homem, e que este poderá usá-lo sem antes ter um consentimento. Como fatores associados a este crime está o baixo índice de formação profissional, ter um ou mais parceiros íntimos, consumir bebida alcoólica, baixa escolaridade e uso de drogas, aumentando 18,9% à chance de uma mulher sofrer violação sexual.

A História de violência sexual contra as mulheres vai além do que se imagina, no período colonial, por exemplo, a esposa ficava submissa às regras do marido, que limitava seu modo de agir e portar, de acordo com seu grau social, hierarquia ou raça. Já a sociedade escravista da época, permitia o estupro das escravas negras pelos seus senhores do engenho. Ainda além, o Código Civil de 1916 definia a imagem do homem como "chefe da família" enquanto a mulher era classificada como "relativamente incapaz".

Portanto a violência sofrida pelas mulheres sempre esteve presente desde o início da sociedade brasileira, ainda que existam os movimentos feministas, a mulher continua sendo julgada de acordo com os estereótipos e figuras do patriarcado. O ato sexual é pensado para os homens, de acordo com tais estereótipos, como forma de posse ou dominação, ficando a mulher a mercê e submissa a tal situação, dificilmente podendo expressar as suas verdadeiras vontades.

Em complementação com o Código Penal Brasileiro, a descrição na Lei Maria da Penha auxilia a evidenciar as vastas formas de violência sexual existentes, indo além do estupro, ocupando um papel importantíssimo visto que, muitas das vezes, os estereótipos relacionados aos papéis sexuais de cada gênero fazem com que uma violência desta gravidade não seja reconhecida gerando uma falsa expectativa sobre os comportamentos das pessoas.

3 CULTURA DO ESTUPRO

Primordialmente é válido entender sobre o significado da palavra cultura, que em geral, remetemos a algo positivo e verdadeiro. No entanto neste tema abordado, “cultura” significa comportamentos, não necessariamente bons, mas que estamos acostumados a aceitar, já que crescemos vivenciando e aprendendo a repeti-los, tendendo a julga-los como naturais. E é a partir desta conceituação que surge a problematização deste estudo.

O termo “Cultura do estupro” é utilizado desde os anos de 1970, época chamada de segunda onda feminista, nos Estados Unidos, com o objetivo de conscientizar a sociedade sobre a prevalência do estupro. Tal conceito assumia o papel de que o estupro seria normal e natural na cultura americana, e que as mulheres eram vistas como indivíduo inferior, objeto de propriedade e desejo do homem.

Outro fator importante acerca da cultura do estupro é entender o papel do poder e do sexo dentro da sociedade. Não se trata de confundir a atividade sexual consentida com a violação sexual, nada disso, mas é importante compreender como os dois se cruzam na concepção do estupro, da vítima, do Estado e da sociedade em geral, mesmo que estes não se deem conta disso. Uma grande parte desse problema está na notável repressão sexual sofrida pela mulher, em contraposição ao incentivo sexual recebido pelos homens (FLOREANO, 2017).

A cultura do estupro também esteve ligada diretamente com a guerra, os homens eram incentivados a violentarem as mulheres sexualmente como forma de elevar sua moral perante a tropa. Desde muito cedo se ensina as mulheres a não andarem sozinhas e a se portarem adequadamente, como se o comportamento delas servissem para evitar tal atrocidade. Quando um modelo esperado do comportamento feminino é de não tomar iniciativa do ato sexual, ser discreta e seduzir o desejo do homem tornam-se duvidosas as alegações do estupro que ela sofreu, já que a resistência e a provocação trazem a ideia de que “ela queria” o ato sexual.

Desde o seu nascimento, os homens são ensinados a utilizarem a agressividade de maneira violenta, serem fortes e sempre corajosos, não chorar e nem sofrer, enquanto as mulheres são estimuladas a serem sempre delicadas, representando o papel de vítima, objeto de disputa ou conquista, são como scripts pré-determinados para cada gênero. A sociedade estimula que os homens hipervalorem o sexo e sua maior responsabilidade social será de conquistar o maior número possível de mulheres, enquanto elas devem se manter o mais virginal possível.

Tal cultura do estupro moldada desde muito cedo, exige que os meninos exerçam uma sexualidade incontrolável, enquanto às meninas caberá se submeter aos desejos destes, portanto, a mulher sempre será culpabilizada pelo ato da violência que sofreu, ora pela roupa que vestia, ora pelo local que andara sozinha. Em um passado não distante a sociedade tolerava que o marido fosse sujeito ativo do crime de estupro contra sua mulher, pois era dever dos cônjuges manter relações sexuais.

A partir desta distinção de o que é para homem e o que é para mulher, regras culturais passam a reforçar os padrões comportamentais certos para cada indivíduo, distinguindo cada vez mais o papel de cada um na sociedade. As mulheres sempre representadas como coadjuvantes, seres inferiores, sempre elogiadas por sua aparência, orientadas a ficarem caladas e de pernas fechadas, enquanto os homens serão os protagonistas, heróis, guerreiros, a serem sempre campeões, aprendendo desde cedo a resolver suas pendências com a violência.

Neste sentido de divisão dos papéis de gênero, esta cultura patriarcal facilita a opressão das mulheres, tal como na mídia televisiva que a sexualiza descomunalmente. Os corpos das mulheres surgem repentinamente objetificados, sujeitos a insinuações ultrajantes a sua sexualidade e moral, aparecendo de forma provocativa aos homens, como meio de lhes chamar atenção. São vistas e tratadas como chamariz, para promover a venda de produtos e serviços.

Se pensarmos nos últimos comerciais assistidos a figura da mulher aparece, na grande maioria, para agradar aos homens, exemplo as propagandas de cerveja, que utilizam os corpos de mulheres, quase sem roupa alguma, para prender a atenção, como se apenas o corpo, e toda a sexualidade envolvida, é que servisse para vender o produto. Esta representação se dá o nome de objetificação, reforçando a ideia de que a mulher seria uma coisa valorizada por seu uso, e não um ser humano como o homem. Esta opressão e objetificação feminina se baseiam nos valores machistas e patriarcais que visam à mulher como submissa.

Apesar da mudança no Código penal com relação aos crimes sexuais, dada pela Lei 12.015, o maior índice de vítimas continua sendo as mulheres com agressores homens, embora a luta seja grande, esta realidade ainda é resultado de uma enorme desigualdade dos gêneros, juntamente com a soma de uma sociedade machista que acredita que a mulher não deve se portar da mesma maneira que um homem, e que sua forma de agir, seus modos de vestimentas, e até mesmo os locais que frequenta contribuem para que seja violentada.

A cultura do estupro funciona como um mecanismo de controle informal, que mantém as mulheres reféns do medo da violência sexual, ao responsabilizar a vítima e propagar a ideia de que a forma mais eficaz de proteção seria não desviar das regras de

comportamento impostas. Comportamento este que deve priorizar o recato, a negação da própria sexualidade, a passividade e a reclusão. Lembrando que 1/3 dos brasileiros acredita que “mulheres que não se dão ao respeito merecem ser estupradas”. Dessa forma, julgamentos são proferidos muito antes de a questão chegar às instituições, e o judiciário, complementarmente, se encarrega de realizar o controle formal, reproduzindo os mesmos estigmas e os consolidando através de atos processuais (REIS, 2020).

No dia 21 de maio do ano de 2016, uma jovem de 16 anos foi violentada sexualmente por mais de 30 homens na cidade do Rio de Janeiro, o estupro coletivo ocorreu por pelo menos duas vezes entre o sábado e o domingo, e além do mais os agressores também divulgaram fotos e vídeos da jovem nua e sendo violentada. Em fevereiro do ano de 2019 uma adolescente de 15 anos de idade teve seu útero dilacerado após ser abusada por 5 homens em Manaus, a vítima relatou que a caminho de sua escola foi convencida por um colega a ir até uma casa, e que ao chegar no local, se deparou com outros 4 rapazes prontos para estupra-la, os abusos duraram por mais de 4 horas.

Na cidade de Carlinda estado do Mato Grosso, uma criança de 6 anos de idade foi estuprada por seus pais e por vizinhos da família, a vítima relatou que seu próprio pai a colocava para assistir vídeos e cenas pornográficas para depois violenta-la sexualmente. No dia 10 de setembro de 2020 um padrasto foi preso no estado do Ceará acusado de estupro sua enteada de 14 anos de idade. No ano de 2017 a escritora Clara Averbuck foi estuprada ao voltar de uma festa, dentro de um carro da empresa Uber pelo próprio motorista, ela afirmou que estava bêbada e que o agressor se aproveitou de tal situação para tocar suas partes íntimas, Clara relatou também que já foi vítima de estupro aos 13 anos de idade.

Outro caso repugnante que se torna cada dia mais comum neste meio de violação sexual é a ocorrência de pais que estupram suas próprias filhas, regados por um sentimento de posse, pois em seu discernimento carregam a certeza de que elas o pertencem, assim como seus corpos. No ano de 2016 um pai praticou o estupro em sua filha de 9 anos, e alegou que a culpa seria toda da vítima, pois por dias ela teria o seduzido, ficando assim quase impossível de resistir.

Estes relatos são apenas uma breve parte de um vasto e extenso meio onde a cada 11 minutos uma mulher é vítima de estupro no Brasil, e em diversos destes casos nenhuma providência é tomada. Segundo estudos apenas 10% das vítimas denunciam, geralmente por carregarem um sentimento de culpa após o fato, além de ter sua vida destrinchada a procura de indícios que fundamentem o estupro sofrido, o senso

comum tende a buscar uma responsabilidade na vítima por não ter sido capaz de evitar tal atrocidade.

4 A IMAGEM DA VITIMA PERFEITA

Quando somos comunicados de um roubo, furto, ou assalto, a tendência é acreditarmos tão facilmente na vítima do que duvidar dela, guiados por um sentimento de justiça, em tais casos de violação de propriedade, o que não acontece no caso do estupro. Não basta apenas a constatação do estupro, mas também a averiguação da reputação da vítima, e qual era o seu comportamento antes da prática deste crime, é levado em consideração o seu histórico, tal qual como a sociedade julga a sua moral.

A estrutura social da imagem da vítima perfeita surge do princípio de que, a castidade da mulher é um selo de bons antecedentes familiares e bons costumes, bem como uma mulher com a vida sexual abundantemente ativa seja reconhecida como pessoa de “má índole” e escandalizada. A reputação serve como definição de quem realmente é inocente, e também representa a honra familiar, pois uma mulher “deflorada” torna-se, todavia, uma mulher perdida, assim para ser reconhecida como vítima, antes do acontecido, é preciso estar classificada e encaixada nos padrões de castidade que a sociedade impõe.

Existe um imaginário sobre a vítima de estupro, a qualidade da pessoa aumenta ou diminui o crime, assim como a sua condição, portanto um estupro cometido contra uma prostituta tem um peso quase nulo se comparado ao de uma “mulher de família” aos olhos da sociedade, a violência contra uma doméstica é menos grave se comparada a uma moça de condição social maior. Esta condição modula a escala de gravidade deste crime, rotulando quem realmente se encaixa no papel de vítima. Não basta sofrer a violência física, há a necessidade de comprovação da aceitação da sociedade, e se encaixar nos padrões definidos para ser uma vítima.

Outro fator relevante se dá no local de cometimento do crime, na maioria dos casos dentro do ambiente familiar. O lugar que a mulher deveria se sentir segura e protegida é também o lugar onde presumivelmente ela será vitimizada, sem ter a quem recorrer, já que a tendência é que a família oculte o crime para não “manchar” a índole do agressor perante as pessoas, e muita das vezes este é tido como a própria vítima do acontecido.

Não existe um perfil específico para a vítima e também para o agressor dos crimes sexuais, mas é difícil acreditar que um homem “trabalhador” e “honesto” seria capaz de cometer tal barbárie. Na maioria das vezes a responsabilização por este crime recai sobre a mulher, tanto por seu comportamento, quanto por suas roupas, que segundo alegam, influenciam para instigar o agressor na prática deste delito, ou até mesmo incentiva-o a não controlar seu apetite sexual. Logo a vítima estuprada sofre

duas vezes, primeiro por ter sua dignidade sexual violentada e segundo por ter que comprovar a sua inocência.

É comum buscar uma justificativa para este crime em algum feito da vítima, visto que em grande parte dos casos elas se calam, com medo do julgamento, e como não falam, facilitam para que seu agressor saia impune. Nos casos envolvendo embriagues ou uso de drogas pela vítima, os agressores utilizam destes pretextos para justificarem seus atos, não levando em consideração à baixa habilidade de tomada de decisão (devido ao uso de drogas e álcool), e, além disto, existem hoje substâncias psicotrópicas usadas especialmente para se cometer abusos sexuais, já que a vítima, após consumi-las, posteriormente, não se lembrara de nada.

O comportamento esperado para ser uma vítima perfeita do crime de estupro, portanto, é que, a mulher forçada a ter relação sexual contra sua vontade, lute com seu agressor, saindo deste ato com hematomas que comprovem que ela realmente foi vítima do crime, que ela resistiu bravamente contra as investidas do agressor. O problema é que nem sempre são estas as circunstâncias que envolvem o estupro, mas que estão no imaginário das pessoas. Uma mulher ou jovem que resistiu ao estupro bravamente cumpre, segundo a sociedade, corretamente o papel de vítima.

5 A ESTRUTURA DO ESTUPRADOR

Da mesma forma que a sociedade constrói qual tipo de mulher pode ou não ser considerada uma vítima, também é projetada uma ideia de quem se encaixa para ser um estuprador. Geralmente o estuprador comum é tido como um homem que possui distúrbios mentais, que seja louco e que use a força física para violentar sexualmente as mulheres. Esta imagem geralmente é retratada em filmes e novelas, e além de tudo, demonstram que os ataques ocorreram por falta de cuidado da vítima, por exemplo, por sair à noite sozinha, tornando-se um alvo fácil. Constrói-se então uma percepção de que tanto os comportamentos e gestos da vítima influenciam totalmente para que esta seja violentada, diminuindo a culpa exclusiva do agressor.

Portanto é propagada uma regra social de como a mulher deve se portar na presença de um homem, incluindo o comportamento mais adequado para manter sua integridade física e evitar agressões, porém esta regra social não se vale para os homens, mesmo julgando ser errado e repugnante que um homem vá até um beco escuro e estupe alguém, esta regra social não considera errado que este mesmo homem use de artifícios como embebedar alguém para depois cometer o ato sexual com este alguém que esta inconsciente.

Diante de crimes hediondos, é comum pensar que o criminoso "só pode ser doente". É preciso enterrar o senso comum: não é necessário ter algum distúrbio mental para cometer um estupro

ou assassinato cruel. Pessoas comuns são capazes de atos monstruosos. A maior parte dos agressores atendidos no PAV Alecrim cometeu violência sexual contra alguém da própria família. Os discursos dos estupradores têm muito em comum: eles costumam justificar seus atos acusando a vítima. “Ela estava de saia; sentou no meu colo [no caso de crianças]; ela me olhou de um jeito diferente; não disse ‘não’; ela estava sozinha num beco escuro” (MENEZES, 2019).

O senso comum trata a imagem do estuprador como a de um homem mal, com sérios problemas psiquiátricos facilmente percebíveis, e jamais associam a imagem de um vizinho, um amigo da família ou até mesmo um parentesco. Porém a maioria dos casos de estupro não são cometidos por maníacos que atacam a noite em uma rua abandonada e escura, mas são, geralmente, pessoas comuns tendendo a serem próximas da vida da vítima, não existindo um perfil específico. Um estudo realizado pelo IPEA em 2014 mostra que um 24,1% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos. Além disso, não existe uma patologia para identificar o que leva alguém a cometer tal atrocidade, as justificativas variam entre não ver tal ato como violência sexual, feito como forma de punição por algum ato da vítima, ou até por não conseguirem controlar o seu instinto.

Segundo o relatório *Estupro no Brasil, uma radiografia segundo os dados da saúde* (Ipea, 2014), 24% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos e 32% são amigos ou conhecidos da vítima. O agressor desconhecido passa a configurar como principal autor do estupro à medida que a idade da vítima aumenta, respondendo por 61% dos casos de estupro de pessoa adulta (GALVÃO, 2019)

Uma das medidas tomadas a fim de prevenir que os acusados de crime de estupro não tenham sua identidade resguardada, permitindo o acesso a todos sobre tal informação, foi à aprovação da Lei 14.069/20 que criou o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro. Tal cadastro deve conter as características físicas, fotos, DNA e dados digitais sobre os estupradores. Para os casos de condenado em liberdade condicional o cadastro deverá contar informações de sua moradia e de trabalho nos últimos três anos.

6 O CIRCULO DA PROSTITUIÇÃO

Chamada de “profissão mais antiga do mundo”, a prostituição teve sua origem do latim *prostitutio* que significa inicialmente em “se expor publicamente a algo”. Logo prostituição consiste em uma atividade utilizada para oferecer satisfação sexual a alguém em troca de remuneração, baseia-se também em valores culturais diferentes

em cada região das diversas sociedades e se refere geralmente ao comércio sexual das mulheres para a satisfação de clientes masculinos.

A relação comercial que se estabelece com a prostituição é marcada por opressões e violências, regadas por um pensamento de que as prostitutas negam as normas e os padrões pré-estabelecidos usando seu corpo como mercadoria. Com a baixa legalização desta profissão as mulheres são expostas a diversos riscos impedindo o acesso ao direito básico como os de qualquer outra profissão. Vale ressaltar que nesta profissão não é vendido somente à relação sexual convencional, mas diversas práticas íntimas a depender do que foi concordado.

A violência neste meio de prostituição é comum e constante, geralmente por que não se escolhe o cliente, e uma vez que seu corpo é transformado em objeto sexual, o abuso e a exploração se tornam normais, regados por uma justificativa de que o dinheiro pago por este trabalho garante o direito de satisfação de todos os seus desejos. Tais violências sofridas são muitas das vezes, invisibilizadas devido aos preconceitos que rodeiam tal profissão.

O cliente ao pagar por uma prostituta adquire o uso de seu corpo, pouco importando o quanto insultante seja os seus desejos, e o que realmente a mulher esteja sentindo, praticamente tratam a mulher como se ela não fosse um ser humano. Casos de violências sexuais, psicológicas e morais se tornam comuns nestes meios, justificados também pela falta de voz que as prostitutas tendem a ter devido ao seu trabalho, quem acreditaria que ela seria vítima de um estupro já que seu papel é a satisfação do desejo de seu cliente? Este fato de a sociedade fechar os olhos para as violências sofridas na prostituição também tem ligação à repressão do comportamento da mulher e a sua submissão, já que crescem sendo educadas a agradar o outro, ensinando cada vez mais as mulheres a renunciar sua autonomia.

7 CONCLUSÃO

Compreende-se então que mesmo com o passar dos tempos à sociedade resiste à abolição da dominação do homem sobre a mulher, tornando-se enraizada a cultura machista que abre portas para o estupro. A objetificação das mulheres só reforça a ideia de que seus corpos são valorizados pelo uso, resultante da realidade de desigualdade de gêneros ainda tão presente.

Em virtude dos fatos mencionados combater a cultura do estupro implica não somente em abolir a culpabilização da vítima, mas também em liquidar toda e qualquer atitude cotidiana que agrida a liberdade sexual e moral destas, baseando-se na ideia de que repartir parte da culpa do crime com a própria vítima automaticamente se atenua a ação do agressor, devendo desde o princípio ser o único e total culpado.

Por todos estes aspectos a dignidade sexual da mulher deve ser respeitada incondicionalmente, sem questionamentos e julgamentos, ela deve se sentir livre e segura, em qualquer lugar. É preciso romper a ideia que alimenta a cultura do estupro, dando espaço a liberdade igualitária de comportamentos. Ninguém tem autoridade sobre o corpo de outrem. O que uma mulher faz com seu corpo é uma decisão exclusiva e única dela, e deve ser respeitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CERQUEIRA, D.; CRUZ, D. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde. 2014. 26 p. Artigo científico – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2014.

FLOREANO, R. S. **Cultura do estupro**: pratica e incitação à violência contra as mulheres. 2017. 13 p. Artigo científico – Pontifica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

GALVÃO, P. Dossiê violência contra as mulheres. Disponível em:
<<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-sexual/>>. Acesso em: 20 de out. de 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. 77 p.

MENEZES, L. Biografia de um crime sem castigo. Disponível em:

<<https://www.metropoles.com/materias-especiais/estupro-no-brasil-99-dos-crimes-ficam-impunes-no-pais>>. Acesso em: 26 out. de 2020.

Nucci, G. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2019. Disponível em:
<<https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/>>. Acesso em: 15 out. 2020.

PEIXOTO, A. F.; NOBRE, B. P. R. **Revista Transgressões**, Natal: Ciências criminais em debate, 2015. Disponível em:
<[file:///D:/Arquivos%20do%20usu%C3%A1rio/Downloads/7203-Texto%20do%20artigo-18460-1-10-20150527%20\(1\).pdf](file:///D:/Arquivos%20do%20usu%C3%A1rio/Downloads/7203-Texto%20do%20artigo-18460-1-10-20150527%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 out. 2020.

REIS, L. A cultura do estupro está em todo lugar e aprisiona mulheres. Disponível em:
<<https://catarinas.info/a-cultura-do-estupro-esta-em-todos-os-lugares-e-aprisiona-todas-as-mulheres/>>. Acesso em: 29 out. 2020.

SANTOS, A. G. Concurso material de crimes no novo tipo penal de estupro Lei nº 12.015/09. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/28098/concurso-material-de-crimes-no-novo-tipo-penal-de-estupro-lei-no-12-015-09>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

VILLELA, W. V.; LAGO, T. **Conquistas e desafios no atendimento as mulheres que sofreram violência sexual**. 2006. 4 p. Artigo científico – Escola Paulista de Medicina: Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2007.

A DICOTOMIA ENTRE O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O CÓDIGO PENAL MILITAR: NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA LEI Nº 1001 DE 21 DE OUTUBRO DE 1969

LUCAS EMANUEL BASTOS POLARI:

Graduando do curso Superior de Direito do Centro de Ensino Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RESUMO: O código Penal Militar entrou em vigor em 21 de outubro de 1969, em plena Ditadura Militar, quando o Brasil era governado por militares, e de lá para cá tem sido o amparo legal e vigente na qualificação e dosimetria quando do cometimento de crimes penais cometidos por militares ou em organizações militares, sejam estas das forças armadas federais ou das polícias militares dos estados ou corpos de bombeiros militares. Por outro lado, para os civis, existe o Código Penal Brasileiro, criado anteriormente, pelo Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, modificado em 2009, através da Lei Nº 12015, causando um fervor no mundo jurídico e militar, com duas vertentes ganhando força, uma pela opinião de que os dois códigos continuam abrangentes e igualitários o suficiente quando tratam de crimes não tipicamente militares (que existem nos dois códigos), mesmo quando o *caput* de seus artigos tragam definições diferentes. Desta forma, movimentos militares e jurídicos liderados por escritores, juristas, associações, e até mesmo o poder legislativo, vêm desenvolvendo projetos de lei, artigos, livros e outros, no sentido de expor tal ambiguidade, e fomentar uma atualização da Lei Federal Nº 1001 de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) para que a mesma se faça contemporânea, humana e igualitária ao tratar o militar como a legislação trata o cidadão comum quando o mesmo comete crimes penais de natureza não propriamente militar, bem como seus reflexos e entendimento de alguns de seus representantes acerca do tema bem como a necessidade ou não de uma atualização da Lei 1001/69.

Palavras-chave: Código Penal Brasileiro, Código Penal Militar.

ABSTRACT: The Military Penal Code came into force on October 21, 1969, in the middle of the Military Dictatorship, when Brazil was ruled by the military, and since then it has been the legal and effective support in qualification and dosimetry when committing criminal crimes committed. by the military or in military organizations, whether from the federal armed forces or the military police of the states or military fire departments. On the other hand, for civilians, there is the Brazilian Penal Code, created previously, by Decree Law 2,848, of December 7, 1940, modified in 2009, through Law No. 12015, causing a fervor in the legal and military world, with two

strands gaining strength, one for the opinion that the two codes remain comprehensive and equal enough when dealing with crimes not typically military (which exist in the two codes), even when the caput of their articles bring different definitions. In this way, military and legal movements led by writers, jurists, associations, and even the legislative branch, have been developing bills, articles, books and others, in order to expose such ambiguity, and to promote an update of Federal Law No. 1001 of October 21, 1969 (Military Penal Code) so that it becomes contemporary, humane and egalitarian when treating the military as the law treats ordinary people when they commit criminal crimes of a non-military nature, as well as their reflexes and understanding of some of its representatives on the subject as well as the need or not for an update of Law 1001/69

Keywords: Penal Code, Military Penal Code.

Sumário: 1 Introdução; 2 Fundamentação Teórica; 2.1 A dicotomia entre o Código Penal Brasileiro e o Código Penal Militar; 2.2 O futuro do código penal militar; 3 Considerações Finais; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo serão tratadas as diferenças existentes entre as leis penais brasileira e militar, com ênfase em alguns crimes existentes em ambos os códigos, mas que possuem entendimentos diferentes ou definições divergentes. É importante salientar que não serão retratadas, neste estudo, questões filosóficas ou teóricas sobre a justiça no país, tampouco se as definições dos artigos aqui expostos têm o viés correto para o que implica definir como crime, e sim as divergências, incongruências e modificações propostas para um e não para outro arcabouço jurídico penal, cujo afastamento traz à tona a necessidade de atualização da Lei Nº 1001 de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), ou não.

As leis existentes são plenas e vigentes, o que afasta qualquer aprofundamento do assunto, por não haver subsídio científico ou estudo aprofundado do tema nesta pesquisa. Não há o que se falar em inconstitucionalidade, portanto; mas a critério de enriquecimento e fomento para outras análises, questões mais íntimas aos militares surgem a todo momento, como o direito do cidadão comum de abandonar seu emprego sem criminalização da atitude, enquanto o militar pode ser punido em até dois anos de detenção, pois seria crime de deserção, previsto no artigo 187 do Código Penal Militar, ensejando comentários, mas que de antemão já é informado não ser abordado aqui, por tratar de crime propriamente militar, e não comum às duas leis penais como já dito como objeto central do artigo.

Assegurar aos militares uma lei penal própria é garantir alguns de seus deveres e a manutenção de algumas de suas bases, o que reflete no cumprimento do seu dever para com a sociedade e a federação, tendo aí sua importância a ser descrita mais à frente.

Os reflexos disso nas instituições militares podem ser sentidos e até vislumbrados, mas devem ser tratados com cuidado por estarem relacionados a outros aspectos que necessitam de maior conhecimento de causa para serem abordados, mas serão tocados no que diz respeito ao entendimento dos que se relacionam com o tema no estado, profissionais, pensadores e juristas.

Uma análise que deve ser feita, é sobre o futuro do tema, o que existe no país sobre o mesmo em qual direção parecemos estar caminhando.

Portanto, o objeto aqui questionado, é se o Código Penal Militar precisa ser atualizado, dado o suposto afastamento ocorrido com a modificação do Código Penal Brasileiro.

2 fundamentação teórica

Ao definirmos a condição do militar como diferente dos demais cidadãos, encontramos na Constituição Federal Promulgada em 1988 o alicerce de sustentação para a afirmação da igualdade. A Carta Magna³¹ traz em seu artigo 5º que:

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

O que de certa forma iguala todos os brasileiros perante o manto constitucional, Porém, a mesma constituição, que fora promulgada após duas décadas de regime militar, recepcionou o código penal militar existente desde meados de 1969 e autorizou essa abordagem diferenciada para o militar junto à Legislação penal, somente por ter recepcionado o Decreto-lei 1001 de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) e ainda por definir em seu artigo 122, por exemplo, o que são os tribunais militares e ao imperar em seu artigo 124, a competência deste tribunais que se definem

³¹ Carta Magna é uma referência à Lei Maior de um estado, neste caso a Constituição Federal Brasileira.

na lei por "Art 124: À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei." ³²

Desta forma observamos que a Constituição de 1988 não somente iguala todos os brasileiros, mas também os diferencia, quando autoriza um tratamento administrativo e penal diferenciado aos militares, o que não é alvo desta análise, mas que deve ser ressaltado na pesquisa pois entendemos que os princípios de igualdade são tema complexo ao ordenamento jurídico como vemos na opinião de Julius Hatscheck³³, citado por Pinto Ferreira:

O preceito da igualdade da lei não se esgota com a aplicação uniforme da norma jurídica, mas que afeta diretamente o legislador, proibindo-lhe a concessão de privilégio de classe. (PINTO FERREIRA, 1983, p.75)

Também quando observada a máxima de Aristóteles,³⁴ para o qual o princípio da igualdade consistiria em "Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem". (Aristóteles, 324 A.C – 322 A.C)

Os direitos fundamentais são a segurança ao cidadão comum, seja individual ou coletivamente, em oposição ao ato discricionário do Estado ou à ação de terceiros e são doutrinariamente divididos em quatro gerações, mas não distinguidos por importância aqui.

Os de primeira geração são aqueles ligados ao direito individual e cita-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à titularidade individual; os direitos de segunda geração são ligados ao princípio de igualdade e isonomia como direito à cultura, à educação, direitos e econômicos e etc.; os direitos de terceira geração se fazem em relação à sociedade como um todo e são o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação; os direitos de quarta geração são relacionados à democracia, e são direito à

³²Artigo 124 da Constituição Federal de 1988.

³³Jurista e pensador alemão que nasceu em nasceu na cidade de Czernowitz, Alemanha, em 1872.

³⁴Aristóteles foi um filósofo grego, aluno de Platão e professor de Alexandre, o Grande.

informação, autodeterminação dos povos e ao pluralismo.
(MORAES, 2006, p. 43-44)

Observa-se que em nenhum momento são defendidos, pela legislação comum, bases constitucionais da atividade militar que são a hierarquia e a disciplina, ou o pundonor da classe ou outros aspectos ligados à existência dos militares. Desta forma, podemos entender que a legislação penal militar não busca, como principal objetivo, assegurar somente direitos como o direito à vida ou à liberdade, mas, garantir seus alicerces estruturais que são a hierarquia e disciplina, conforme já dito, são citados na carta magna em seu artigo 142:

Art. 142: As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (BRASIL, 1988)

De maneira tal que se pode entender tipificações propriamente ligadas à manutenção da disciplina e da hierarquia e definições diferenciadas a crimes constantes nos dois códigos penais, comum e militar, por neste sentido, ser óbvia a razão doutrinária pertinente a cada um dos códigos penais vigentes no país.

2.1 A DICOTOMIA ENTRE O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E CÓDIGO PENAL MILITAR

Tratando as tipificações dos crimes em si, faz-se o objeto de estudo dedutivo desta pesquisa, avançando na leitura dos códigos penais citados e trazendo à tona exemplos que demonstram a incongruência dos códigos penal comum e penal militar.

Um exemplo de evolução constitucional foi a LEI 12015 de 07 de agosto de 2009 que modificou tipos penais relacionados ao Capítulo voltado aos crimes sexuais, demonstrando adaptabilidade da lei penal comum para com a realidade da sociedade contemporânea, demonstrado pela mudança feita neste referido capítulo nas definições de estupro, estupro de vulnerável, e etc. (DIAS, 2013, p.01)

Como podemos observar no *caput* do artigo 123, da Lei Nº 12015 de 07 de agosto de 2009: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter

conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". (BRASIL, 2009)

Onde observamos que o tipo penal criminaliza constrangem "alguém", sem distinção alguma de gênero, raça e etc., e também à prática do ato libidinoso, o que não é visto no referente crime tipificado no código penal militar que descreve estupro como: "Art. 232. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça"³⁵

Observando que o código penal militar considera, ainda, nos dias de hoje, estupro somente a conjunção carnal violenta ou por ameaça às mulheres, tendo a ridícula hipótese de não considerar estupro, um homem que for violentado em meio militar, sendo esta conduta tipificada por outro tipo penal e evitando o ato libidinoso em seu caput; descrevendo este último como outro crime, o exposto no artigo 233, como atentado violento ao pudor, que segue: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar, a praticar ou permitir que com ele pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal". (BRASIL, 1969).

Desta forma, entende-se que a lei penal comum unifica, em seu artigo 213, os crimes constantes na lei penal militar em seus artigos 232 e 233, enfatizando que tais condutas são similares e penalizadas da mesma forma o que parece inibir atos desta natureza de maneira mais enfática por si só, mesmo que deixemos de lado a dosimetria³⁶ evidentemente mais branda no código penal militar em relação à aplicada no Código Penal Brasileiro, o que não parece ser correto, pois o crime praticado é exatamente hediondo por sua natureza seja quando cometido por um civil seja quando cometido por um militar ou em ambiente militar.

Outro exemplo é o crime disposto no artigo 234 do código penal militar, o crime de corrupção de menor, mediante a seguinte redação: "Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de dezoito e maior de quatorze anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo." (BRASIL, 1969)

³⁵ Lei Nº 1001 de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar.

³⁶ Cálculo de pena para um crime.

Fazendo da vítima do ato libidinoso³⁷ maior de quatorze anos e menor de dezoito, igual a uma vítima de quatorze anos o que não parece ser razoável, em ambos os contextos, pois uma pessoa entre quatorze e dezoito anos não tem a mesma capacidade de discernimento que a menor de quatorze anos e muito menos uma pessoa que pratica a corrupção com uma menor de quatorze anos ter a mesma pena que uma que o faz com uma menor maior de quatorze anos e menor de dezoito. O que não é observado na lei penal comum, que teve o cuidado de enfatizar a conduta de ter ato lascivo³⁸ ou libidinoso para com menores de quatorze anos com o artigo 217-A, sobre o estupro de vulnerável, que diz: "Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos."³⁹ Onde é vista a enérgica punição a quem pratica este crime com menores de quatorze anos, seja pela conjunção carnal ou por ato libidinoso, da mesma forma.

Também é observado a remoção do artigo previsto na lei penal comum editada em 1940 que elencava como crime a corrupção de menores e cuja faixa etária maior de quatorze e menor de dezoito figurava como passível desse crime quando cometido contra alguém dentro da mencionada fração etária, o que parece razoável quando observamos que caso a conduta seja forçada ou regradada de ameaças e violências, é tipificada como estupro pelo mesmo código, tornando adolescentes hábeis a decidir suas vontades, o que é extremamente razoável nos dias atuais e exaurindo a culpabilidade de alguém maior de idade, por exemplo um jovem de dezenove anos, que tem se relaciona com uma jovem de dezessete anos e poderia ser acusado de corrompê-la, tirando da jovem o julgamento dos atos com ela praticados.

Outro artigo constante no código penal militar que fora tratado de maneira diferente na atualização penal comum, foi o crime constante no artigo 407, raptos, que diz: "Art. 407. Raptar mulher honesta, mediante violência ou grave ameaça, para fim libidinoso, em lugar de efetivas operações militares⁴⁰."

Mesmo que observado que o *caput* do tipo penal descreve a conduta acontecida em lugar de efetiva operação militar, não se entende sua manutenção, uma

³⁷ Relativo ao prazer ou ao apetite sexual; que é por eles caracterizado ou que os sugere; voluptuoso, sensual

³⁸ Que ou o que se inclina aos prazeres do sexo, à sensualidade, à voluptuosidade; libidinoso, lúbrico

³⁹ Lei Nº 12015 de 07 de agosto de 2009, altera artigos do Código Penal Brasileiro.

⁴⁰ Lei Nº 1001 de 21 de outubro de 2009, Artigo 407.

vez que a lei penal comum revogou este crime de sua lei escrita na década de 1940, pela LEI 11106 de 2005, exaurindo o crime de rapto da legislação penal comum e tipificando esta conduta no artigo 148, inciso V, do cárcere privado, também inserido pela LEI 11.106 de 2005:

Art. 148 – Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

(...)

V – Se o crime é praticado com fins libidinosos.

(BRASIL, 2005)

Mais uma vez demonstrando o interesse em atualizar a lei penal comum, e o desinteresse em fazer o mesmo com a lei penal militar, observamos o cuidado do legislador em unificar tipos penais diversos afim de penalizar de maneira mais enérgica condutas semelhantes enquadrando atos não somente quando realizados contra mulheres e sim em de maneira igualitária a qualquer pessoa.

Por fim, expõe-se o tipo penal militar voltado para a coibição de atos relacionados ao uso ou tráfico de entorpecentes, que em caminho oposto de outras condutas criminosas, não fora condensado pelo legislador contemporâneo para agravar condutas ao compará-las com outras mais graves enquadrando-as como mesmo tipo penal, e sim, no cuidado do legislador em separar condutas totalmente diferentes de usar ou traficar entorpecentes, por exemplo, para que as sanções penais sejam diferenciadas para essas condutas, uma vez que se tem no consumo um comportamento ligado ao vício e à doença, e no tráfico de drogas uma atividade criminosa lucrativa e prejudicial à sociedade e ao Estado.

Podemos observar que a lei penal militar descreve em seu artigo 290, sobre Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar:

Art. 290: Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 1969)

Evidenciando que o legislador, neste caso, atribui o mesmo crime para quem traz consigo mesmo que para consumo próprio e todas as outras atividades que enfatizam o tráfico de entorpecentes como produzir, preparar, vender e fornecer entorpecentes.

Já a Lei Nº 11343 de 23 de agosto de 2006 (lei de entorpecentes) traz em seus artigos 28 e 33, concepção totalmente diferente, diferenciando a conduta de trazer consigo para consumo próprio, ou trazer consigo, como se lê:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2006)

Sendo clara a intenção do legislador em diferenciar o usuário do traficante o que é obviamente visto na pena descrita para cada conduta.

Desta feita, fica evidente que a legislação penal comum sofreu intervenções pontuais necessárias para se tornar mais ampla, séria e humanizada, ao passo que a legislação penal militar está estagnada desde sua formulação em 21 de outubro de 1969, há mais de cinquenta anos, não se atendo às mudanças ocorridas na sociedade, na política, na economia do país, criando um abismo entre as duas legislações penais vigentes no Brasil.

Quando mencionados como cumpridores de seus deveres e da sociedade, sobre um manto jurídico próprio, temos nos militares, cidadãos condicionados por uma salvaguarda não só da ordem e da paz social, mas também dos direitos fundamentais já citados aqui pertinentes a todo brasileiro mesmo que individualmente, demonstrando uma atribuição diferenciada que deve ser tratada por uma legislação diferenciada, dada sua razão de existir, ressaltando assim a importância crucial das leis militares, cuja missão é garantir o cumprimento do dever destes profissionais para com a população e o país:

Exerce um papel fundamental de controle das instituições militares, reativando os seus elementos vitais e seus valores, garantindo as suas ações estribadas na lei, de forma a torná-la vigorosa, operante e garantidora dos direitos e garantias fundamentais de seus jurisdicionados e da sociedade, pressupostos específicos e próprios de uma justiça especial. (TJM-MG, 2009)

No Brasil, em outros ramos como no Processo Penal Militar e Processo Penal Comum cuja unificação parece ser questão de tempo, vemos que uma das frentes ideológicas não desmerece o Direito Militar ou sua efetividade e sim um modelo de emprego uníssono.

Não defendemos a extinção da “Justiça Militar”, seja Estadual ou Federal, mas sim um Processo Penal único. Dicotomizar é manter a tradição e continuar entendendo o Processo à luz de paradigmas já superados. É imprescindível a reconstrução desse espaço do microsistema do Processo Penal, inserindo-o no modelo constitucional de Processo para superar a desnecessária dicotomia entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar. O rompimento com a tradição urge. (BARROS, ALMEIDA, 2008, p. 1995-1971)

O que é fonte para uma pesquisa futura, mas que parece razoável quando fala em igualdade de entendimento para as leis já citadas.

2.2 O FUTURO DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Segundo Rosa, “Há um descaso com o Direito Penal Militar”.⁴¹ Mas, muitos procedimentos jurisprudenciais foram tomados nas cortes brasileiras para corrigir a evidente falta de atualização do código penal militar que tem na Lei no 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro) e atualizada pela lei 9777 de 26 de dezembro de 1998 uma referência no tocante à necessidade de adequação à novas realidades, como por exemplo a formulação da Súmula Nº 555 do Supremo Tribunal

⁴¹Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, 1999.

Federal que diz: “É competente o Tribunal de Justiça para julgar conflito de jurisdição entre Juiz de Direito do Estado e a Justiça Militar local.”⁴²

O que evidencia o claro conflito de competência que existiam e ainda existem quando falamos do Código Penal Brasileiro e do código penal militar, e ainda várias decisões levadas ao Supremo Tribunal Federal disponíveis para consulta pública.

Outra frente, são projetos de lei que tramitam na câmara de deputados e senado como o Projeto de LEI Nº 6691 de 2009 (apensados PLS no 6685/02 e 3946/04), de autoria do deputado Paes de Lira (PTC-SP) que busca o ato que qualifica como hediondos determinados crimes previstos no código penal militar, por correspondência com os crimes descritos no art. 1º da lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, além de aumentar as suas respectivas penas, por isonomia com o código penal, demonstrando que a atualização do código penal militar é necessária e urgente, face à diversos artigos com divergência quanto a sua tipificação (e outros aspectos como dosimetria, aplicabilidade e etc., que não são frutos desta pesquisa) o que é concordante para Assis: “quanto ao estupro – crime militar, permanece a necessidade de ser compatibilizado com a legislação penal pátria”.⁴³

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala de uma Lei que entrou em vigor em 1969, não se pode simplesmente se ater ao seu conteúdo, mas também, às circunstâncias de sua edição, em suas alterações ao longo dos anos, sua recepção por uma constituição totalmente diferente da que estava em vigor à época, sua abrangência social e humana, assim como no seu paralelo com “mundo civil”.

O entendimento é claro de que a Lei Penal Militar é válida, aceita e praticada no Brasil, uma vez por ser garantida pelo manto constitucional e outra por ainda se mostrar praticável. Mas o questionamento surgido quando da atualização da Lei Penal Comum, sobre vários de seus artigos (que passaram a ser mais atuais, humanos, e em concordância com os avanços da sociedade brasileira), edificam que o Código Penal Militar não é pacífico no entendimento de juristas e militares envolvidos com sua aplicabilidade, pois, dele emanam definições, termos e até características dissonantes ao pensamento mais humano que vigora no país hoje.

⁴²Sumula Nº 555, Superior Tribunal Federal, 1996.

⁴³Jorge César de Assis, 2012.

Como citados anteriormente, é difícil aceitar a definição ultrapassada que estuprar é uma violência só contra mulheres como definido no CPM, quando o estupro de homens é totalmente aceito hoje pela justiça e sociedade brasileira. Existe possibilidade de entender que ter consigo um cigarro de maconha, e vender quilos de cocaína possam ser a mesma coisa para um militar, quando a legislação comum trata uma conduta de forma branda, tipificando o uso, posse, e outra como tráfico de drogas tendo sendo duas dosimetrias o reflexo dessa diferença?

Por anos foram divulgadas as opiniões de diversos escritores como Assis e Tadeu, profissionais como Valmir Dias, e até legisladores sobre o tema, deixando claro que existe sim um abismo entre as duas Leis Penais, e não só isso, mas também uma urgente necessidade de atualização do Código Penal Militar, não em sua abrangência, não quanto aos crimes propriamente militares e sim em relação aos crimes definidos para todos os brasileiros, aqueles que permeiam nossa sociedade e são amplamente comentados, estudados, entendidos e por isso, sofrem modificações em seus entendimentos, trazendo aspectos mais amplos à análise de seu cometimento e por isso, tornando-os mais atuais. De tal forma que entendamos que a sociedade mudou, as cidades mudaram, o povo mudou, o crime mudou, todos evoluíram, necessitando serem entendidos de outra forma, ao passo que as instituições militares buscaram manter sua existência ligada à caserna⁴⁴, parecendo esquecer que é feita de gente oriunda do povo, que sofre uma adaptação tremenda à nova condição parecendo enquadra-se na Teoria da Dominação Tradicional de Max Weber⁴⁵ cuja ótica indicava uma necessidade de manter-se ligado àquilo que era costume, tradição por só assim observar legitimidade ao que se praticava, mas que continua a fazer parte de um todo, e merece ser tratada com o entendimento geral, atual.

Tal evolução desta legislação modificaria as organizações, seus meios jurídicos, seus tribunais e secções, de forma a assustar quem de relance vislumbra esta possibilidade, uma vez que passaríamos a sugerir, talvez, injustiças no passado, ou coisa parecida, sendo esse quem sabe o maior entrave para esta mudança. Por isso, cabe o questionamento: Como modificar tal código, sem estremecer as bases da hierarquia e disciplina, e o entendimento imposto a quase cinquenta anos atrás pelo CPM?

⁴⁴Qualquer das partes de um quartel onde se alojam militares.

⁴⁵ Foi um intelectual, jurista e economista alemão considerado um dos fundadores da Sociologia.

É preciso lembrar que a Lei Nº1001/69 já foi muitas vezes alterada, modificada, com alíneas e parágrafos acrescentados e revogados, como os feitos pelas leis Nº 9299/96, Nº 6544/78 e Nº 9764/98, distanciando a ideia de uma lei nunca alterada, mas que mesmo assim precisa de definições mais condizentes com a sociedade a quem coexiste, a dos militares, profissionais diferenciados e ainda assim cidadãos comuns.

Mas, aquilo que não evolui está fadado a desaparecer, diria o dito popular, e certamente encontraremos uma maneira integrada pelos três poderes para formular um Código Penal Militar Atual. Condizente com o momento que vivemos e ao que caminhamos no futuro.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: Comentários – Doutrinas – Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores**. 8 Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BARROS, Flaviane de Magalhães; ALMEIDA, Fabrício Santos. A dicotomia processo penal e processo penal militar face uma teoria geral do processo. In: **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação oiteux, 2008, p. 1955-1973.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. **Lei Nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. **Lei Nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. **Lei Nº 9.777**, de 29 de dezembro de 1998. Altera os arts. 132, 203 e 207 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9777.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. **Lei Nº 11.343**, 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: Em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

_____. **Lei Nº 12015**, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Lei Nº 9299**, de 07 de agosto de 1996. Altera dispositivos dos Decretos-leis nºs 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9299.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. **Lei Nº 8.457, de 04 de setembro de 1992**. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.

_____. **Projeto de Lei Nº 6691**, de 2009. Qualifica como hediondos determinados crimes previstos no Código Penal Militar, por correspondência com os crimes descritos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, além de aumentar as suas respectivas penas, por isonomia com o Código Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465173>. Acesso em: 29 abr. 2021

DIAS, Valmir Maurício. As modificações introduzidas ao Código Penal Brasileiro pela Lei nº 12015 de 07/08/2009, e as divergências com relação ao Código Penal Militar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3720, 7 set. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25234>. Acesso em: 4 maio 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Extinção da Justiça Militar**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 30, 1 abr. 1999.

SÁ JÚNIOR, Alberto Denser. **O crime militar de entorpecente (artigo 290 do CPM) crime organizado e endurecimento da sanção**. 2004.

SILVA, Edfre Rudyard. **O crime militar de abandono de posto sob a ótica constitucional.** 2012.

TJM - MG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS. Reunião do CNCG. Disponível em: <http://www.tjm-mg.jus.br/outras-noticias/927-reuniao-do-cncg>. Acesso em: 4 maio 2021.

WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima.** Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: V. Guedes Multimídia, 2008.

A MULHER E A LEI: A DIFÍCIL CORRIDA PELA IGUALDADE.

ANA CRISTINY GOMES OLIVEIRA:

Graduanda de Direito e estagiária do TJMG. Faculdade de Ciências e Tecnologias de Unaí.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar as dificuldades das mulheres nos últimos anos, tanto em direitos fundamentais conquistados como a exposição das violências sofridas e mostrar os dois lados da Lei nesse sentido. Diante desses aspectos, estuda-se a natureza das Leis, não somente brasileiras, mas em âmbito mundial e o impacto que as mesmas tem causado na sociedade feminina atual. O artigo tem também o interesse de mostrar as falhas em relação a proteção e aos direitos sobre a igualdade de gênero.

Palavras-chave: Mulher; Lei; Mundo; Crimes contra a mulher; Igualdade de gênero; ONU; Constituição; Femicídio; Código Penal Brasileiro;

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the difficulties of women in recent years, both in fundamental rights conquered and the exposure of the violence suffered and to show the two sides of the Law in this sense. In view of these aspects, the nature of the Laws is studied, not only Brazilian, but worldwide and the impact that they have caused in the current female society. The article is also interested in showing the flaws in relation to protection and rights over gender equality.

Keywords: Woman; Law; World; Crimes against women; Gender equality; UN; Constitution; Femicide; Brazilian Penal Code;

1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre uma batalha que ainda não acabou, torna a atual história maior do que se pode contar, uma história marcada com o sangue de várias mulheres que tiveram suas vozes caladas pelo passar do tempo, mas que na sociedade atual torna o mundo fácil entendedor sobre tempos enraizados e difíceis de serem contados.

Não se trata de uma época ou de um país, mas sim de um mundo onde pouca coisa mudou e em lugares de que nada se transformou. O tempo de se sujeitar sobre quem é o culpado não existe, somente a tempo de extinguir o que nunca deveria ter começado.

“Outorga às mulheres os mesmos direitos civis de que gozam os homens. Assinada na Nona Conferência Internacional Americana,

Bogotá, Colômbia, em 2 de maio de 1948. IX Conferência Internacional Americana. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 74, de 18.12.1951.” (ONU, 1951).

A Lei entrou somente em vigor no Brasil em 15 de fevereiro de 1950. Promulgada pelo Dec. nº 31.643, de 23 de outubro de 1952. Tal igualdade tem permanecido meramente formal, sendo árdua a tarefa de transformá-la em igualdade real entre mulheres e homens, principalmente quando se constata que a construção histórica dos direitos humanos sempre ocorreu com a exclusão da mulher e o reforço de ideologias patriarcais. E sobre isso se trata, do que existia antes e depois, da batalha que só se extinguiu quando não somente os tempos mudarem, mas também as cabeças, onde não serão só corpos de história, será uma nova geração.

Uma pesquisa realizada com objetivo precisamente de oferecer uma contribuição, ainda que modesta, para a efetiva proteção dos direitos das mulheres, e de uma luta marcada com sague de várias pessoas. Como discorre Flávia Piovesan, “no momento em que seres humanos se tornem supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna se necessário a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável”.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em junho de 1993 em Viena, reconheceu-se no artigo 18 de sua Declaração que:

“os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher”. (ONU, 1993).

Como não se faz escondido dos olhos do mundo, é perceptível que a construção histórica dos direitos humanos sempre ocorreu com a exclusão da mulher e o reforço de ideologias patriarcais. Mas é verdade que os principais documentos internacionais de tutela dos direitos humanos proclamam a igualdade de todos. Porém

a igualdade tem permanecido meramente formal, o que tem tornado uma vitória ilusória a atual corrida pela equidade.

O principal documento internacional de proteção aos direitos da mulher hoje existente é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1979. O mesmo percorreu todos os trâmites exigidos para que vincule o país signatário não só perante a comunidade internacional, como também internamente, ou deveria, pois, alguns países são considerados “campeões” em violência contra a mulher. Um exemplo disso é o 1º lugar geral do ranking está a Índia, um país que sofre com uma epidemia de violência sexual que traz à tona casos brutais, como os das adolescentes violentadas e queimadas por seus agressores em maio de 2018. Em segundo lugar geral, está o Afeganistão, onde a prevalência da violência física e sexual contra mulheres é de 51% e do casamento infantil é de 35%, segundo dados da ONU. Os EUA se encontram em 3º lugar, mesma colocação que a Síria na categoria que avalia em quais países as mulheres correm os maiores riscos de serem estupradas e assediadas. Está, ainda, em 6º na categoria que avalia outros tipos de violência, como abusos mentais e físicos.

A Convenção da ONU sobre a Mulher, relembra que “a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade”. O artigo 1º da Convenção oferece uma definição da discriminação contra a mulher, considerando-a como “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”. Mostrando claramente do que se trata a discriminação contra a mulher. Sem deixar uma vírgula em dúvida a convenção tenta mostrar aos países como a Lei deveria ser obedecida, caso ainda sem muito efeito em várias partes do mundo, mas que tem recebido um avanço grandioso, pois para a surpresa de muitas pessoas, a Arábia Saudita anunciou, em 2018, a permissão para que as mulheres dirigissem no país. A proibição de longa data era um dos principais símbolos mundiais da opressão das mulheres e prejudicou a reputação do reino por anos. Apesar de ser o mínimo, para raízes grossas como a do oriente, o desenvolvimento e realmente um salto para as mulheres, principalmente as que residente no país.

No ano de 2015, líderes globais prometeram eliminar toda e qualquer forma de violência e discriminação contra as mulheres até 2030. Apesar disso, dados sobre a vida das mulheres na atualidade mostram que o panorama é sombrio: uma a cada três delas é uma vítima de violência física ou sexual e ao menos 750 milhões de meninas se casaram antes de completar 18 anos de idade. Mas isso não se trata de algo de agora, e sim de várias décadas, mas com a globalização e ao acesso de outros países, é possível de certa forma identificar uma parte de todos os abusos sofridos. E nesses casos é somente uma parte pelo fato da maioria das mulheres não denunciarem e nem se mostrarem ao mundo o que ocorre com as mesmas, na rua, em casa e em qualquer lugar no mundo, por medo, e muitas vezes por serem coagidas pela sociedade patriarcal existente.

Além da manipulação sofrida por anos pela mulher, tanto em jornais como em propagandas, redes sociais, a sempre um estereótipo de o que a mulher deveria ser e como deveria proceder.

Desde muito novas, o sexo feminino é formado para um único desígnio na sociedade, servir ao sexo masculino, e apesar da tamanha evolução sofrida nos últimos tempos, ainda são guiadas para um caminho já predestinado em muitos países, como o casamento infantil. A venda do seu corpo e em muitos lugares o dever de servir o seu país como uma reprodutora, tem mostrado os seus sinais de manipulação para o desenvolvimento de jovens.

História como as de mulheres utilizadas nas guerras como forma de retirar o cansaço e estresse, com a sua utilização sexual e outras formas de agressão, tornaram as mulheres alvos de crueldades por anos, trazendo sofrimento não somente para a época de guerra, mas para um laço ao qual o homem se identificou e infelizmente utilizou por décadas.

Como o tráfico de mulheres, que é uma das modalidades do tráfico de pessoas mais praticadas no mundo. O tráfico de mulheres, em sua essência, consiste na escravidão sexual e à venda da mulher como objeto. Em 2016, 14.000 foram vítimas de tráfico: um terço das mulheres captadas em seus países de origem pelas organizações criminais, muitas delas brasileiras, e os números só crescem, talvez não por serem maiores agora, mas sim, mais descobertos. "Não é um assunto de sexo, é um assunto de cabeça. Um bom cafetão não cobra por transar, cobra por ter todas as respostas adequadas para o que preocupa uma prostituta", diz Iceberg Slim em um livro autobiográfico (Pimp - The Story Of My Life).

Sob esse mundo, onde a degradação moral alcança níveis irreversíveis de pura escravidão: agressões, estupros, submissão a base de terror e ameaça perpétua sobre suas famílias em suas cidades de origem, visitadas frequentemente por seu captor se a mulher não rende ou cria problema, se entronizam homens como Miguel, que diz "A

primeira regra que se aprende é não olhá-las como suas, mas como a matéria prima do seu negócio. É importante não se envolver em sua vida além do necessário (...) Simplesmente é uma propriedade, como a Coca-Cola que você vende, e têm que ser tratadas como tal. Se envolver em suas vidas ou em seus problemas pode te afetar, porque essa mercadoria tem sentimentos (...) Criamos uma forma de vida que se sustenta graças à escravidão, sem sequer saber pensar (...) O tráfico de mulheres deu espaço para os macrobordéis para os clientes, que não eram outra coisa que prisões de luxo repletas de miséria para as mulheres escravas de um sistema novo e cruel. Transformamos as mulheres em grandes máquinas de fazer dinheiro". Mesmo em tamanhas situações, ouve o levantamento de mulheres que conseguiram escapar e denunciar tais acontecimentos, assim como policiaes que descobriram e prenderam os acusadores, com esforço as leis vão sendo utilizadas pelo mundo.

Depois da Convenção, o Brasil também tomou medidas para a eliminação da discriminação de gênero não somente no espaço público, mas também na esfera privada. Assim, o Estado comprometeu-se a não praticar qualquer ato que importe em discriminação contra a mulher, bem como a tomar medidas apropriadas para eliminar a discriminação praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa. Editou-se ainda no Brasil a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que, ao estabelecer normas para as eleições políticas, reservou o mínimo de trinta por cento das vagas de cada partido ou coligação para candidaturas de mulheres.

Dispõe sobre igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor. Aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1951), entrou em vigor no plano internacional em 23.5.53. No Brasil, foi aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 24, de 29.5.56, do Congresso Nacional; ratificada em 25 de abril de 1957; promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25.6.57, com vigência nacional a partir de 25 de abril de 1958. (Convenção da OIT no. 100,1951).

Nesse sentido, ao dispor sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e apresentar uma série de vedações a práticas discriminatórias, permite expressamente a adoção de medidas com caráter de discriminação positiva. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 373 A da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela referida Lei nº 9.799/99, apresenta a seguinte redação: "O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher". Alcançando o seu lugar, pouco a pouco, vão se vendo resultados, mas ainda a muito o que ser feito.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e compatível com os direitos proclamados pela Constituição de 1988, o sistema de proteção por ambas concebido caminha na mesma direção. Disso se trata a luta, não somente no papel, mas também a onde estiver uma mulher, deve caminhar com ela os seus direitos.

É lamentável, com toda certeza, que a Convenção da ONU não tenha consagrado a sistemática de petição ou comunicação individual, através da qual as vítimas poderiam recorrer diretamente ao Comitê para formular suas queixas e denúncias. Mas, a Convenção da ONU contempla somente o sistema de relatórios a serem encaminhados pelos Estados signatários ao Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, onde de quatro em quatro anos, um “relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornarem efetivas as disposições da Convenção e dos progressos alcançados a respeito”, artigo 18 da Convenção.

A convenção de Belém do Pará afirma que “a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”. Em seguida, demonstra preocupação porque “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.

Assim como diz a escritora Simone de Beauvoir, “A humanidade é masculina e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele: ela não é considerada um ser autônomo.”

Infelizmente, o mundo é cheio de desordeiros da lei, e por isso ainda á muito o que lutar.

2.2 O FEMINICÍDIO: A MAIOR EPIDEMIA DO SÉCULO.

A violência contra a mulher não é um fato recente, por outro lado, o que é novo, é a responsabilidade de todos para vencer tal violência, como condição para a construção de uma melhor humanidade, visto que o Femicídio se define como a expressão máxima da violência contra a mulher.

Em 2016, ano em que a Lei Maria da Penha completou uma década de vigência, o Brasil sediou a IV Conferência Nacional de Políticas para Mulheres. Esse quadro nos mostrou de modo resumido o panorama em que vivemos hoje, em termos de políticas de enfrentamento às violências domésticas e familiares contra mulheres no país. Uma cena em que as estratégias legais e as iniciativas políticas se entrecruzam e, em boa medida, confundem-se, dando origem a novas perspectivas de acesso à justiça (Santos,

1986). Antes da Lei n.º 13.104/2015, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Em outras palavras, o feminicídio era punido, de forma genérica, como sendo homicídio (art. 121 do CP). A Lei n.º 13.104/2015 veio alterar esse panorama e previu, expressamente, que o feminicídio, deve agora ser punido como homicídio qualificado.

O § 2º-A foi acrescentado como norma explicativa do termo "razões da condição de sexo feminino", esclarecendo que ocorrerá em duas hipóteses: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher; A lei acrescentou ainda o § 7º ao art. 121 do CP estabelecendo causas de aumento de pena para o crime de feminicídio. No Brasil, são 13 mortas por dia. É no universo doméstico que ocorrem 55,3% dos assassinatos, 50,3% cometidos por familiares, 33,2% dos algozes são o marido, namorado ou ex. Na mira principal, as mulheres entre 18 e 30 anos. Os homens liquidam usando a força física (estrangulando, socando, chutando), com facas, facões e objetos perfurantes. Com esses índices, o Brasil alcança a posição de 5º país mais violento do mundo contra as mulheres, segundo pesquisa da ONU, calculado a cada 100 mil habitantes.

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, representa um marco na proteção aos direitos das mulheres, pois tem como premissa coibir e prevenir todas as formas de violência doméstica e familiar. Do mesmo modo, em março de 2015, no Brasil, o Feminicídio foi tipificado como conduta criminosa, através da Lei n. 13.104/2015. Então, diante da proposta de "ter o Estado ao lado das mulheres", é que se instaura a controvérsia. A alternativa pela criminalização do feminicídio tem suscitado, desde sua sanção, um conjunto de análises que põem em xeque as estratégias empreendidas pelos chamados movimentos feministas brasileiros até então. Ao mesmo tempo, têm-se levantado vozes favoráveis, sob os mais diversos argumentos, aos processos de judicialização (Rifiotis, 2007, p. 238), atribuindo, a mudança no imaginário cultural. Uma raiz tão forte que foi necessário muito sangue para conseguir alguma mudança.

No que diz respeito aos mecanismos de monitoramento, a Convenção de Belém do Pará representa um enorme avanço se comparada a ONU, visto não ter se restringido ao ultrapassado sistema de relatórios. É um marco, sem dúvida para a conquista de todas as mulheres.

Diversas organizações ao redor do mundo quantificaram a taxa mais aproximada de mulheres assassinadas, a fim de se ter um panorama global sobre a violência feminina. Muitos países não colaboraram, principalmente os de regiões como Oriente Médio e África. De acordo com o Mapa da Violência de 2015*, 33,2% dos homicídios de mulheres no mundo são cometidos pelos parceiros. Agora, durante a pandemia em decorrência do novo coronavírus, os índices são preocupantes. Um levantamento do Fórum Brasileiro de Segurança Pública mostrou que os casos de

feminicídio cresceram 22,2% em março e abril deste ano, em relação ao mesmo período de 2019. Segundo o documento, a alta dos crimes foi registrada em 12 Estados brasileiros.

É importante esclarecer que a Lei do Feminicídio não enquadra, indiscriminadamente, qualquer assassinato de mulheres como um ato de feminicídio. A lei prevê algumas situações para que seja aplicada, como a violência doméstica ou familiar, e o menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher, ou seja, quando o crime resulta da discriminação de gênero, manifestada pela misoginia e pela objetificação da mulher, sendo o autor conhecido ou não da vítima.

Violência, em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano. Assim, a violência pode ser compreendida como uma forma de restringir a liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física ou moralmente (TELES, 2003, p. 15).

Tal violência ocorre em várias esferas da vida e se manifesta sob formas e circunstâncias distintas. Neste contexto, dentre as inúmeras situações de violência que vitimam as mulheres, destacam-se, às ocorridas no espaço definido socialmente para as mulheres: o espaço privado, a família e o domicílio (SANTI, 2010).

Conforme Dias (2010), a mulher ficou restrita ao espaço do lar, com a obrigação de cuidar do marido e dos filhos, enquanto ao homem coube o espaço público, o que colaborou para a formação de dois mundos, uma separação que culminou ao homem o espaço da dominação, externo, produtor, já ao outro, coube o espaço da submissão, interno e reprodutor. O provedor da família e a protetora do lar, cada um desempenhando sua função. Uma imagem tão antiga, mas que ocupa os pensamentos de várias pessoas no mundo, que não conseguem ver a igualdade entre o homem e a mulher.

Bourdieu (1999, p. 116) destaca que as mulheres, uma vez excluídas da esfera pública, ou seja do "universo das coisas sérias", elas "ficaram durante muito tempo confinadas ao universo doméstico e às atividades associadas à reprodução biológica e social da descendência", adiciona-se a isso o fato de que o trabalho doméstico das mulheres, ainda nos dias atuais, não faz jus a remuneração alguma, contribui para desvalorizá-la e perpetuar a dominação patriarcal. E o caso de várias mulheres que

trabalham como empregadas domésticas, e que são vendidas pelos seus chefes nos países do Golfo, Google, Apple e o Instagram, que pertence ao Facebook, possibilitaram a criação de um mercado digital ilegal de escravos, ao aprovar e disponibilizar aplicativos usados para a compra e venda de trabalhadoras domésticas no Golfo. A reportagem investigativa da BBC News Arabic expôs usuários desses aplicativos no Kuwait. Eles violaram leis do país e internacionais de escravidão moderna. Entre os crimes documentados está até a venda de uma criança, uma menor, que foi tirada muito nova do seu país para trabalhar, e teve o seu visto confiscado pelos seus patrões, os mesmo que utilizam para vendê-la.

“Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam de feminino.” (Simone de Beauvoir, 1980)

Como bem destacou Rita Laura Segato (2006), o feminicídio é, claramente, um crime de poder, porque retém, mantém ou reproduz uma lógica de poder a que as mulheres estão submetidas. Assim, o território corporal das mulheres é violado para consumir a morte, ou efetivar sua tentativa. Imediatamente após a sanção da lei n. 13.104/15, começaram a surgir críticas à falta de técnica jurídica e principalmente à sua representação no cenário de enfrentamento à forma mais extrema de violência contra as mulheres, como uma estratégia vazia e ineficaz.

O feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher, nota-se que são crimes que ocorrem geralmente na intimidade dos relacionamentos e com frequência caracterizam-se por formas extremas de violência e barbárie. São crimes cujo impacto é silenciado, praticados sem distinção de cultura, de raça, de lugar ou classe social, além de ser a expressão perversa de um tipo de dominação masculina ainda fortemente cravada na cultura brasileira. Cometidos por homens contra as mulheres, onde suas motivações são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda da propriedade sobre elas (AQUINO, 2015).

3 METODOLOGIA

No presente artigo, a metodologia desta pesquisa foi definida para viabilizar a análise, interpretação e dedução através da problemática criada por este trabalho. Assim, a metodologia deste trabalho foi realizada pesquisa exploratória de cunho qualitativo, com fontes secundárias (referencial teórico), além de utilizar as técnicas de pesquisa a abordagem conceitual (investigação teórica).

Metodologicamente, o trabalho será formulado com base em pensamentos e artigos publicados sobre o tema. De modo geral, a perspectiva da teoria política

feminista, formulada por autoras como Rita Laura e Simone de Beauvoir, é fundamental para a construção de nossa lente analítica. As teorias políticas feministas oferecem uma perspectiva em que as questões sociais são analisadas tanto em sua dimensão individual, quanto em sua dimensão estrutural. Com relação as fontes de pesquisa, foram empregadas fontes secundárias, que provêm de estudo das fontes primárias originalmente. Em relação às técnicas de investigação teórica foram utilizadas a normativa e a conceitual. A técnica normativa configura-se num tipo de investigação que coloca em foco o estudo normativo-jurídico de um fenômeno, de prescrição jurídica, acompanhada de comentários doutrinários sobre determinado tema de pesquisa. Ao revés, a técnica conceitual é uma forma de investigação, um modelo de análise, para que se possa construir uma logicidade do tema estudado, com base em técnicas bibliográficas (BITTAR, 2014).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apresentado neste artigo, a violência imposta às mulheres é observada no decorrer da história da humanidade e tem sua gênese em um modelo construído socialmente que promove a dominação, determinando os papéis de cada gênero em sociedade, a partir de representações e comportamentos que devem ser obedecidos, alicerçado em um sistema que legitima a sujeição do outro. Este modelo social implica na violação de direitos, submetendo as mulheres à uma condição de inferioridade em relação aos homens, exemplificada através de vários tipos de violência, chegando até a consumação da morte, o feminicídio. Desde a sanção da lei aqui retratada, tem havido certo dispêndio de energia e um engajamento fundamental de diversas frentes feministas brasileiras dedicadas a demonstrar que há um ganho significativo com o processo de criminalização.

Enfatizando, que a violência de gênero se passa num quadro de disputa pelo poder, o que significa que não é dirigida a seres, em princípio, submissos, mas revela que o uso da força é necessário para manter a dominação, porquanto a ideologia patriarcal – tensionada por conquistas históricas, sobretudo feministas – não se revela suficientemente disciplinadora (ALMEIDA, 2007, p. 28).

Neste cenário, a tipificação penal do feminicídio foi apontada por especialistas como um importante e necessária ferramenta para denunciar a violência sistêmica contra mulheres em relações conjugais, que muitas vezes resulta em homicídios encarados como crimes passionais pela sociedade, pela mídia e até mesmo pelo sistema de judiciário (PRADO, 2017).

Os movimentos feministas também remetem a esta busca pela interlocução do feminismo com o campo jurídico-legal. De acordo com Cynthia Grant Bowman e Elizabeth M. Schneider (1998), há uma indissociabilidade latente entre teoria e prática,

quando o assunto são os feminismos. As autoras demonstram como, nos Estados Unidos, as variadas correntes teóricas feministas se converteram em um meio intelectual para argumentar e debater temas ligados à igualdade que, primeiramente, emergiram por meio de litígios reais. Obviamente, a tradição jurídica estadunidense difere da brasileira, porém poderíamos fazer uso das mesmas inferências quando o assunto são as reformas legais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suely Souza de. (org.) **Violência de gênero e políticas públicas**. Rio de Janeiro, Editora UFRJ, 2007.

AQUINO, Quelen Brondani de; KONTZE, Karine Brondani. **O feminicídio como tentativa de coibir a violência de gênero**. Anais da semana acadêmica: Fadisma Entrementes. ed. 12. 2015.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 304 p. ISBN: 9788502219472.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: versão atualizada até a Emenda n. 67/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 Jan. 2021.

BRASIL, Senado Federal. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório Final**. Brasília, julho de 2013. Disponível em: . Acesso: 10 de fev. 2021.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 de fev. 2021.

_____. Presidência da República. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 10 de fev. 2021.

BOWMAN, Cynthia Grant & Schneider; SCHNEIDER, Elizabeth M. **"Feminist legal theory, feminist lawmaking, and the legal profession"**. The Fordham Law Review, 67, 1998. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol67/iss2/2>>. Acesso em 15 de fev. 2021

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. São Paulo:Ed. RT, 2010.

MONTEBELLO, Marianna. **A Proteção Internacional Aos Direitos Da Mulher**. Revista da EMERJ, v.3, n.11, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **“Introdução à sociologia da administração da justiça”**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 21, 1986.

SANTI, Liliane Nascimento de; NAKANO, Ana Maria Spanó; LETTIERE, Angelina. **Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social**. Texto & Contexto Enfermagem, v. 19, n. 3, p. 417-424, 2010.

SEGATO, Rita Laura. **“Que és un feminicidio: notas para um debate emergente”**. Série Antropologia, 401, 2006.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 3ª ed., 1997, p. 140.

PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa. **Feminicídio invisibilidade mata**. Fundação Rosa Luxemburg. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

RIFIOTIS, Théophilos. **“Derechos humanos y otros derechos: aporias sobre procesos de judicialización e institucionalización de movimientos sociales”**. In: Isla, Alejandro (org.). En los márgenes de la ley: inseguridad y violencia en el cono sur. Buenos Aires/Barcelona/México, Paidós, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 de Jan. 2021.

_____. **Conferência Mundial dos Direitos Humanos**, 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 12 de Jan. 2021.

OIT. **Tendencias mundiales del empleo de la mujeres.** Organización Internacional del Trabajo. – Ginebra: OIT, 2009, 78 p. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em 10 de Fev. 2021.

MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

IARA PEREIRA SÁ: Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI.

MARIA DO SOCORRO RODRIGUES COELHO ⁴⁶

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como escopo discutir, a partir de um contexto cronológico, como a vulnerabilidade etária vem sendo tratada no ordenamento jurídico brasileiro. Em linhas gerais, no tocante à metodologia adotada, esta consiste em pesquisas bibliográficas com abordagem qualitativa e método indutivo de análise. Ressalta-se a relevância do estudo no mundo jurídico ao propor uma reflexão crítica sobre a impossibilidade jurídica do ordenamento legislativo brasileiro em reconhecer a relativização da vulnerabilidade no estupro praticado contra vítima menor de 14 anos e maior de 12 anos de idade.

Palavras chaves: vulnerabilidade etária, ordenamento jurídico, relativização.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do estupro presumido. 3 Do estupro de vulnerável. 3.1 Conduta. 3.2 Sujeitos. 3.3 Consumação e Tentativa. 4 Relativização da vulnerabilidade no estupro contra vítima menor de 14 anos e maior de 12 anos. 4.1 Entendimento dos Tribunais. 5 Mitigação da presunção de vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. 6 Conclusão. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A *priori*, enfatiza-se que o presente artigo tem como escopo verificar se no ordenamento jurídico brasileiro é possível relativizar a vulnerabilidade etária no crime de estupro diante das alterações no Código Penal promovidas pelo advento da lei nº 12.015/2009, que instituiu o artigo 217-A, bem como, a inserção do § 5º ao artigo 217-A por força da lei nº 13.718/2018 e com o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, através do enunciado nº 593.

Neste sentido, será explicado que o estudo limita-se à figura do estupro etário, ou seja, nos casos em que a vítima é menor de 14 (quartoze) anos e maior de 12 (doze) anos. A primeira seção do artigo analisa a figura do estupro presumido. Desta maneira,

46 Orientadora Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, professora de Argumentação Jurídica e Hermenêutica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

serão destacados os critérios utilizados pelo Código Penal para o reconhecimento da presunção de violência no crime de estupro, antes das alterações de 2009.

Na segunda seção, apresentam-se os aspectos gerais inerentes ao crime de estupro de vulnerável, que são as elementares do tipo, sujeitos do crime, consumação e tentativa. Em seguida, será abordado a dissonância normativa entre o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e o Código Penal (CP), no que tange ao critério objetivo (etário) a fim de se estabelecer o conceito de criança e adolescente, bem como, a inaplicabilidade da exceção Romeu e Julieta ao ordenamento jurídico brasileiro.

Neste contexto, destaca-se como a vulnerabilidade etária tem sido tratada nos tribunais brasileiros, tendo em vista as modificações na legislação penal acerca da presunção de vulnerabilidade no crime de estupro etário, em especial, pela lei nº13.718/2018, que acrescentou o §5º ao artigo 217-A do Código Penal.

Por fim, promove-se uma reflexão crítica sobre a impossibilidade jurídica de se reconhecer, atualmente, a relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro etário à luz do caso concreto. Desta forma, será evidenciada que a adoção da presunção de vulnerabilidade absoluta pelo ordenamento jurídico brasileiro, nada mais é que uma busca desenfreada pela aplicação da sanção penal, e assim, ignoram-se as situações em que o caso concreto não se insere no tipo penal.

2 DO CRIME DE ESTUPRO PRESUMIDO

O Código Penal brasileiro, em sua parte especial, Título VI, disciplinava os denominados “crimes contra os costumes”. Neste contexto, faz-se mister destacar a redação dada ao crime de estupro antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009: Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena - reclusão, de três a oito anos. (BRASIL, 2009).

Através da leitura do dispositivo supracitado, pode-se afirmar que o crime de estupro, antes da lei nº 12.015/2009, restringia-se à proteção sexual da mulher contra o ato de constrangê-la à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Somado a isto, é importante destacar que o Código Penal, no revogado artigo 224, capítulo IV, reconhecia a existência da presunção de violência:

Presunção de violência

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima

a) não é maior de catorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (BRASIL, 2000).

Deste modo, verificada uma das condições mencionadas no dispositivo acima, presumia-se a existência de violência na prática do ato sexual. Dentro deste contexto, destaca-se que a expressão “presunção” gerou um intenso debate a época sobre a redação do artigo 224, alínea “a”, do Código Penal. Assim, havia dúvida quanto à presunção de violência ser absoluta ou relativa quando a vítima fosse menor de 14 anos. Neste sentido, Caroline Barbosa Guimarães (2011, p. 44) leciona:

Para os defensores da teoria absoluta, a presunção era absoluta, não se admitia prova em contrário, estaria o crime configurado sempre que o sujeito ativo fosse menor de 14 anos. A teoria relativa defendia a produção de provas, e excluía a presunção de violência, sempre que a menor de 14 anos já fosse experiente em assunto sexual e demonstrar ser promiscua.

Ante o exposto, pontua-se que durante a vigência do artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, abria-se espaço para se discutir sobre a capacidade do adolescente menor de 14 anos e maior de 12 anos de autodeterminar sexualmente. Assim, questionava-se sobre a natureza da presunção de violência nos casos de estupro etário.

Neste sentido, frisa-se que antes do advento da lei nº 12.015/2009, o ordenamento jurídico brasileiro não impedia a possibilidade de se reconhecer a presunção de violência de forma relativa, assim, os tribunais acatavam alegações, como por exemplo, a existência de experiência sexual da vítima como fundamento para afastar a figura do estupro etário. (STF, HABEAS CORPUS N. 73.662-MG, 2005).

3 DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Inicialmente, é necessário destacar alguns pontos que culminaram a elaboração da lei nº 12.015/2009, segundo sua exposição de motivos:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder - a primeira metade dos anos 40 - e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade,

em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, § 4º, de que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente". (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Assim, percebe-se que o advento da lei nº 12.015/2009 teve como objetivo buscar uma maior proteção à dignidade sexual do indivíduo, especialmente, quando as vítimas forem crianças ou adolescentes, bem como, minimizar os impactos negativos dos estigmas sociais e valores preconceituosos que tornavam insuficiente a tutela da liberdade sexual.

Com a entrada em vigor da lei nº 12.015/2009, o artigo 224 do Código Penal foi revogado. Desta maneira, a presunção de violência foi abandonada, cedendo espaço para a objetividade fática, ou seja, a literalidade da elementar traduzida pela expressão "menor de 14 (catorze) anos". Deste modo, as alegações como o consentimento da vítima para a prática do comportamento sexual e a experiência sexual anterior, não terão condão para afastar a configuração do crime de estupro etário.

Dentro deste contexto, é oportuno destacar que a lei nº 12.015/2009 incorporou ao Código Penal o artigo 217-A, conforme se depreende:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2009).

Ante o exposto, observa-se que ocorreram algumas modificações, como a inserção de um capítulo denominado de “dos crimes contra os vulneráveis, entre outras alterações nos crimes sexuais. E assim, criou-se o artigo 217-A, do Código Penal que passou a versar sobre a estupro de vulnerável. Dessa maneira, a lei nº 12. 109/2009 criou um tipo específico para tutelar a liberdade sexual dos vulneráveis.

3.1 Conduta

A legislação penal brasileira caracteriza como estupro de vulnerável o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, bem como, com aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Assim, verificada a reunião das elementares descritas no tipo, configura-se o crime previsto no 217-A do Código Penal.

É oportuno destacar que se o agente, em um mesmo contexto fático, tem uma conjunção carnal e pratica outro ato libidinoso diverso, com uma pessoa considerada vulnerável por força do artigo 217-A, do Código Penal, haverá crime único. (STJ, RESP 1635622 RJ 2016/0287363-5, 2017). Desse modo, pode-se destacar por exemplo, aquele que na mesma ocasião, tem coito vaginal e sexo oral com menor de 14 anos, responderá por crime único de estupro de vulnerável. Logo, a prática simultânea dos núcleos alternativos do tipo servirá apenas no cálculo da fixação da pena base, nos moldes do artigo 59, do Código Penal.

Conforme Luiz Régis Prado (2010, p. 623), a conjunção carnal “consiste na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vaginal natural, com a intromissão do pênis na cavidade vaginal”. Assim, o ato de “ter conjunção carnal” está relacionado à introdução do pênis na vagina. Desta forma, nota-se que o legislador não exigiu que a penetração seja completa.

Por outro lado, deve-se atentar a expressão “outro ato libidinoso” descrita no caput do artigo 217-A, do Código Penal. Neste sentido, resta-se nítido que é necessário um ato diverso da conjunção carnal. Logo, denota-se que o termo “ato libidinoso” é gênero, do qual conjunção carnal é espécie. Neste ponto, é relevante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a contemplação da lasciva de menor de 14 anos como prática de ato libidinoso:

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. Segundo a posição majoritária na doutrina, a simples contemplação lasciva já configura o “ato libidinoso” descrito nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo

irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido (STJ.5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016 (Info 587). (STJ, RHC 70.976-MS, 2016).

Por óbvio, a contemplação da lasciva não configura conjunção carnal, porém, segundo entendimento firmado pelo STJ, pode ser considerada como ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Desta forma, mesmo não havendo contato físico entre a vítima e o agressor, se vítima for constrangida, o crime de estupro restará configurado nos moldes do artigo 213, do Código Penal. Por outro lado, caso seja identificado que a vítima se enquadra no conceito de vulnerável, a conduta do autor será punida pelo artigo 217-A, do Código Penal.

Por fim, frisa-se que uma vez reunida as elementares do tipo, a alegação da ausência de contato com a vítima não terá condão de afastar a responsabilidade criminal do agente. Deste modo, o fato do agente não ter tocado na vítima, ao cotemplá-la lascivamente, servirá apenas como circunstância a ser levada em conta na dosimetria da pena.

3.2 Sujeitos

Nos crimes de estupro de vulnerável, em relação ao sujeito passivo (vulnerável), e ao sujeito ativo (agente que pratica as condutas descritas no artigo 217-A, do Código Penal), far-se-á necessário avocar os ensinamentos de Greco (2011, p. 535) que afirma: “ tanto o homem como mulher podem ser considerados sujeitos ativos deste delito, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá obrigatoriamente, ser heterossexual ”.

Dessa forma, resta-se claro que nas demais hipóteses, ou seja, quando não houver cópula vaginal, qualquer pessoa poderá figurar na condição de autor do delito. Deste modo, o crime será considerado comum, pois não se exige uma condição especial do agente. Por outro lado, caso o agente pratique conjunção carnal, o crime será considerado próprio. Logo, por ser necessária a cópula vaginal, o sujeito ativo deverá ser necessariamente um homem.

3.3 Consumação e Tentativa

O Código Penal Brasileiro determina em seu artigo 14, I, que: o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. Neste sentido, a fim de delinear a consumação no crime de estupro de vulnerável, é oportuno avocar a definição conferida pelo legislador penal, conforme segue:

“Art. 217- A ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.” (BRASIL, 2009).

Deste modo, a consumação se resta consubstanciada quando no concreto se verificam as elementares descritas no tipo, ou seja, o agente tem conjunção carnal (cópula vagínica, mesmo que incompleta) ou pratica um ato diverso da conjunção carnal com os sujeitos que tenham os critérios objetivos discriminados no tipo penal supramencionado.

No que concerne ao instituto da tentativa, far-se-á necessário avocar o artigo 14, II, do Código Penal: diz-se o crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (BRASIL, 1984). Assim, destaca-se, por exemplo, a situação em que o agente leva uma menor de 14 anos para um motel a fim de ter conjunção carnal e, o mesmo tem ciência da idade da vítima, porém, pouco antes de ingressar nos atos executórios, é impedido por uma ação policial que invade o motel.

Diante da análise supracitada, afirma-se que o estupro de vulnerável assumirá a sua forma tentada quando o agente possui o elemento volitivo voltado a praticar a conduta narrada no artigo 217-A do Código Penal, porém, por condições que independem de sua vontade, o crime não se consuma.

4. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO ESTUPRO CONTRA VÍTIMA MAIOR DE 12 ANOS E MENOR DE 14 ANOS

O critério etário é um mecanismo objetivo utilizado pelo ECA (Estatuto da Criança e Do Adolescente) para se estabelecer a diferença entre crianças e adolescentes. Neste sentido, é importante destacar que a distinção conceitual é evidenciada na aplicação das infrações disciplinares, que são impostas pelo ECA, por incidência do princípio da especialidade. (GRECO, 2015).

Assim, segundo a legislação especial, verificado o cometimento de uma infração disciplinar por uma criança não caberá aplicação de medida socioeducativa, apenas a medida de proteção. (BRASIL, 1990). Logo, para fins legais, o artigo 2º do ECA considera criança a pessoa com até 12 anos incompletos, por outro lado, aqueles com idade entre 12 e 18 anos são considerados adolescentes.

Diante deste contexto, e a partir da leitura dos dispositivos já mencionados, pode-se concluir que o adolescente com 12 anos completos detém a mesma capacidade cognitiva dos jovens entre os 13 e 18 anos. Ademais, nos casos de aplicação

de medida socioeducativa, a lei não traça tratamento diferenciando, ao contrário, os equiparam. Por outro lado, o legislador penal traça entendimento diversos quanto à escolha do marco etário. Desse modo, acertadamente, Nucci (2013, p. 990) afirma:

[...] o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos a oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente quem é maior de 12 anos. Logo, a idade 14 anos deveria ter sido eliminada desse cenário.

Dessa forma, embora tenha sido oportunizado com a introdução da lei nº12.105/2009, uniformizar o conceito de adolescente do Código Penal com o do ECA e, assim, considerar que adolescente para fins penais é a pessoa que possui 12 anos completos, o legislador preferiu continuar com o critério etário elegido em 1940.

Neste contexto, é oportuno avocar as controvérsias que envolvem a relação sexual entre dois adolescentes ou jovem e um adolescente. Assim, alguns doutrinadores defendem a aplicação do direito comparado materializado pela teoria americana "*Romeo and Juliet law*". Nesta esteira, preleciona Estefam (2011, p. 166):

A exegese das normas penais não pode se dar, jamais, alijada de uma visão constitucional e, notadamente, da correta delimitação do valor protegido (objetividade jurídica) pela disposição. É por essa razão que entendemos, a despeito da peremptoriedade do Texto Legal, que nem todo o contato sexual com menor de 14 anos ingressará na tipicidade (material) da norma. É *a men legis* que se sobrepõe à *mens legislatoris*.

Desta forma, destaca-se que há vozes na doutrina que se inclinam à relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze (incompletos) e maior de 12 anos. Deste modo, reconhecem a possibilidade de se implementar a exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico brasileiro através do direito comparado. (MOREIRA, 2017).

Assim, destaca-se que a exceção Romeu e Julieta foi inspirada na célebre obra "*Romeu e Julieta*" de William Shakespeare, que traçou a tese da inexistência de presunção de violência quando os amantes são jovens, e por tanto, encontram-se no mesmo momento de descoberta da sexualidade. Deste modo, a teoria mencionada defende que é razoável considerar o ato sexual praticado por adolescentes, desde que haja entre os parceiros pouca diferença de idade e o consentimento na prática do ato sexual.

Neste sentido, preza-se pelas circunstâncias do caso concreto em detrimento ao objetivismo normativo. Logo são mais flexíveis, assim, admitem a relativização da vulnerabilidade no estupro etário, por exemplo, nos casos em que se verifica a constatação de que a suposta vítima teve uma experiência sexual anterior. Assim, defendem o afastamento da incidência da norma penal em casos específicos.

4.1 Entendimento dos Tribunais

O Código Brasileiro Penal, como já explanado sofreu alterações após a vigência da lei n.º 12.015/2009, dentre os dispositivos modificados, encontrava-se o artigo 224, o qual previa as causas em que os crimes sexuais seriam presumidos.

Neste contexto, o STF se manifestou reconhecendo a possibilidade da relativização da presunção de violência no julgado do Habeas Corpus n.º 73.662 – MG, D.J.U. 20.09.96, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, conforme segue:

EMENTA: ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal. (STF, HABEAS CORPUS N. 73.662-MG, 2005).

Nota-se, que as lacunas interpretativas da redação do artigo 224, do Código Penal, em relação ao estupro etário, permitiam que a violência presumida poderia ser afastada por prova em contrário, tendo em vista o perfil da vítima (envolvimento amoroso com o agente, experiência sexual ou consentimento para a prática do ato).

Todavia, com o advento da lei n.º 12.015/2009 e suas alterações posteriores, o artigo 224 do Código Penal foi revogado, bem como, foi incorporado o artigo 217-A ao Código Penal. Dentro deste contexto, destaca-se que o agente se utiliza da vulnerabilidade da vítima para satisfazer sua lasciva, uma vez que, está tem compreensão do ato sexual. Assim, o reconhecimento da presunção de vulnerabilidade está relacionado a elementar objetiva deduzida pela expressão “menor de 14 anos”, que é de natureza objetiva.

Somado a isto, exige-se unicamente que o agente pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com a vítima. Segundo este pensamento, demonstra-se

indiferente para a caracterização do tipo penal o perfil do adolescente que pratica o comportamento sexual.

A fim de findar as controvérsias sobre natureza da presunção de violência, em 2017, o Supremo Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 593, na qual se reconheceu expressamente que a presunção de violência é absoluta, conforme se depreende :

“Súmula 593 – O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (STJ, 2017).”

Dessa maneira, o entendimento sumulado determina que é irrelevante analisar quando se trata de menor de 14 anos, fatores como a experiência sexual da vítima, gravidade do ato libidinoso, ou até mesmo, a existência de um relacionamento amoroso entre o agente e o menor de 14 anos. Neste sentido, embora, muitas vezes, as práticas aconteçam com o consentimento da família, o crime restará configurado e, ao agente será aplicada a sanção penal.

Nota-se que a súmula nº 593, do STJ reforçou a irrelevância da experiência sexual da vítima, bem como, o seu consentimento para a incidência da norma penal. Desta forma, o enunciado sumulado sepultou um debate que vigorava desde a vigência do artigo 224, do Código Penal. Neste sentido, destaca-se o julgado em sede de agravo regimental em recurso especial:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA.

CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N.º 1.480.881/PI. SÚMULA N.º 593/STJ. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

O entendimento exposto no acórdão impugnado diverge da orientação desta Corte Superior, firmada no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.480.881/PI, no sentido de que, “para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual

experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime”. 2. No mesmo sentido é o enunciado da Súmula n.º 593/STJ: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.”3. Agravo regimental desprovido. (STJ –Ag. Rg no Resp: 1768988 SC2018/0252998-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 13/12/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: Dje 04/02/2019).

Deste modo, nota-se que o artigo 217-A, introduzido pela lei nº 12.015/2009 ao Código Penal e a súmula nº 593 do STJ reconhecem que presunção de vulnerabilidade se manifesta de forma absoluta. (STJ, 2020). Desta forma, o fato da vítima ter uma relação amorosa com o autor, ou, seu potencial de consentimento para a prática do ato sexual não terão relevância para descaracterizar o estupro de vulnerável.

Por fim, destaca-se que a lei nº 13.718/2018 incorporou um novo parágrafo ao artigo 217-A do Código Penal. Deste modo, estabeleceu :

Art. 217-A.[...]

§ 5ºAs penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL, 2009)

Ante o exposto, pode-se afirmar que a redação do §5º, apenas positiva, ou seja, reconhece expressamente em lei, um entendimento jurisprudencial firmado em 2017 pelo enunciado nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, porém, ainda é bastante controverso na doutrina, sobre a irrelevância do consentimento da vítima menor de 14 (quatorze anos) na prática de comportamentos sexuais.

5. MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O JOVEM PÓS- MODERNO

É inegável a dinâmica evidenciada pelas relações sociais que se aprimoram no contexto em que o indivíduo está inserido. Dentro desta realidade, por óbvio, o adolescente de 1940 não é o mesmo dos dias atuais. Ademais, o amplo acesso à informação acaba por fragilizar a possibilidade de sustentar a figura do “jovem ingênuo” e vulnerável, inclusive, dos maiores de 12 (doze) anos e menores de 14 (quatorze) anos. Nesta esteira, Dudziak; Belluzzo (2008, p. 44) lecionam que:

“A emergência da Sociedade de Informação significou uma quebra de paradigmas em relação à trajetória tradicional de evolução socioeconômica e educacional das sociedades modernas. Especialmente moldada a partir da rápida evolução das tecnologias de comunicação e informação, a sociedade da informação alicerça-se em um cenário essencialmente pós-moderno, informático, onde o indivíduo percebe certa angústia diante do impacto gerado pela velocidade com que a tecnologia tem evoluído e disponibilizado a informação, através dos meios de comunicação.” Dudziak; Belluzzo (2008, p. 44).

Dessa forma, verifica-se que o tecido social está mergulhado na era da velocidade do acesso ao conteúdo informativo, que é típico de uma sociedade pós-moderna.(SILVA, 2020). Assim, as informações circulam em um “espaço de tempo ínfimo”, e assim, verifica-se a necessidade da norma penal se adequar ao atual contexto social.

Tendo em vista as transformações sociais influenciadas pela inserção dos recursos tecnológicos no cotidiano dos jovens, bem como, a precoce iniciação da vida sexual do adolescente, é inegável que a incidência do critério etário em caráter absoluto se demonstra um desprezo à dinamicidade das relações sociais, que é um aspecto relevante a ser observado no exercício da tutela penal. (LARA, 2015).

Deste modo, infere-se que a opção pela aplicação sistemática do dispositivo que prevê o estupro etário é desproporcional. Ademais, se quer existe a possibilidade jurídica de questionar sobre a vulnerabilidade da suposta vítima, bem como, não se verifica a adequação da norma penal à evolução da sociedade que tutela. Deste modo, contraria-se aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade do Direito Penal, conforme explicita Greco (2016, p.126):

O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal (GRECO, 2016. P.126).

Nesta esteira, Greco (2016, p.126) ainda complementa afirmando que a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. Neste sentido, afirma-se que o tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com

menor de 14 anos, diferente do crime de estupro que necessariamente exige a presença de violência ou ameaça.

Dentro deste contexto, ressalta-se a importância da análise da presunção de vulnerabilidade do menor entre doze e catorze anos em cada caso concreto, isso porque, havendo concordância do menor com o ato libidinoso, e não, existindo emprego de violência ou grave ameaça por parte do parceiro, caso fosse possível se questionar sobre a vulnerabilidade da vítima, abria-se a possibilidade de se afastar a figura do crime de estupro etário à luz do caso concreto.

Logo, por óbvio, pode-se perceber que a adoção da presunção de vulnerabilidade absoluta pelo ordenamento jurídico brasileiro, nada mais é que uma busca desenfreada pela aplicação da sanção penal. Deste modo, ignora-se as situações em que o caso concreto não se insere no tipo penal.

6 CONCLUSÃO

Através do desdobramento do presente estudo, foi possível verificar que o legislador penal e a jurisprudência têm se curvado ao reconhecimento de que a presunção de violência, nos casos de estupro etário, manifesta-se de forma absoluta. Deste modo, aderiu-se à literalidade da redação do artigo 217-A, do Código Penal, bem como ao entendimento do enunciado nº 593 do STJ (Supremo Tribunal de Justiça), que posteriormente, foi reforçado pela inserção do § 5º ao artigo 217-A do Código Penal.

Neste sentido, através da abordagem de um paralelo entre o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o Código Penal (CP), no que concerne ao conceito de criança e adolescente, restou claro que o Código Penal, além de eleger um critério diverso da lei infantojuvenil, mostra-se insuficiente na busca da adequação normativa às mudanças de comportamento na sociedade brasileira.

Desta maneira, destacou-se que mesmo sendo oportunizado ao legislador penal uniformizar o critério objetivo (etário) do Código Penal com o do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) através da lei nº 12.105/2009, e assim, estabelecer a idade de 12 anos como marco inicial para se considerar alguém adolescente, o mesmo manteve a expressão “menor de 14 anos”.

Logo, evidentemente, percebeu-se que há uma resistência do legislador penal em compatibilizar a norma penal à dinâmica social. Deste modo, notou-se o fetiche do legislador penal ao punitivismo exacerbado em manter o pensamento do legislador de 1940. Assim, atualmente, é inconcebível a relativização da presunção de violência nos crimes de estupro etário à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, sob uma reflexão crítica, pode-se afirmar que embora o presente estudo esteja longe de findar as discussões sobre o tema, ressalta-se que a redação do artigo 217-A, do Código Penal se mostra desproporcional, ao criminalizar a prática de qualquer comportamento sexual com menor de 14 (quatorze) anos em um país onde a iniciação da vida sexual costuma ser nesta idade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAYNER. Yan Rêgo. **Exceção de romeu e julieta x súmula 593 do stj, uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual.** Disponível em: <https://delegados.com.br/component/k2/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj>. Acesso em: 06 nov. 2020

BITENCOURT. Cezar Roberto. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em 12 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 7 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 marc. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.69/90. **Estatuto da Criança e Adolescente:** promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 marc. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em 23 de nov. de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848. **Código Penal:** promulgado em 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 73.662-MG.** Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília: 21 mai. 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>. Acesso em: 04 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 - Exposição de Motivos.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em 15 out. 2020.

DUDZIAK, Elisabeth Adriana; BELLUZZO, Regina Célia Baptista. **Educação, informação e tecnologia na sociedade contemporânea: diferenciais à inovação?** Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação: Nova Série, v. 4, n. 2, p. 44-51, jul./dez., 2008. Disponível em: http://basessibi.c3sl.ufpr.br/brapci/repositorio/2015/12/pdf_f9d59dfdcf_0000006192.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogerio. **Parte Especial**. 13ª ed, São Paulo: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 76.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 8.ed. Niterói: Impetus, 2011. v.3. p. 535.

GRECO, Rogerio. **Parte Especial**. 14ª ed, São Paulo: Impetus, 2017, 83p.

LARA, Lucia Alves da Silva; ABDO, Carmita Helena Najjar. **Aspectos da atividade sexual precoce**. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, v. 37, n. 5, p. 199-202, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-72032015000500199&script=sci_arttext. Acesso em: 25 set. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro. Parte Especial, arts. 121 a 249**.

/ -8. Ed. Rev. atualizada e ampliada. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**, 23.ed, v. 3. São Paulo: Atlas, 2015, 123p.

JUSTIÇA. Superior Tribunal de. **Para o STJ, estupro de menor de 14 anos não admite relativização**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Para-o-STJ,-estupro-de-menor-de-14-anos-n%C3%A3o-admite-relativiza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 09 marc. 2020.

JUSTIÇA. **Superior Tribunal**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175%20Acesso%20em%2027%20de%20mar.%202012. Acesso em 20 abr. 2020.

MASSON, Cleber, **Direito Penal Esquematizado**. 4. ed, v.3. São Paulo: Método, 2015. 58p.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKALOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 6ªed. São Paulo, 2017.

MOREIRA, Paola Martins. **Romeo and Julietlaw: estudo acerca da possibilidade de aplicação de instituto semelhante à exceção norte-americana ao ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível

em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11774/1/21307774.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 990

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e Adolescente.** 4. ed. Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código penal comentado.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1155.

SILVA, L. G. C. E. **Os direitos da personalidade como instrumentos jurídicos da sociedade pós-moderna.** Revista Fides, v. 11, n. 1, 16 jul. 2020.

LEISHMANIOSE VISCERAL CANINA: A INCIDÊNCIA DE CASOS EM GURUPI E A RESPONSABILIDADE DO ENTE POLÍTICO SOB O CONTROLE DA ENDEMIAS.

JOANA BEATRIZ BORGES AGUIAR PEREIRA:
Acadêmica do Curso de Direito da Universidade
de Gurupi - UnirG

WENAS SILVA SANTOS⁴⁷

(orientador).

RESUMO: A Leishmaniose Visceral (LV), ou Calazar, é uma zoonose endêmica em diversos países, incluindo o Brasil. O estado do Tocantins apresentou um aumento demasiado no número de casos de pessoas e animais contaminados pela Leishmaniose Visceral Canina nas últimas décadas, especialmente no município de Gurupi, que vêm se expandido devido ao grande déficit no combate ao vetor da doença. A nossa lei maior é clara quanto à concessão da proteção ambiental, e embora havendo as mais diversas leis de proteção, a nível constitucional e infraconstitucional, o poder público persiste em políticas públicas de saúde e controle de zoonoses ultrapassadas, inconstitucionais e cruéis aos animais. Desta forma, atentando a dimensão da zoonose; a responsabilidade do ente público sob o combate da mesma; e primando pelos direitos humanos e dos animais, o presente estudo objetiva a realização de um levantamento de dados relativos à incidência da doença entre os cães no município de Gurupi no ano de 2018 e 2019; bem como, questionar a eficácia dos tratamentos utilizados no Brasil, discutindo a relevância destes, e apresentando medidas alternativas de proteção à vida animal a serem tomadas.

Palavras-chave: Leishmaniose Visceral Canina; Calazar; Saúde Pública; Administração Pública; Eutanásia.

ABSTRACT: Visceral Leishmaniasis (VL), or kala-azar, is an endemic zoonosis in several countries, including Brazil. The state of Tocantins has seen an increase in the number of cases of people and animals contaminated by Canine Visceral Leishmaniasis in recent decades, especially in the county of Gurupi, which has expanded due to the great deficit in combating of the disease vector. Our greatest law is clear as concerning the concession of environmental protection, and although there are several diverse laws of protection, at constitutional and infraconstitutional level, the public power persists in outdated public health policies and unconstitutional and cruel control against animals. Therefore, taking into account the dimension of zoonosis, the responsibility of the public entity under its fight, and giving priority to human and animal rights, this study aims to conduct a survey of data on the incidence of the disease among dogs in the

⁴⁷ Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UnirG.

county of Gurupi in the year 2018-2019. As well as questioning the effectiveness of the treatments used in Brazil, discussing their relevance, and presenting alternative measures to protect animal life to be taken.

Keywords: Canine Visceral Leishmaniasis; Kala-azar; Public health; Public administration; Euthanasia.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 representa um marco para os direitos humanos e as garantias fundamentais, estando incluídos ao rol, os direitos sociais, consagrando, por conseguinte, o direito à saúde, como obrigação do Estado e direito de todos os homens. O que tornou a prestação do serviço público de saúde de titularidade de todos os brasileiros, sendo uma condição essencial à dignidade da pessoa humana e de responsabilidade do Ente Público, no que tange a sua regulamentação, fiscalização e controle.

A Leishmaniose Visceral (LV) ou Calazar é uma enfermidade infecciosa causada pelo protozoário *Leishmania infantum chagasi*, popularmente conhecido como "mosquito palha". É uma zoonose de evolução crônica de grande abrangência no mundo, sendo um problema de grau elevado para o Ministério da Saúde, atingindo milhares de pessoas e animais silvestres e domésticos, podendo levar a óbito até 90% dos infectados se não tratada corretamente. Sendo responsável anualmente por 59.000 óbitos, resultante de aproximadamente 500.000 casos da doença, com cerca de 12 milhões de pessoas infectadas por ano (CORTES, 2012; DA SILVA, 2010).

O Brasil se encontra na lista dos seis países mais afetados pela LV. As regiões norte e nordeste possuem os números mais elevados de casos no país. O estado do Tocantins se inclui na zona endêmica Brasileira, e o município de Gurupi tem sofrido aumento de casos nas últimas décadas de forma significativa e preocupante, afetando a população e os animais de forma direta.

Pode se considerar um problema maior ainda para o Brasil pela quase inexistente evolução legislativa neste campo, especificamente no que diz a respeito do direito à saúde animal. Sendo ignorado pelos legisladores o fato de que a saúde humana e a animal estão indissolivelmente ligadas, vez que os seres humanos dependem dos animais para sua subsistência, desde a companhia ao desenvolvimento tecnológico, socioeconômico e científico. Não recebendo inclusive, esta endemia, a devida atenção e as medidas necessárias para seu controle, por ainda ser considerada, de forma errônea, uma doença controlada entre os humanos.

De acordo com o Ministério da Saúde, mais de três mil pessoas são acometidas pela doença e cerca de duzentas morrem em decorrência da zoonose todos os anos

no Brasil. Os cães são considerados o maior reservatório urbano do Calazar, sendo tratados com desprezo e frieza e submetidos a procedimentos ultrapassados e cruéis, como a eutanásia, sem terem qualquer culpa pelo aumento destes números, não passando de vítimas diretas da falta de ações de prevenção por parte do Estado e da população. É sabido inclusive, que o combate das zoonoses entre os animais não apenas protege a saúde e bem-estar destes, como é uma das medidas mais eficazes a serem tomadas em busca da proteção da saúde das pessoas. A Leishmaniose, assim como as outras zoonoses, gera impactos imensuráveis para a saúde pública, além de grandes perdas econômicas.

Porém, as medidas de prevenção e combate destas doenças são de grande complexidade, demandando ações e contribuições de diferentes esferas da política pública, como por exemplo, trabalho entre equipes profissionais dos setores da saúde humana, animal e ambiental, com setores da educação e saneamento básico, por meio de ações, atividades e estratégias de educação em saúde, manejo ambiental e vacinação animal.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo trazer o levantamento de casos de Leishmaniose Visceral Canina no município de Gurupi em 2018 e 2019; discorrer sobre a responsabilidade do ente político e dos cidadãos frente ao controle desta zoonose; dispor sobre as medidas de prevenção que devem ser tomadas; questionar a ausência de políticas públicas de saúde; apresentar a evolução legislativa neste campo; analisando as melhorias e garantias jurídicas para os seres humanos e não humanos, assim como o investimento da saúde preventiva por parte do serviço público.

1. LEISHMANIOSE VISCERAL CANINA: ABORDAGEM GERAL

A Leishmaniose Visceral (LV), conhecida popularmente como “Calazar”, se trata de uma doença transmitida pelo vetor 'mosquito-palha', que através da picada insere o protozoário do gênero *Leishmania* na circulação sanguínea do reservatório, o cão. Tem-se conhecimento de duas espécies vetores da doença no Brasil, *Lutzomyia longipalpis* e *Lutzomyia cruzi*.

O conceito de doenças Infecciosas originou-se do desenvolvimento da microbiologia como disciplina científica ao final do século XIX e início do século XX. Nesse período, devido ao desenvolvimento de novas tecnologias, foi possível identificar um grande número de agentes infecciosos e seus vetores, reservatórios e mecanismos de transmissão, sendo os protozoários da *Leishmania* descobertos no ano de 1903.

Não é considerada uma enfermidade contagiosa, sendo a transmissão feita exclusivamente por meio da picada do mosquito fêmea infectado. Em humanos, a LV pode causar febre de longa duração, perda de peso, astenia, adinamia e anemia, e

diversas manifestações, podendo evoluir para óbito em mais de 90% dos casos, quando não tratada corretamente (Ministério da Saúde, 2016).

Já nos cães, muitos não desenvolvem sinais e sintomas clínicos aparentes da doença, quando apresentam, geralmente se dá por febre irregular, apatia, emagrecimento, descamação furfurácea e úlceras na pele, conjuntivite, paresia dos membros posteriores, fezes sanguinolentas e crescimento exagerado das unhas (Conselho Federal de Medicina Veterinária, 2020).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) considera a Leishmaniose Visceral uma das principais doenças negligenciadas no planeta, por suceder com maior abundância entre populações em situação de vulnerabilidade social, se destacando entre as crianças de 0 (zero) a 14 (catorze) anos de idade. É uma zoonose de grande magnitude, trazendo desafios à saúde pública mundial, e sendo um dos maiores problemas para a saúde pública do Brasil.

A saúde pública do Brasil, antes mesmo da república, já adotava várias intervenções ambientais nas cidades, embora a maior parte da população ainda habitasse em zona rural. Nas últimas décadas, diversas enfermidades bastante comuns, como Doença de Chagas, Hanseníase, Febre Amarela e outras, foram fortemente reduzidas e controladas no Brasil, em contrapartida, a Leishmaniose vêm se expandindo.

1.1. Da Zona Endêmica Brasileira

A LV é considerada endêmica em 76 países, e no continente americano é detectada em pelo menos 12 regiões. O Brasil ainda é responsável por 90% dos casos registrados na América Latina, as regiões Norte e Nordeste são as mais afetadas, devido a precariedade de condições sanitárias, favorecendo assim a proliferação do protozoário do gênero *leishmania*.

Já foi descrita como uma doença rural, porém vem se urbanizando nas últimas décadas, atingindo assim os bairros das cidades, local onde o vetor da doença se encontra em condições ambientais propícia para a manutenção do seu ciclo de vida (RIBEIRO, 2010).

Estudos revelam a ocorrência de casos de Leishmaniose Visceral em um processo de urbanização no Brasil, principalmente em cidades de médio e grande porte do Norte, Nordeste, Sudeste e Centro-Oeste (CALDAS et al., 2001). Há ligação direta com a zona geográfica onde ocorre, sendo o Tocantins considerado um dos estados mais atingidos no País, competindo com Amazonas, Pará, Acre e Mato Grosso.

Elementos como o uso do solo, agricultura, tipo de vegetação, desmatamento, planejamento da cidade, e ocupações humanas, devem ser consideradas quando se

pensa no Calazar. Portanto, não somente fatores ambientais estão relacionados a incidência de casos, mas fatores também associadas aos sujeitos, como por exemplo, nível social econômico e saneamento básico, que não podem ser deixadas de lado.

O vetor da doença se desenvolve, durante sua fase larvária, em ambientes terrestres úmidos, ricos em matéria orgânica e de baixa incidência luminosa. Porém, os parasitas podem ter o ciclo de vida de forma acelerada quando há aumento da temperatura, sendo cerca de 25 °C a temperatura ideal, assim, a probabilidade da fêmea sobreviver por tempo suficiente para desenvolver-se por completo aumenta, e conseqüentemente, aumentando a disseminação da doença, vez que há densidade maior de vetores adultos entrando em contato com os hospedeiros (animais e humanos).

1.2. Da LV no Estado do Tocantins e a Incidência de Casos no Município de Gurupi

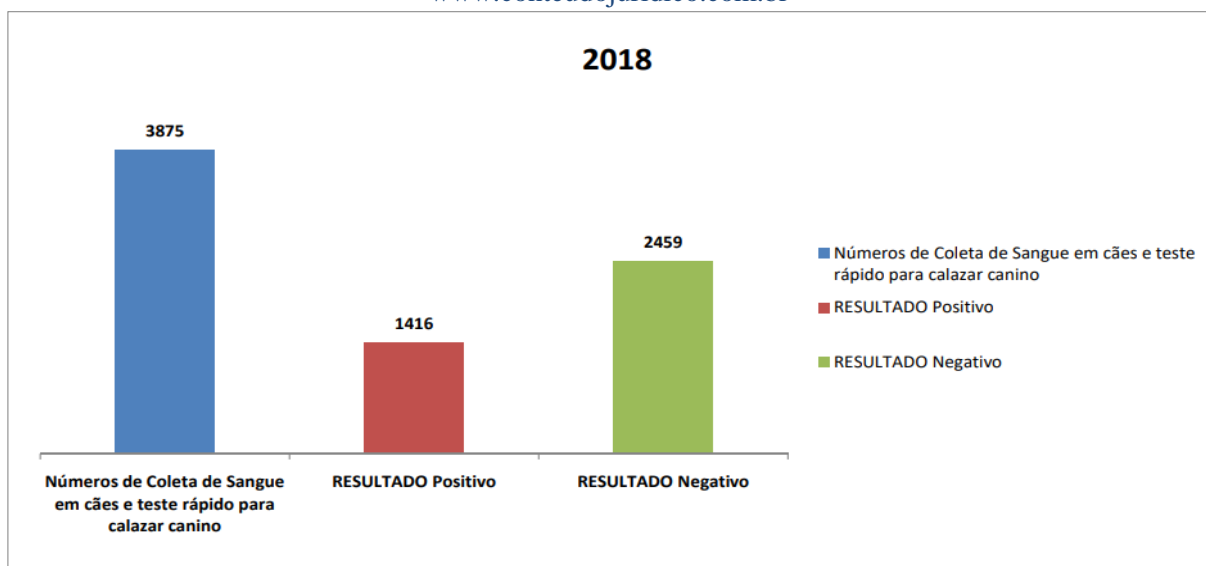
No estado do Tocantins, a correlação entre a incidência da leishmaniose e as variáveis climáticas e ambientais possui uma tendência linear clara. Sendo o Tocantins o estado com maior incidência no Brasil, contribuindo para o aumento dos casos na macrorregião Norte (REIS, 2019). O crescimento de casos em todo o estado é alarmante, principalmente entre os animais, que são, por hora, os mais acometidos pela doença.

O município de Gurupi, localizado ao Sul do estado, considerado a terceira maior cidade do Tocantins e o polo regional de toda a região sul do estado, se encontra em destaque pelo elevado número de casos de infecção por Leishmaniose, tanto entre os animais, como entre os humanos.

Foram realizadas demandas junto aos órgãos públicos do município, sendo enviados ofícios ao Centro de Controle de Zoonoses (CCZ) e à Secretaria Municipal de Saúde, requisitando informações quanto à computação de casos positivos de pessoas e animais infectados na região, nos anos de 2018 e 2019.

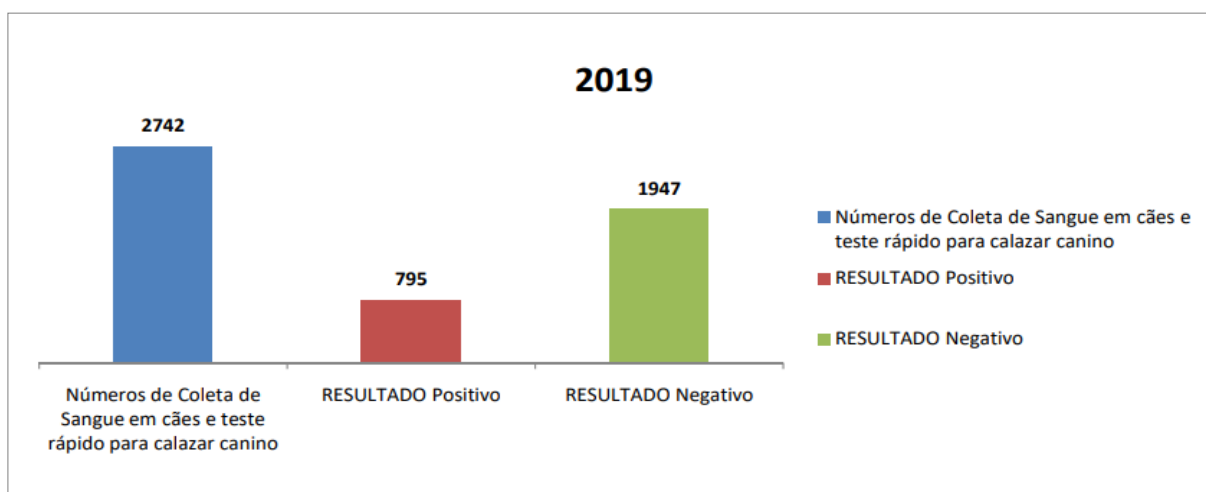
O Centro de Controle de Zoonoses de Gurupi apresentou, por meio de gráficos (apresentados nas figuras 1 e 2) e documentação oficial do órgão, a taxa de incidência de animais que testaram positivo para o Calazar na cidade. No ano de 2018, foram positivados 1416 (mil quatrocentos e dezesseis) cães, de 3875 (três mil oitocentos e setenta e cinco) amostras de sangue colhidas. Já no ano de 2019, totalizou em 795 (setecentos e noventa e cinco) cães infectados, de 2742 (dois mil setecentos e quarenta e dois) coletas realizadas (LACEN-TO; CPD CCZ, 2020).

Figura 1 – Incidência de casos entre os cães no ano de 2018 em Gurupi.



LACEN-TO; CPD CCZ, 2020.

Figura 2 – Incidência de casos entre os cães no ano de 2019 em Gurupi.



LACEN-TO; CPD CCZ, 2020.

A Prefeitura de Gurupi, por meio da Secretaria de Saúde e da Vigilância Epidemiológica (SEMUS), apresentou dados extraídos pelo sistema “SINAN NET”, também através de gráfico (apresentado na figura 3) e documento oficial do órgão, dispondo o número de habitantes infectadas pela LV no município, contando com 23 (vinte e três) pessoas no ano de 2018 e 6 (seis) pessoas no ano de 2019 (SINAN NET, 2020).

Figura 3 - Incidência de casos entre humanos nos anos de 2018 e 2019 em Gurupi.

INVESTIGAÇÃO DE LEISHMANIOSE VISCERAL - Sinan NET

Ano	Jan	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Total
2018	2	2	5	2	3	5	2	0	1	0	1	23
2019	1	1	0	1	0	0	0	1	0	1	1	6
Total	3	3	5	3	3	5	2	1	1	1	2	29

SINAN NET, 2020.

Os números elevados, principalmente entre os cães, se dão por diversas causas. Além de a cidade estar localizada em região endêmica, a precariedade de saneamento básico; a omissão de políticas públicas por parte do estado; a falta de comprometimento dos cidadãos com as ações de prevenção e controle; a escassez de demandas por parte do Centro de Controle de Zoonoses e da Prefeitura; podem ser considerados os motivadores destes resultados.

2. DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO QUE TANGE A SAÚDE HUMANA E ANIMAL E A LEISHMANIOSE

A Constituição Federal de 1988 é referência para os direitos humanos e as garantias fundamentais, vez que, trouxe por objetivo propiciar aos brasileiros condições mínimas para o pleno gozo de seus direitos. Encontrando-se o rol dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, que promovem, imediatamente, o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (MORAES, 2005).

No texto do artigo 5º, vemos em seu *caput* os direitos fundamentais que podemos considerar como os mais importantes:

*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** (...)."*

Após esta Carta Política, a prestação do serviço público de saúde passou a ser de titularidade de todos os brasileiros, sendo estendida a todos aqueles residentes no país, brasileiros ou estrangeiros, derrubando-se as restrições até então existente de

assistência a apenas parcela da população (BARROSO, 2009). Estando o direito à saúde, apresentado como direito social na Constituição, expressamente em seu artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O constituinte possibilitou outra importante evolução ao direito constitucional brasileiro, ao prever no art. 196 da Magna Carta a consolidação da saúde como direito de todos e dever do Estado, instituindo, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (SCHWARTZ, 2001).

Posteriormente, previu-se no art. 197 ser a saúde um serviço de relevância pública, vez que indispensável para a manutenção da vida, e no art. 198, inciso II, estipulou-se que as ações e serviços públicos referentes à saúde deveriam ter atendimento integral, priorizando-se as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (ACHOCHE, 2008).

O conceito de Saúde Única (“One Health” originalmente), que vem se popularizando nos últimos anos, se refere à relação existente entre a saúde humana, saúde animal e saúde ambiental. Por meio desse conceito, organismos como a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE) e a Organização Mundial de Saúde (OMS) passaram a planejar um conjunto de políticas públicas para prevenção e controle de enfermidades em todos os territórios.

As zoonoses estão incluídas entres estas enfermidades, vez que possuem ligação direta na transmissão das doenças entre os animais e os humanos. Sendo a leishmaniose um destaque, por ser uma doença de origem animal, que acomete humanos e que é transmitida por um mosquito vetor.

A Constituição Federal possui grande relevância também para o direito dos animais no Brasil, não sendo a primeira norma de proteção aos animais no país, mas sendo a primeira carta a mostrar o tema de forma progressista, defendendo a integridade, liberdade e o respeito por estes.

O artigo 225, da CF, em seu parágrafo primeiro, inciso VII, determina que a titularidade para proteção da fauna e a vedação de práticas cruéis com os animais é do Estado, incluindo também, o encargo da atuação de políticas públicas, a fim de tratar doenças e prevenir zoonoses.

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.

No entanto, embora um grande progresso tenha sido feito na proteção animal com a chegada da CF, em 1988, e na legislação brasileira nas últimas décadas, no que diz a proteção legal de animais não humanos, ainda faltam tratamentos legais e necessários dirigidos para estes, mesmo com a comprovação científica de que são seres sencientes, capazes de sentir dor, alegria, sofrimento, amor, raiva e compaixão, assim como os seres humanos, e que a saúde destes está integralmente ligada à saúde humana.

Como dito anteriormente, as medidas de prevenção e combate desta doença demandam ações intersetoriais, com contribuições e esforços de diferentes setores da política pública. Sendo que o combate e prevenção desta zoonose entre os animais é uma das medidas mais eficazes a serem tomadas em busca da proteção da saúde das pessoas.

Ficando diversos questionamentos, quanto a forma que o Estado vem agindo em relação à saúde pública dos humanos e dos animais e as providências e ações que deveriam ser tomadas pelo mesmo, primando pela saúde destes, sem ferir os princípios basilares da nossa carta política.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE POLÍTICO SOB O CONTROLE DA ZOOSE

O Estado surgiu como ente de obrigações e direitos, responsável pelos seus atos, em meados do século XIX. Com isso, deram-se diversos princípios, de conduta ética, moral, psíquica e outros. Estando entre estes, o princípio da proporcionalidade, que traz consigo a obrigatoriedade do estado de respeitar e manter os direitos fundamentais dos indivíduos como um todo.

É sabido que em nossa lei maior são assegurados direitos e garantias a todo e qualquer cidadão, estando dentre eles, um dos mais importantes, o direito à saúde, sendo um direito social taxado como dever do Estado. A saúde é condição essencial à dignidade da pessoa humana, por essa razão que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, e é responsabilidade do Estado a sua regulamentação, fiscalização e controle.

Está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando a construção da nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas. (Ministério da Saúde; 2003. p.29)

A CF de 1988 estabelece, em seu texto, precisamente no artigo 196, a responsabilidade do Estado para o fornecimento dos serviços de saúde, ficando sob o encargo deste a sua promoção, proteção e recuperação:

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

Pertinente ao dever do Estado de prover a saúde pública, encontra-se a obrigação de promover políticas públicas de redução do risco de doenças, através de campanhas educativas, de vigilância sanitária, de desenvolvimento de recursos humanos, construção de hospitais, centros ambulatoriais e postos de saúde.

Sendo possível inclusive, o Estado, ser responsabilizado civilmente e administrativamente, de forma objetiva, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Podendo neste caso, haver responsabilização por ato omissivo, pelos danos existentes pela falta de atuação do ente público que ocorre no âmbito da saúde.

No que tange a LV, e o seu controle e prevenção, pode-se afirmar que o ente administrativo tem responsabilidade direta sobre o controle e prevenção desta, devendo o mesmo agir com medidas e ações governamentais que possuem maior efetividade, através de políticas públicas voltadas para a saúde e a educação.

Os setores de serviço público devem priorizar o investimento em saúde preventiva, e não curativa, de forma abrangente e efetiva, a fim de levar conhecimento aos cidadãos. Atuando de modo inter e multidisciplinar, com todos os profissionais da saúde pública, com foco no acompanhamento integral da Leishmaniose e na concretização das diretrizes básicas de saúde.

A responsabilidade do combate a zoonose também se dá a população, que tem o dever de atuar de forma preventiva juntamente com o estado, evitando as condições favoráveis à presença do mosquito vetor nas casas e entorno, mantendo limpos os ambientes internos e externos de suas residências, levando seus cães regularmente ao médico veterinário e tomando diversas providências. Mas a falta de acesso a

informações, e de investimentos na educação em saúde, dificulta para que estes contribuam de maneira eficiente.

3.1. Das Medidas De Prevenção Cabíveis

O Decreto 51.838 de 1963, a portaria Interministerial nº 1.426 de 11 de julho de 2008, e o Manual de Vigilância e Controle da Leishmaniose Visceral do Ministério da Saúde de 2006, autorizam o sacrifício dos cães por não considerarem haver tratamentos alternativos para a zoonose. Por consequência, o Poder Público utiliza o abate dos cães infectados como combate e medida principal de controle da Leishmaniose Canina, de forma ultrapassada, ineficaz e inconstitucional.

O Decreto de nº 51.838 de 14 de março de 1963, que diz a respeito de Normas Técnicas Especiais para o Combate às Leishmanioses, traz “técnicas especiais” de controle de forma enfática ao sacrifício dos cães como medida sanitária, comprovando a falta de empenho por parte do Governo Federal, que não busca investimentos em políticas de saúde pública e não atualizam suas medidas sanitárias, sendo que em todos os países de zona endêmica da zoonose esta medida fora excluída.

Entretanto, é reconhecido pela Comissão Nacional de Saúde Pública Veterinária, pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária, pela Comissão Nacional de Saúde Pública Veterinária e por estudo promovido pela Fundação Oswaldo Cruz, que o tratamento existente é eficaz e seguro para os cães acometidos pelo vírus, indicando que a política apóia apenas os interesses políticos, e não os de saúde pública. Não sobrando motivos para se considerar o Manual e a Portaria como métodos cabíveis, mas sim atitudes cruéis e desorganizadas do ente político.

Podendo-se dizer até mesmo que, a prática de eutanásia no país viola fortemente o princípio da precaução e da prevenção, vez que um extenso estudo sobre a dinâmica populacional em área endêmica para LV realizado em Jequié/BA, concluiu que a eutanásia de cães positivos, mesmo quando realizada com eficiência, não reduz a incidência da leishmaniose visceral canina (doravante, LVC) (Marcondes et AL, 2011, p. 253), não restando motivos para adotá-la atualmente.

Há inclusive, entendimento jurisprudencial sobre a proibição do “holocausto canino” e a necessidade de políticas públicas e campanhas de controle que priorizem a eliminação do mosquito vetor, a fim de valorizar a vida animal, vez que os mesmos não passam de vítimas da moléstia, assim como os homens.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Eutanásia canina como política pública de controle de leishmaniose visceral canina. Providência irreversível e de eficácia científica muito duvidosa (possibilidade de tratamento dos animais). Necessidade de

eliminar o inseto vetor do protozoário, e não o cão, que é tão vítima da moléstia como o homem (existência de outros animais que tem a mesma potencialidade transmissiva, mas que não são "incomodados" pela saúde pública). Proibição do holocausto canino: agravo provido. Agravo de Instrumento 405724 no processo de origem nº 0013792-50.2010.4.03.0000. Relator Des. Federal Johansom Di Salvo. 28/05/2015. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sexta Turma.

Não restando dúvidas quanto à ineficácia da Eutanásia dos animais soropositivos como método de combate à Leishmaniose Visceral, é possível afirmar que o ente político deve empregar os gastos realizados na captura e eutanásia em campanhas de prevenção. Direcionando-os de forma eficaz, como por exemplo, para ações de saneamento básico; campanhas de encoleiramento dos cães com coleiras repelentes; aplicação de inseticidas e profilaxias das residências; campanhas de vacinação; implementação de ações de educação em saúde.

O Projeto de Lei nº 152 de 2017, que *"Dispõe sobre Política Estadual de Prevenção e Tratamento da Leishmaniose Visceral Canina - LVC no âmbito do Estado do Tocantins e dá outras providências"*, traz:

Art. 1º. Fica instituída a Política Estadual de Prevenção contra a Leishmaniose Visceral Canina – LVC com a finalidade de prevenir e controlar a transmissão da doença, a ser desenvolvida de forma integrada e conjunta entre os órgãos competentes do Estado e dos Municípios.

Art. 2º. A Política de que trata esta Lei compreende as seguintes ações, entre outras:

I – campanhas de divulgação e esclarecimento à população, tendo como principais metas:

- a) elucidar as características da doença, seus sintomas e forma de transmissão;
- b) orientar os tutores dos animais sobre as ações preventivas e formas de tratamento;
- c) reforçar a necessidade da vacinação, encoleiramento e uso de repelentes;

II – campanhas gratuitas de diagnóstico, através de exames Enzyme-Linked Immunosorbent Assay - ELISA e Imunofluorescência - RIFI com diluição total;

III – campanhas de vacinação gratuita dos animais;

IV – campanhas de encoleiramento gratuito e/ou aplicação de repelentes em animais vulneráveis.

Contudo, o Projeto de lei não foi sancionado até a presente data, o que nos causa mais um questionamento, por qual motivo este projeto de lei se encontra paralisado, tendo-se conhecimento de que vindo a vigorar no Estado do Tocantins, os números de casos de animais e pessoas infectados pelo Calazar diminuiriam gradativamente, levando em consideração o texto da mesma, que traz diversas iniciativas por parte do ente público para o combate e prevenção da doença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo fora realizado durante o período do segundo semestre do ano de 2020 e o primeiro semestre de 2021, apresentando ao longo dos capítulos, dados e análises de pesquisas atuais. A captação destes materiais ocorreu através de sites; publicações periódicas; materiais digitais em plataformas oficiais do governo e instituições; além de documentos disponibilizados por repartições públicas, como os órgãos municipais de Gurupi, o Centro de Controle de Zoonoses e a Secretaria Municipal de Saúde.

Os órgãos públicos do município contribuíram de forma efetiva ao serem oficializados, dispondo os dados necessários para a computação de casos de animais e humanos soropositivos no município de Gurupi. Totalizando em 23(vinte e três) pessoas e 1416(mil quatrocentos e dezesseis) cães no ano de 2018; 6(seis) pessoas e 795(setecentos e noventa e cinco) cães em 2019.

Contudo, a obtenção destes dados foi de grande complexidade, levando em consideração a escassez de material pertinente ao tema. Foi possível captar ao longo do trabalho a falta de evolução legislativa no campo do Direito a Saúde, no que tange a Leishmaniose Visceral, e também, no campo do Direito dos animais, principalmente em relação à saúde animal.

A chegada da Constituição de 1988 trouxe grande força para o Direito a Saúde, no entanto, o país sofre com a escassez da prestação da Saúde Pública há décadas. O texto constitucional, as normas regulamentares e as leis específicas, possuem disposições cabíveis e necessárias, que em tese trariam grande evolução para a Saúde,

mas o Estado enfrenta grande dificuldade na priorização desta esfera, por diversos motivos, como pela falta de pecúnia, e não menos importante, pela inexistente regulamentação e cobrança por parte do judiciário para com os Entes.

A saúde está constituída no ordenamento jurídico como direito fundamental, cabendo ao Ente Político a realização de prestações positivas, como a formulação de políticas públicas sociais voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde. Devendo este, buscar uma perspectiva de prestação de serviço de saúde com maior participação da comunidade e com reforço do Estado e do Município, em ações e campanhas sanitárias, por encontrarem-se mais próximos da vida local de sua população.

Não se trata de uma doença recente, tendo-se indícios da descoberta da moléstia desde o final do século XIX, contando com mais de 100 anos de evidenciação. Apontando assim, a morosidade do Estado na forma que vêm agindo durante o último século em relação ao combate e controle da enfermidade.

Atualmente, há normas obrigando o Ente a agir de forma que priorize a saúde preventiva, incluindo ações e demandas de prevenção e combate de enfermidades, como as zoonoses, estando incluída entre elas, a Leishmaniose. Porém, grande maioria destas normas não são empregadas corretamente, ou dispõem de um texto ultrapassado que desrespeitem a vida animal e os preceitos constitucionais.

É certo que o ente administrativo tem responsabilidade direta sobre o controle e prevenção da Leishmaniose Visceral, devendo o mesmo priorizar o investimento em saúde preventiva, e não curativa, através de medidas e ações governamentais que possuem maior efetividade, de maneira multidisciplinar através de políticas públicas voltadas para a saúde e a educação.

Ademais, foi possível perceber também durante o estudo, a falta de políticas públicas voltadas para a Saúde Pública. Não havendo sequer a realização adequada de medidas de prevenção da doença, vez que o Ente, de forma negligente e omissa, em geral, prioriza apenas a computação de dados e o sacrifício demasiado dos animais enfermos, sem investir em campanhas relevantes, como ações de vacinação animal; saneamento básico; campanhas de encoleiramento dos cães com coleiras repelentes; aplicação de inseticidas e profilaxias das residências; ações de educação em saúde para com os cidadãos e outras.

É possível constatar ainda que a utilização da eutanásia dos animais infectados como meio elementar de política de saúde pública, adotada pelo Ministério da Saúde em seu Manual de Vigilância e Controle da Leishmaniose Visceral, pela disposição do Decreto 51.838 de 1963 e pela Portaria Interministerial n.º 1.426, de 11 de julho de 2008, confrontam o reconhecimento destes como seres sencientes e detentores de

direitos. Vez que estas medidas minimizam fortemente o preceito constitucional das ações governamentais e os valores constitucionais de bem-estar da vida animal, necessitando estes de efetiva proteção jurídica com urgência.

REFERÊNCIAS

ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12578>

BRASIL. Centro de Controle de Zoonoses de Gurupi, Tocantins. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina Veterinária. 2020. Disponível em <https://www.cfmv.gov.br/>

BRASIL. Decreto nº 51.838, de 14 de Março de 1963. Baixa Normas Técnicas Especiais para o Combate às Leishmanioses.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portal de Saúde. 2020. Disponível em <https://gov.br/saude/pt-br>

BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de Vigilância e Controle da Leishmaniose Visceral. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014

BRASIL. Portaria Interministerial 1426 de 11 de julho de 2008.

BRASIL. Projeto de Lei nº 152, de 30 de Agosto de 2017. Dispõe sobre Política Estadual de Prevenção e Tratamento da Leishmaniose Visceral Canina - LVC no âmbito do Estado do Tocantins e dá outras providências.

BRASIL. Secretaria Municipal de Saúde de Gurupi, Tocantins. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sexta Turma. Agravo de instrumento 405724 (no processo de origem nº 0013792-50.2010.4.03.0000). Relator Des. Federal Johnson Di Salvo. Diário Oficial 28/05/2015.

MACHADO, Carlos José Saldanha et al. O uso de um instrumento de política de saúde pública controverso: a eutanásia de cães contaminados por leishmaniose no Brasil. *Saúde e Sociedade*, [s.l.], v. 25, n. 1, p.247-258, mar. 2016.

MARCONDES, M. et al. Textbook of zoonoses: biology, clinical practice, and public health control. New York: Oxford University Press, 2011.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ROLHANO, Paloma. O direito dos animais e as políticas de saúde pública no controle de zoonoses: uma crítica ao tratamento da leishmaniose. Brasil, 2017.

MOURA, Elisângela Santos de. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Brasil, 2013.

REIS, Lisiane Lappe dos; BALIEIRO, Antônio Alcirley da Silva; FONSECA, Fernanda Rodrigues; GONCALVES, Maria Jacirema Ferreira. **Leishmaniose visceral e sua relação com fatores climáticos e ambientais no Estado do Tocantins, Brasil, 2007 a 2014.** *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, 2019.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde:** Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ANOTAÇÕES SOBRE A OBRA “LEVIATÃ OU MATÉRIA, FORMA E PODER DE UM ESTADO ECLESIASTICO E CIVIL” DE THOMAS HOBBS

FELIPE LABRUNA: Mestrando e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Ciência Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP) e em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Oficial da Reserva do Exército Brasileiro pelo Centro de Preparação de Oficiais da Reserva do Estado de São Paulo (CPOR-SP). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

RESUMO: O presente texto visa a fornecer um resumo e tecer considerações a respeito da obra “Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil” do estudioso inglês Thomas Hobbes. Referido autor, ao contrário dos antigos defensores da teoria teleológica, sustentou a teoria mecanicista dos indivíduos, pois acreditava que os seres humanos são abastecidos por matéria e movimento, sendo então regidos pelas mesmas leis da natureza que os objetos físicos. O livro aqui retratado expõe que o poder político pode ser entendido como a coerção de um indivíduo sobre o outro e que sociedades carecem de uma autoridade, de maneira que todos abdicuem o suficiente de sua liberdade natural: assim um poder absoluto e centralizado pode assegurar a paz interna e a defesa comum. Tal autoridade inquestionável e soberana é o Estado, representado pela entidade metafórica do Leviatã. Neste sentido, enquanto atividade humana, a política está intimamente associada ao poder.

Palavras-chave: Estado; Hobbes; Leviatã; liberdade; resumo.

ABSTRACT: This text aims to provide a summary and make considerations about the work “Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil” by the english scholar Thomas Hobbes. This author, unlike the old defenders of the teleological theory, supported the mechanistic theory of individuals, because he believed that human beings are supplied by matter and movement, being then governed by the same laws of nature as physical objects. The book portrayed here exposes that political power can be understood as the coercion of an individual over the other and that societies lack an authority, so that everyone abdicates enough of their natural freedom: thus an absolute and centralized power can ensure the internal peace and common defense. Such an unquestionable and sovereign authority is the State, represented by the metaphorical entity of Leviathan. In this sense, as a human activity, politics is closely associated with power.

Keywords: freedom; Hobbes; Leviathan; Summary; State.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre a obra. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO:

Este artigo tem como finalidade apresentar anotações sobre a obra "Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil". O autor do referido livro, Thomas Hobbes, nascido no ano de 1588 em Westport, na Inglaterra e falecido aos 91 anos em 1679 em Hardwick Hall, foi um matemático, filósofo e pensador político. Sua obra mais conhecida, além da que aqui será tratada, é a intitulada "Do cidadão". Foi filho de um vigário e foi criado por seu tio, que lhe proporcionou uma boa educação. Dedicado desde cedo aos estudos e à leitura dos clássicos escritos, aos 14 anos de idade já havia traduzido para versos latinos a obra "Medéia" de Eurípedes e aos 15 anos de idade já havia sido admitido na Magdalen Hall, uma das faculdades constituintes da Universidade de Oxford, instituição que lhe proporcionou o aprendizado científico escolástico e da Filosofia, com ênfase na escola aristotélica.

De maneira geral, Thomas Hobbes foi defensor da teoria mecanicista do universo, conceito que era predominante na época, em contrariedade à teoria teleológica defendida por Aristóteles e escolástica. O autor teve o privilégio de conhecer pessoalmente Galileu Galilei em viagem à Itália em 1636 e sob sua influência elaborou a filosofia social, pautada nos conceitos da geometria e ciências naturais. Em 1646, Hobbes foi professor de matemática do Príncipe de Gales, o futuro rei Carlos II, que estava exilado em Paris em virtude da Guerra Civil Inglesa (HOBBS, 2008).

Foi defendido por Thomas Hobbes o conceito de que só é possível aos homens viverem em paz se concordassem em se sujeitar a um poder central e total. Assim, não pode haver sujeição do Estado às leis por ele mesmo impostas, afinal isso significaria transgredir sua soberania. Segundo ele, a Igreja cristã e o Estado cristão constituíam o mesmo corpo, liderado pelo monarca, tendo este a aptidão de interpretar as Escrituras, definir questões de religião e dirigir o culto. Ele afirmou que somente é possível o conhecimento do mundo exterior por meio das impressões de sentido que temos a seu respeito, afinal só pode existir aquilo que os sentidos percebem. Tal modelo filosófico é entendido como uma tentativa de justificar que a formação social se dá puramente no seio das impressões pessoais e sensoriais, afinal estas são o bastante para que o homem aja na intensão de conservar sua própria existência. A partir desta base, foi construída por Hobbes sua filosofia política.

Para Thomas Hobbes, o ser humano não vem ao mundo livre, afinal apenas se é realmente livre quando se pode mensurar as consequências de nossos atos, sejam eles bons ou reprováveis. Diversos outros escritos foram concebidos por Hobbes, não só apenas sobre filosofia política, com a intenção de descrever a natureza humana

como cooperativa em prol de interesses próprios. Sua idade de falecimento é considerada muito elevada para os padrões da época, afinal a expectativa de vida média girava em torno dos 40 anos. O ponto de vista hobbesiano pode ser entendido como detestável ou chamativo e suas teorias são apreciadas por pessoas de todos os campos políticos (BOBBIO, 1991).

SOBRE A OBRA:

É possível ser dito que a obra “Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil” é um dos mais importantes textos de filosofia política em idioma inglês. Foi elaborada em um momento de enorme conturbação política, tendo sido publicado no momento da tomada do poder na Inglaterra por Oliver Cronweel, quando este país deixa de ser uma monarquia e adota o regime republicano liderado por um militar em 1651. O país tornou-se então uma república denominada Commonwealth of England, mais de cem anos antes da Revolução Francesa, em que pese nove anos depois a monarquia tenha sido restaurada até a ocorrência da Revolução Gloriosa em 1688. Como Hobbes conviveu em época de considerável instabilidade política, sua abordagem foi canalizada no alcance da paz pessoal, política e social. O “Leviatã” é um ensaio em prol da obediência à autoridade e se pauta na abordagem da natureza do ser humano (MONTEIRO, 1998).

De acordo com o que escreveu Hobbes, os seres humanos são seres dotados de matéria e movimento, obedecendo às mesmas leis da natureza que os objetos físicos, o que constitui uma visão mecanicista dos homens. Então, o autor buscou o entendimento de como seria a vida entre os homens sem que existisse a política, situação em que denominou de “estado de natureza”. Partindo deste pensamento, o estado de natureza seria um cenário de guerra de todos contra todos, afinal se não houvesse uma comunidade política, todas as pessoas teriam autorização para terem a posse de tudo o que há, sem que fossem impostos limites, inclusive quanto aos resultados de seus próprios trabalhos. Na ausência de limites e restrições, os seres humanos praticariam sem freios suas paixões e desejos em situação que contemplaria não só a guerra entre particulares quanto à disputa e adversidade máximas em geral.

Segundo Thomas Hobbes, qualquer situação em que há ausência de um governo que estabeleça uma ordem pode ser entendida como “Estado de Natureza”. Como todos os seres humanos são igualmente egoístas, a ação de um homem sempre será limitada pela força de outro. A expressão mais conhecida da obra de Thomas Hobbes é a de que “o homem é o lobo do homem”: os seres humanos vivem permanentemente em estado de guerra, para que possam satisfazer seus interesses próprios e pessoais. Preocupados sempre em defender-se ou em atacar-se mutuamente, todos os seres humanos tornam-se incapazes de gerar riquezas, no sentido amplo da palavra. Para que os seres humanos não se matassem mutuamente em prol de seus interesses

mesquinhos e individuais e para que todos tivessem o mínimo de segurança, um Estado (instituição de poder comum) se fez extremamente necessário (HOBBS, 2004).

O poder político pode ser compreendido como o poder do homem sobre o outro homem. Tal poder foi definido por Hobbes como "consistente nos meios adequados à obtenção de qualquer vantagem". Para Hobbes, o início de sociedades amplas e duradoras se deu não pela boa vontade de determinados homens pelos demais, mas sim por um medo latente recíproco. Sociedades necessitam de uma autoridade em que todos devem abdicar o suficiente de sua liberdade natural, de forma que um poder absoluto e centralizado consiga assegurar a paz interna e a defesa comum. Tal autoridade inquestionável e soberana é o Estado, representado pela figura emblemática do Leviatã. A política então, como atividade humana, está intimamente relacionada ao poder.

Hobbes identifica o Leviatã como uma figura monstruosa bíblica, sendo um tipo de enorme hipopótamo tratado no Livro de Jó e não haveria poder sobre o mundo que fosse possível a comparação. No livro, é traçada análise do comportamento do ser humano em seu estado natural até que se encontre com o homem artificial caracterizado pelo Estado que é próprio Leviatã. A respeito do ser humano em seu estado de natureza, foi ressaltado que ele é egoísta e luxurioso e tende a agredir aos semelhantes, sendo condenados por esta razão à existências solitárias, pobres, breves, animais e degradantes (MONTEIRO, 1998).

No estado natural do ser humano não há noção do que é justo ou injusto, tampouco daquilo que se pode ou não fazer, afinal os homens sobrevivem em sintonia com suas paixões e necessidades almejando seus anseios e em virtude de terem propósitos próximos, permanecem em habitual conflito. Entretanto, por serem dotados de racionalidade, os homens percebem que não é desejável querer para os outros aquilo que não almejam pra si e portanto é necessário renunciarem a seus direitos, passando-o a um outro poder que os dirija e os controle. Surge então a figura do homem artificial por meio de um acordo espontâneo celebrado entre os homens, tendo como objetivo seu próprio acolhimento e para que seja possível sua fuga do estado de natureza, que é caracterizado pela instabilidade, visando à libertação e a salvação.

É defendido no livro que a natureza não inseriu no ser humano a noção de sociabilidade, afinal o homem só procura parcerias buscando a satisfação de seus interesses, de tal forma que a sociedade política é o pseudo-produto de um acordo voluntário decorrente de um entendimento interesseiro. Através deste contrato celebrado, o ser humano concede a um terceiro a gestão de seus interesses, que sobreporá a vontade de todos. Este terceiro, é possuidor de tanta energia e poder que torna-se hábil, em virtude de todo o terror e pânico que emana, de conduzir os anseios de todas as pessoas em direção da paz no interior e em direção à cooperação coletiva

perante os inimigos do exterior. Importante notar que tal contrato não é celebrado com este terceiro possuidor do poder, mas sim entre os seres humanos que renunciam a favor desde entre todo aquele direito e liberdade que são prejudiciais à paz. Forma-se então a sociedade civil, que é entendida como a reunião de homens perante uma autoridade soberana, a qual todos concordam em transferir alguns de seus direitos naturais sobre todas as coisas em troca de proteção e acolhimento, principalmente por meio da garantia dos acordos entre as pessoas (HOBBS, 2004).

Thomas Hobbes manifestou sua preferência à forma de governo monarquista. Entende-se que esta predileção é devida ao fato de seu livro ter sido escrito em meio à Guerra Civil Inglesa. Para ele em uma monarquia os anseios da coletividade se assemelham aos anseios do privado e assim a satisfação das inclinações dos súditos é facilitada, já que para a manutenção do seu próprio bem-estar, o governante precisa garantir o bem-estar de seus governados. O contrato celebrado caracteriza-se pela renúncia total e irretratável, caso contrário a situação de guerra se perpetuaria entre os seres humanos por menor que fosse a conservação a liberdade natural. Dessa forma, a igualdade de todos perante a lei seria garantida pelo soberano, já que poder absoluta não significa inexistência de arbítrio, afinal é por meio da legalidade que se concretizam as demandas dos homens. Com tal concretização, o Estado atinge a conquista da paz social e o Leviatã deixa de ser o temível monstro e constitui-se em um ser humano (BOBBIO, 1991).

Faz parte da adesão a uma monarquia absolutista o resguardo de um governo centralizado que possa ser apto a impedir guerras civis. Para Hobbes, não pode haver a alegação de que somos coagidos pela autoridade formada, porque isso significaria dizer que somos coagidos por nós mesmos, o que é impossível. Assim, ao não reconhecer a ocorrência de abuso de poder por parte da autoridade soberana, é defendido que seu poder se estende aos campos eclesiásticos, incluindo as forças armadas e o Judiciário, ou seja, se expande além da política (HOBBS, 2004).

CONCLUSÃO:

É apresentada na obra "Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil" a argumentação de que nenhum dos grandes feitos dos homens seria viável sem que existisse tal pacto social. Tudo o que é produzido e elaborado pelos seres humanos depende em maior ou menor grau de segurança para as atividades e para a conservação daquilo que se produz, o que é inviável no estado de natureza. Se estivessem acuados de forma permanente pelo risco de uma morte violenta ou pela hipótese de perda de sua produção, nada seria produzido pelos homens e isso inclui a literatura, as artes e sociedade organizada.

Para Thomas Hobbes, a propriedade privada só é viável perante um Estado que exerce sua tutela, afinal em um estado de natureza os homens teriam direitos sobre

todas as coisas existentes, o que significa que no final das contas não teriam nada. Assim sendo, somente o Estado pode garantir por meio de sua força, que é superior a força conjunta de todos, que aquilo que pertença a um lhe seja exclusivo, de forma que é garantido o sistema individual de propriedade. Em relação ao direito sobre a propriedade, o Leviatã é bastante claro, no sentido de que todo o direito dessa esfera provém do soberano, ou seja, do Estado detentor de todo e qualquer poder.

Neste sentido, não há espaço para consentir que a propriedade privada seja reivindicada como condição de sobrevivência. Em relação a isso pode-se depreender um dos pontos mais protuberantes da ideologia de Estado de Hobbes: da mesma forma que os direitos políticos são cedidos aos cidadãos quando o soberano fortuitamente determina, os direitos econômicos também se localizam integralmente na posse do Estado, em conformidade com o previsto no pacto hobbesiano. Nesse sentido, ao soberano convém autorizar ou não que os governados possuam propriedades, se a ele soar conveniente. Isto porque, em tese, todos os tipos de propriedade pertencem em último grau ao Estado e o soberano pode, desde que entenda ser proveitoso para a manutenção da paz e da segurança de sua nação, vir a admitir e a regular os tratos mercantis entre os seus governados, consentindo com a acumulação capitalista e, de maneira geral, com a detenção de meios privados produtivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MONTEIRO, João Paulo. A Ideologia do Leviatã Hobbesiano. **In** QUIRINO, Célia Galvão; BRANDÃO, Gildo Marçal; VOUGA, Claudio (orgs.). **Clássicos do Pensamento Político**. São Paulo: Edusp, 1998.

MÃES NO CÁRCERE: E A INFLUÊNCIA DA PRISÃO NO DESENVOLVIMENTO DAS CRIANÇAS

GIOVANNA LIMA BARANDA HORTENCIO:

Bacharelada do curso de Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RESUMO: O presente trabalho visa analisar as condições especiais que as mulheres grávidas e as lactantes encarceradas no Brasil possuem no cumprimento de pena e seus direitos fundamentais assegurados no nosso ordenamento jurídico. Objetivando-se demonstrar a vulnerabilidade, as perspectivas quanto a realidade das mulheres grávidas e após o parto, da amamentação e o momento da separação. Identificar as dificuldades encontradas para apoiar essas mulheres. Pesquisas qualitativas por meios de método dedutivo com base na legislação pertinente doutrinas e instituições específicas. Dessa forma, intencionou-se apontar os pontos mais críticos e os danos causados pelos transtornos dentro das unidades prisionais femininas, pela carência da saúde, familiar e a ressocialização.

Palavras-chave: Encarceradas. Direitos Fundamentais. Sistema Atual. Ressocialização.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the special conditions that pregnant women and infants incarcerated in Brazil have in the fulfillment of punishment and their fundamental rights ensured in our legal system. Aiming to demonstrate the vulnerability, the perspectives regarding the reality of pregnant women and after childbirth, breastfeeding and the moment of separation. Identify the difficulties encountered to support these women. Qualitative research by means of deductive method based on relevant legislation doctrines and specific institutions. In this way, it was intended to point out the most critical points and damages caused by the disorders within the female prison units, due to the lack of health, family and re-socialization. Keywords: Incarcerated. Fundamental rights. Current System. Resocialization.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; II EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO; III O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL E A ASCENSÃO NO TRATAMENTO PENAL DA MULHER; IV DIREITOS E GARANTIAS LEGAIS DAS MULHERES PRESAS. 4.1.1 Da proteção à maternidade. 4.2 DA CAPACIDADE RESSOCIALIZADORA DAS PENAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

I INTRODUÇÃO

A inclusão social da mulher em cárcere é pouco abordada em discussões como um todo. A explicação se dá, desde a antiguidade, pelo fato da mulher não ter espaço, sendo este limitado, trazendo tendências, pouco a pouco a cometer condutas ilícitas na sociedade com o passar do tempo, a mulher teve maior inclusão na sociedade onde

foram reconhecidos direitos de igualdade e deveres, surgindo novos questionamentos nos estudos da criminologia feminina, com o psiquiatra Cesare Lombroso, o criminologista Enrico Ferri e o jurista Raffaele Garofalo, que analisaram tecnicamente o crime e o criminoso e como a quantidade de mulheres envolvidas só aumentava e com ela a necessidade das grávidas também nas décadas de 1930 e 1940, passaram a ser necessários construções de presídios femininos, mesmo assim os problemas eram sempre adiados frente ao problemas dos homens encarcerados.

Existe uma grande escassez de estudos sobre dados e indicadores do perfil de mulheres encarceradas e bancos de dados oficiais do governo, a qual contribui para a invisibilidade dessas pessoas. Os dados traçados que atualmente existem são de 2019.

Tais dados tecem a faixa etária dessas mulheres, sendo jovens, de dos 22 aos 32 anos, com baixa renda e escolaridade, proveniente de extratos sociais que não as favorece economicamente, além de serem provedoras do lar.

No âmbito nacional, tem-se como base do Direito Penal, três textos legais: o Código Penal, que qualifica e tipifica os delitos; o Código de Processo Penal, que dita as regras do processo penal e a Lei de Execução Penal, que trata da execução de pena. A Constituição Brasileira de 1988 faz mister um conjunto de normas que regulamentam a execução penal e os direitos dos presos, dentre eles o direito à plenitude física e de caráter moral dos mesmos, precisando o Estado não só colaborar, mas criar e fiscalizar políticas públicas para a reintegração do preso.

E diante da ineficiência estatal, a prisão nos reflete em uma realidade triste, cenas de abandono, uma condição de miserabilidade, a situação no país carece de melhorias, sendo que nenhuma penitenciária feminina funciona com as normas vigentes, tendo em vista a saúde, a importância da mulher em se tratar e receber suporte adequado não somente durante a gravidez e o parto, além de se verificar a importância da relação maternal com seu bebê nos primeiros dias de vida.

Enfim, contribuir com este estudo para um olhar mais humano em buscar de mudanças significativas e verdadeiras para a aplicação da Norma Maior, garantindo os direitos inerentes às mulheres encarceradas em estados grávidos e lactantes.

II EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO

As primeiras prisões foram os fortes, aqueles utilizados para conquistas e manutenção do território e ao lado deles formavam-se igrejas e povoações. Os fortes eram como uma casa coberta de telha e cercada por um muro de pedra e cal, paredes bastante grossas com altura de mais ou menos dois homens.

De acordo com a formação das cidades também se formavam muitos fortes em volta delas e ainda assim, mesmo com crescimento constante, não se autorizava a

construção de um lugar específico para servir de cadeia, sendo os calabouços dos fortes as celas existentes para os civis criminosos e para os soldados colonizadores. Uma das coisas que poderiam levar os moradores à cadeia era a deserção e esta era o motivo mais comum de prisões de índios e de soldados em toda a região.

O padre Antônio Vieira também descreveu os cárceres da época como sendo “tantos os presos em que se conservam aquela imundície é incrível o que neles padecem estes miseráveis, e no verão são tantos os bichos que andam os cárceres cheios, e os fedores são tão excessivos, que é benefício de Deus sair dali homem vivo” (SOUZA, 1986, p.327).

No entanto, a pena de prisão não era a principal das ordenações e nem a das piores ou desumanas. A pena de morte era a primordial e poderia ser executada de três maneiras: morte cruel, por intermédio de suplícios; morte atroz, quando após a morte havia a queima do cadáver, o esquartejamento ou outra prática; morte simples, através da degolação ou enforcamento.

Restava claro o desinteresse social na busca de um tratamento digno e eficaz ao delinquente. Uma vez que nossa colonização se deu, em partes, através do degredo, uma das penas do Rei Felipe, sanção esta que ditava o envio dos delinquentes para o Brasil, África ou Índia. Uma pena desumana que transcreve o descaso com o criminoso. Contudo, além da pena de morte e da prisão por tempo determinado ou indeterminado, havia o desterro, a tortura, morte civil, pena de multa, a mutilação, os açoites e o trabalho forçado. Estas foram desaparecendo com o desuso e o tempo, exceto a de tortura que por excesso de uso perdurou por mais aproximadamente 26 anos.

A existência do sistema carcerário está ligada a pena imposta, após o julgamento, a qualquer indivíduo que tenha cometido algum tipo de transgressão das normas sociais, no que lhe diz respeito, são juridicamente constituídas, onde é estabelecido o castigo (penalidade) e a retratação do dano praticado a pessoa ou a coletividade (GARUTTI e OLIVEIRA, 2012).

O sistema carcerário é formado pelos estabelecimentos prisionais, onde os sujeitos que são condenados ou, devido à natureza do delito cometido, que estão aguardando julgamento. No Brasil, a Lei de Execução Penal, n.º 7.210/84 estabeleceu cinco espécies de estabelecimentos prisionais, conforme explica Garutti e Oliveira (2012):

“[...] Art.87, a) penitenciária – destinada aos condenados à pena de reclusão, em regime fechado; b) Colônia Agrícola, Industrial ou Similar - são estabelecimentos construídos para abrigar os presos de justiça cujo cumprimento da pena seja em regime

semiaberto (Art. 91); c) Casa do Albergado - destina-se aos presos de justiça cujo cumprimento de pena privativa de liberdade seja em regime aberto e a pena de limitação de final de semana. Nesses estabelecimentos os presos trabalham normalmente durante o dia e recolhem-se à noite (Art. 93); d) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – são estabelecimentos destinados aos inimputáveis e semi-inimputáveis (Art., 99), ou seja, as pessoas portadoras de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, desde que comprovado que o agente era portador dessa doença quando da prática da transgressão criminal e que era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. (Art.26); e) Cadeia Pública - são estabelecimentos prisionais construídos próximos de centro urbano destinado a presos provisórios, ou seja, antes da sentença condenatória definitiva (Art.102). ”

Paralelamente a este cenário, nascia nos Estados Unidos, na Filadélfia, a doutrina que considerou o primeiro sistema penitenciário do mundo. Fundada por Benjamim Franklin no ano de 1787, este sistema promoveu a necessidade do isolamento dos presos a fim de evitar a aglomeração que imperava naquele tempo. Este sistema começou a ter sua primeira organização na prisão construída em 1776, Walnut Street Jail.

O então Sistema Filadélfico, tinha algumas regras e entre elas, o isolamento total dos internos de dia e de noite ausência total de visitas externas com exceção dos professores, capelão, diretor e membros das sociedades filantrópicas. Por ser o delito caracterizado como pecado, era permitida apenas a leitura da bíblia como atividade para o recluso. Outro sistema penitenciário surgiu em Newgate em Nova Iorque no ano 1799, sistema auburniano, nascido como alternativo ao da Filadélfia. Com regras de isolamento durante a noite e trabalho em comum durante o dia, porém em absoluto silêncio para garantir a ordem do estabelecimento, tinha também normas derivadas de princípios espirituais de emenda e reflexão. Este, de igual modo, alvo de muitas críticas.

Mas foi na primeira metade do século XIX, surgiu na Europa um sistema que após a sua evolução, se transformara no nosso atual sistema penitenciário. Com uma orientação voltada a ressocialização do apenado e mais dinâmico, surge então o nosso Sistema progressivo. Este sistema possui diversas formas diferentes de aplicabilidade onde foi implantado, foram encontradas várias falhas nele e estas vêm sendo aprimoradas e aperfeiçoadas por vários órgãos que surgem para que se faça cumprir com sua finalidade.

Atualmente o sistema adotado pelo Brasil é o sistema progressivo que tem como ideia central a diminuição da intensidade da pena, conforme o lapso temporal passado em cada regime e o comportamento do apenado, conforme dispõe o artigo 112, da Lei nº 7.210 de 1984:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

O último requisito do artigo tem como objetivo constatar se o apenado, após o tempo de cumprimento da pena, está apto para retornar a sociedade, demonstrando assim, o claro objetivo ressocializador do sistema positivado. Portanto, trabalha-se com afinco para que este sistema proporcione um estudo e acompanhamento psicológico, social e disciplinar do preso, combatendo principalmente a reincidência.

Ocorre que, na atualidade o sistema penitenciário do Brasil é um dos piores do mundo, pois a realidade é que são celas amontoadas de pessoas vivendo em estado degradante, submetendo-se a adquirir doenças infecciosas, que muitas das vezes os levam a morte, dá a entender que a partir do momento que o ser humano se torna um presidiário, ele deixa de ser um humano, e passa a ser tratado como animal. Da mesma maneira, dentro desta sociedade presidiária, prevalece a lei do mais forte.

O objetivo deste artigo, é relatar uma parcela de presos diferenciados patologicamente, as presas mulheres, e como muitas presas acabam ficando gestantes e tendo que passar a maior parte da gravidez atrás das grades. Como fora mencionado, o Brasil possui o pior sistema carcerário do mundo, e não é de se espantar que essas presas também vivam de forma degradante, uma vez que a mulher necessita de um cuidado da higiene maior, visto que as mulheres menstruam, e precisam de todo mês de absorventes.

Mas neste capítulo falaremos de um breve histórico de como a mulher passou a ocupar também celas de prisões, que antes eram ocupadas apenas pelo gênero masculino.

No decorrer da história brasileira a mulher veio conquistando seu espaço aos poucos, lutando com determinação para que sua voz fosse ouvida, para que seus anseios e angústias fossem respeitados, para que não fosse utilizada apenas como objeto sexual, de cunho reprodutor. Muitas mulheres morreram em prol da independência feminina, do respeito aos seus ideais e a liberdade de expressão. Os

movimentos sociais foram importantíssimos para que a mulher pudesse adquirir seu espaço, afinal o histórico do desenvolvimento social da mulher no Brasil, foi marcado por muita repressão.

No entanto, mesmo tendo a mulher conquistado um espaço, ao chegar ao século XXI, visto por muitos como “um século de mudanças”, desenvolvimento, a mulher continuava sendo banalizada e inferiorizada, pois se observa:

[...] claramente, na nossa sociedade que os produtos culturais destinados ao público feminino desenham, com habilidade impar ao inconsciente coletivo, o perfil de suas receptoras em torno de assuntos relacionados à sua esfera específica: sedução, família, casamento, maternidade e futilidades, praticamente inexistindo, para tal público, um debate político, assuntos de economia mundial, estratégias e objetivos sociais, questões jurídicas, filosóficas e opinativas ao desenvolvimento de suas habilidades e capacidade de discussão e criação. O feminino, assim, externa-se como expressão das ideias de pacificação e resignação a um papel predeterminado. (CAMPOS E CORREA, 2007, p. 101)

E no sistema prisional, não é diferente, visto que a desigualdade de gênero também assola as presidiárias. “No que se refere a situação das mulheres presidiárias, é nítido que enfrentam os mesmos problemas que os homens sofrem, mas elas carregam uma opressão ainda mais, pois lá, também existe o preconceito e machismo no que diz respeito ao funcionamento dos direitos descritos na lei”. As mulheres presas compõem grupos extremamente vulneráveis e de exclusão social (LIMA, 2006, pg. 14). Vale mencionar, que na maior parte da composição da faixa etária das presas, é que elas são jovens, possuindo entre 20 anos a 30 anos, a maioria são donas de casas, são mães, filhas, tias e netas. O preconceito na classificação dessas mães também chega a elas, uma vez que são rotuladas como mães solteiras, e que suportam desde à gestação no cárcere até a dar à luz o abandono e desprezo de seus companheiros e familiares. No que diz sobre a escolaridade dessas presas, boa parte são analfabetas ou alfabetizadas. Mas um dos maiores problemas dessas encarceradas é o ambiente degradante que as mesmas vivem, pois, o tratamento machista, a falta de higiene e degradação dessas mulheres, assolam seu dia-a-dia.

No que se refere a história do sistema prisional feminino é importante mencionar que os primeiros presídios destinados ao sexo feminino se originaram na Holanda no século XVII, porém só ganhou evidência séculos depois, com o surgimento da primeira penitenciária exclusiva para mulheres em Nova York. (FREITAS, 2012)

No que diz respeito aos presídios destinados ao sexo feminino na América Latina, nota-se que na maior parte são gerenciados por instituições religiosas, tem sua

administração feita por freiras da religião católica, exemplo disso: é a Penitenciária Feminina da Capital de São Paulo, que permaneceu neste tipo de administração até os anos de 1980. (SANTOS, 2017)

Mas foi na década de 30 que ocorreram as primeiras tentativas para implantar um sistema penitenciário exclusivamente feminino, mas, foi no ano de 1984 que foi sancionada a Lei nº 7210, chamada de Execução Penal, que garantiu as mulheres direito comuns de encarceramento, sem distinção de gênero, nesses direitos estão: alojamento próprio em ambientes individuais e salubres, com o máximo de dignidade possível. Mas foi no ano de 2009 que surgiram a maior conquista dessas presas, nas Leis de nº 12.121/09 e 11.942/09 (QUEIROZ, 2015, p. 422)

Portanto, a prisão feminina sempre foi discutida, já que a maior preocupação é a maternidade exercida dentro do sistema prisional e como iam harmonizar o ambiente prisional com a vida e o desenvolvimento de uma criança dentro de um presídio. Portanto, muitos autores defendiam que as prisões do sexo feminino deveriam ter condições exclusivas e especiais.

Por conta disso, o Código Penal de 1940, trouxe uma novidade que tange os detentos do sexo feminino, no §2º do artigo 29 do Código Penal de 1940, que anunciou que “[...] as mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em seção adequada da penitenciária ou prisão comum, ficando sujeita a trabalho interno”.

Sendo assim, a preocupação com o encarceramento feminino foi alarmante, ainda mais das detentas grávidas, pois, a salubridade do ambiente prisional era a maior preocupação para o desenvolvimento das crianças, uma vez que as crianças vão sofrer as mesmas humilhações e aviltamento, que poderá acarretar no seu futuro. O código penal alude sobre o princípio da personalidade, onde a pena não poderá passar do apenado, não é o que acontece com os presos do sexo feminino.

III O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL E A ASCENSÃO NO TRATAMENTO PENAL DA MULHER

A problemática da mulher no cárcere privado nunca foi o objeto de deliberações ligadas ao meio ambiente prisional integralmente. Isso acontece, pois antigamente o ambiente da mulher era muito limitado na esfera doméstica e, de modo consequente, sua probabilidade a cometer condutas criminosas era secundário, não tendo poder algum de decisão na sociedade. Contudo, com o decorrer dos anos e com a inclusão da mulher no meio social, considerando as igualdades nos direitos e deveres, elevou-se a quantidade de mulheres no cárcere e, inevitavelmente, surgiu a necessidade de se ter que estudar criminalidade feminina e suas particularidades, sobretudo o ambiente da prisão para mulheres.

Os estudos da criminalidade feminina surgiram com o psiquiatra Cesare Lombroso, o criminologista Enrico Ferri e o jurista Raffaele Garofalo, que analisaram e estudaram especificamente o crime e o criminoso. Cesare Lombroso apresentou a obra “La Donna Delinquente, La Prostituta e La Donna Normale”, onde narrou juntamente com o historiador Guglielmo Ferrero, o estudo de crimes cometidos por mulheres à época, ao ponto de definir suas características criminosas.

Antes, porém as normas que conduziam os grupos sociais que aqui habitavam, eram passadas oralmente, baseadas no misticismo. Como leciona Cezar Bitencourt:

No Brasil colônia se instalou um sistema parecido com o feudalismo, onde o país era maneado por senhores donos de terras, independentes entre si, que tinham um poder ilimitado de administrar e julgar o que lhes aprouvera. Desta forma a colônia portuguesa reviveu períodos obscuros, marcados pela crueldade, ingerência e violência. Em tese, as leis que deveriam reger o Brasil era os 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas de 1603, que predominava a pena de morte, açoites, amputações, as galés, os decretos, sempre ficando a cargo do julgador decidir qual pena aplicar. (BITENCOURT, 2014, p. 90).

No início do século XIX, registrou-se os primeiros indícios das primeiras mulheres aprisionadas no Brasil, os quais eram mantidas em calabouços ou prisões nos navios.

Com a Independência do Brasil e a primeira Constituição de 1824, fez-se necessário a criação de um código criminal, este alicerçado nas ideologias de famosos pensadores da área de penal da época como Beccaria e Bentham. Apenas com a chegada da República, surgiu o Código Penal de 1890, considerado antiquado e falho para a época, o pior código do país, bem como os que sucedem. Assim narra Cezar Roberto Bitencourt:

Atrasado e insuficiente para a época. Assim o código da república se tornou uma imensa colcha de retalhos, com as inúmeras leis extravagantes, que posteriormente veio a se chamar Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, em 1932. E depois, só no estado Novo em 1937 que foi apresentado um projeto de Código criminal brasileiro, por Alcântara Machado, que foi sancionado em 1940 e passou a vigorar a partir de 1942 até a atualidade. (BITENCOURT, 2014, p. 91).

A prisão feminina ganhou evidência na década de 20, um estudioso preocupado com a questão foi José Gabriel de Lemos Britto. Em seu livro “Os Systemas

Penitenciários do Brasil”, disserta sobre as prisões entre 1923 e 1924. O qual relata sobre as mulheres presas neste período, que além de serem um número pequeno e talvez por esse motivo estas eram presas junto aos homens e que, em 1941, no Brasil havia cerca de 340 mulheres presas. Representando cerca de 6% da população carcerária. Isso certamente lhe causava sofrimentos diversos e degradação humana. Conforme o autor acima, citado por Soares e Ilgenfritz (2002, p. 57): “A presença das mulheres exacerba o sentimento genésico dos sentenciados, aumentando-lhes o martírio da forçada abstinência”.

No século XX, mediante a negligência do Estado, as mudanças ocorreram a curto passo, podemos afirmar “passo de lesma” com o aumento da população carcerária feminina. Somente após a descrição do relatório da Casa de Correção da Capital Federal, ocorreram algumas melhorias para os alojamentos, sendo que não se construía um pavilhão especial feminino. Apenas, nas décadas de 1930 e 1940 foram desenvolvidos os primeiros sistemas prisionais exclusivos para mulheres. O que ocorrera somente com o Código Penal de 1940, art. 29, §2º, que determinava:

As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciaria ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno. (BRASIL, 1940)

À época com o pensamento voltado para a proteção destas mulheres, fez-se necessário mantê-las longe dos presídios masculinos, com a finalidade de distanciar o pensamento promíscuo destes homens encarcerados.

Preocupava-se com a questão da maternidade cumprida no interior do ambiente prisional e de que maneira seria mais eficiente conciliar o ambiente prisional com a vida e desenvolvimento de uma criança. Existindo, até mesmo, umas das razões pelas quais José Gabriel de Lemos Brito queria resguardar e proteger as mulheres em sua estadia na prisão, tendo condições especiais, até porque suas necessidades como tal exigia e um desses casos é uma creche para seus filhos.

No Brasil do século XX, na medida que a mulher conquistava maior espaço e independência, até certo ponto no desempenho dos papéis sociais, muitas são as questões em cheque, conforme Oliveira destaca:

Assim, podemos nos perguntar se foi a criminalidade feminina que aumentou ou se foi a visão que o poder punitivo tem sobre as mulheres que se alterou. Se houve alguma mudança em relação aos papéis sociais da mulher relacionados ao crime, conseqüentemente, isso refletirá em uma ação mais repressiva não só dos juízes, como também dos policiais, que até metade do século XX, prendiam as mulheres sob a acusação de

vadiagem, pois era uma forma de as autoridades reprimirem a prostituição e “limpar” as cidades. (OLIVEIRA, 2008, p. 36).

Era certa a classificação de certos grupos na sociedade, as mulheres envolvidas com a libertinagem e prostituição eram em sua maioria negras e as residentes em cortiços e favelas. Ressaltando que estas mulheres estavam na faixa etária de 18 a 30 anos e eram solteiras, vivendo ou sobrevivendo a partir da profissão doméstica ou como criada de servir.

A preocupação com a higiene do ambiente se dava essencialmente refletindo no desenvolvimento da criança, conforme sugere o seguinte trecho do livro de Lemos Brito:

[...]esta providência tem por fim impedir que por toda a vida o nascido no cárcere leve na fonte este gilvaz de opróbrio e humilhação, que poderá influir decisivamente em seu futuro. (ARQUIVOS, 1942, p. 42)

Ao observar o princípio da personalidade penal, onde este aduz que a pena não poderá passar do apenado, sendo assim a criança em nada pode sofrer, por consequência da ilicitude de sua mãe. Preocupação inexistente à época, até porque entendia-se que para aos homens era necessário educar para restaurar a acepção de legalidade e trabalho, entretanto em relação às mulheres buscava-se reinstalar o sentimento de “pudor” (ESPINILA, 2003, p. 39). Nesse sentido Lima afirma:

Sendo assim, a mulher em situação de aprisionamento leva para a prisão os estereótipos sócio-culturais, já introjetados na sua existência, além de ganhar outros, ao infringir o papel que lhe é determinado ao longo da história da sociedade, como companheira e mãe, devendo estar ao lado da família, no espaço privado, doméstico, e não no espaço prisional (LIMA, 2006, p. 12).

Após as construções destes presídios femininos, a quantidade de mulheres presas era de número menor que a dos homens no cárcere, contudo suas ilicitudes eram consideradas pequenas, como furtos, abortos, brigas e infanticídio. Porém a preocupação em si naquele momento era a existência de lugar específico que pudessem abrigar essas mulheres e assim cumprir suas penas. Apesar da pouca evolução, a efetivação nas últimas décadas no nosso ordenamento jurídico quanto aos direitos das mulheres encarceradas se deu a partir de regulamentações relacionadas à maternidade intramuros.

É preciso levar em consideração todas as necessidades e particularidades femininas durante o processo de julgamento e execução da pena destas mulheres,

como intuito de preservá-las quanto aos seus direitos, principalmente quanto aos princípios elencados na Carta Maior, até porque não é só uma, pois estando em estado gravídico, possui uma vida em seu ventre. E, mais recentemente o Código de Processo Penal, aduz em seu artigo 318, alterado através da Lei nº 13.257/2016.

Verifica-se que o juiz, através dos incisos IV e V, pode substituir a prisão preventiva por domiciliar para gestantes e mulheres com filhos até 12 anos de idade incompletos. Mas há o que se falar a este direito, pois a desigualdade estronda quando se fala de democratização das injustiças.

Vejamos o caso da esposa do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, a Sr. Adriana Ancelmo, acusados de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, que tinha à época dois filhos, um na idade de 11 e outro de 14 anos. Ganhou a prisão domiciliar de maneira rápida.

Diferentes de muitos casos que ganham atenção da mídia, onde é possível ver mulheres algemadas ao dar à luz. Aqui, o fato não é ser mulher, mas discutir que os direitos que não estão sendo respeitados e observados para todos. Fazendo-se entender que o direito só chega ou é alcançado através da capacidade política que o seu destinatário possa ter. Após este fato a Ministra dos Direitos Humanos, Luislinda Valois (2017), não se absteve de encaminhar ao STF documento solicitando “a extensão do direito as demais mulheres presas na mesma situação”.

IV DIREITOS E GARANTIAS LEGAIS DAS MULHERES PRESAS

No Brasil, encontram-se princípios do Direito Penal em geral espalhados por três textos legais específicos, como já mencionados anteriormente o Código Penal, Código do Processo Penal e a Lei de Execução Penal, expondo os preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, produzida e preparado pela Organização das Nações Unidas-ONU em 1984, onde as evoluções das relações humanas dentro das penitenciárias estão sendo significativas ao ponto que estes ambientes se tornem viáveis.

A Constituição Brasileira de 1988 declara um montante de normas que versam sobre a direitos e princípios que regulam a execução penal dos sujeitos presos, principalmente o direito à integridade física e moral dos mesmos, obrigando o Estado a desenvolver de forma mais eficaz a reintegração social do preso.

Sobre a mulher presa, em nosso ordenamento jurídico, existe dispositivo legal que dispõe que esta mulher cumpra sua pena em estabelecimento específico conforme a sua ilicitude, bem como um ambiente adequados ao qual não atinjam a pessoa de seu filho, durante sua permanência em tal lugar respeitando o princípio da individualização da pena.

Estando previstas em nossa Constituição Federal, art. 5º, incisos que dispõem que:

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; (BRASIL, 1988)

E, para adentrar nos problemas enfrentados por mulheres encarceradas, é importante evidenciar a questão da violação da dignidade e o desrespeito aos direitos humanos da pessoa, até porque estamos falando de mães e detentas grávidas em território brasileiro.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Estado tem que ser pacífico e justo, baseado na tutela dos bens jurídicos protegidos por ele mesmo ao prender alguém. As regras contidas no Código Penal e as Leis Adjetivas deste regulamentam as garantias fundamentais, as quais fazem parte da estrutura da Constituição Federal de 1988. Neste sentido o artigo 5º, XLIX, prevê que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

Este direito, no entanto, não está sendo garantido em face de todas as mulheres no cárcere, direito primordial, obrigação do Estado de promover a proteção desta garantia fundamental para todos os cidadãos, principalmente para os que estão livres. Assim preceitua Virginia Camargo que:

Seja por descaso do governo, pelo descaso da sociedade que muitas vezes se sente aprisionada pelo medo e insegurança, seja pela corrupção dentro dos presídios". (CAMARGO, 2013, on line)

Desta maneira a norma jurídica se faz maravilhosa descrita, proclamando normas advindas de outros países, aos quais visam determinar o papel do Estado, no intuito de proteger o indivíduo que se encontra atrás das grades, contudo qualquer ato contra as garantias já apontadas, Rafael Damasceno diz que:

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração

Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Já em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica - a Lei de Execução Penal - os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal. (ASSIS, 2007, p. 4)

Importante aqui é destacar que o Estado deve garantir ao suspeito ou investigado as condições que certifiquem a dignidade da pessoa humana, com o intuito de que o sistema prisional venha a oferecer condições necessárias para inseri-lo novamente na sociedade.

O direito a dignidade é o mais amplo e relevante do nosso ordenamento jurídico, mas no que pese para a mulher, este direito encontra-se paralisado, pois as necessidades e particularidades destas são maiores, sobretudo no contexto da maternidade e em momentos delicados como o parto.

4.1.1 Da proteção à maternidade

O artigo 5º, inciso L, da nossa Carta Magna, narra sobre o tema da amamentação, garantindo que as presas possam permanecer com seus filhos durante um certo período.

O inciso XLV do mesmo artigo, manifesta um vínculo com o tema da maternidade no cárcere, diante que institui o princípio da pessoalidade, que a pena “não pode passar da pessoa do condenado”.

A Lei Execução Penal preconiza, em seu art. 83, §2º, que:

Os estabelecimentos penais femininos devem contar com berçário em sua estrutura para que as mulheres possam amamentar e conviver com seus filhos pequenos até, no mínimo, os seis meses de idade. (BRASIL, 2009)

Dessa forma o dispositivo garante que a mãe possa ficar um certo tempo com seu filho. A matéria é discutida novamente no art. 89, garantindo, nos presídios femininos, uma seção especial para gestantes e parturientes, com creche para abrigar crianças de seis meses até sete anos de idade. Entretanto, a definição é carente.

Em relação ao período de convivência e separação da mãe e do bebê são discutidos em mais de um texto legal, entretanto, surge como forma de esclarecer e apontar com clareza o assunto.

No texto, é estabelecido em seu favor o prazo mínimo de um ano e seis meses de permanência da criança com a mãe, passado esse tempo, inicia-se o processo de separação lentamente, onde deve ser feito em seis meses. Dessa maneira, o bebê, na teoria, teria dois anos depois do nascimento, permanecendo junto à mãe na prisão. O que não é cumprido no país.

A realidade que tanto as mães como os bebês enfrentam são os altos índices de estresses e os inúmeros casos de depressão que afetam tanto a mulher de forma direta e indireta aos bebês que ainda estão por vir, pois se encontram na barriga das mães encarceradas. Seja de saúde e higiene, esse sintoma aumenta ao ponto de provocar casos de depressão pós-parto. Conforme Dráuzio Varela:

[...] o ato de gerar um filho neste período poderá acarretar efeitos adversos na gravidez e, conseqüentemente, à criança que está sendo gerada. Deve-se considerar que a gestação gera diversas alterações biopsicossociais na vida da mulher, aumentando a probabilidade de haver prejuízos em virtude do aprisionamento. Parte-se do pressuposto que a maternidade envolve a gestação, o parto e o vínculo estabelecido entre a mãe e o bebê, e o próprio contexto em que a gestante está vivendo, dentre tantos outros fatores. (VARELA, 2017, doc.)

Contudo, até a relação familiar é difícil, seja por parte de parentes, seja por seus parceiros que muitas das vezes estão presos ou abandonam as encarceradas. Assim afastando a manutenção dos laços afetivos até com seus filhos, pois estes que estão do lado de fora muitas das vezes são os responsáveis pelas crianças. Estas mulheres muitas das vezes já chegam às penitenciárias gestantes e durante os nove meses apresentam o direito garantido por Lei de receber exames pré-natais, assim como auxílio médico. Mas, a prática destes direitos deixa a desejar, pois o acompanhamento médico é precário, quando oferecido. Muitas das vezes, um exame apenas é fornecido.

Quanto ao parto, as encarceradas/parturientes nem sempre são levadas ao hospital ou maternidades. Em muitos casos, acabam por ter seus filhos dentro das celas, ou no banheiro, o que soma à situação o aumento das chances de se contrair doenças.

O que pesa na maioria dos presídios é a falta de obediência à Lei, as que resguardam seus direitos já relatados. A maternidade não contemplada de forma

divina, devido a precariedade que o Estado oferece. Outra alternativa mais recente é a Lei de nº 13.769 de dezembro de 2018, prevê no artigo 318-A, “a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou a que for mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência será substituída por prisão domiciliar”. Tal dispositivo legal veio para amenizar o problema, mas quando esta mãe volta a cometer ato infracional novamente, ela perde esse direito.

Apesar de o Brasil se importar e ser signatário das normas acima, como já mencionado, até o momento elas não são materializadas em políticas públicas no país, pois só temos duas existentes em nosso país.

Percebe-se um total descaso, seja por falta de estrutura, seja por despreparo dos estabelecimentos prisionais e seus agentes ao abrigar indivíduos em situações especiais e em desenvolvimento. A primeira Unidade Materno-Infantil existente em todo o Brasil fica no Rio de Janeiro – Instituto Penal Talavera Bruce e é possível citar também o Presídio Madre Pelletier, em Porto Alegre. O que não acoberta todas as encarceradas, visto que temos 26 Estados e 1 Distrito Federal.

Como já mencionado, existe um enorme déficit de dados e parâmetros a respeito do perfil das mulheres privadas de liberdade nos dados governamentais, o que colabora para a inércia das carências dessas pessoas. Entretanto, com os dados atuais, foi possível desenhar o perfil da mulher em cárcere no Brasil, estas por sua vez estão na faixa etária dos 22 aos 32 anos, de baixa escolaridade, oriundas da classe classificada como baixa, responsável pelo sustento e seguimento da família, que geralmente exerce atividade de trabalho informal antes de ser aprisionada e, em geral, mãe.

Com o devido levantamento, poucas são as prisões com qualidade e ambiente adequado para receber mulheres grávidas e lactantes. Como já fora mencionado há apenas duas no Brasil, com todos os requisitos. Ademais apenas com o subtítulo de feminino.

4.2 DA CAPACIDADE RESSOCIALIZADORA DAS PENAS

A função do Direito Penal, como é sabido, é de regular e prever a aplicação das penas, quando o indivíduo comete um crime, tipificando-os. Contudo, mesmo com as perdas inclusive de liberdade os direitos fundamentais não poderão ser minimizados, quando da ocasião do cumprimento de sua pena, caso em que seus direitos deverão ser resguardados.

Logo, a pena de privação de liberdade é um marco na sanção criminal, contudo fracassada no aspecto da ressocialização, vistos que os indivíduos que ali estão, tendem a ter relação com alguma facção criminosa e sair da prisão pior do que entrou.

E a saída está no planejamento socioeconômico, cultural, lazer e educacional, ou seja, políticas públicas voltadas para este público, ou melhor o sonho de todo brasileiro que é ter saúde, educação e segurança de fato.

Como disposto no artigo 5º da Constituição Federal, as garantias fundamentais dos direitos e deveres individuais e coletivos, os quais obtém forças com os princípios dele emanados.

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

Contudo, a mulher, quando vai presa, tem seus direitos esmiuçados, reprimidos e violados em todos os sentidos, principalmente quando esta está grávida ou é mãe, é claro que cada caso é um caso, mas visualizando de forma geral no contexto constitucional é importante frisar que estas mulheres encarceradas estão sob a égide da Norma Maior, asseguradas também pela Lei de Execução Penal. Antes as penas tinham uma natureza desesperadora, visto que este apenas sofria castigos desumanos e, sendo mulher, era exposta às mais diversas atrocidades.

Todavia, a mulher, como já dito, possui necessidades diversas do homem. Júlio Mirabete, narra em sua obra, sobre o sistema de penas, que a pena privativa de liberdade e sua finalidade constituem verdadeira contradição, conforme:

O sistema de penas de privativa de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daquele a quem, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falas nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como a superlotação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados. (MIRABETE, 2003, p. 251- 252)

De maneira bastante clara, leciona o doutrinador Bittencourt:

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que as mesmas guardas em sua essência contradizem insolúveis. (BITTENCOURT, 2011, p. 505)

Deste modo, humanizar a pena e fazer com que o réu seja respeitado e tratado dignamente é essencial, garantindo a todos os seus direitos como a saúde, sua integridade física e moral. Neste sentido é essencial que todos os seus direitos como pessoa ou mulher sejam respeitados, independentemente do delito praticado. Nota-se ainda que o apenado tem o direito de cumprir sua pena próximo aos seus familiares, assim como à privacidade, à intimidade, à liberdade de expressão e ao sigilo da correspondência.

As penas privativas de liberdade são separadas em reclusão, detenção e prisão simples. As penas de reclusão e detenção são constituídas e moldadas pelo Código Penal, baseadas na consequência da prática de delito, adaptada primeiramente nos regimes fechados (tempo integral), semiabertos (semi-integral) e abertos (local específico). Essa é a trajetória de tipos punitivos que ocorrem no sistema penal tanto para homens quanto para mulheres, deveras a serem tratados com direitos de igualdade.

No entanto, a prisão não serve apenas para restringir a liberdade do acusado ou réu, sua finalidade de punir a ação ilícita muitas das vezes não dá certo visto que muitos deles voltam a praticar o mesmo delito.

Diante desse problema, é importante colocar de lado ou esquecer qualquer esperança de utilização do presídio com a finalidade de ressocialização, pois já foi exposto que não deu certo como fora demonstrado, causando a superlotação dos presídios, julgamentos diários, rebeliões, fugas, violência sexual, abandono familiar, cárcere em condições desumanas, portanto podemos afirmar sem medo algum que a mulher encarcerada se torna vítima desse sistema falido.

E ao ganharem novamente a liberdade, seja por qualquer meio, esta é vista como marginal pela sociedade, sendo ou sentindo na pele a discriminação. Cabendo ao Estado ou à própria sociedade, por meio de associações, ONGs ou políticas públicas eficientes, resgatarem a dignidade destas (mulheres encarceradas).

A ressocialização é viável a qualquer pessoa desde que feita dentro dos parâmetros constitucionais, principalmente para as mulheres em estados gravídicos e/ou para as que estão amamentando, visto que estas estão em pleno furor do amor ao ser que está para nascer ou que já nasceu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objeto analisar a maternidade no sistema carcerário brasileiro e os problemas decorrentes desta situação, fazendo principalmente uma análise em relação aos direitos constitucionais e garantias legais das presas gestantes e seus filhos. As dificuldades são evidentes em acessar as

garantias dispostas na legislação desde o período gestacional até o momento que a criança deverá se desligar da sua genitora e passará a viver longe do seu íntimo materno. O aumento da criminalidade e do aprisionamento feminino é preocupante, tendo em vista que se mais mulheres forem presas, mais crianças irão nascer no cárcere e, conseqüentemente, carregarão os reflexos do encarceramento na infância por toda vida.

A maioria dos presídios femininos não se encontram preparados com berçários e creches para receberem infantes, submetendo-os a celas lotadas, falta de higiene, exposição a doenças e falta de estrutura, ou seja, as mínimas condições necessárias para uma sobrevivência digna são deficientes, ferindo, portanto, a Proteção Integral e o princípio da dignidade da pessoa humana. Nota-se um paradoxo e uma supressão de garantias, uma vez que o direito da genitora de amamentar seu filho e o do infante em ter o convívio com sua mãe fará com que a pena daquela seja estendida a este, violando a transcendência da pena.

De modo geral, as penitenciárias femininas são carentes de muitas melhorias, seja na sua estrutura, seja no seu quadro de funcionários. E as prisões andam em conformidade com a Norma vigente. Porém o direito à educação e ao trabalho não é garantido a todas as detentas e as prisões ignoram em sua maioria as diversas recomendações que melhorariam a intenção da ressocializar o indivíduo que está encarcerado.

Diante do exposto, tornam-se urgentes algumas ações. Nessa perspectiva, deverão ser elaboradas políticas públicas sociais visando reduzir a participação feminina no tráfico de drogas, tendo em vista ser o delito mais praticado por elas; deve-se fazer revisão na legislação pertinente para garantir as necessidades específicas do gênero e buscar alternativas ao encarceramento para gestantes, mães ou responsáveis por infantes, como a aplicação de medida cautelar de prisão domiciliar. Além da efetivação dos direitos e garantias citados nesse artigo, não se restringindo apenas ao plano normativo.

Portanto, a manutenção dos laços familiares é de suma relevância para que os prejuízos do cárcere sejam amenizados. Dentre as previsões legais, a qual mais merece destaque é a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, a mais viável, diante das deficiências nas estruturas dos presídios. Por fim, é preciso voltar a destacar a importância de políticas públicas voltadas de fato para estas mulheres encarceradas com a finalidade de reduzir sua reincidência e facilitar a sua ressocialização, pois as violações sofridas por elas são diversas, pois subestimam a incompatibilidade entre a maternidade e o aprisionamento.

REFERÊNCIAS

ARQUIVOS **Penitenciários do Brasil**. Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, a. III, n. 3 e 4, 3º e 4º trimestre de 1942.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19ª Ed. Atlas: Ex.02, 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.

RIBEIRO, Jair Aparecido. **Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário** Paranaense, 2009.

Rui Barbosa BARBOSA, R., Oração aos Moços, 1921. VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. São Paulo, Companhia das Letras, 2017.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Record, 2015.

LIMA, Marcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. 2006. Dissertação (Mestrado em Saúde Materno Infantil) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 14.

REFERÊNCIAS DA WEB

BRASIL, **Código Processo Penal**. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em
12 de março de 2019.

BRASIL. **Constituição Brasileira**. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. >:
Acesso em 12/03/2021;

BRASIL. **Lei de Execução Penal** Disponível
em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm > Acesso em 18 agosto de
2019.

CASARA, Rubens, **UMA ILUSTRE DESCONHECIDA: a presunção de inocência.** Disponível em < <http://www.justificando.com/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/> > Acesso em 18/03/2021;

CAMARGO Virgínia. **A realidade do sistema prisional brasileiro: Falência do sistema prisional no Brasil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 33, set

2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299>. Acesso em 18/03/2021;

DIÁRIO OFICIAL. Lei nº 13.769/2018.< http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/56128379/do1-2018-12-20-lei-n-13-769-de-19-de-dezembro-de-2018-56128258 > Acesso em 18/03/2021;

IFOPEN. Disponível em:< <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acesso em 15/03/2021;

Julgado, HC. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo852.htm>> Acesso em 15/03/2021;

LIMA, Marcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional. 2006.** 102 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Materno Infantil) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-24032008-085201/>>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

CENTRO PELA JUSTIÇA E CIDADANIA et al. Relatório **Sobre mulheres encarceradas no Brasil.** 2007. [Internet]. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEAsobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 15/03/2021.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda de. **O cárcere feminino: Do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal.** Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen, Belo Horizonte, v. 4, n. 4, 125-145, jan./dez. 2012, p.1. Disponível em: < <http://revistaarnaldo.costatecs.com.br/index.php/faculdaadedireitoarnaldo/article/view/44/40>>. Acesso em: 20/03/2021;

SANTOS, Jahyra Helena Pequeno dos; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. Prisões: **Um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil.** [Internet]. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>>. Acesso em: 21/03/2021;

USUCAPIÃO URBANO COMO MEIO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA

RODRIGO LEKESNE FALCÃO ORUE:

Bacharelando do curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

INGO DIETER PIETZSCH.⁴⁸

(orientador)

RESUMO: Este trabalho aborda como tema, a usucapião especial do imóvel urbano como meio de aquisição da propriedade pela população de baixa renda, de forma a elucidar suas origens, sua evolução jurídica e social desde a antiga civilização romana até na atualidade brasileira, a qual sofreu alteração nas diversas épocas, tratando no tempo e no espaço, seus conceitos históricos, suas características, suas atribuições de como proceder a um atendimento, e quais são as circunstâncias a serem atendidas, objetivando a vivência de cidadãos que procuram pleitear por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, através da ação da usucapião, onde assegura o indivíduo a sua aquisição do domínio pela posse, conforme Ordenamento Jurídico e Estatuto da Cidade. Traça a posse e propriedade como os elementos da usucapião, pois, dispõe que a usucapião é o exercício da propriedade na posse para ingressar a respectiva ação. Retrata sucintamente no decurso de estatísticas as consequências decorrentes do fenômeno da usucapião. A metodologia empregada foi através de coleta de dados bibliográficos, análise em doutrinas e jurisprudências, com finalidade de explorar o tema tratado.

Palavras-chaves: Usucapião. Bens Imóveis. Aquisição. Direitos.

ABSTRACT: This work deals with the special usucapion of urban property as a means of acquiring property by the low income population, in order to elucidate its origins, its juridical and social evolution from the ancient Roman civilization to the Brazilian reality, which has undergone alteration At different times, treating in time and space, its historical concepts, its characteristics, its attributions of how to proceed to a service, and what are the circumstances to be met, aiming at the experience of citizens who seek to plead through the Public Defender's Office. State of Amazonas, through the action of usucapion, where it assures the individual its acquisition of the domain by possession, according to Juridical Order and City Statute. It traces possession and

⁴⁸Professor Orientador na Universidade Luterana de Manaus (ULBRA): Ingo Dieter Pietzsch. Advogado, E-mail: ingo.pietzsch@ulbra.br

property as the elements of usucapion, therefore, states that usucapion is the exercise of ownership in possession to enter the respective action. The consequences arising from the phenomenon of usucapion are briefly portrayed in the course of statistics. The methodology used was through the collection of bibliographical data, analysis in doctrines and jurisprudence, with the purpose of exploring the topic.

Keywords: Adverse possession. Real estate. Acquisition. Rights.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO; 2. O SURGIMENTO DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA; 2.1 Surgimento e evolução histórica da usucapião; 2.2. Posse e propriedade; 2.2.1. Posse direta ou imediata; 2.2.2. Posse Indireta ou Mediata e/ou Autônoma; 2.3. Podos de aquisição; 2.4. Direitos reais; 2.5 Modalidades da usucapião. 3. DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA E AQUISIÇÃO DE POSSE PELA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA; 3.1 Usucapião especial urbana; 3.1.1. Características e Requisitos; 3.2. Como ingressar a ação da usucapião especial urbana; 3.3. Usucapião de um herdeiro contra o outro; 3.4. Proibição da usucapião; 3.5. Caso concreto. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, aborda a Usucapião Especial Urbana, a partir de suas origens a.C, sua evolução jurídica e social, a qual, relata a antiga sociedade romana até o Brasil segundo o ordenamento jurídico brasileiro. É aludido, ainda, os conceitos históricos e elementos com finalidade a assegurar judicialmente a aquisição de um direito real da propriedade do bem imóvel para moradia própria ou de família.

A priori, serão analisadas as características acompanhadas dos requisitos que o individuo deve ter para a aquisição do bem como seu, além das formas que são tratadas na lei, e as jurisprudências favoráveis ao tema.

O objetivo deste trabalho, portanto, é suprimir as enormes dificuldades de indivíduos que procuram pleitear o seu direito, evidenciando a importância da ação usucapião especial urbana, inicialmente previstos no art. 9º e seguintes da Lei nº 10.257/2001 do Estatuto da Cidade.

Partindo desse ponto, a ação conforme Ordenamento Jurídico e Estatuto da Cidade dispõem os requisitos necessários para a aquisição da ação usucapião, desde já, no Ordenamento Jurídico não há exceção para que seja reconhecida tal ação. A mesma encontra-se dividida em dois capítulos distintos:

O primeiro capítulo ressalta o direito real de propriedade, conceituando que não é apenas possuir um bem imóvel, mas sim, ter o título definitivo, os quais abordam segundo a doutrina de forma minuciosa a teoria de Friedrich Karl Von Savigny, cujo destaca dois elementos para constituir a usucapião como uma forma de aquisição do

direito real de propriedade. Salientando os modos de aquisição de propriedade e as respectivas modalidades da usucapião.

Em seguida, um segundo capítulo optou-se expressamente para origem e derivações da usucapião especial urbana, contendo seus objetivos e suas finalidades através da posse e seus requisitos, os determinando no art. 183 da Constituição Federal de 1988; art. 1.240 do Código Civil, ratificando que o possuidor não terá esse direito reconhecido mais de uma vez.

Contudo, este trabalho, foi desenvolvido através de coleta de dados bibliográficos, buscou-se explorar de forma sucinta o tema tratado, além de análise em doutrinas e legislação pertinente, que sustenta o assunto legalmente, objetivando uma reflexão crítica relacionado ao tema.

2. O SURGIMENTO DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA

2.1 Surgimento e evolução histórica da usucapião

O surgimento da usucapião se deu por volta do ano 305 no Direito Romano, devido à falta de regularização do bem daqueles que assim o possuíam, sendo restrita a aquisição da propriedade aos romanos, conforme desfrutava Sarmiento (2015, p.51): “Surgiu no Direito Romano com o objetivo de regularizar a situação daqueles que, por irregularidades no momento da aquisição de bens, desejavam consolidar a nova situação patrimonial de acordo com as normas vigentes”.

É interessante a observância do autor, sobretudo, diante dos fatos, teve suas raízes aprimoradas nas fases pré-clássica, clássica e pós-clássica no ano 455 a.C na Lei das Doze Tábuas, o qual, encontra-se aplicada para bens móveis e imóveis, mas também de pessoas, todavia, o possuidor tinha como prazo de dois anos para usucapir um bem imóvel, e um ano para os demais direitos com exigências como requisitos o justo título e a boa fé. E tem por finalidade sanar problemas e ratificar os vícios fundiários e sociais, desde que presente a boa-fé do possuidor.

Como foram proibidos aos estrangeiros de gozar dos direitos ordenados, os romanos perante aos peregrinos preservaram seus bens, logo, os solicitavam quando desejassem. Tempos depois, diante dos fatos, os peregrinos já não podiam apenas alegar serem legítimos a posse, houve um tipo de prescrição, onde amparavam com o prazo de 10 anos e 20 anos, mas com objetivo de somente garantir a permanência na posse contra ações reivindicatórias. Então, com a expansão dessas conquistas de terras e as complexas relações sociais, houve o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Por volta do ano 528 d.C, após o período pós-clássico, Justiniano, criou a proteção, unificando a *usucapio* e a *praescriptio*, designada usucapião, como modo de

aquisição e extinção da propriedade, pois a diferença de ambos era quanto ao prazo para o possuidor usucapir o bem que assim o possuía por longo prazo.

Segundo Rangel, (2012, p.03), assim dispõe:

[...] Houve, desse modo, a unificação dos institutos em único, denominado usucapião, possibilitando ao possuidor de longo tempo (longi temporis) a utilização ação de cunho reivindicatório, com o escopo de obter a propriedade e não uma mera exceção, contrapondo-se ao que ocorria no instituto da praescriptio.

Desse modo, a unificação tem por objetivo minorar problemas sociais da época. Baseado na doutrina, a prescrição vem da expressão latina praescriptio, que significa "escrever antes", a mesma começou como meio ou forma de defesa. O que há em comum entre esta prescrição e a usucapião são o tempo e inércia do titular, a primeira relata o terreno cedido legalmente por todos os direitos, e a segunda é por meio de aquisição.

No Brasil, a usucapião, teve sua origem aprovada nos primeiros séculos após a fundação da cidade de Roma por D. Pedro II com a Lei de Terras nº 601, de 18 de setembro de 1950. Foi no Estado de Minas Gerais, que ocorreu o primeiro caso sobre usucapião, onde o Superior Tribunal de Justiça julgou uma ação a respeito de uma fazenda.

A aprovação da Usucapião foi com o intuito de organizar a propriedade privada, e adquirir áreas desocupadas pertencentes aos grandes proprietários, criado para solucionar problemas sociais de propriedade e posse. Utilizada em gênero masculino pelo Código Civil Brasileiro de 1916, onde existiam quatro hipóteses de prescrição, imemorial, quarentenária, ordinária e extraordinária. Portanto, Revogada, e segundo o Código Civil de 2002 no gênero feminino como "a usucapião", esta cria direito em favor de um novo titular com as formas, ordinária, extraordinária, especial urbana e rural, mas manteve a impossibilidade de se usucapir bens públicos, os quais são pertencentes à União, Estados, Distrito Federal e Município.

2.2. Posse e propriedade

Ambos têm elementos comuns, conforme a vontade da pessoa a coisa, ou seja, possuidor sobre o domínio de um bem, móvel ou imóvel, cujo são essenciais para a usucapião.

Posse é um elemento simples da usucapião, mas nem toda posse tendência para obter-se a usucapião. Segundo a doutrina majoritária atual, trouxe inovações para posse e geral. E conforme o art. Art. 1.196 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de

Janeiro de 2002), admite, em regra, o seguinte conceito de posse: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Por sua vez, a posse não depende de propriedade, a posse é um meio de constituir a coisa por intermédio do direito que prevalece obtendo duas naturezas jurídicas quanto à usucapião na doutrina, sendo parcialmente uma teoria objetivista, cujo adotou a teoria de Rudolf Von Ihering, mais conhecida como a Teoria de Ihering pela Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

Nesse sentido, o pensamento de Diniz, (2012, p. 38).

A Teoria objetiva, de Ihering, por sua vez, entende que para constituir a posse basta o corpus, dispensando assim o animus e sustentando que esse elemento está ínsito no poder de fato exercido sobre a coisa ou bem. [...].

Essa doutrina, ao mesmo tempo, que separa a posse da propriedade, coloca a relação possessória ao serviço integral da propriedade. Diz ela: a propriedade sem a posse é um tesouro sem a chave para abri-lo, ou uma árvore frutífera sem os meios que possibilitem a colheita de seus frutos. [...].

Defende o poder de modo mediato, através de uma transmissão da coisa de um antecessor para o sucessor, destacando apenas um elemento:

O elemento corpus, onde basta haver o contato com a coisa para si. O que defende a ideia de locatário podendo ingressar com ações possessórias contra o dono, o tornando proprietário através da posse por inquilino. Para esta teoria, é o único elemento para comprovação.

Quanto à teoria de Friedrich Karl Von Savigny, mais conhecida como a Teoria de Savigny, para Diniz (2012, p. 36):

A Teoria subjetiva, de Savigny, define a posse como o poder direto ou imediato que tem a pessoa de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. [...] Dois são os elementos constitutivos da posse: o corpus e o animus rem sibi habendi. O corpus é o elemento material que se traduz no poder físico sobre a coisa [...]. O animus domini consiste na intenção de exercer sobre a coisa o direito de propriedade. [...].

Retrata o poder imediato entre o homem e a coisa, por isso explicita que a posse é um direito e um fato, pois, a usucapião facilita a prova do domínio, não podendo conter intervalos, vícios, tampouco contestação, e sim, dando o bem-estar e segurança a propriedade. Destacam-se dois elementos:

O primeiro elemento é o *animus domini*, que é ter a intenção de exercer sobre a coisa o direito de propriedade. E, por segundo o *corpus*, que é o elemento material da coisa. Assim, não tem como dispor apenas fisicamente da coisa, mas a intenção de ter a coisa para si. O locatário no caso a esta teoria não pode diretamente ingressar com as ações possessórias.

Diante dos fatos, foi reduzido o que os dois gênios realizaram na doutrina possessória.

Importante salientar que encontra evidente a usucapião como principal objetivo constituir título para o usucapiante, desde que seja enquadrado nos requisitos que consta no capítulo a seguir.

2.2.1. Posse direta ou imediata

Posse Direta ou Imediata, e a posse exercida diretamente sobre a coisa, e consta no art.1.197 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

É quando um terceiro toma como indevida a posse alheia, sendo que o proprietário é legalmente amparado pela doutrina, o que não anula o seu direito de dono. Entretanto, é quando exerce a posse direta de maneira que vale ressaltar ser a posse plena (exercício do proprietário sobre a coisa), por meio de uma relação jurídica estabelecida.

2.2.2. Posse Indireta ou Mediata e/ou Autônoma

A Posse Indireta ou Mediata e/ou Autônoma é quando o possuidor entrega a coisa a outrem, e é exercida por meio desta, como no caso o contrato de locação. Uma posse que surge de modo a transmitir do uso a outrem, como por exemplo, contrato de compra e venda.

2.3. Podos de aquisição

Conforme relata o art. 1.238 aos 1.259 do CC, onde o rol não é taxativo, mas sim exemplificativo o que ocorre a existências de outras formas de aquisição. Vislumbram-se, ainda, dois modos distintos de aquisição da propriedade destacados abaixo:

a) Aquisição originaria é quando o possuidor apropria-se de um bem, sendo uma apreensão unilateral, ou seja, um contato direto do possuidor e a coisa, de modo que tenha não possuidor antecessor, como por exemplo, a usucapião. Em se tratando de herança, o bem é transmitido para herdeiros.

b) Aquisição derivada é quando transmitida ao adquirente a coisa, obtendo assim a posse sobre a coisa, ou seja, quando é transmitido o domínio do bem de um antecessor para o sucessor por meio de contrato de compra e venda. Em se tratando de herança, o bem é transmitido para herdeiros, levando consigo tributos e entre outros.

2.4. Direitos reais

Direito real é o direito das coisas, o que equivale a um conjunto de normas obrigatórias que tem por objetivo regular o direito de um indivíduo sobre os bens lhe atribuído.

Há que se destacar, direito manifesta-se por necessidade legislativa, contudo, direito real é a relação jurídica de modo originaria entre o homem e a coisa, como exemplo a usucapião, como já vimos anteriormente. O art. 1.225 do Código Civil, diante disso, a usucapião é uma forma de aquisição do direito real sobre coisas prescritíveis, como propriedade exercida a posse prolongada no tempo, em questão da função social.

2.5 Modalidades da usucapião

A título de contextualização apresentam-se abaixo algumas modalidades, equiparadas da aquisição da propriedade de bens móveis e imóveis através da Usucapião, onde consta o Ordenamento Jurídico Brasileiro, no Código Civil de 2002 e no Estatuto das Cidades:

I – Usucapião Extraordinária prevista no art. 1.238, caput, do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002), que assim dispõe;

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Destaca-se, também o art. 1.260 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002):

Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

Trata-se de posse contínua e ininterrupta, devendo estar presentes a posse e o tempo, no caso a prescrição, comprovada por quinze anos para bem imóvel, e cinco anos para bem móvel, com uma posse *animus domini*, não sendo exigido o justo título e boa-fé, devido à longa duração suprir a falta do justo título.

II – Usucapião Extraordinária com Moradia ou produção prevista no art.1.238, parágrafo único, do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002), que assim dispõe;

Art. 1238, parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

É uma submodalidade considerada de posse simples, pois, seu prazo correspondente é reduzido, contendo o lapso temporal de dez anos, consagrada para propiciar a melhoria do pequeno produtor rural, com a utilização da área para atender a função social, tornando-a mesma de caráter produtivo, contínua, sem oposição e ininterrupta de quem quer que seja, sem exigências de limite de área, do justo título e boa-fé.

III – Usucapião Especial Rural prevista no art. 191 da Constituição Federal de 1988; art. 1.239 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002), que assim dispõe;

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Refere-se àquela que se encontra alocada no campo, é voltada especificamente para área de até 50 ha (cinquenta hectares), localizado em zona rural, desde que seja clara observância da utilização do bem para moradia própria ou de família de subsistência do exercício da terra produtiva, o mesmo não podendo ser proprietário de outro bem imóvel, seja rural ou urbano. E equivalente à posse superior a cinco anos ininterruptos, sem oposição e com *animus domini*.

IV – Usucapião Especial Urbana prevista no art. 183 da Constituição Federal de 1988; art. 1.240 do Código Civil e art. 9º da Lei nº 10.257/2001- Estatuto da Cidade, que assim dispõe;

Usucapião Especial Urbana é uma ação simples, contudo, geralmente são para indivíduos de baixa renda, pois a mesma exige a área de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados).

Portanto, devem-se observar alguns requisitos para sua aquisição que serão tratados adiante.

V – Usucapião Especial Urbana por abandono de lar prevista no art.1.240 do Código Civil (Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011), que assim dispõe;

Art. 1.240 - A – Aquele que exercer por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Nesta modalidade, encontra-se o abandono do lar conjugal do bem imóvel, seja um dos cônjuges ou conviventes, para tal configuração, é importante avaliar o elemento subjetivo, ou seja, a intenção daquele que abandonou.

Posto isso, observa-se que a área é de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrado), contendo o lapso temporal de dois anos, uma posse direta, tornando a mesma produtiva, sem oposição e ininterrupta, não podendo ser proprietário de outro bem imóvel rural ou urbano.

Vale ressaltar, que o possuidor não terá esse direito reconhecido em benefício mais de uma vez.

VI – Usucapião Ordinária prevista no art. 1.242, caput, do Código Civil, que assim conforme explicita (Capítulo VI, do O Título VIII), in verbis: “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

Nesta modalidade, a posse é mansa, pacífica, contínua e ininterrupta com apresentação do justo título e boa-fé correspondendo ao prazo de dez anos para bem imóvel e três anos para bem móveis. Diante do NCPC é chamado de rito comum.

VII – Usucapião Ordinária decorrente de Registro Cancelado prevista no art. 1.242, parágrafo único, do Código Civil, que assim dispõe;

Art. 1.242, parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

A modalidade em comento corresponde a uma posse mansa, pacífica, contínua e ininterrupta, sem contestação, com apresentação do justo título e boa-fé, cujo prazo é reduzido para cinco anos para bem imóvel, não havendo limite de área com finalidade habitacional em solo urbano para moradia própria ou de família, ou que tenha realizado investimentos de interesse social ou econômico.

VIII – Usucapião Coletiva prevista no art. 10 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que assim dispõe;

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Geralmente esta modalidade é para indivíduos de baixa renda, e de posse mansa, pacífica, contínua e ininterrupta, sem oposição, com animus domini, contendo o lapso temporal de cinco anos de área quando não há como identificar as áreas ocupadas, logo, pode ser usucapido coletivamente.

IX – Usucapião Indígena prevista na Lei nº 6,001/1973 – Estatuto do Índio.

A lei foi promulgada em 1973, vale-se dizer, que no Estatuto do índio, como foi conhecida, dispõe as relações de Estado e sociedade.

O primeiro requisito é a metragem destinada de uma área não superior a 50 ha (cinquenta hectares). Adiante, por segundo, a posse no prazo de cinco dias ininterruptos, sem oposição e com animus domini. E por terceiro, a área deve ser adquirida para fins econômicos tornando-a produtiva. Por fim, o usucapiente não pode ser proprietário de outro bem imóvel, rural ou urbano como os demais requisitos das modalidades anteriores.

X – Usucapião Extrajudicial no Novo Código de Processo Civil prevista na Lei nº 13.105, de 16.3.2015, que assim dispõe;

Segundo o que ensina Veronese, os notários e registradores e sua atuação na desjudicialização das relações sociais. Revista dos Tribunais, (vol. 4/2014, p. 65).

O instituto se insere no fenômeno da desjudicialização ou extrajudicialização do direito, caracterizado pelo deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais, notadamente as serventias notariais e registrais.

O instituto da usucapião extrajudicial, prevista na legislação brasileira. Tem por objetivo desjudicializar, ou seja, regularizar e facilitar o procedimento administrativo jurisprudencial, para aqueles que exercem a atividade notarial e registral, assim, se houver comprovação de posse, seja qual for o período de tempo e não constando a matrícula imobiliária, será reconhecida a usucapião, desde eu seja confrontantes e órgãos públicos, através dos requisitos pela usucapião, reconhecido diretamente em cartório, buscando agilizar sem necessidade de processo judicial.

3. DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA E AQUISIÇÃO DE POSSE PELA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA

3.1 Usucapião especial urbana

A Usucapião é derivada do latim *usucapio*, que tem significado “pelo uso” e *capere*, de significado “tomar”, logo, forma-se a expressão “tomar pelo uso”. Adiante, Usucapião Especial Urbana é exposto também por diversos doutrinadores como usucapião constitucional urbana, usucapião de solo urbano, usucapião *pro morare*, pro casa, pro moradia ou pro misero, prevista no art. 183 da Constituição Federal de 1988 juntamente com o art. 1.240 do Código Civil e o Estatuto da Cidade regulamentado pelo art. 9º da Lei nº 10.257/2001.

Conceitua-se Usucapião Especial Urbana como uma ação declaratória de modo originário de aquisição do domínio e constitutiva do título, através da posse e seus requisitos, com a finalidade de assegurar judicialmente com o exercício da posse a aquisição de um direito real da propriedade do bem imóvel para moradia própria ou de família, assim, transferindo ao possuidor a propriedade da coisa. A vista disso, quando se refere à aquisição do domínio pela posse, informa-se que é de suma importância e essência que o individuo mostre que possui a coisa como sua.

Conforme ensina Borges, (2013, p.76): A prescrição conforme já restou conceituada é a perda do direito de ação pelo decurso do tempo, por parte do titular do direito de domínio, como por exemplo, um proprietário que teve seu imóvel ocupado por terceiro. Já a usucapião é a aquisição pela posse, comumente

denominado de prescrição aquisitiva. Contudo, este modo particular de adquirir domínio, é necessário que haja posse sobre a coisa hábil para prescrever, lapso de tempo, contínua, justo título e boa-fé e assim realizar a transcrição.

É meio de aquisição da propriedade por meio da posse, desde já, não há exceção para que seja reconhecida a ação. Insta vislumbrar no art.1.242 do Código Civil, in verbis:

art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Desta forma, com a aprovação do que se pode desfrutar é conferido o uso e o gozo da coisa, para qualquer pessoa que tenha capacidade de apresentar e adquirir o bem, realizando assim o elemento moral da posse.

Por outro lado o possuidor não pode adquirir-lhe a posse do bem imóvel mais de uma vez, como frequentemente ocorre, porém tal pedido é indeferido, não obtendo assim sucesso para o ingresso da ação. A despeito disso o habitante quando não consegue a comprovação do tempo de moradia, não se pode ingressar com ação da usucapião, e orienta-se que o individuo aguarde o tempo hábil necessário para que se possa ajuizar a referida ação, e vale ressaltar que a pessoa jurídica não tem legitimidade para se valer dessa prescrição aquisitiva.

3.1.1. Características e Requisitos

De início, importante mencionar que no art. 183 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, quanto às características e requisitos da usucapião:

Art. 183. Aquela que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Nesse sentido, também expõe o art. 1.240 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002):

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Essa última hipótese encontra-se prevista no art. 9º da Lei nº 10.257/2001-Estatuto da Cidade.

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Contudo, atualmente são utilizados os requisitos necessários para a aquisição da ação usucapião, desde já, conforme o Ordenamento Jurídico não há exceção para que seja reconhecida tal ação.

Conforme supracitado em doutrina os requisitos abordados a esta modalidade, refere-se ao possuidor, determinadas exigências já estabelecidas. Portanto, o imóvel é um só e somente pode ser usucapido levando-se em conta a sua metragem, ressaltando, que não há limite mínimo, a área urbana é de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), não o ultrapassando o requisito previsto em Lei.

O interessado em usucapir precisa utilizar o bem, seja em terreno nu, edificado ou condomínio edilício, no entanto a área total é a mesma supracitada, desde que o possuidor exerça a posse sem intervalo, no caso o requisito da posse contínua, embora encontra-se admitido pelo direito brasileiro a soma de posses, ou seja, juntando sua posse com a do antecessor, deve ser posse contínua e pacífica, proporcionado a seu uso, seja para moradia própria ou de sua família, e que o mesmo não tenha outro bem registrado em cartório de registro de imóveis.

A ação conforme Ordenamento Jurídico e Estatuto da Cidade dispõem que para reivindicar o domínio da propriedade é necessário que haja comprovação por meio de documentos, que demonstrem a propriedade do bem, com vistas à segurança e ao bem-estar, normalmente apresentam questões, que parte da população não se atenta a tal fato e acaba por adquirir apenas a posse do imóvel, e quando vai à procura do Título Definitivo, este indivíduo não se enquadra aos requisitos necessários para a ação da usucapião.

O instituto da Usucapião encontra-se na Constituição Federal há 20 anos, mas, ainda é desconhecido atualmente por parte da população. No entanto, parte dessa população ingressante nesta ação não compreende, é que para obter o referido documento, é exigida a comprovação da posse contínua, contando dia a dia, sem interrupção de outrem, pois o uso e o gozo compreendem a percepção de todas as vantagens e utilidades, que os bens possam dar.

De acordo com a doutrina, a pessoa jurídica não tem legitimidade para valer-se da prescrição aquisitiva, pois não preenche aos requisitos, sendo assim, impossibilitado a cumprir o que a legislação exige. Desde já, é importante ressaltar que o direito real de propriedade não é apenas possuir um bem imóvel, mas sim, ter o título definitivo.

Há duas regras no Novo Código de Processo Civil destinado a aquisição de domínio, dentre elas: A primeira é encontrada no art. 246, § 3º do CPC: “Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônomo de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada”. Trata dos confinantes em razão a ação da usucapião imóvel, onde é realizado por solicitação de endereço completo como documentos, justamente para que sejam citados pessoalmente, exceto quando a citação tiver que ser em

condomínio. E na segunda regra, encontram-se no art. 259 do CPC, que há publicação de editais para todas as demandas da usucapião.

Conforme o art. 14 da Lei 10.257/2001: “Na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário”. Portanto, trata-se segundo a legislação atual que o rito da ação de usucapião urbana é o sumário tudo por conta do devido valor e a natureza da causa.

3.2. Como ingressar a ação da usucapião especial urbana

Ordenamento Jurídico e Estatuto da Cidade relatam que para ingressar a ação da usucapião por meio judicial, o possuidor do bem imóvel deverá observar alguns requisitos importantes, além de ter a posse do bem, é exigido apresentação dos documentos abaixo aduzidos:

a) Laudo Técnico de Vistoria: É um ofício realizado pelo órgão Secretaria do Estado de Política Fundiária - SPF, localizado na R. Dep. Vital de Mendonça, s/n - Bairro de Flores, CEP 69.180-000, tem por objetivo a regularização de imóveis, desde que não sejam reservas indígenas, unidades de conservação, florestas públicas e áreas da Marinha e reservada à administração militar, devendo-se apresentar no órgão da DPE uma via original do mesmo. Este laudo é uma Planta e/ou croqui do imóvel, ou seja, é uma projeção gráfica do imóvel de localização exata, contendo marcas e acidentes naturais, permitindo a descrição concreta do bem com identificação do titular do imóvel usucapiendo, exigida pelo art. 942 do Código de Processo Civil.

b) Comprovante de Residência ou Histórico de Pagamento (água, energia ou IPTU): Uma cópia de um comprovante de residência desde que seja em nome do assistido ou de seu cônjuge, de cada ano, assim, comprovando a posse de cinco anos. Por outro lado, uma cópia de um histórico de consumo da água, energia ou o carnê do IPTU, onde comprova por meio das seguintes informações, desde quando começou a efetuar o pagamento em seu nome ou de seu cônjuge.

c) Documentos Pessoais: Uma cópia dos respectivos documentos e apresentação dos originais: Carteira de Identidade - RG e Cadastro de Pessoa Física - CPF.

d) Documentos Pessoais do (a) Cônjuge: Uma cópia da Carteira de Identidade e Cadastro de Pessoa Física - CPF do (a) cônjuge se assim houver.

e) Certidão de Casamento ou União Estável ou Óbito: Certidão de Casamento ou União Estável, é o documento público que formaliza, legaliza a união de um casal.

Certidão de Casamento é emitida pelo Cartório Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais. Certidão de União Estável é emitida pelo Cartório de Notas, certifica a fé pública.

f) Certidão Negativa de Débitos de Tributos Municipais do IPTU: A respectiva certidão é emitida pela Secretaria Municipal de Finanças, Planejamento e Tecnologia da Informação - SEMEF, localizado na Avenida Japurá, nº488, Bairro Centro, CEP 69.025-020. Uma cópia deste documento evidencia que o assistido não se encontra com inadimplência aos órgãos públicos, como ações civil, criminal ou federal.

g) Certidão de Cadastro Imobiliário: É um documento com informações do responsável pelo imóvel, da área construída, número de inscrição do IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano, e entre outros dados municipais, emitida no órgão e endereço supracitado.

3.3. Usucapião de um herdeiro contra o outro

O princípio de Saisine no Ordenamento Jurídico, onde expõe o art. 1.791 do Código Civil, "A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros".

Admite-se que a herança é considerada indivisa até a sua partilha, pois, no momento do óbito, é transmitido a todos os herdeiros, portanto, é intransitável que um herdeiro venha a ingressar com a usucapião do imóvel, já que a mesma é objeto de herança, o que não é permitido que apenas um herdeiro fosse contemplado utilizando a usucapião.

A posse mantém as mesmas características da aquisição, contudo, dispõe no art. 1.207 da Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, estabelece que: "O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais".

Diante do artigo acima, insta salientar que anuência é quando a posse poderá ser continuada, portanto, seja ela dos seus antecessores como aos seus sucessores.

3.4. Proibição da usucapião

No art. 102 do Código Civil de 2002, é expressamente vedado à usucapião: Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. Não pode se usucapir bens públicos, os quais são pertencentes à União, Estados, Distrito Federal e Município. Tanto que a Constituição reforça também no art. 183, § 3º: Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião; e art. 191, *parágrafo único, in verbis*.

Art. 191, parágrafo único. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Portanto, a doutrina e jurisprudência majoritária veda a usucapião para bens imóveis públicos, seja urbano ou rural, móvel ou imóvel, ferem aos princípios da função social da propriedade e da dignidade humana em ultima instancia.

3.5. Caso concreto

De acordo com o art. 1.196 do CC, in verbis: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Como mencionado, é importante salientar que a posse é um do elemento da usucapião como já vimos anteriormente, logo, a usucapião é um dos efeitos da posse, cujo é necessário que o usucapiante saiba de fato quando se deu início a mesma, tanto para que possa ensejar equiparada ao art.183 da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se o teor, TJ-SC - Apelação Cível: AC 20140747125 Xanxerê 2014.074712-5. Relator Desembargador Substituto LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI. ÓRGÃO JULGADOR Câmara Especial Regional de Chapecó. Data do Julgamento: 21/03/2016.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA RELACIONADA À EXCEÇÃO DE DOMÍNIO - USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO - ARTS. 183 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1.240, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL E 9º DA LEI 10.257 /01 - IMÓVEL COM ÁREA REGISTRAL SUPERIOR A DUZENTOS E CINQUENTA METROS QUADRADOS - POSSE EXERCIDA SOBRE A TOTALIDADE DO IMÓVEL - REQUISITO DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA NÃO PREENCHIDO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. A usucapião especial de imóveis urbanos, prevista pelos arts. 183 da Constituição Federal, 1.240, caput, do Código Civil e 9º da Lei n. 10.257 /01, é possível em relação a imóveis com área registral superior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), desde que haja comprovação de que a posse

era exercida apenas sobre parte do imóvel, em parcela igual ou inferior a essa metragem.

Encontrado em: Câmara Especial Regional de Chapecó Apelação Cível AC 20140747125 Xanxerê 2014.074712-5.

Em virtude disso, a apelante interpõe recurso de Apelação, pois o apelado determina a imissão na posse do bem imóvel, o qual alega assumir os direitos na coisa, e a apelante nega-se a retirar-se do bem. Contudo, no Código Civil, a usucapião passou a ser objeto de análises pelos tribunais, e a Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por sufrágio, negar provimento ao recurso.

Portanto, o magistrado após analisar aos autos, conclui-se que o recurso foi desprovido com intuito da apelante, ser mera detentora do imóvel, a qual não fazia por merecer seu direito sobre a propriedade.

Entende-se que conforme os fatos narrados nos autos, que havia uma alienação do imóvel entre o apelado e o ex-companheiro da apelante, ademais, o bem encontra-se em registro a área de 403m², o que ultrapassa ao limite imposta por lei, todavia, não há limite mínimo, mas a área urbana é de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados); lapso de tempo de cinco anos ininterruptos e sem oposição no respectivo objeto hábil com *animus domini*.

Entretanto, não é admitida a apelante a utilização da usucapião especial urbana, pois não preenche aos requisitos pela Constituição Federal de 1988, regulando a Usucapião, juntamente com o Código Civil e o Estatuto da Cidade regulamentado pela Lei no 10.257/01.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho, realizado através de pesquisas bibliográficas, através de doutrinas, artigos, legislação pertinente e entre outros, onde pôde-se demonstrar o tema a usucapião especial urbana como meio de aquisição da propriedade pela população de baixa renda, relatando as irregularidades de moradia existente no solo urbano, visto que identifica dificuldades e apresentam modalidades com seus respectivos requisitos para sanar problemas e ratificar os vícios fundiários e sociais, desde que presente a boa-fé do possuidor.

Contudo, a usucapião surgiu com uma finalidade de atender interesses sociais, individuais e coletivos por meio do que consta no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Estatuto da Cidade de direito real como modo originário de aquisição do domínio e da posse a coisa, e é importante mencionar que o possuidor prove que possui a como sua seguindo aos requisitos abordados.

Urge expor, a modalidade da usucapião especial urbana, está em harmonia com a Constituição na função social da propriedade, possuidor sendo beneficiado por provar seu lapso de tempo na moradia habitual ou de sua família. Portanto, o possuidor tem Legitimidade para propor a modalidade supracitada, se preencher aos requisitos que se encontra na Constituição Federal de 1988, regulando a Usucapião, juntamente com o Código Civil e o Estatuto da Cidade regulamentado pela Lei no 10.257/01.

Ocorre, todavia, que a Usucapião Especial Urbana por meio do Estatuto da Cidade, estabeleceu requisitos para aquisição da propriedade de forma a garantir a função social do possuidor por meio de estabiliza-lo, destinando o bem para que seja equivalente a moradia própria e de família.

Salienta-se, ainda, se desejar, auferir no mesmo o sustento da respectiva família, não havendo nenhuma outra finalidade, como já ressaltado, deseja que seja com a finalidade social própria ou de família.

Do que foi exposto, conclui-se, que o surgimento e evolução da usucapião, tem uma importância fundamental para a população de baixa renda que procura a título de aquisição da coisa, sanar problemas fundiários existentes no solo urbano, bem como com a presença da boa-fé, fazendo com que tenha autonomia sobre o objeto em aquisição, a qual valer-se do instituto da prescrição aquisitiva, regulamentado em Lei, obedecendo a critérios e normas nela contida.

REFERÊNCIAS

BORGES, Antônio Moura. **Usucapião - Capítulo Especial sobre Prescrição e Decadência**. 3ª Edição. Editora Contemplar, 2013.

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião Administrativa – De Acordo com o Novo Código de Processo Civil**. 1ª Edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

EVANGELISTA, Marcos Antônio da Cunha. **Direito Civil Sem Estresse!**, 2ª Edição, Ver. Ampl e atual. Manaus – 2008.

FULGÊNCIO, Tito, 1962-1944. **Da Posse e das Ações Possessórias – Teoria Legal – Prática**, 10ª Edição, Revista e atualizada pelo advogado e doutor em direito Marco Aurélio S. Viana. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Posse Possessória e Usucapião**, 5ª Edição, Editora Atlas.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Registradores de Pessoas Naturais, 24ª Edição, Vol.5 – São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil – **Impactos, Diálogos e Interações**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito CIVIL – **Direito das Coisas**. Vol.4 – 8.Ed. Rev., Atual. e Ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WEB:

BRASIL. **República Federativa do. Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2016.

República Federativa do. **Lei n.º 9099/1995**, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 agosto 2019.

República Federativa do. **Emenda Constitucional** n.45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 09 de setembro 2019.

República Federativa do. **Lei n.º 10.259/2001**, de 12 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 10 setembro 2019.

Portal. Usucapião Especial Urbana: **Um Princípio à Função Social da Propriedade**. Disponibilidade em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/usucapi%C3%A3o-especial-urbana-um-princ%C3%ADpio-%C3%A0fun%C3%A7%C3%A3o-social-da-propriedade>>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

Jus Navigandi. **Usucapião Especial de Imóvel Urbano**. Disponibilidade em <<https://jus.com.br/artigos/5709/usucapiao-especial-de-imovel-urbano>>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Livro Usucapião**. Disponibilidade em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/LivroUsucapiaoLeitura.pdf>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

Série Aperfeiçoamento de Magistrados. Usucapião e suas Modalidades. Disponibilidade em <http://www.emerj.rj.gov.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_51.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.



www.conteudojuridico.com.br

Novo CPC Brasileiro. **Os 5 Temas Fundamentais do Novo CPC.** Disponibilidade em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11308>. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Jurisprudência. Disponibilidade em <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322773275/apelacao-civel-ac-20140747125-xanxere-2014074712-5/inteiro-teor-322773335>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

LETÍCIA TAYNARA DE SOUZA:

Bacharelanda do curso de Direito pelo
IESB - Instituto de Ensino Superior de
Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO⁴⁹

(orientadora)

RESUMO: O Presente artigo científico tem como objetivo a discussão a respeito da judicialização da Saúde, tema importante e pouco abordado no meio jurídico, por se tratar de fenômeno novo que vem tomando uma grande proporção. Por meio desta pesquisa será possível observar o conceito de saúde desde o genérico mundial, até o que nossa Constituição Brasileira traz sobre o assunto, fazendo uma breve reprodução dos métodos e normas jurídicas utilizados para que tal direito seja assegurado de forma igualitária à todas as pessoas. Demonstrando a atuação do judiciário e os sistemas adotados pelos Estados juntamente com o Ministério da Saúde para que a judicialização da saúde no Brasil funcione de maneira eficaz. Ainda, pontuará sobre as dificuldades encontradas com relação ao grande aumento de demandas judiciais no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos e a plataforma digital criada para regulamentar as solicitações e informações de medicamentos por intermédio de ações judiciais em face do Estado.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Direito fundamental. Fornecimento de Medicamentos. Dever do Estado.

ABSTRACT: The present scientific article aims to discuss the Judicialization of Health, an important theme and little addressed in the legal environment, as it is a new phenomenon that has been taking a large proportion. Through this research it will be possible to observe the concept of health from the global generic, to what our Brazilian Constitution brings on the subject, making a brief reproduction of the methods and legal rules used so that this right is guaranteed equally to all people. Demonstrating the role of the judiciary and the systems adopted by the States together with the Ministry of Health so that the judicialization of health in Brazil works effectively. He also pointed out the difficulties encountered in relation to the great increase in lawsuits with regard to the supply of medicines and the digital platform created to regulate requests and information about medicines through legal actions in the face of the State.

⁴⁹ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

Key words: Judicialization of Health. Fundamental right. Supply of Medicines. Duty of the State.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceito de saúde: 2.1. A saúde na Constituição Federal de 1988; 3. Implantação do Sistema Único de Saúde; 4. Judicialização da saúde no Brasil; 5. Implantação do sistema Scodes; 6. CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da Saúde é um tema pouco abordado, mas de grande valia, uma vez que se trata de um Direito fundamental e da solicitação de medicamentos por meio de ação judicial.

A presente pesquisa trata da judicialização da Saúde no Brasil. Traz especificamente conceitos e leis que regem a saúde no Brasil, bem como a atuação do judiciário e do executivo neste sentido.

É uma breve iniciação científica que tem como objetivo principal demonstrar como Constituição Federal de 1988 e as leis infraconstitucionais atuam de maneira a regularizar o fornecimento de medicamento, solicitados através de ação judicial, aos cidadãos.

Bem como demonstrar a atuação do Ministério da Saúde para concretizar e facilitar o trabalho dos gestores da Saúde em meio ao grande número de processos judiciais para fornecimento de medicamentos que são propostos em face do Estado.

Também especificar as leis que obrigam ao Estado o dever de proporcionar a saúde do cidadão, direito esse fundamental, bem como os pareceres jurisprudenciais e doutrinários em relação à tal dever. E ainda as limitações de tal dever, em relação à responsabilidade da pessoa, da família, das empresas e da sociedade de conservar da Saúde.

Busca ressaltar sobre o aumento das ações judiciais de fornecimento de medicamentos e as dificuldades encontradas no setor da saúde.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica enriquecida com alguns pareceres jurídicos do assunto em questão e leis que regulamentam a saúde no Brasil. Assim como o levantamento de materiais elaborados e publicados em documentos, tais como revistas de artigos científicos.

Portanto, a seguir será abordado características e conceitos relacionados a judicialização da Saúde no Brasil e a atuação do Estado para que tal direito seja assegurado ao cidadão.

2. CONCEITO DE SAÚDE

Antes de adentrar ao assunto principal desta presente pesquisa, é importante trazer o conceito genérico da saúde elaborado pela Organização Mundial da Saúde

(OMS) que diz: “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. (OMS, 1948)

Tal conceito deixa claro que não a saúde vai muito além daquilo que podemos ver, ou seja, abre vista para as doenças que também estão presentes em nosso psicológico e que muitas vezes são difíceis de se enxergar.

Neste mesmo sentido, a questão social também influencia em nossa saúde, desde o relacionamento interpessoal, como até mesmo a ausência do mesmo.

Por se tratar de direito social relacionado a condição de cidadania, a saúde deve ser assegurada a todos, sem distinção de raça, religião ideologia política ou ainda condição socioeconômica. (ALMG, 2016)

Isso porque, a saúde é direito de todos, uma vez que com saúde preservamos outro direito fundamental que é a vida.

O doutrinador José Cretella Júnior, foi ainda mais sucinto, definindo a saúde como “saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual”, pontuando assim em seu entendimento que a saúde é claramente a união do interesse individual e do social, sendo um bem-estar físico provido da perfeita harmonia de todos os elementos bem como de seu funcionamento. (CRETELLA JÚNIOR, 1920)

2.1. A saúde na Constituição Federal de 1988

O direito a saúde vem elencado em nossa constituição federal de 1988, em seu artigo 6º, como um direito e garantia fundamental:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

E por se tratar de direito indisponível e de indiscutível importância, foi tratado pelo constituinte como bem maior, evidentemente pela forma como foi elencado em nossa constituição em capítulo próprio. Sendo que ainda, responsabilizou o Estado com o encargo de garantir a saúde e o acesso universal a ela.

Ainda neste sentido, a Constituição Federal em seu artigo 196 estabeleceu:

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

Neste sentido, o legislador assegurou ainda mais à saúde ao cidadão, deixando evidente que o Estado, como ente público, deve garantir à saúde, trazendo soluções para que tal direito chegue a todos sem distinção, uma vez que se trata de direito fundamental que é ligado diretamente com outro direito fundamental que é a vida.

3. IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Em razão da necessidade do Estado de criar políticas sociais para que a saúde chegue ao cidadão, foi criado o Sistema Único de Saúde que traz consigo o princípio da Equidade (MS, 2017), a fim de diminuir a desigualdade e promover o acesso à saúde àqueles que não possuem condições, é o tratar os desiguais na medida de sua desigualdade que é bastante pontuada em nossa constituição brasileira em diversos artigos, tais como, artigo 3º, artigo 5º, entre outros. (BRASIL, 1998)

Em 19 de setembro de 1990, foi criada a lei Orgânica da Saúde, lei 8.080/90, com intuito de regularizar de forma específica as leis da saúde encontradas em nossa Constituição Federal, uma vez que em seu artigo 2, caput, parágrafo 1º reforçou a responsabilidade do Estado em promover a assistência à saúde:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Em relação a responsabilidade dos entes federativos, o tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul posicionou-se sobre o dever do Estado e do demais entes federativos, quanto à saúde, no seguinte sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. SAÚDE. TRATAMENTO.

SAÚDE PÚBLICA. DEVER DO ESTADO. **NOS TERMOS DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, CONSIDERADO LATO SENSU.**

COMPETE AO PODER PÚBLICO, INDEPENDENDO DA ESFERA INSTITUCIONAL A QUE PERTENÇA, A RESPONSABILIDADE POR CUIDAR DO SISTEMA DE SAÚDE POSTO À DISPOSIÇÃO DA POPULAÇÃO, O QUE PERMITE AO CIDADÃO DIRECIONAR A BUSCA POR SEUS DIREITOS A QUALQUER DOS ENTES FEDERATIVOS. A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS DETÊM COMPETÊNCIA COMUM, EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA, INEXISTINDO A PRETENDIDA ORDEM NA BUSCA DOS SERVIÇOS E AÇÕES. ARTIGO 23, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. PARA O DEFERIMENTO DO PLEITO, BASTA ESTAR COMPROVADA A ENFERMIDADE DO CIDADÃO E QUE A MEDICAÇÃO, PROCEDIMENTO OU TRATAMENTO TENHA SIDO DEVIDAMENTE PRESCRITO PELO MÉDICO QUE O TRATA. Alegações de questões principiológicas, sejam referentes à universalidade ou igualdade de acesso à saúde, ou aquelas meramente econômicas não se sobrepõem à necessidade de garantir o direito fundamental ameaçado, justificando o julgamento de procedência da ação. **EM OUTRAS PALAVRAS, A** fundamentalidade do direito à saúde faz com que sua garantia seja a expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos. (TJ-RS)

Neste sentido, ficou claro que a jurisprudência deixou de lado o fator “hierarquia” e foi mais para o lado humanizado, uma vez que, responsabilizou todos os entes federativos à proporcionar assistência à saúde, deixando aberto ao cidadão a opção de buscar seus direitos através de qualquer esfera, independente da esfera institucional. Além disso, responsabilizou solidariamente os entes federativos, em relação à garantia da saúde ao cidadão.

A própria constituição também norteou diretrizes para serem seguidas pelo poder público as quais se encontram artigo 198 nos incisos I e III, que prevê:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

Ou seja, o legislador trabalhou para que houvesse uma organização em relação as ações e serviços públicos relacionado a saúde, isto porque, com o aumento das demandas, deve haver comunicação entre as esferas do governo, isto porque, ambas possuem responsabilidade solidária, até mesmo no que diz respeito a forma de financiamento do Sistema Único de Saúde como traz o parágrafo primeiro também do artigo 198 da Constituição Federal.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Em um aspecto mais genérico a judicialização tem sido utilizada para trazer significado ao grande espaço que surgiu em relação às decisões, espaço esse que foi ocupado pelo poder judiciário (Ribeiro, 2013, p. 25).

A judicialização da saúde cooperou para expansão do Direito à saúde, uma vez que com os aumentos das ações relacionadas a tal direito, este ganhou espaço dentro do âmbito judiciário (Schulze, 2018, p.15).

Em outras palavras, a judicialização da saúde trata-se da grande quantidade de ações judiciais que foram surgindo com o passar do tempo, com o intuito de suprir as lacunas não preenchidas pelo Sistema Único de Saúde.

A Judicialização da Saúde no Brasil, ainda é um tema pouco discutido, porém de muita importância isso porque, encontra-se uma interface em meio a este fenômeno, uma vez que trabalha com a junção dos poderes executivo e judiciário, a fim de garantir direitos universais em relação à saúde, a todos os cidadãos sem distinção. (EIG ANDRADE, 2008)

Todavia, tal cenário, embora venha para promover a acessibilidade a saúde, causa grande constrangimento aos profissionais gestores do sistema de saúde pública, tratando-se da sistemática adotada para aquisição do medicamento ou tratamento médico.

Isto porque, existe a lei 8.666/1993 que regulamenta os procedimentos de licitações, no qual a assistência da saúde está vinculada, ou seja, não é o simples comprar, existem procedimentos por traz deste cenário que devem ser respeitados, pois caso não sejam seguidos não se pode fazer a aquisição dos itens. (BRASIL, 1993) O que acaba tornando mais dificultosa e morosa a aquisição dos medicamentos.

Além disso, no Estado de São Paulo, para os processos de licitações, conforme estipula a Bolsa Eletrônica de Compras SP (BEC), as empresas interessadas em contratar com a Administração Estadual, poderão participar, desde que possuam registro no CAUFESP, atuem em atividade econômica compatível com seu objeto, além disso para participação dos procedimentos eletrônicos, os seus representantes devem possuir credenciamento conforme estabelecido no regulamento disciplinar da CAUFESP. (BEC, 2019)

Como trazido acima, os requisitos para aquisição dos medicamentos são bem rígidos, não somente para quem irá adquirir, no caso o servidor público responsável pelos procedimentos e compras, mas também as empresas devem seguir parâmetros estipulados pelo Estado para que possam fazer a venda de seu produto ao Estado, para que este possa fornecer aos autores dos processos judiciais de aquisição de medicamentos.

Uma pesquisa feita pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostrou que entre 2008 e 2017 houve um grande aumento no número de demandas judiciais relativas a saúde, além disso apontou que a judicialização da saúde se tornou relevante não só para a assistência da saúde, mas como para o Judiciário que com o aumento nas demandas tem que lidar com inúmeros processos, tais que abordam pedidos de antecipação de tutela ou liminares, devido a situação de risco que envolve a saúde e a necessidade de cada paciente. (TRF2, 2019)

5. IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA SCODES

Com o aumento das demandas judiciais o ministério da saúde disponibilizou uma plataforma web denominada Scodes, a qual permite traçar o panorama real da judicialização em todo o país. Tal medida foi tomada por conta do crescimento de ações judiciais em saúde.

Isto porque, com o crescimento houve um impacto aos cofres públicos nas três esferas. (MS, 2017)

O S-Codes é um sistema de informações que controla e gerencia demandas judiciais e solicitações administrativas com relação aos serviços de saúde.

O sistema permite cruzar dados entre estados e municípios para identificação de pacientes, médicos, prescritores e advogados que entram com demandas judiciais, além disso os juízes que emitem as sentenças. (MS, 2017)

Além disso, permite o controle dos estoques dos medicamentos que são adquiridos, sendo que os municípios tendo esse acesso conseguem remanejar medicamentos que estão com estoque maior.

Possibilita também adicionar cobranças judiciais para controles de prazos para entregas dos medicamentos.

Facilitando o controle das ações em face do Estado para aquisição de medicamentos e a comunicação dos DRS frente a essa situação de judicialização da saúde.

Neste sentido, fica evidente que o Estado como réu dos processos, ao se deparar com o grande aumento de ações judiciais para aquisição de medicamento, teve que pensar em alternativas que colaborassem com a organização das demandas, para controlar não só os processos novos, como também os números dos estoques, a fim de que não houvesse falta dos medicamentos.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se que a saúde, por se tratar de direito fundamental, ganhou uma grande atenção em nossa Constituição Federal. Por esse motivo, foram criadas leis infraconstitucionais regulamentando todo o trabalho do Estado para que a saúde chegue a todos de forma igualitária.

Acontece que, com o aumento das necessidades das pessoas em relação ao fornecimento de medicamentos, o próprio Estado não consegue distribuí-los de forma eficaz. Com isso não se teve outra alternativa a não ser recorrer ao Judiciário, causando assim a judicialização da saúde.

No entanto, por se tratar de inúmeras demandas, houve uma grande sobrecarga no aumento das demandas judiciais para fornecimento de medicamentos em face do Estado, que possui o dever de proporcionar a saúde criando políticas sociais e econômicas.

Por se tratar de tema novo, que tomou uma grande proporção, criou-se sistemas para controlar esse fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, que embora esses sistemas tenham o intuito de melhorar a organização das ações judiciais, há outros problemas que os profissionais da saúde encontram para que os medicamentos possam ser fornecidos, tais como o próprio procedimento de compra, pois este possui características específicas regidas por lei que devem ser acatadas para aquisição do medicamento, o que torna um processo mais demorado e dificultoso.

Através desta pesquisa pode-se concluir que o Sistema Único de Saúde carece de estruturas melhores, para que os fornecimentos de medicamentos cheguem aos que realmente precisam e os órgãos relacionados com esse tema, ou seja, o judiciário e a assistência da saúde, necessitam de sistemas mais eficazes para que estes consigam dar conta das inúmeras ações com relação a saúde que vem surgindo.

REFERÊNCIAS

- ARTIGO, JUDICIALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO ENTRE A DEFICIÊNCIA DO LEGISLATIVO E A INSUFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO - Diógenes V. Hassan Ribeiro - Doutor e mestre em direito público pela Unisinos, desembargador no TJRS – 2013, pág. 26. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502916/000991396.pdf?sequence=1>
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS (ALMG) - Encontro internacional Direito a Saúde, Cobertura Universal e Integralidade Possível - Disponível em:
almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf
- BOLSA ELETRÔNICA DE COMPRAS (BEC) - Aquisição de bens com entrega imediata - participação ampla, inserido em 27 de setembro de 2019. Disponível em:
<https://www.bec.sp.gov.br/becsp/Aspx/Minutas.aspx?chave=>
- BRASIL. Artigo 196, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>
- BRASIL. Artigo 198 nos incisos I e III, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>
- BRASIL. Artigo 6º, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>
- BRASIL. Lei 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm
- BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm
- COLETÂNEA DIREITO À SAÚDE VOLUME 2 - DILEMAS DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE - Clenio Jair Schulze - Brasília, 2018, pág.15 – 1ª Edição. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf
- CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - DECRETO Nº 26.042, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1948 – (OMS 1948) Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/login/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=O%20PRESIDENTE%20DA%20REP%C3%9ABLICA%20DOS%20ESTAD>

[OS%20UNIDOS%20DO%20BRASIL%3A&text=Decreta%20que%20os%20mesmos%2C%20apensos,e%2060.%C2%BA%20da%20Rep%C3%BAblica.](#)

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, 1920 - Comentários à Constituição de 1988", vol. III, pág. 4331. Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:1992:000136327>.

EIG ANDRADE, CD MACHADO, DR FALEIRO. A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça - Rev Med Minas ..., 2008 – Disponível em:

www.rmmg.org

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Artigo S-Code Publicado: Quarta, 22 de novembro de 2017, 14h37. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/artigos/41922-scode>

MINISTÉRIO DA SAÚDE. SUS, princípios do SUS. disponível em:

<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>

PORTAL TRF2. COMITÊ ESTADUAL DE SAÚDE DO RIO DE JANEIRO - CNJ: Demandas judiciais relativas à saúde... disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/cnj-demandas-judiciais-relativas-saude-crescem-130-em-dez-anos/>

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL, PORTAL MEC – Artigo Saúde - Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - Apelação Cível: AC 70062566344 RS.

Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

ADOLPHO VIANA DA COSTA:

Graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RESUMO: A violência obstétrica ocorre diariamente nas instituições de saúde, sendo praticada pela equipe hospitalar, e mulheres em trabalho de parto, são praticamente obrigadas a se submeter, principalmente por desconhecimento dos seus direitos, e por temerem represarias contra o recém-nascido. A metodologia está centrada na pesquisa e coleta de informações de ordem teórica viabilizada, portanto, através de levantamento bibliográfico. Com o a finalidade de esclarecer e divulgar, pois é inegável o sofrimento causado a mulher na hora de dar luz, cabendo ao Poder Público, fiscalizar e estruturar os hospitais para for fim a essa "Violência no parto".

Palavras-chave: Violência Obstétrica, Direitos Humanos, Princípios constitucionais.

ABSTRACT: Obstetric violence occurs daily in health institutions, being practiced by the hospital staff, and women in labor, are practically obliged to submit, mainly due their rights, and for the fear represarias against the newborn. There are several reports of violence, including verbal, trivialization of such conduct harmful to the rights of women, which is constitutionally guaranteed even in international treaties. With the aim to clarify and disseminate, it is undeniable the suffering of the woman at the time of giving birth, leaving the Government, supervise and structure for hospitals to end this "Violence in childbirth."

Keywords: Obstetric Violence, Human Rights, Constitutional principles.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. SOB À LUZ DO FATO: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA, CONCEITO E PRÁTICAS; 2.1 Conceito. 3. SAÚDE, DIGNIDADE E INTEGRIDADE: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS DIREITOS HUMANOS; 3.1 A parturiente sujeito de direitos; 3.1.1 Dignidade; 3.1.2 Integridade; 3.1.3 Direito à Saúde; 4. OS DANOS E AS RESPONSABILIDADES: OS DISPOSITIVOS JURÍDICOS DISPONÍVEIS A PARTURIENTE EM CASO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA; 4. 1 Responsabilização Criminal pela Violência Obstétrica; 5 A RESPONSABILIDADE PELO DANO: O DEBATE JURISPRUDENCIAL SOBRE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Elencada ao catálogo de violências de gênero, a violência obstétrica cometida por agente de atendimento de saúde contra mulheres gestantes e/ou parturientes, caracteriza-se por uma violação aos direitos à saúde, à imagem objetiva e aos estados

psíquicos do indivíduo, bem como contra a integridade e a dignidade da pessoa humana.

Presente na rotina laboral diária dos agentes de saúde, dos obstetras, clínicos gerais, enfermeiros e técnico em enfermagem, a violência obstétrica passa em branco nas tratativas do atendimento clínico e médico hospitalares muitas vezes por falta de cuidados e informações para com certas práticas e condutas geradoras de danos materiais, físicos e psicológicos na paciente, neste caso à mulher gestante e/ou parturiente.

É alicerçado neste contexto em que os danos e as responsabilidades por conta da violência obstétrica ainda são campos inexploráveis no contexto jurídico, por vezes inexistentes de legislação única que possa tratar do fato como objeto das Ciências Jurídicas. É que este trabalho de conclusão de curso se debruça para analisar a violência obstétrica como objeto de Direito dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

No âmbito do Direito, observa-se violência obstétrica um tipo de violência contra a mulher praticada por agentes institucionalizados do atendimento à saúde, provocada pelo obstetra, clínico geral, enfermeiro, técnico em enfermagem, contra a mulher no momento da gestação e/ou no parto.

Baseando-se neste debate, o presente artigo científico lança luz do ordenamento jurídico brasileiro na violência obstétrica para isso o presente trabalho se estrutura em três partes que dialogam uma com a outra, com a finalidade de debater as práticas de violência obstétrica pela via da Ciência Jurídica.

Portanto o presente artigo científico, intenta cumprir um papel informacional a partir do manejo legislativo da Ciência Jurídica e da demonstração dos danos e das responsabilidades dos agentes de atendimento de saúde diante do cometimento das práticas de violência obstétrica. Cumprindo um dever acadêmico científico, como institucional e social quando o trabalho se debruça sobre fatos sociais ainda não tipificados, ou quando tipificados encontram através de consecução do controle jurídico da matéria.

2. SOB À LUZ DO FATO: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA, CONCEITO E PRÁTICAS

2.1 Conceito

Mariana Pulhez (2013, p. 22), considera violência obstétrica atos e ações danosas praticados contra a mulher em estado de parturiente dentro de espaços públicos e privados de atendimento à saúde no decorrer do atendimento médico obstétrico e neonatal. O desígnio "violência obstétrica" é original do estudo realizado pelo Doutor Rogério Pérez D'Gregorio, quando na função de Presidente da Sociedade Obstétrica e Ginecologia da Venezuela.

Briena Andrade (2014, p. 01) complementa a informação de Pulhez ao afirmar que os atos de violência obstétrica são atos praticados “por profissionais da saúde no que concerne ao corpo e aos processos reprodutivos das mulheres” por intermédio do “abuso de ações intervencionistas, medicalização e transformação patológica dos processos de parturição fisiológicos”.

Ao requerer técnicas invasivas no corpo, o parto amplia o estado emocional da mulher em parturição, requisitando cuidados especiais por parte da equipe médica para que a experiência do parto seja o momento especial para a mulher que se torna mãe e para a criança que dá seus primeiros suspiros de vida. No entanto observa-se que neste momento tão especial para a nova família a mulher e a criança são submetidos a certas situações de desabono e agravo a suas personalidades objetiva assim como subjetiva.

Esses tipos de situações construídas no ambiente hospitalar por agentes do atendimento à saúde, neste caso por obstetras, clínicos gerais, pediatras, enfermeiros e técnicos em enfermagem, que colocam em diminuto os direitos reprodutivos e sexuais da mulher são considerados “violência obstétrica”. Apesar da terminologia ser nova no campo jurídico o termo “violência” remonta a categoria do agravo, uma vez que o abuso, a negligência e a imperícia sustentam o tipo de crime que é cometido contra os direitos reprodutivo e fisiológicos da mulher.

É neste contexto, que se considera “violência obstétrica” os tipos de abusos, praticadas contra a mulher em parturição e ao neonatal, crimes que afetam diretamente os elementos da intimidade e de acesso à saúde da criança.

O termo violência obstétrica agrupa atos de desrespeito, assédio moral e físico, abuso e omissão, e só nos últimos anos vem sendo levado a sério por pioneiros na comunidade dos profissionais de saúde, administradores hospitalares e na Justiça. “Ir para uma instituição para ter filho e ser desrespeitada é um problema de saúde”, diz a obstetra Suzanne Serruya, diretora da Organização Pan-Americana da Saúde.

Ressalta-se que no ano de 2014, a Organização Mundial da Saúde publicou um documento condenando a violência obstétrica, confirmando que essas práticas criminosas foram consideradas normais até o fim do século XX, o que se afigura num absurdo sem precedentes, bom lembrar que nos anos 1990, já havia atenção ao assunto entre defensores de direitos das mulheres, contudo a maior parte da comunidade médica não considerava o tema merecedor de debate, até mesmo por conta do corporativismo que domina a categoria médica como um todo.

Contudo, o primeiro documento científico sobre falta de respeito no parto é de 2000. Ou seja, “Por 30 anos, as mulheres se posicionaram dizendo ‘não queremos ser maltratadas’. Finalmente, conseguiram mover instituições a tomar um

posicionamento”, afirma obstetra Suzanne Serruya, diretora da Organização Pan-Americana da Saúde. Insta evidenciar que países como a Venezuela e México, a legislação vigente em ambos países inclui um tópico específico sobre violência obstétrica.

3. SAÚDE, DIGNIDADE E INTEGRIDADE: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme o disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 são direitos aplicáveis à mulher em momento de parturição, direito à saúde, direito à dignidade, direito à integridade e direito à privacidade, portanto a parturiente deve ser considerada um sujeito de direitos, que em momento de parto deve ter os elementos objetivos e subjetivos resguardados.

3.1 A parturiente sujeito de direitos

3.1.1 Dignidade

No artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana preceitua que o Estado Democrático de Direito é fundado na dignidade do pessoal humano. Núcleo do sistema constitucional e do sistema jurídico, político e social, o princípio da dignidade da pessoa “envolve todos os aspectos da pessoa, seja no seu aspecto exterior, como na sua individualidade, privacidade e intimidade, assim como o fato de pertencer ao gênero humano, seu aspecto físico, sua etnia” (SCHIAVI, 2011, p. 50).

Depreende-se que tal princípio traduz-se em matriz essencial da República Federativa do Brasil, de sorte que representa o reconhecimento do valor do indivíduo como fundamento de validade harmonizando todo o ordenamento constitucional, consubstanciando todo arcabouço jurídico. (CANOTILHO, 1998, p. 219).

Para Bulos (2012, p. 509) a dignidade da pessoa humana, funciona como vetor agregando em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, estatuído na Constituição Federal de 1988.

Alvarenga (2013, p. 99) contribui para o debate ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é próprio do gênero humano “em vista a importância e a extensão do princípio da dignidade humana, como princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo”.

Constituição Federal de 1988 ao imbuir as normas gerais ao princípio da dignidade da pessoa humana garante o respeito à condição inata do ser humano, e ferir esse respeito significa afrontar a matriz do sistema normativo brasileiro, mister

assinalar que ante a instrumentalização obstétrica e neonatal deve ser garantida o respeito à dignidade da parturiente afim de convalidar os direitos fundamentais do ser humano.

3.1.2 Integridade

Disposta no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, a integridade física entra no rol dos direitos fundamentais, depreendendo a ideia de que qualquer violência, imperícia, negligência e abuso cometido contra a parturiente e ao neonatal é um agravo cometido à garantia fundamental da integridade física.

Moura (2015, p. 60) afirma que o resguardo da integridade proclamada na Constituição Federal 1988, procura garantir ao cidadão em momentos de necessidade a proteção e segurança básica porque “legitimam sempre a ação do Estado, em prol da sustentação, integridade e observância dos direitos fundamentais. ”

Por analogia, considera-se que a mulher em parturição, sujeito aos atendimentos de saúde necessitam estar amparadas e a elas asseguradas os direitos sexuais e reprodutivos afim de controlar ao mínimo os agravos que possam acometê-la em momento limite. E ao neonatal que ganha vida é necessários cuidados processuais que resguardecem sua integridade como recém cidadão.

3.1.3 Direito à Saúde

Nos artigos de 196 ao 200 da Constituição Federal de 1988, é normatizado o direito à saúde como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, como dispõe o artigo 196, da Constituição Federal de 1988, in verbis:

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

Assim, o direito à saúde é um direito fundamental de cunho social, sendo obrigação do Estado brasileiro garantir o serviço de acesso e atendimento de saúde à população indistintamente, como especifica o artigo 197 da Constituição Federal (1988), in verbis:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Sendo assim, é obrigação do Estado brasileiro garantir e suprir as redes de acesso e atendimento de saúde por que “o conceito de saúde evoluiu, hoje não mais é considerada como ausência de doença, mas como o complemento do bem-estar físico, mental e sociais do homem” (MOURA, 2015, p. 10).

No entendimento contemporâneo da Organização Mundial de Saúde sobre o direito à saúde vê-se a extensão ao direito à saúde sexual e reprodutiva, pois reconhece-se os vínculos entre o indivíduo e o meio ambiente, porque “a vida sexual possibilita experimentar uma vida sexual informada, agradável e segura, baseada na autoestima, que implica numa abordagem positiva da sexualidade humana e no respeito mútuo nas relações sexuais” (CORRÊA, 2002, p. 09).

Por afinidade, ao assumir o dever de prover, manter as redes de acesso e atendimento à saúde como ponto fundamental para consecução do direito à saúde, o Estado brasileiro também assumi o dever de garantir os cuidados obstétricos às mulheres, estabelecendo metas de prevenção de práticas de violência obstétrica como forma de equacionar e equilibrar o direito à saúde dessa parcela cidadã e o mais importante garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e a integridade física e subjetiva da parturiente. É previsto no § 7º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, in verbis:

§ 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.

O artigo 16º da Recomendação Geral nº. 19 do Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) recomenda todos os Estados a enfrentarem a desigualdade de gênero:

A violência familiar constitui uma das formas mais insidiosas de violência contra as mulheres. Esta violência é prevalente em todas as sociedades. No seio das relações familiares, as mulheres de todas as idades estão sujeitas a todos os tipos de violência (...) A falta de independência econômica obriga muitas mulheres a permanecerem em relacionamentos violentos. (...). Estas formas de violência colocam a saúde da mulher em risco e prejudicam a sua capacidade de participarem na vida familiar e pública numa base de igualdade (CEDAW, 1994, p. 76).

Nas alienas da Recomendação nº. 19, alienas a e b, a CEDAW obriga todos os Estados a se comprometerem na criação de políticas públicas de combate contra a mulher, vide:

a) Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas e eficazes para superar todas as formas de violência baseada no gênero, quer pelos atos públicos ou privados;

b) Os Estados Partes devem elaborar leis contra a violência e abusos na família, a violação, a violência sexual e providenciar uma proteção adequada a todas as mulheres, em relação a outras formas de violência baseada no gênero e de respeito pela sua integridade e dignidade. Devem ser providenciados serviços apropriados de proteção e apoio às vítimas. É essencial a capacitação quanto às questões do gênero dos funcionários judiciais e outros responsáveis públicos e agentes da ordem pública, para uma efetiva implementação da Convenção (CEDAW, op. cit.)

No mesmo sentido, aponta-se a Convenção de Belém do Pará que versa sobre a violência contra a mulher. O artigo 1º da referida Convenção conceitua a violência contra a mulher: “para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Em 1995 é realizada em Pequim a Conferência sobre os direitos da mulher, conforme o “Manual sobre os Direitos da Mulher” (2005), do Ministério da Saúde, os direitos sexuais serão definidos de forma autônoma pela decisão do indivíduo em relação aos direitos reprodutivos. É a partir da Conferência de Pequim (1995) que o Brasil se comprometeu a basear nos direitos sexuais e nos direitos reprodutivos todas as políticas e os programas nacionais dedicados à população e ao desenvolvimento, inclusive os programas de planejamento familiar.

4. OS DANOS E AS RESPONSABILIDADES: OS DISPOSITIVOS JURÍDICOS DISPONÍVEIS A PARTURIENTE EM CASO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Entende-se por prática de “violência obstétrica” o ato danoso causado por agente de atendimento de saúde, seja ele obstetra, clínico geral, pediatra, enfermeiro, técnico em enfermagem; cometido contra mulher parturiente, onde a vítima apresenta dano físico e/ou moral.

Quanto a isso o ordenamento jurídico nacional não possui um diploma capaz de apresentar as normas de comprovação e punição para crimes cometidos como violência obstétrica, devido a isso, este capítulo apresenta uma leitura civil e penal da violência obstétrica.

O Diploma Civil pátrio roga sobre os danos morais cometidos por médicos e enfermeiros no atendimento obstétrico público e/ou privado, dispondo desde a métrica de indenizações, a responsabilidade civil e a responsabilidade ética. Por este viés ler-se-a à matéria violência obstétrica.

Diante da violência obstétrica pratica fica o agente causador do dano à parturiente responsável de reparar o dano moral perpetrado, neste sentido o médico é obrigado a haver pecúnia indenizatória pela negligencia ou imperícia praticada no exercício laboral, sobre o dano Maria Helena Diniz (2003, p. 153) afirma:

O fundamento primário da reparação está no erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que atine com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente ilidido, mas que, em princípio, constitui o primeiro momento da satisfação de perdas e interesses. Esse direito lesado, na perspectiva médico-legal, consiste no dano corporal (dano pessoal) que aponta para duas categorias jurídicas: O dano patrimonial ou econômico e dano extrapatrimonial ou não econômico.

Conforme o disposto pela doutrinadora em supra citação o dano moral fundamenta-se na extensão das perdas da parturiente, sendo o dano moral material relativo as pecúnias providenciais de atendimento, como gastos médico hospitalares, incapacidade laborativa provocada pela violência obstétrica, bem como as sequelas resultantes da violência cometida.

Além disso, de acordo com Maria Helena Diniz (2003, p. 55) o dano pode ser caracterizado por "injúrias que ofendem a dignidade e a honra das pessoas, a sua reputação; é o caso dos sofrimentos físicos experimentados por causa de ferimentos e na sequencia deles por causa, nomeadamente, de tratamento a dor física. "

Os sofrimentos ligados a dor, por analogia, podem fundamentar o dano moral, por que os estados de humor ligados a depressão, ao sofrimento e as angustias por conta da perda estendem o limite dos danos, pois evoluem desfavoravelmente no contexto social, familiar e laboral onde a vítima de violência obstétrica se encontra.

Quanto a indenização por prejuízo material e a reparação moral, Diniz (2003, p.57), explica: "primeira na reintegração pecuniária ou ressarcimento *strictu sensu*, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa."

O obstetra que vier causar danos ou prejuízos (materiais, morais e/ou estéticos) a parturiente, neste caso a mulher figurando na posição de paciente e vítima, durante o exercício laborativa da assistência médica, o Código Civil pátrio obriga o agente do dano de reparar o agravo causado. Neste sentido a obrigação de reparar o dano no exercício laboral em saúde decorre da Responsabilidade Civil de erro médico no momento do parto, onde no sistema jurídico brasileiro essa responsabilidade civil decorre de três pressupostos, da culpa, do dano e do nexo de causalidade.

4. 1 Responsabilização Criminal pela Violência Obstétrica

No Direito Penal Considerando a violência obstétrica práticas danosas cometidas por agentes de atendimento à saúde no momento do parto, onde o agente danoso, obstetra, clínico geral, enfermeiro, técnico em enfermagem utiliza sua posição laborativa no atendimento à saúde para perpetra formas de abuso, negligência, imperícia contra paciente parturiente.

Devido à falta de um diploma específico para tratar do conteúdo de forma jurídica, recorre-se a codificação penal para antever algumas previsões sobre a materialidade da violência obstétrica.

O primeiro dispositivo penal está previsto no artigo 146 do Código Penal, sobre o constrangimento ilegal, dependendo situação a pratica pode ser dada como agravo físico, in verbis:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Não há como dissociar o fenômeno da violência obstétrica com a infringência ao princípio da dignidade da pessoa humana na pós-modernidade. Diga-se aspectos que envolvem a sua natureza jurídica, seus conteúdos mínimos e o modo como ela serve para estruturar o raciocínio jurídico na resolução de problemas reais, do cotidiano dos cidadãos.

Assim, convém ressaltar que, na medida em que surgem casos concretos de violência obstétrica em que as mulheres vítimas são desrespeitadas em sua dignidade humana, numa relação de vulnerabilidade, potencializada pela humilhação por parte dos médicos que lhes assistem, sua dignidade humana é fulminada, cuja concretude

se apresenta na maioria dos casos em danos físicos e psicológicos, de tal sorte que sendo a dignidade da pessoa humana um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral, tal infringência apresenta-se no mínimo absurda em pleno século XXI. Outro dispositivo é previsto no artigo 61, inciso II, aliena h, que reza:

“Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, II - ter o agente cometido o crime, h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida. ”

Ao se concretizar a violência obstétrica são desrespeitados os conteúdos mínimos da dignidade humana, qual seja, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. A mulher tem retirada do seu plano individual o valor intrínseco que é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros.

Desse modo, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular, no caso do íntimo feminino, de tal sorte que se extrai do valor intrínseco direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica, especialmente lesados por essa conduta abominável, realizado pelos profissionais da área de saúde, especialmente médicos. Existe, ainda, o recurso previsto no artigo 129, § 1º, inciso IV, in verbis:

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

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - Perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - Aceleração de parto.

Ao acelerar o parto a integridade da mulher é vilipendiada, a autonomia da vontade que representa o elemento ético da dignidade humana, vinculado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas, como por exemplo, o direito que a mulher tem de fazer as opções que entenda melhor para o seu corpo no momento do parto sem sofrer danos.

As parturientes detendo a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas, de modo que essa

autonomia tem uma dimensão privada, inerente aos direitos e liberdades individuais, e do mesmo modo uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos.

No âmbito do direito das mulheres cabe dizer que o exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas, que em se tratando da violência obstétrica é totalmente inobservado.

Em decorrência da violência obstétrica a mulher se sente violentada em seu íntimo, e no aspecto psicológico torna-se vulnerável, dificultando sua volta ao convívio social de forma sadia, de sorte que o denominado valor comunitário, sendo este o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo, resta totalmente abalado, tornando-se vulnerabilidades sob o angulo dos valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um, dentro do convívio social.

5 A RESPONSABILIDADE PELO DANO: O DEBATE JURISPRUDENCIAL SOBRE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Como demonstrado na presente redação deste trabalho, a violência obstétrica padece de tratamento jurídico único dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a conta da insuficiência unitária legislativa para o tratamento da matéria é debitada na forma de outros instrumentos jurídicos que incluem reparar os danos físicos, psicológicos e/ou materiais sofridos pela mulher na gestação ou na parturição, e estabelecer as responsabilidades dos agentes de saúde que provocaram o agravante contra a dignidade, a integridade física e psicológica da paciente e limitaram o direito constitucional à saúde do indivíduo.

O primeiro caso em tela de reparação dos danos ao qual lança-se vista e apreciação neste trabalho é do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, referente à responsabilidade civil com prerrogativa indenizatória a favor da vítima (parturiente):

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO. ERRO NA CONTAGEM DA IDADE GESTACIONAL. REALIZAÇÃO DE PARTO PREMATURO EM HOSPITAL QUE NÃO DISPUNHA DE CTI NEONATAL. COMPLICAÇÕES RESPIRATÓRIAS NA RECÉM-NASCIDA. MEMBRANA HIALINA. ÓBITO. FALHA NO DEVER DE INFORMAR. DESRESPEITO A AUTONOMIA DA VONTADE. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. Falha na prestação do serviço médico em razão de erro cometido por obstetra que, ao se equivocar no cálculo da idade gestacional da autora, antecipou o parto, mediante a realização de cesariana, sem

considerar os riscos decorrentes do nascimento prematuro do bebê, que veio a falecer em decorrência de complicações respiratórias. Recém-nascido que, em razão da prematuridade, apresentou deficiência respiratória e por isso necessitava de atendimento em CTI neonatal, que não havia no hospital demandado. Necessidade de remoção um dia após o nascimento para outra unidade hospitalar, tendo lá desenvolvido infecções que levaram ao óbito. Ao avaliar que a gestante estava com 39 semanas, a médica antecipou o parto sem considerar a falta de condições de o hospital abrigar recém-nascido que, na realidade, contava com 36 semanas de gestação. Ausência de comprovação de esclarecimentos que deveriam ter sido prestados à autora acerca dos riscos da doença diagnosticada e do nascimento prematuro do bebê. Desrespeito à autonomia da vontade, que, aliado à comprovação do erro de avaliação da médica e o nexo de causalidade entre o nascimento prematuro e o óbito do recém-nascido, configuram o dever de indenizar. Responsabilidade objetiva do hospital pela falha do serviço por médico integrante de seu corpo clínico. [...]. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. Apelação Cível Nº 70056595937, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/05/2014.

O dever indenizatório no caso em tela se deu face a responsabilidade civil dos agentes de saúde que erraram o cálculo do tempo de gestação da vítima e “sem considerar os riscos decorrentes do nascimento prematuro do bebê” realizaram a cesariana “sem considerar os riscos decorrentes do nascimento prematuro do bebê, que veio a falecer em decorrência de complicações respiratórias.”

Outro caso ilustrativo é do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando a violência foi cometida durante o parto ao qual gerou graves sequelas ao feto, vide:

RESPONSABILIDADE CIVIL – PARTO NATURAL – FETO EM POSIÇÃO LONGITUDINAL (SENTADO) – COMPLICAÇÕES QUE GERARAM LESÃO IRREVERSÍVEL NA CRIANÇA – Criança que sofre enfermidade decorrente das complicações do parto, com graves sequelas – Conjunto probatório que configura o dever da ré de indenizar os danos materiais e morais sofridos pelo autor – Recurso da Prefeitura Municipal não conhecido. Preliminar afastada. Recurso do Hospital Infantil improvido. (TJ-SP - APL: 00092861020108260565 SP 0009286-10.2010.8.26.0565, Relator:

Moacir Peres. Data de Julgamento: 26/10/2015, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/10/2015)

Neste caso a responsabilidade civil recaiu a Prefeitura de São Paulo que foi a responsável pelos danos provocados ao feto, e que devido às complicações no parto o mesmo apresentou complicações de saúde, nesse sentido o dever de indenizar recaiu por danos morais e materiais, e acima de tudo, ao dano estético provocado por má condução do parto.

Acompanhando esse entendimento, a indenização por danos morais, materiais e estéticos parte da premissa de que cada pressuposto levantado no atendimento de saúde gera o entendimento de que tal conduta violou os direitos da parturiente, é o que se verifica no caso abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGLIGÊNCIA MÉDICA-HOSPITALAR. PARALISIA OBSTÉTRICA. LESÃO CAUSADA NO MOMENTO DO PARTO. FA LTA DE CUIDADOS E A COMPANHAMENTO MÉDICO INDISPENSÁVEIS APÓS O DIAGNÓSTICO. DEVER DE INDENIZAR EXISTENTE. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. Rejeito a preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa, com base no art. 243, parte final do Código Processo Civil. 2. DO REGIME DE RESPONSABILIDADE. A responsabilidade do estabelecimento médico-hospitalar, mesmo sendo objetiva, depende da comprovação de que houve efetivamente uma falha na prestação de seus serviços. E isso ocorre pela prova da atuação culposa do médico ou de algum outro preposto do hospital. 3. DO CASO CONCRETO. A prova pericial revelou que houve negligência dos prepostos do hospital que prestaram atendimento ao autor, por ocasião de seu nascimento. Após o parto, foi feito o diagnóstico de paralisia obstétrica decorrente de lesão no plexo braquial. Essa lesão, se não for adequadamente tratada desde o início da vida do bebê, faz com que a pessoa sofra restrições motoras nos membros superiores. No caso dos autos, a negligência vem introduzida justamente pela circunstância de que os prepostos do hospital fizeram o diagnóstico da lesão logo após o parto, porém, deram alta ao bebê, sem enfatizar e informar sobre a indispensabilidade de acompanhamento médico e outras medidas terapêuticas necessárias. Hoje, anos após a lesão havida no parto, a vítima apresenta restrição irreversível nos membros superiores. Daí a caracterização do ato ilícito civil. 4. Mantido o julgamento de parcial procedência do pedido indenizatório. PRELIMINAR

REJEITADA. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. Apelação Cível Nº 70037514452, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 25/08/2010.

Como se observou nos três casos o Código Civil, muito aplicado nos casos de violência obstétrica na falta de um diploma que trate do fato, predispõe a obrigação de reparar os danos físicos, materiais e morais cometidos quando na má conduta médica no atendimento pré-natal e no momento da parturição, tendo como pressupostos dessa reparação, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

No material apresentado nesta sessão se localizou o debate jurídico sobre a violência obstétrica cometida por agente de atendimento de saúde que perante ao Código Civil ensejou o dever de reparar, portanto na falta de um diploma jurídico sobre a violência obstétrica, o ordenamento jurídico brasileiro recorre a outros instrumentos garantidos para manter o controle dos direitos e dos deveres dos indivíduos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, cabe-nos fazer um balanço do percurso realizado, daquilo que se pode enriquecer na compreensão do objeto proposto e do que se percebe de lacunas; o que confirma as impressões iniciais do estudo e as surpresas e os novos estranhamentos trazidos pelo caminho percorrido. Ao se concretizar a violência obstétrica são desrespeitados os conteúdos mínimos da dignidade humana, qual seja, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. A mulher tem retirada do seu plano individual o valor intrínseco que é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros.

Desse modo, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular, no caso do íntimo feminino, de tal sorte que se extrai do valor intrínseco direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica, especialmente lesados por essa conduta abominável, realizado pelos profissionais da área de saúde, especialmente médicos.

Nesta discussão sobre os alcances e limites do percurso feito neste trabalho, discutiremos, em primeiro lugar, quais os fatores identificados como limites e obstáculos às propostas de humanização, e quais aqueles que se mostraram como facilitadores de sua implementação. O primeiro é a dignidade das mulheres fragilizadas por tal conduta lastimável, enquanto o valor comunitário que funcionaria como um limite às escolhas individuais, dentre os quais a proteção do indivíduo em relação a atos que possa praticar capazes de afetar a ele próprio (condutas autorreferentes), a

proteção de direitos de outras pessoas e a proteção de valores sociais, dos ideais de vida boa de determinada comunidade.

Certo que as mulheres nessa condição são vítimas da tirania e do falso moralismo dos médicos, sendo que como o desiderato de mitigar os riscos do moralismo e da tirania dessa maioria, a imposição de valores comunitários deverá levar em conta a existência ou não de um direito fundamental em jogo, a existência de consenso social forte em relação à questão e a existência de risco efetivo para direitos de terceiros. Salientamos que as mulheres são verdadeiras vítimas das circunstâncias, e presas fáceis, tornando-se reféns desses médicos criminosos, considerando que a identificação da dignidade como um princípio jurídico e a determinação de seus conteúdos mínimos pode servir, dentre outras coisas, e em primeiro lugar, para unificar a utilização da expressão no âmbito doméstico e internacional, objetivando obstar a maximização da violência obstétrica.

Indicamos algumas das lacunas do percurso e questões para novas pesquisas, assim como os temas que emergiram como questões fundamentais, mas que não foram tratadas ou foram abordadas muito superficialmente no âmbito deste trabalho. De modo a contribuir para estruturar uma tese na solução de casos difíceis, como o da violência obstétrica, é permitindo que se identifique cada um dos elementos relevantes, agrupando-os de acordo com cada conteúdo associado à dignidade, leia-se princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte possa impor uma maior transparência ao processo decisório, infelizmente ilegalmente posto a cargo dos médicos, possibilitando um controle mais eficiente, na busca incessante de não permitir que a violência obstétrica ocorra.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Briena Padilha. **Violência obstétrica: a dor que cala**. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, 27 a 29 de maio, Florianópolis, 2014.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da Personalidade do trabalhador e o poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013.

BOSIO, Marco Antonio. **Responsabilidade Civil em face da violação dos Direitos da Personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal. Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. S. Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
COMITÊ LATINO AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Instituto para Promoção da Equidade, Assessoria, Pesquisa e Estudos. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, Convenção Belém do Pará. São Paulo: KMG, 1996.

CORRÊA, Sônia. **Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico conceitual e sistema de indicadores**. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/Dir_Sau_Rep.pdf. Acesso em 12/03/2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Entre a técnica e os direitos humanos: possibilidades e limites da humanização da assistência ao parto. Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Medicina. Área de concentração: Medicina Preventiva Orientador: Dr. José Ricardo de Carvalho Mesquita Ayres: SÃO PAULO, 2001.**

JUÁREZ, DIANA Y OTRAS. **Violencia sobre las mujeres: herramientas para el trabajo de los equipos comunitarios / Diana Juárez y otras.; edición literaria a cargo de Ángeles Tessio**. – 1a ed. - Buenos Aires : Ministerio de Salud de la Nac.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOURA, Elisângela Santos. **O direito a saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13440&revista_caderno=9. Acesso em 01/04/2021.

PIOVESAN, Flávia. **O que são direitos reprodutivos?** Disponível em: <http://feminismo.org.br/o-que-sao-direitos-reprodutivos/>. Acesso em 10/03/2021.

PULHEZ, Mariana Marques. **“Parem a violência obstétrica”: a construção das noções de ‘violência’ e ‘vítima’ nas experiências de parto**. RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 12, n. 35, pp. 544-564, agosto de 2013. ISSN 1676-8965. ARTIGO <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Index.html>. Acesso: 20/03/2021.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2011.



STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEGÍSTICA APLICADA AOS PARTIDOS POLÍTICOS E AOS SINDICATOS: A PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MAIS BENÉFICAS PARA A POPULAÇÃO

THAÍZA LOPES EVANGELISTA:

Graduanda de terceiro período do curso de Direito pela Universidade Federal do Amazonas

RESUMO: O presente trabalho científico tem por escopo transcorrer, precipuamente, sobre o novo ramo da ciência das leis intitulado sob a denominação de “Legística”. Trazendo não só sua origem histórica, mas aprofundando-se na significação dos diferentes termos correlatos que abarcam o sistema de produção de normas. Prossegue o presente artigo utilizando-se de análise metódica das funções dos partidos políticos e sua estruturação nos dias atuais, além de analisar meticulosamente também o surgimento dos sindicatos não só como agremiações voltadas para interesses econômicos mas preponderantemente para as vias sociais. Tendo como fim último a correlação dos deveres partidários e sindicais no processo de elaboração normativo.

Palavras-Chave: Legística. Partidos Políticos. Sindicatos. Políticas Públicas. Leis.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que tudo que é novo, é incerto e pode causar medo àqueles que são propensos ao conservadorismo. Traz-se aqui, o debate acerca do ainda embrionário campo de estudo das normas intitulado “Legística”, campo este que apesar de ter origens longínquas ainda não se estabeleceu como obrigação de estudo nas academias e nem como trabalho obrigatório dos partidos políticos, e mesmo sindicatos, como meio de verificação prospectiva e retrospectiva da eficácia e efetividade das normas que produzem. Meio este que possui como fim último a melhoria da qualidade das leis para o povo, objetivo supremo da Legística.

2 ORIGEM HISTÓRICA DO TERMO “LEGÍSTICA”

Inicialmente, cumpre registrar que é tarefa árdua estabelecer quando determinado instituto surgiu. A Legística, tal como vista hoje, podia ser vislumbrada desde os primórdios. Remontando-se à Antiguidade, extrai-se dos ensinamentos de Platão a necessidade de uma revisão regular das leis para que estas pudessem se atualizar. Os autores do século XVIII, por sua vez, estavam mais preocupados com a formação da lei, do que com a aplicabilidade das normas. Jeremy Bentham, dessa forma, buscou desenvolver uma teoria coerente da legislação, sendo o precursor do Princípio da Utilidade. Para o referido filósofo e jurista inglês o Direito se caracteriza como um meio através do qual a maior parte da sociedade alcançaria a sua satisfação.

As normas seriam, então, introduzidas ao ordenamento jurídico sob a égide da democracia⁵⁰, assim como explicita o iluminista Montesquieu detalhadamente em sua obra "Do Espírito das Leis".

Essa racionalização do conteúdo das leis encontra respaldo também nas imperfeições – de primeira e segunda ordem – apontadas por Bentham. Legislações ambíguas, obscuras, extensas, instáveis, redundantes, prolixas, confusas e, por vezes, conflitantes impediam, segundo ele, que os resultados visados na criação das leis fossem observados. Elucidava, ainda, que a notoriedade dada a um diploma normativo está intrinsecamente ligada à repercussão social, à maneira como os efeitos são percebidos pela população. Bentham outrossim destacou em seus estudos a importância da avaliação prospectiva, esta entendida como uma avaliação de efeitos e impactos antes mesmo da criação das leis, além de incentivar a criação de legislações experimentais, como uma forma mais avançada de texto legislativo. Embora suas obras mais relevantes sejam datadas do século XIX, é perceptível a adequação do que a lógica benthamiana preconizava ao texto legislativo atual, principalmente, em relação ao momento de criação das normas. Em se tratando do enfoque científico, voltado às técnicas e métodos de pesquisa definidores da qualidade das normas, a contribuição é do alemão Peter Noll, em sua obra *Gesetzgebungslehre*. Não obstante o estudo racional das leis, conforme fora demonstrado, pudesse ser encontrado desde Platão, que evidenciava a necessidade de revisão de um ato normativo para o seu aperfeiçoamento à realidade social, a chamada racionalidade gerencial foi impulsionada por Noll. A lei passou a ser considerada como um instrumento para atingir objetivos, além da função regulatória. Nessa moderna Ciência da Legislação, a norma deve ser submetida a um controle para ter assegurada sua aplicabilidade, eficiência e eficácia. E, não se trata apenas da análise dos resultados da norma, deve ser avaliado, também, o momento da sua elaboração. Sendo assim, a reunião desses elementos é capaz de influir diretamente na qualidade das leis. O jurista e filósofo italiano Gaetano Filangieri, idealizou o chamado "censor da lei", um instrumento utilizado para inibir a multiplicidade das normas, bem como para adequá-las às

⁵⁰ Quem tem um gênio vasto o bastante para poder dar leis à sua nação ou a outra deve prestar atenção sobre a maneira de formá-las. O estilo deve ser conciso. As leis das Doze Tábuas são um modelo de precisão: as crianças decoravam-nas. As *Novelas* de Justiniano são tão prolixas, que foi preciso abreviá-las. O estilo das leis deve ser simples; a expressão direta sempre é mais bem entendida do que a expressão elaborada. Não há majestade nas leis do baixo-império; nelas se faz os príncipes falarem como retores. Quando o estilo das leis é pomposo, não são vistas senão como ostentação. É essencial que as palavras das leis despertem em todos os homens as mesmas ideias. O cardeal de Richelieu concordava que se podia acusar um ministro ante o rei; mas queria que o acusador fosse punido, se as coisas provadas não fossem consideráveis: o que devia impedir a todos de dizer qualquer verdade contra ele, pois que uma coisa seja considerável é algo completamente relativo e o que é considerável para um não o é para outro (MONTESQUIEU, 1748, p. 601).

constantes modificações sociais. Desse modo, a avaliação legislativa é introduzida como momento definidor do desenvolvimento e da racionalização da elaboração e da entrada em vigor das leis (RIBEIRO e ARAÚJO, 2016).

Sob essa linha de pensamento, a persecução dos objetivos pretendidos pelo estudo da Ciência das Leis, a doutrina clássica descreve cinco linhas de investigação, as quais passam a ser descritas. A primeira, Teoria ou Doutrina da Legislação, reflete as possibilidades e limitações da aplicação do conhecimento e da reconstrução científica no âmbito da legislação. A segunda linha, Analítica da Legislação, trabalha com ideias e conceitos fundamentais da norma, da lei e da legislação. A Tática da Legislação, terceira linha de investigação, considera a análise de estruturas organizacionais, procedimentos, métodos no intuito de intervir e controlar a produção legislativa. A Metodica da Legislação visa a problematização das normas para encontrar soluções atinentes à adequação, razoabilidade e efetividade das leis. A última linha, Técnica Legislativa, estabelece regras gerais acerca da formação das leis, voltando-se, principalmente, à linguagem das normas. Seguindo esse raciocínio faz-se jus ao que emanou Montesquieu em sua suprarreferida obra-mestra, em que determina que as leis são produzidas visando objetivos a cumprir. Objetivos estes como: não ter expressões vagas⁵¹, ser inteligível para o homem mediano⁵², não se tornar suscetível

51 Uma vez bem definidas numa lei as ideias das coisas, não se deve voltar a expressões vagas. Na ordenação criminal de Luís XIV, depois de feita a enumeração exata dos casos régios, foram acrescentadas estas palavras: "E aqueles que em todos os tempos os juizes reais julgaram"; o que faz retornar à arbitrariedade de que se acabava de sair (MONTESQUIEU, 1748, p. 602).

52 As leis não devem ser sutis; são feitas para pessoas de entendimento mediano; não são uma arte da lógica, mas a razão simples de um pai de família. Quando, numa lei, as exceções, limitações, modificações não são necessárias, mais vale não inseri-las. Tais pormenores levam a novos pormenores. Não se devem fazer mudanças numa lei sem uma razão suficiente. Ordenou Justiniano que um marido pudesse ser repudiado sem que a esposa perdesse o dote, se, durante dois anos, ele não tivesse podido consumir o matrimônio. Ele mudou a lei e concedeu três anos ao pobre infeliz. Mas num tal caso dois anos são o mesmo que três e três não valem mais do que dois. Quando se tenta dar a razão de uma lei, é preciso que tal razão seja digna dela. Uma lei romana decide que o cego não pode advogar, porque não vê os ornamentos da magistratura (MONTESQUIEU, 1748, p. 603).

de revogação por uma convenção particular⁵³, não ter afirmações ilógicas ou irrealis⁵⁴ e não ser cruel para com os homens⁵⁵.

2.2 A DIFERENÇA ENTRE PROCESSO LEGISLATIVO E LEGÍSTICA

É mister, precipuamente, apresentar que segundo Mader (2009), a determinação da legística como ciência remonta a uma obra suíça, de Peter Noll, de 1973, intitulada *Gesetzgebungslehre*. Essa expressão, durante muitos anos, foi traduzida para o francês como “método legislativo” (*méthode législative*), considerando-se como elemento principal da nova área a aplicação de métodos das ciências humanas, particularmente das ciências sociais, ao processo legislativo. Ainda segundo os dizeres de Mader (2009), a partir da sexta década do séc. XX houve um redespertar do interesse científico pela legislação, com ênfase nos impactos das leis na sociedade, expandindo-se a perspectiva jurídica do tema para incorporar outras áreas, como a ciência política, a ciência administrativa, a economia, a linguística, a psicologia, entre outras. Vivia-se, naquela ocasião, um despertar de movimentos sociais em várias partes do mundo, quando houve uma consciência crítica das deficiências e fragilidades do arcabouço legislativo existente, tendo levado a uma reflexão sobre o procedimento legislativo, desde a fase de criação das normas até sua execução. A obra de Peter Noll, sob a ótica de Mader (2009), teve o mérito de concentrar essas percepções e ultrapassar a concepção extremamente focada na redação legislativa, dando destaque para os conteúdos normativos, além da metodologia de preparação das decisões legislativas.

Sob essa lente de instabilidades na definição das atribuições dessa nova ciência, terminologia “método legislativo”, entretanto, não foi muito apropriada, por caracterizar a área como estritamente voltada a prescrições e receitas para melhorar a legislação, desconsiderando seus aspectos cognitivos. Outra denominação utilizada foi ciência da legislação (*science de la législation*), por Mader (1986). “Legística” foi inicialmente utilizado para se referir aos preceitos que poderiam servir para melhorar a redação das leis. Contudo, foi Chevalier (1995) que trouxe uma definição mais abrangente para o termo: “a legística é uma ‘ciência’ (ciência aplicada) da legislação, que procura determinar as melhores modalidades de elaboração, redação, edição e aplicação das normas”. Excluem-se dessa definição as regras jurídicas sobre a produção

53 Como as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias, as que se podem eludir enfraquecem a legislação. A lei deve ter o seu efeito, e não se deve permitir que seja derogada por uma convenção particular (MONTESQUIEU, 1748, p. 604).

54 Deve-se tomar cuidado para que as leis sejam concebidas de tal maneira que não contrariem a natureza das coisas (MONTESQUIEU, 1748, p. 605).

55 As leis devem ter certa candura. Feitas para punir a maldade dos homens, devem estas mesmas ter a máxima inocência (MONTESQUIEU, 1748, p. 605).

normativa, que ficariam a cargo do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, bem como as configurações políticas do nascimento da norma: “conhecida como uma ciência da ação dos poderes públicos, a legística não está centrada sobre a análise do processo político (papel dos partidos, dos grupos), sujeitos de predileção da ciência política, desde sua origem. Em contrapartida, a legística é fortemente tributária de uma outra ciência da ação – a ciência das políticas públicas” (CHEVALIER, 1995).

Pode-se inserir nessa definição a questão da aplicação das normas, fator que traz para o campo da legística a questão da avaliação legislativa, bem como da relação entre os poderes, uma vez que a aplicação das lei inevitavelmente traz para a discussão os Poderes Executivo e Judiciário. Percebe-se, já nessa definição, que a legística seria um campo de estudos transdisciplinar, devendo recorrer a outras áreas, como o Direito e a Ciência Política, em suas análises. Souza define Legística como uma área do conhecimento que se debruça sobre o modo de como fazer normas, envolvendo sua concepção e redação, de forma metódica e sistemática, consubstanciada num conjunto de regras que visam contribuir com a adequada elaboração e o aprimoramento da qualidade de atos normativos. Simplificadamente, a legística, segundo ele, poderia ser conceituada como ‘a arte de bem fazer normas’. Por analogia, poder-se-ia entender a legística como um olhar substantivo para a produção das leis, ao passo que o processo legislativo configuraria o olhar meramente formal (SOUZA, 2009).

Para a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais: A Legística se ocuparia do processo de elaboração das leis, com o objetivo de produzir normas de melhor qualidade, mais eficazes e menos onerosas, o que resultaria numa maior confiança na legislação e nos legisladores. De natureza interdisciplinar, a Legística vale-se de saberes e métodos desenvolvidos por disciplinas como o direito, a sociologia, a ciência política, a economia, a informática, a comunicação e a linguística, os quais são colocados, de forma articulada e com as acomodações necessárias, a serviço da elaboração da norma jurídica (LEGÍSTICA, 2009).

Já Almeida prefere o termo “Teoria da Legislação”, definindo-o como uma ciência interdisciplinar que tem um objeto claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos e diferentes conhecimentos científicos. Seria a legística, então, uma “ciência normativa”, mas também uma “ciência de ação”, que permite aos indivíduos analisar o comportamento dos órgãos legiferantes e as características dos fatos legislativos e identificar instrumentos úteis para a prática legislativa (ALMEIDA, 2009).

A Câmara dos Deputados define o Processo Legislativo como “conjunto de ações realizadas pelos órgãos do poder legislativo com o objetivo de proceder à elaboração das leis sejam elas constitucionais, complementares e ordinárias bem como as resoluções e decretos legislativos” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004). Analogamente Habermas afirma que a suposição básica do Processo Legislativo é que todos os

resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos⁵⁶, raciocínio este condizente em sua totalidade com o pensamento Kelseniano de legitimidade⁵⁷

Quanto aos olhos de Norberto Bobbio, afirma ele que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, compreendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos (BOBBIO, 2003, p. 84).

Ressalte-se que, diferentemente da legística, que se propõe como campo de estudos, o processo legislativo restringe-se a um método, a uma forma de fazer, por princípio. O processo é método, legística é análise e também é normativo. Processo tem as acepções de método, técnica, forma de realização de alguma operação, bem como as acepções de sucessão de fases ou estados. Legislativo é o que se refere às leis. Acertam os intérpretes clássicos ao expurgarem do processo legislativo tudo o que se relacione ao conteúdo ou à aplicabilidade das leis, pois o mesmo adstringe-se ao procedimento necessário para o surgimento de uma lei (GUIMARÃES e BRAGA, 2011).

2.3 A INSTAURAÇÃO DA LEGÍSTICA EM DIVERSOS PAÍSES

É sabido que há mais de duas décadas, progressivamente, uma série de estudos e medidas introduziu práticas com o escopo de melhorar a qualidade da legislação no

56 O direito não consegue o seu sentido normativo pleno por se através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade (HABERMAS, 2003, p. 172).

57 O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma.

mundo. Na década de 80 a Alemanha já desenvolvia instrumentos para avaliar o impacto de novos atos normativos para otimizar a sua efetividade e identificar seus possíveis obstáculos, custos e efeitos (especificamente um modelo de “check list”, “lista azul” ou “list blue”). A preocupação com a compreensibilidade da legislação foi objeto de vários estudos publicados na Bélgica, Holanda e Áustria. Na mesma época, em Portugal, um curso sobre a “feitura de leis” foi criado e destinado aos servidores públicos que atuavam na elaboração de atos normativos. A partir da segunda metade dos anos 70, guias de Redação Legislativa começaram a ser elaborados nos EUA, Reino Unido e Canadá, mais sofisticados, atentos à circulação de modelos jurídicos. No caso canadense, por força do seu bilinguismo e bijuridismo, a idoneidade da redação dirigida a culturas diversas se antecipou ao desafio a ser enfrentado alguns anos depois pela União Europeia ao desenvolver técnicas para manter o mesmo teor do comando normativo em várias línguas diferentes. Na década de 90, modelos de avaliação legislativa e de controle de qualidade de atos normativos floresceram no executivo suíço. No Brasil, era publicado o Manual de Redação da Presidência da República, coordenado pelo hoje ministro do STF, Gilmar Mendes, que evidenciou um compromisso com a simplificação dos atos normativos pelo Executivo Federal. Quase dez anos após, em 1999, vem a lume o primeiro decreto que densifica a LC/98 e normas sobre Legística Formal. A busca pela eficiência da legislação e de sua concepção também como instrumental para o desenvolvimento econômico-social encontraram um relevante marco com as primeiras recomendações da OCDE que acabaram por influenciar vários países. É interessante notar como a circulação de modelos jurídicos antes oriunda do exercício de poder de um Estado, ou da sua experiência social (mediada ou não pelo aparato estatal) cede lugar à proposições ou recomendações (“guidelines”) elaboradas por organismos multilaterais ou grupos de trabalho no seio de organismos governamentais como os conhecidos “Improving the Quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques (OCDE)”, Relatório Mandelkern, Programa Better Regulation (EU), dentre outros. É interessante ressaltar que um dos motores para a edição das primeiras recomendações da OCDE foi nada mais nada menos do que a necessidade de adaptação da legislação dos países da Europa do leste que pretendiam ingressar na União Europeia e que possuíam ordenamentos com um baixo potencial de legitimidade e de formação pouco democrática. Normas foram editadas para contenção da proliferação legislativa por parte da então Comunidade Europeia. A Itália introduziu no regimento da Câmara dos Deputados, um exame para a qualidade dos projetos de lei (e dos atos normativos do Executivo: “decreti-leggi”). Seu escopo é avaliar a simplicidade, homogeneidade, clareza das proposições legislativas, além da sua eficácia e a reordenação do direito vigente. Por sua vez, o Reino Unido desenvolve técnicas refinadas de Análise de Impacto da Legislação (“IA-Impact Assessment”) (SOARES, 2007).

No caso da Itália, o regimento da Câmara dos Deputados criou uma comissão permanente (Art. 16 bis, 4) cujo fim é a emissão de parecer sobre a qualidade dos

textos legislativos no que se refere à sua homogeneidade, simplicidade, clareza e propriedade na sua elaboração, além da sua eficácia para a simplificação e reordenamento da legislação vigente. Outro exemplo de modificação que atingiu o parlamento e evidencia um necessário diálogo entre legislativo e executivo (talvez mais favorecido no parlamentarismo) podemos mencionar a elaboração de um relatório de impacto (IA-Impact Assessment) no Reino Unido, o desenvolvimento de metodologias de avaliação legislativa na Suíça e os modelos de construção normativa em mais de uma língua (com o desenvolvimento de técnicas para garantia de igual teor e de uma construção compartilhada diante da inexistência de alguma representação jurídica equivalente em culturas jurídicas diversas) como por exemplo, Canadá (que possui nos seus quadros de servidores públicos os “jurilinguistas”), Suíça e EU (SOARES, 2007).

3 LEGÍSTICA FORMAL x LEGÍSTICA MATERIAL

Não é novo o fato de que o conteúdo é ser diferente da forma, e é sob esse pressuposto que se faz de suma importância explicitar a diferença entre Legística Material e Legística Formal. A Legística Material busca decompor de forma analítica o processo de elaboração das leis, voltando a atenção para a facticidade e a realizabilidade das normas. Ela reforça a facticidade e a efetividade da legislação, seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico, por meio da utilização de técnicas (como por exemplo “check list”, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes) que permitam tanto realizar diagnósticos, prognósticos, mas também verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e dos resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor. Assim, para a legítima verificação da efetividade da norma é indispensável a divisão da análise em algumas etapas que compõem a denominada Avaliação Legislativa – um estudo externalizado pela Legística Material para se mensurar o impacto a ser gerado com a edição da norma. Tudo começa com a definição do problema. Neste momento inicial identifica-se uma situação que, depois de apreciada, justifica a intervenção legislativa. O questionamento feito é se realmente existe a necessidade de se elaborar uma lei para solucionar o problema, examinado as situações real e desejável, bem como elencando os demais diplomas normativos que disciplinam o tema. Em seguida, passa-se à fixação de objetivos, na certeza de que um problema bem definido fornece os meios essenciais para o alcance das finalidades projetadas. A escolha dos instrumentos e a pesquisa dos cenários vão buscar o contexto de inserção da provável norma a ser criada, para depois serem listadas as alternativas e soluções. Nesse estágio é importante realizar uma avaliação prospectiva, na qual serão calculados os impactos e efeitos potenciais, uma espécie de antecipação das consequências que tem por escopo prever como serão os resultados da legislação. Com essa fase será possível obter o grau de concretude dos

objetivos. Sendo a avaliação antecipada, de um evento futuro e desconhecido, este índice permitirá aferir se o ideal esperado foi, de fato, atingido. O próximo passo será a elaboração da lei e sua entrada em vigor. O encerramento das etapas da Avaliação Legislativa acontecerá na avaliação retrospectiva, após a geração de efeitos pela norma. A partir da análise realizada com a vigência da lei, será verificada a necessidade de intervenção através da adaptação da legislação para a correção de falhas e inconsistências (RIBEIRO e ARAÚJO, 2016).

Em direção contrária, a Legística Formal atua na melhoria da comunicação legislativa. A comunicação legislativa reúne critérios como coerência, uniformidade, clareza e concisão, no intuito de alcançar a eficácia da norma editada. Pela análise do aspecto formal, a lei deve ser compreendida por todos, o que exige uma sistematização na composição das legislações, a fim de ampliar o entendimento e o acesso dos textos legais. Sinteticamente pode-se influir que o objetivo é a elaboração de uma legislação popular, inteligível e que alcance toda a sociedade. Essa ideia encontra perfeita consonância ao pensamento de Eugène Huber, ao manifestar-se sobre o Código Civil Suíço, em 1901. As leis modernas não são redigidas com o único objetivo de indicar aos juízes como terão que proceder, em cada caso. A lei dirige-se a todos aqueles que estão submetidos ao seu império. Os comandos do legislador devem, desde o início, à medida que isto seja compatível com a matéria tratada, ser inteligíveis para cada um ou, ao menos, para as pessoas que são obrigadas por força de sua profissão, a se familiarizarem com o Direito. As regras estabelecidas devem ter um sentido mesmo para o profano, o que não impedirá que o especialista descubra sempre um sentido mais extenso ou mais profundo que o profano (HUBER, 1901).

Dessarte, a avaliação formal tem a intenção de elevar o nível do sistema de comunicação para que seja maximizada a compreensão das leis. Para a continuação da defesa da ideia de que a Legística é uma das formas de estratégia jurídica do Direito Público, é imprescindível discorrer acerca dos princípios que a orientam, os quais são contribuições das Recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e do Relatório Mandelkern. Pelo Princípio da Necessidade será analisado se para determinando caso é absolutamente essencial a criação de uma nova lei, à vista da eficácia, da legitimidade e dos objetivos que se almeja alcançar. O Princípio da Proporcionalidade fundamenta-se no equilíbrio entre as disposições da legislação editada, de forma a se compatibilizar as restrições impostas com os benefícios concedidos. O Princípio da Subsidiariedade atua nas formas de interação das normas para que estas guardem a maior proximidade possível do público a que são destinadas. Em regra, pode-se dizer que a atividade legiferante, no tocante à escolha do conteúdo da norma, é marcada pela máxima discricionariedade dos integrantes do Poder Legislativo. É essa situação que o Princípio da Transparência deseja coibir, promovendo o maior acesso e participação da sociedade, sem confinar a formação das leis ao Poder Público. O Princípio da

Responsabilidade, especificamente, está atrelado à aplicabilidade das normas, de modo a exigir uma fiscalização do cumprimento das regras criadas por todas as partes envolvidas, desde quem elaborou a lei, até aquele que é o objeto da tutela legal. O Princípio da Inteligibilidade propugna por leis que sejam não somente coerentes, mas, sobretudo, compreensíveis e acessíveis. E, por fim, o Princípio da Simplicidade determina que nas avaliações prospectivas e retrospectivas seja vedado o excesso de informações para que a legislação seja mais simples e clara (RIBEIRO e ARAÚJO, 2016).

4 LEGALISMO FORTE x LEGALISMO FRACO

Transcorridos as elucidações sobre matéria e forma das leis, vale ressaltar como que esses institutos estão intimamente ligados com as noções de Legalismo Forte e Legalismo Fraco. Para o legalismo forte, a legalidade é uma condição necessária e suficiente para a existência e o sentido do direito. Segundo os defensores dessa concepção, o fenômeno jurídico é caracterizado pela atemporalidade, pelo estatismo e pela utilização do método científico (WINTGENS, 2000, p. 128-130). Instituem-se como características do legalismo forte: a criação e aplicação das normas serem consideradas uma reprodução da realidade; a racionalidade do legislador ser uma presunção; os juízes aplicarem as normas que os legisladores criaram.

Contrariamente, para o legalismo fraco, a legalidade ou validade formal é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para a existência de uma norma. Deve ser rejeitada a ideia de que as normas possuem um sentido em si. O direito é caracterizado pela temporalidade, sociabilidade e não logicismo. Em outras palavras, não existe uma "teoria representativa da realidade", mas "teorias sobre a realidade". Essa concepção permitiu o surgimento de questionamentos pela doutrina que culminaram na aparição da legística, uma vez que a racionalidade na elaboração dos atos normativos deixou de ser algo dado, a priori, e passou a ser concebida como um problema de "justificação do impulso para legislar" (WINTGENS, 2000, p. 128-130). Estabelecem-se como características do legalismo fraco: a criação e aplicação das normas serem apenas uma construção e nunca uma reprodução da realidade; a racionalidade do legislador ser um problema de justificação; os juízes e o legisladores criam e aplicam normas.

5. A LEGÍSTICA COMO MEIO DE MELHORAR A QUALIDADE DAS LEIS

Carlos Blanco de Moraes lembra que nos anos oitenta, o estudo das normas experimentou um salto qualitativo, a partir do momento em que não juristas passaram a observá-la como instrumento de ação e transformação política e econômica. Nesse contexto, a lei passou a ser estudada no domínio da sua 'governance', ou seja, das técnicas e métodos que deveriam reger sua concepção, sistematização e praticabilidade. A Legística nasce, assim, como parcela de uma ciência auxiliar da ciência jurídica, preocupada com as consequências produzidas pelos atos legislativos

e os meios passíveis de potencializar a sua qualidade, simplificação e eficiência (MORAIS, 2007).

Dessa forma, uma lei mais simples e eficaz pode diminuir a distância entre os cidadãos e o mundo do direito e da política. Na prática, torna-se mais fácil compreender e valorizar o trabalho dos representantes eleitos se as pessoas entenderem e tiverem acesso a seus resultados, percebendo de que forma a normatividade afeta suas vidas. Por conseguinte, uma das funções da Legística é fazer com que a lei, enquanto mecanismo de regulação das relações políticas, econômicas e sociais, seja a mais próxima e compreensível às pessoas comuns. As políticas legislativas devem gerar o desenvolvimento e a aproximação entre o poder público e o cidadão para reforçar a confiança nas instituições, na política e nos políticos. A lei que promove bons resultados torna o trabalho do político relevante para o cidadão. A aplicação dos métodos da Legística pode conduzir a um duplo benefício: por um lado, os cidadãos se beneficiam de leis de qualidade; por outro, os legisladores ao produzirem boas leis ficam mais próximos dos cidadãos e são por eles mais bem avaliados. Apesar das instâncias decisórias e os demais agentes conformadores da realidade normativa estarem identificados como expressões da vontade coletiva e, por conseguinte, legítimos intérpretes dos valores sociais, permanece oculto o exercício do Poder. Atrás da aparente neutralidade da qual se reveste o trânsito processual, encontram-se aí inúmeros interesses particulares, muitas vezes inconciliáveis, e conflitos que se diluem na retórica textual, independentemente dos cenários nos quais estes se apresentem. O direito é um instrumento de governo da sociedade. E por detrás desta ordem de "comando" está sempre uma vontade política. Isto não significa dizer que esta vontade política seja o resultado de um processo democrático. Significa somente que esta vontade existe e que constitui a causa ou a "fonte" do direito. Um conflito de interesses (materiais, éticos, religiosos etc.) pode permear a decisão a ser tomada e basear-se em uma ponderação sobre os mesmos. A particularidade do sistema jurídico encontra-se no fato de que essa ponderação pode ser feita levando-se em consideração o conteúdo da lei (ROSSET, 2009).

Se, por um lado, a eleição confere legitimidade ao legislador para atuar em nome da sociedade e fazer as leis que irão reger a vida dos cidadãos e a atuação do Estado; por outro, a Legística oferece ao legislador uma série de técnicas e ferramentas para que o mesmo possa criar leis necessárias e mais adequadas aos fins a que se destinam. Dentre essas ferramentas, destacam-se: as avaliações legislativas, realizadas antes ou depois da implementação da lei, com o fim de antecipar o seu impacto ou verificar sua efetividade; as consultas à sociedade, realizadas com o objetivo de assegurar a transparência do processo e a ampliação da participação, em benefício da eficácia e da efetividade da lei, além da utilização de técnicas aprimoradas de redação legislativa desenvolvidas com o fim de garantir a clareza e a coerência da norma. Na prática, todas

essas técnicas podem ajudar a transformar ideias em leis que “pegam” e melhoram, de fato, a vida das pessoas (ROSSET, 2009).

Uma das práticas recomendadas pela Legística é a ampliação dos espaços de participação dos cidadãos na elaboração das leis como mecanismo para criar conteúdos normativos mais justos e que atinjam, de forma mais satisfatória, os objetivos aos quais se propõem. Apesar da Constituição Brasileira consagrar a viabilidade da iniciativa popular de forma bem arcaica, existem outros dispositivos como a criação de uma Comissão Permanente no Poder Legislativo Federal onde se podem depositar as iniciativas dos cidadãos, que após análise, se aprovadas, viram proposições, tendo como autor a própria Comissão. Exemplo seguido por vários legislativos em todos os entes da federação, são as chamadas: Comissões de “Legislação Participativa” (ROSSET, 2009).

A dificuldade do mapeamento das leis, que efetivamente estão em vigor, decorre da aplicação da fórmula tradicional presente em todos os textos legais, a saber, a célebre formulação genérica: “revogam-se as disposições em contrário”, sem que tenha havido um levantamento específico das normas afetadas pelo novo dispositivo. Isto dá lugar a controvérsias sobre o que foi mantido ou revogado (ROSSET, 2009).

6 A “DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA”

No Brasil, a partir da última década cria-se um instituto responsável pelo estudo do ainda iminente campo de estudo legístico. A criação do Gabinete de Política Legislativa e Planejamento do Ministério da Justiça, em 2001, (hoje DGPJ) constitui um marco fundamental na adoção de medidas na área da ciência da legislação e da simplificação legislativa. Pela primeira vez um Ministério passou a contemplar na sua estrutura, um serviço dotado de competências específicas para a análise do impacto da legislação, estudo técnico das realidades sociais a legislar e conhecimentos especializados em ciência da legislação (DGPJ, 2020).

Da atividade do GPLP e da DGPJ, nesta área, destacam-se: a concepção e edição do primeiro guia com diretrizes de legística para a elaboração de atos normativos – o “Legística – Perspectivas sobre a Concepção e Redação de Atos Normativos” (2002) – que originou a aprovação de um anexo aos Regimentos do Conselho de Ministros, com regras de legística para a elaboração de atos normativos pelo Governo; a sistematização de um conjunto de regras para a avaliação legislativa, adotadas no “Guia de Avaliação de Impacto Normativo” (2010), elaborada por uma comissão técnica coordenada pelo Prof. Carlos Blanco de Moraes, tendo como propósito orientar as equipes encarregadas de proceder à avaliação de impacto dos atos normativos elaborados no âmbito do Ministério da Justiça (DGPJ, 2020).

7 OS PARTIDOS POLÍTICOS

7.1 CONCEITO

Chegado a este momento, é importante trazer para o debate aqueles que estão na frente de todo o processo legislativo na República Federativa do Brasil, e que por conseguinte são os responsáveis diretos por utilizar da melhor forma possível dos atributos legísticos na produção de normas. Em 1770, definiu Burke o partido político como “um corpo de pessoas unidas para promover, mediante esforço conjunto, o interesse nacional, com base em algum princípio especial, ao redor do qual todos se acham de acordo” (BURKE, 1956). Em seguida, ao começo do século XIX (1816), Benjamin Constant, um teorista do Estado liberal, apareceu com outra definição, que aufere na ciência política prestígio igual ou superior ao da definição de Burke. Diz Constant que o partido político “é uma reunião de homens que professam a mesma doutrina política” (CONSTANT, 1957). Essa definição, segundo Levy-Bruhl, reúne vantajosamente os elementos essenciais de todo partido: o princípio de organização coletiva, a doutrina comum e a qualificação política dessa mesma doutrina (LEVY-BRUHL, 1955). Não insere porém um dado que, no sentir daquele sociólogo, fez lacunoso o pensamento de Constant com respeito aos partidos políticos: a conquista do poder, aquilo que os inclina à ação”. Daí portanto a superioridade que é de notar no conceito de partido político oferecido por Bluntschli, em 1862, quando disse que se tratava de “grupos livres na sociedade, os quais, mediante esforços e ideias básicas de teor político, da mesma natureza ou intimamente aparentados, se acham dentro do Estado, ligados para uma ação comum” (BLUNTSCHLI, 1886).

Preliminarmente, os escritores políticos da literatura antipartidária não estabeleciam distinção entre partido político e facções (séculos XVII e XVIII). Madison, no *Federalista* (1948), emprega indiferentemente as duas expressões. De modo que é um progresso para o reconhecimento da importância dos partidos políticos aparecerem eles separados das facções. Quando os dois conceitos se empregam da maneira distinta, o partido é o lado positivo, a facção o lado negativo da participação política organizada. “A facção é a caricatura do partido” – escreve Bluntschli, que seguidamente afirma serem as facções sempre desnecessárias e prejudiciais. Galgam o poder quando a sociedade está enferma. E toda vez que no Estado há sintomas de degeneração e ruína se mostram nelas prodigiosamente ativas”. A facção não somente desmerece a sociedade, como os seus fins são egoísticos e não políticos; o interesse privado ocupa ali o lugar do interesse público (BLUNTSCHLI, p.720, 1862, 1886). Das facções, disse Lieber (1876), que elas existem debaixo de todas as formas de governo, ao passo que os partidos são característicos dos governos livres. O mesmo pensador assinalava no século XIX que um partido político se bate apenas pela mudança de governo, ao passo que a facção ameaça a estrutura geral do poder, abala o regime mesmo e a sua ordem constitucional, atua em segredo ou abertamente, mas em qualquer hipótese sempre para obtenção de fins sórdidos e inconfessáveis (LIEBER, p.253, 1876). Entende Cotta que a diferença que vai do partido político à facção “é

simplesmente de grau, e não de princípio”, sendo a facção apenas “um partido mais violento e mais particularista” (COTTA, p.102-103, 1956). Coincide essa afirmação com a que fizera Bluntschli ao notar que em todo partido político há um pouco de facção, e vice-versa, sendo manifesto esse conteúdo na medida em que o partido se governa pelo interesse público (espírito estatal) e a facção pelo interesse privado (espírito particularista). Tanto é possível, posto que raro, a facção converter-se em partido político como partido político transformar-se em facção, mudança esta última, aliás, mais frequente e provável (BLUNTSCHLI, p.721, 1886). Bastante cedo mostrará já Bolingbroke que os partidos se regem por “princípios” e as facções por “sentimentos e interesses pessoais”, não havendo porém distinção absoluta ou rigorosa entre as duas formas. Disse o publicista: “A facção é para o Partido o mesmo que o superlativo para o positivo: o partido um mal político; a facção: o pior de todos os partidos” (BOLINGBROKE, 1972). No juízo de alguns autores contemporâneos a facção continua a existir no interior das organizações partidárias. Busca o partido a tomada do poder para o controle do governo. A facção busca o domínio da máquina partidária, tendo em vista submetê-la à sua política e aos seus interesses (RANNAY & KENDALL, p.126, 1956).

7.2 AS DIFERENTES MODALIDADES DE PARTIDOS

Do século XVIII aos dias hodiernos, surgiram várias classificações de partidos. A mais antiga é provavelmente a de Hume, que distinguiu duas categorias principais: partidos de pessoas e partidos reais. Os partidos pessoais teriam por base sentimentos de amizade ou aversão, quanto a pessoas. Esses sentimentos impelem os adeptos ao combate político. Aí se lhes oferece ensejo de dar provas de lealdade e dedicação. Os partidos reais por sua vez fundam-se “em alguma diferença real de sentimentos ou interesse” (HUME, 1875). A classificação seguinte, que teve mais voga na ciência política, foi a de Friedrich Rohmer, exposta em 1844, no livro de Theodore Rohmer, *Teoria dos Partidos Políticos (Lehre von den politischen Parteien)*. Inspirado nos princípios da doutrina orgânica da Sociedade e do Estado, sobretudo naquele organicismo espiritualista, de fundo ético, que animou a obra de inumeráveis juristas e filósofos da primeira metade do século XIX, Rohmer, empregando até mesmo linguagem organicista – quando por exemplo se refere ao “corpo estatal” – distingue quatro tipos fundamentais de partidos, cuja natureza, para ele, corre paralela às fases de desenvolvimento do organismo humano: o partido radical, com a alma das crianças; o liberal, com a psicologia dos adolescentes; o conservador, com o espírito dos homens feitos, maduros e adultos, e, enfim, o absolutista, com o caráter da velhice (BONAVIDES, 2019). Das mais afamadas é indubitavelmente a classificação de Marx Weber que cifra a realidade partidária em duas formas básicas: os partidos de patronagem e os partidos ideológicos, consoante o princípio interno à força do qual se constituem. As organizações políticas de patronagem são aquelas, segundo o sociólogo, que têm principalmente em mira galgar o poder, mediante eleições, a fim de lograr posições de

mando para os seus dirigentes e vantagens materiais, sobretudo empregos públicos, para sua clientela. Os partidos ideológicos (*Weltanschauungsparteien*) buscam a realização de ideias de conteúdo político, e se propõem por vezes a reformar e transformar toda a ordem existente, inspirados por princípios filosóficos, que implicam uma concepção nova da sociedade e do Estado. Não raro, sua ação política, sobre envolver matéria de teor constitucional, reflete do mesmo passo dissidência com a estrutura política e social estabelecida (WEBER, p.50, 1956). Todavia, a tradição partidária europeia mostra partidos ideológicos, como os liberais e os conservadores, católicos e protestantes, que atuam na órbita política em inteiro acordo com o espírito das instituições, sem suscitarem questões de fundo, pertinentes à natureza do regime, como as questões filosóficas ou determinadas espécies de questões econômicas básicas. Essas agremiações, portanto, não obstante sua natureza ideológica, em nada diferem dos partidos norte-americanos – republicanos e democratas, salvo no caráter de patronagem de que estes últimos essencialmente se revestem. Reduzem-se os partidos a duas modalidades fundamentais, segundo Burdeau: partidos de opinião e partidos de massa. De conformidade com aquele doutrinador, os partidos políticos são partidos de opinião quando admitem em seus quadros a participação de pessoas de mais variada origem social, quando, pelo programa e pela ação, aderem à ordem social existente, ou quando dispõem de um fraco poder de pressão sobre os respectivos componentes, ou ainda, quando patenteiam sua índole individualista através do lugar concedido às personalidades políticas (BURDEAU, p.435-437, 1957). Esses partidos, que no entender do mesmo publicista francês se acham agora decadentes, caracterizam o antigo Estado liberal. As reformas que eles preconizam jamais atingiam as bases da sociedade. Suas exigências, com apelo à livre participação de todos, não levavam em conta a origem social dos adeptos. Volviam-se sempre para o Estado que existe e não para o Estado que deveria existir. Aos partidos de opinião contrapõe Burdeau os partidos de massas. Marcam estes o século XX e assinalam o momento de intervenção política de consideráveis parcelas do povo, dantes excluídas de qualquer ingerência na vida pública. Via de regra, o partido de massas assina à ordem política uma afeição autoritária, introduz-se perturbadoramente no sistema democrático através do sufrágio universal, e apresenta geralmente teses de saber reivindicatório, representativas de interesses e não de opiniões, de grupos ou classes e não de indivíduos ou personalidades, de homens impulsionados pelo inconformismo com a ordem existente e não de pessoas portadoras de vontade meramente discrepantes. Esses partidos fazem da ideologia o instrumento da transformação social, agrupam os filiados pela identidade de seu estado econômico, pela origem material e pela destinação também material das aspirações igualitárias do homem-massa, aquele que, segundo Burdeau “abdica sua autonomia em proveito do grupo” e se submete ao rigor da disciplina e à homogeneidade doutrinária que o partido lhe impõe, fora de qualquer discussão (BURDEAU, p.57, 1957). Escreve ainda o mesmo publicista que os partidos de opinião querem o poder num regime de concorrência, ao passo que os partidos de massas aspiram o monopólio do poder, ao regime de partido único, com o qual

“esmagam a oposição” e impõem o triunfo de uma “ortodoxia governamental única e exclusiva” (BURDEAU, p.434, 1957). Segundo Nawiasky, não há somente partidos fundados na ideologia, nos interesses ou na patronagem, mas partidos que exprimem o descontentamento ou o conformismo com a ordem estabelecida. Faz-se mister por conseguinte toma-los também sob esse último ângulo – o descontentamento ou o conformismo, distinguindo aí duas modalidades principais: os partidos de movimento que buscam alterações básicas no sistema institucional vigente e os partidos da conservação, cujo programa via de regra se concentra na resistência às mudanças propostas, com referência às instituições (NAWIASKY, p.97, 1955). São estes últimos também os partidos da ordem e da tradição.

7.3 O MULTIPARTIDARISMO: SEUS REVESES E BENESSES

Não é novidade que o sistema multipartidário surge a partir do momento em que se apresentam três ou mais partidos políticos em disputa do poder num determinado sistema estatal. Os adeptos do pluralismo partidário amplo louvam-no como a melhor forma de colher e fazer representar o pensamento de variadas correntes de opinião, emprestando às minorias políticas o peso de uma influência que lhes faleceria, tanto no sistema bipartidário como unipartidário. Afirma-se ademais que o sistema multipartidário é de cunho profundamente democrático, pois confere autenticidade ao governo, tido por centro de coordenação ou compromisso dos distintos interesses que se movem no mosaico das várias classes da sociedade, classes cuja voz de participação, através do partido político, se alça assim à esfera do poder. No sistema parlamentar do moderno Estado partidário, o multipartidarismo conduz inevitavelmente aos governos de coligação, com gabinetes de composição heterogênea, sem rumos políticos coerentes, sujeitos portanto pela variação de propósitos a uma instabilidade manifesta. Não obstante, esses governos por sua natureza mesma são dos mais sensíveis aos reclamos da opinião pública. No sistema presidencial, indica-se ordinariamente a pulverização partidária como fator de enfraquecimento do regime, determinando-lhe, não raro, o colapso. Em primeiro lugar, pela facilidade que tem um executivo forte de dominar partidos fracos, numericamente excessivos, sem coesão interna, cobiçosos de vantagens, prestes a sacrificarem a honra cívica em acordos fáceis ou acomodações desairosas, contanto que os interesses imediatos da patronagem, no sentido sociológico weberiano, saiam de logo satisfeitos. O Parlamento apaga-se então no anonimato de seu destino político e um executivo onipotente, caudilhista de vocação, a meio passo já da ditadura, é a única expressão visível do poder. Em segundo lugar, o Parlamento se pode converter numa casa de resistência ao executivo, que cai prisioneiro de um Congresso hostil, dominado por maiorias facciosas e passionais, cuja ação tolhe os passos à administração e frustra-lhe o programa governativo. A guerra civil dos dois poderes, paralisando o mecanismo constitucional, é então o prenúncio das soluções ditatoriais iminentes. Demais, o sistema multipartidário, precisamente por tornar mais nítido, ostensivo, agudo e inevitável o quadro da luta de classes na

sociedade, vem sendo incriminado de embarçar a captação de uma vontade geral, institucionalizando conseqüentemente a divisão das opiniões, tornando-as cada vez mais estanques, irreduzíveis, incomunicáveis. Enfim, é o sistema multipartidário acimado de emprestar aos pequenos partidos influência política desproporcionada e incompatível com a modestíssima força eleitoral de que dispõem, mormente quando surgem eles por fiel de balança nas competições pelo poder. Assim como Duverger ligou o sistema bipartidário ao sistema de escrutínio majoritário de turno único, outros autores, pondo igual ênfase no emprego da técnica eleitoral e seus efeitos sobre a organização dos partidos, assinalam os estreitos vínculos existentes entre o sistema de representação proporcional e a multiplicidade de partidos (BONAVIDES, 2019). Stuart Mill, segundo refere Lowell, saudara o método da proporcionalidade partidária como “a salvação da sociedade” (LOWELL, p.450, 1920), afirmativa estranha na palavra de um pensador liberal, quando a verdade bem sabida e confirmada é a de que semelhante técnica acompanha historicamente o declínio do Estado liberal e sua virtual substituição por uma democracia de partidos, de índole plebiscitária. Com efeito, a democracia parlamentar e representativa do liberalismo sucumbe, conforme se deduz das observações de Heller, toda vez que, mediante o emprego da nova técnica eleitoral, o partido político toma o lugar do indivíduo na qualidade de titular do direito de representação proporcional (HELLER, p.22, 1929). No mesmo sentido, são também as observações de Leibholz acerca da representação proporcional, que serve de instrumento à democracia de massas na passagem do Estado parlamentar-representativo ao Estado partidário de nossos dias (LEIBHOLZ, p.107, 1929). Em suma, essa modalidade de representação não somente enseja a proliferação dos partidos políticos de caráter rígido e centralizador, com sólidos mecanismos burocráticos, como “enfria a evolução para o sistema bipartidário” (DUVERGER, p.279, 1956).

7.4 O PARTIDO POLÍTICO HODIERNAMENTE

No direito constitucional moderno a legislação brasileira, tocante aos partidos políticos, ocupa posição manifestamente precursora e vanguardista. A “constitucionalização” do partido político, sem as vacilações que se poderiam ainda assinalar nas Constituições antecedentes (em 1934, uma única referência ao partido político, constante no inciso 9º do artigo 169; em 1946, cinco alusões esparsas), se faz agora definitiva, incontestável. Toma perfil de sistematização que coloca juridicamente nosso País entre os Estados que mais cedo progrediram no reconhecimento dessa realidade, da qual somente um ato de cegueira jurídica poderia transviar o legislador constituinte. O século da democracia social impôs ao constitucionalismo de nossa época a evidência do fenômeno partidário, que já não poderá ser tratado com indiferença pelos textos, mas há de dominá-los, se efetivamente quisermos descer ao fundo da questão política, para medi-la em termos essencialmente jurídicos, segundo as ideias e interesses que as agremiações partidárias conduzem e exprimem, como órgãos por excelência que são da vontade social. Com a constitucionalização dos

partidos políticos levada a cabo pelas Cartas de 1967 e 1988, certos traços e princípios fundamentais passaram a refletir a ideologia de nosso sistema partidário e ao mesmo passo estampar a dimensão jurídica de sua estruturação, rigorosamente de acordo com os preceitos constitucionais estabelecidos. Com isso, atestou-se o elevado grau de interesse do legislador constituinte por um tema que o direito constitucional, durante largo espaço de tempo, fingiu de todo ignorar. A diretriz atualizadora do regime partidário já fora parcialmente expressa pela antiga Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 4.740, de 15 de julho de 1965), sob inspiração do Senador Milton Campos (BONAVIDES, 2019).

Segundo o pensamento de Paulo Bonavides sem o partido político, nem as ditaduras nem os poderes democráticos de sociedade alguma do nosso tempo lograriam subsistir, a não ser transitoriamente. A importância capital da organização partidária faz com que tanto as ditaduras como as democracias cuidem de institucionalizar o partido político, por instrumento mesmo ou pressuposto da realização dos fins de que o Estado contemporaneamente se investe. Determinou essa ascensão do elemento partidário na vida das instituições mudanças substanciais de atitude e procedimento das forças políticas, que têm no partido o caminho natural para galgar e conservar o poder. De semelhante ascensão resultaram, igualmente, variações consideráveis, tanto no caráter como na forma das instituições mediante as quais a ditadura ou o regime democrático se traduzem. Antes que viesse o fenômeno partidário a se manifestar no Estado moderno com a agudeza corrente a autocracia era apenas o poder de um homem só e a democracia, o poder de homens "individualizados". Hoje pertence a ditadura ainda a um chefe, mas este exprime invariavelmente a vontade do grupo dominante e monopolizador, ao passo que a democracia, deixando de ser a representação de indivíduos, se transformou, pelo pluralismo social, em governo de grupos, com uma ação tradutora de tendências coletivas, a fazerem de cada parlamento aquele estuário ou praça de interesses, cuja existência Rui Barbosa tanto recriminava ao proclamar sua índole de político intrinsecamente liberal. O constitucionalismo contemporâneo em alguns Estados subdesenvolvidos se arma de instrumentos novos, tendentes a preservar o caminho democrático e conservar intactas as bases do regime. Por essa via reconhecidamente difícil, transitam também as três Constituições brasileiras de pós-guerra. Antes da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, já o constituinte brasileiro inscrevera na Constituição de 1946 o princípio que veda "a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem" (art.141, §13 da Constituição de 1946). Essa regra, tendo servido de base ao cancelamento do registro do Partido Comunista Brasileiro, em 1948, não foi criação original do poder constituinte da redemocratização. Foram os autores da Constituição de 1946 buscá-lo decerto na legislação ordinária vigente, a qual, já naquele mesmo ano, dispunha sobre referida matéria. Havia a esse respeito dois

decretos-leis: a) o Decreto-lei n. 9.528, de 14 de maio de 1946, que determinava fosse cancelado o registro do partido político, uma vez comprovado que, contrariando seu programa, “praticava atos ou desenvolvia atividades que colidissem com os princípios democráticos ou os direitos fundamentais do homem, definidos na Constituição”; b) o Decreto-lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945, cujo artigo 114 dispunha que seria negado registro ao partido cujo programa contrariasse os princípios democráticos, ou os direitos fundamentais do homem, definidos na Constituição. Da Constituição de 1946, passou o princípio a constar também do Código Eleitoral de 1950 (Lei n. 1.164, de 24 de julho), artigo 132, §3º. A seguir, reproduziu a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 4.740, de 15 de julho de 1965), no seu artigo 5º, o dispositivo constitucional de 1946, ao mesmo tempo que precisou com mais ênfase o caráter e a missão democrática das organizações partidárias. Ao consolidar os princípios da vida partidária, definiu a legislação revolucionária na Lei Orgânica a finalidade dos partidos políticos como sendo a de “assegurar, no interesse do regime democrático a autenticidade do sistema representativo” (art.2º da Lei n. 4.740). E logo adiante estabeleceu no artigo 18 que “o programa dos partidos deverá expressar o compromisso de defesa e aperfeiçoamento do regime democrático definido na Constituição”. Veio, subseqüentemente, a Constituição de 1967 dispondo que se guardasse fidelidade em matéria partidária ao “regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”. Pecava o art. 141, §13, da Constituição de 1946, pela ambigüidade ou pelo exclusivismo, chegando a uma opção doutrinária em proveito da acepção lata e rigoroso de regime democrático. Essa imprecisão se atenua, sem renegar-se aquela opção, quando o constituinte de 1967 alude ao “regime representativo e democrático”. Melhor fora se houvesse escrito regime democrático ou regime democrático-representativo. A democracia representativa é apenas uma modalidade de regime democrático. Representação e democracia, conceitos distintos, andam por vezes desacompanhados. Haja vista a democracia grega. Tampouco define a pluralidade partidária o regime democrático, mas *uma* forma de regime democrático. É elemento contingente e histórico. A democracia direta dos antigos não conheceu partidos, muito menos a pluralidade. Pela primeira vez em nossa legislação faz-se matéria de direito constitucional a personalidade jurídica dos partidos. Entrou o princípio no inciso II do artigo 149, da Constituição de 1967, e no §2º, do art.17, da Constituição vigente. Segundo esta, os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil e registram seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (BONAVIDES, 2019).

A atuação permanente dos partidos, erigida em princípio constitucional, é tida como uma das melhores conquistas do direito constitucional brasileiro, nessa matéria, visto que capacita as organizações partidárias a desempenharem função da mais alta responsabilidade política, cívica e educacional no quadro da sociedade subdesenvolvida, estabelecendo entre o povo e o governo um elo de confiança, bem como de assíduo debate das grandes teses nacionais. A ausência de fixação desse

objetivo em termos de lei fazia anteriormente dos partidos agrupações de ação passageira, somente sentida às vésperas dos pleitos eleitorais. Findos estes, desfalecia toda a atividade partidária, de modo que tanto o povo como os representantes caminhavam indiferentes à existência dos partidos. Internamente “despolitizados”, os partidos brasileiros, salvo as exceções ideológicas, eram simples máquinas de indicar candidatos, recrutar eleitores, captar votos (BONAVIDES, 2019). Com efeito, raramente desciam ao fundo dos temas mediante os quais se definem dramaticamente – na hora que flui – os rumos e destinos da sociedade brasileira. Reage-se pois contra o oportunismo eleitoral dos partidos. Até ao presente, cessada a campanha de captação de votos, costumavam eles cair no esquecimento e anonimato, perdendo de todo o contato com a massa de eleitores. Nenhuma missão, nenhum trabalho orientador do eleitorado chegavam a promover. E no entanto sabe-se como o partido pode e deve ser no Estado contemporâneo um órgão útil e valioso de aperfeiçoamento das instituições, como pode e deve propagar no povo os mais altos princípios da ideologia democrática. Em países subdesenvolvidos qual o Brasil, ainda não se atentou de modo suficiente para o potencial de ajuda espiritual e material que os grêmios políticos representam, se for pautada sua ação em proveito da coletividade, de maneira constante e sistemática. A assistência partidária desafogaria talvez grandemente funções ainda cometidas ao paternalismo estatal, de maneira que essas gigantescas “cooperativas” constituiriam uma excelente e enérgica linha auxiliar do Estado democrático, em seu esforço de romper as algemas do subdesenvolvimento. Demos largo passo nessa direção com o inciso constitucional n. III do artigo 149, da Carta de 1967 que estabeleceu o seguinte princípio: “atuação permanente, dentro do programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação de qualquer natureza, com a ação de governo, entidades ou partidos estrangeiros”. Não constava esse dispositivo do Projeto Oficial nem do Projeto da Comissão de Juristas. Mas a legislação ordinária, desde a Lei Orgânica dos Partidos (art.75) já o consagrava, quando atribuía aos partidos função permanente, assegurada: a) pela continuidade dos serviços de secretaria; b) pela realização de conferências; c) pela promoção de congressos ou sessões públicas, ao menos duas vezes por ano, para difusão de seu programa; d) pela manutenção de curso de difusão doutrinária, educação cívica e alfabetização; e) pela manutenção de um instituto de instrução política, para formação e renovação de quadros e líderes políticos; f) pela manutenção de bibliotecas de obras políticas, sociais e econômicas; g) pela edição de boletins e outras publicações. O cumprimento dessas regras há de contribuir para modificar o presente estado de entorpecimento da vida partidária, dinamizando a clientela política e implantando de maneira contínua a comunicação ora pálida e quase inexistente entre as bases e a cúpula. Deixará de ser o partido, pois, aquele “transporte” que o aventureiro político em busca de legenda se habituara a tomar, para poder descer à porta das assembleias legislativas, em cujo recinto lograva ingresso (BONAVIDES, 2019).

8 AS CORPORAÇÕES COMO MEIO LEGÍSTICO NÃO ESTATAL (O SINDICALISMO)

8.1 A “TEORIA DOS FINS INTERMEDIÁRIOS”

Chegado a esse nível, cumpre ressaltar agora não só o papel dos políticos, mas o papel do homem como cidadão e ser preponderante na produção de normas para si mesmo. Dessa maneira, cumpre deixar clarificado que como instituição sócio-jurídica, organizada para servir à comunidade nacional, tem o Estado a finalidade de promover a concretização dos ideais nacionais de paz, de segurança e de prosperidade. Sendo a própria nação *politicamente organizada*, representa o Estado o órgão normativo e disciplinador dos elementos sociais. É a *organização da força a serviço do direito*, segundo Léon Duguit . Em outros termos, *a inteligência e a energia unificadora da sociedade civil*, segundo o brilhante conceito de Ângelo Brucculeri (MALUF, 2013).

Nesse tocante, duas posições ideológicas se extremam: uma que considera o Estado como um *meio* simplesmente, e outra que o tem como um *fim* em si mesmo. Na primeira, o Estado existe para o homem; na segunda, o homem existe para o Estado. Ambas as posições extremadas não são inteiramente falsas nem inteiramente verdadeiras. São soluções unilaterais: uma leva ao endeusamento do indivíduo, prejudicando o princípio da autoridade; outra leva ao endeusamento do Estado, anulando a personalidade humana. A primeira posição, considerada no seu extremo, é assumida pelo grupo das teorias individualistas, assim entendidas aquelas que, “de modo geral, pretendem a limitação do Estado à missão exclusivamente jurídica, que se cifra em editar a lei e reprimir suas transgressões, abstendo-se de intervir na direção da vida social ou em quaisquer outras manifestações. Deixam à livre iniciativa individual a tarefa de descobrir e empregar os melhores meios para a satisfação das necessidades sociais” (Prof. A. Nogueira). Para as escolas desta posição, extremadamente individualistas ou liberalistas, o Estado chega a ser considerado como “um mal necessário”, tendo por fim a conservação do bem-estar dos indivíduos. A segunda posição é representada pelo grupo das teorias totalitárias ou *panestatais*, as quais remontam à filosofia política de Platão e foram desenvolvidas por Hobbes, Maquiavel, Hegel e outros. Para estas teorias o Estado é a concretização do absoluto; tem um fim em si e utiliza-se dos indivíduos como um meio para atingir sua finalidade própria. Teoricamente, negam a distinção entre Nação e Estado. Como todas as soluções unilaterais, as teorias extremadas do individualismo e do totalismo conduzem à anulação da personalidade humana e à escravidão do homem. São dois caminhos que levam a um mesmo destino: ao materialismo, onde se perde tudo quanto é humano e espiritual, para se erguer, sobre as bases flutuantes de um objetivismo precário, o Estado, concebido como entidade absoluta, que existe por si mesmo, à margem da realidade humana e estranho às mais respeitáveis prerrogativas do homem (MALUF, 2013).

Em sua tese *O Estado é meio, não fim*, o Prof. Ataliba Nogueira, da Universidade de São Paulo, refutou as teorias de ambos os grupos, individualistas e panestatistas,

expondo a *Teoria do fim intermediário*, assim enunciada: “O fim do Estado é a prosperidade pública ou o complexo das condições requeridas para que, na medida do possível, todos os membros orgânicos da sociedade possam conseguir por si a omnímota felicidade temporal, subordinada ao fim último. Entre estas condições, todavia, ocupa primeiro lugar o gozo da ordem jurídica, tal qual postula a estrutura da sociedade natural; lugar secundário, a abundância suficiente dos bens da alma e do corpo, os quais são necessários para realizar a dita felicidade, coisas estas que se não podem atingir suficientemente com a atividade privada”. Segue o eminente mestre a afirmação de Victor Cathrein: *O fim do Estado é a prosperidade pública*, entendida esta como “o complexo das condições requeridas para que todos os homens, individualmente ou em grupos sociais, possam, na medida do possível, atingir livremente e pela própria atividade a sua felicidade terrena”. Em suma, “o Estado não é o fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É *meio*, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens” (MALUF, 2013). É a boa doutrina e está em consonância com a concepção católica: “o fim da sociedade civil é universal, como aquele que concerne ao bem comum, ao qual, na devida proporção, todos os cidadãos têm direito” (Leão XIII, *Rerum Novarum*). “A promoção do bem comum temporal é justamente o fim próprio da autoridade civil” (Pio XII, *Divini Illius Magistri*). “A sociedade é destinada pelo Criador como meio para a natural perfeição do homem” (Pio XII, *Summi Pontificatus*). “O poder do Estado deve ter como finalidade a realização do bem comum” (Paulo VI, *Octogesima Adveniens*).

8.2 HOMEM x ESTADO

Visto tudo isso, para se relacionar de maneira conveniente os termos *indivíduo* e *Estado*, é preciso considerar-se o homem sob um duplo aspecto: como *indivíduo* (partícula do organismo social) e como *pessoa* (realidade espiritual). Como *indivíduo*, membro do corpo social, o homem tem deveres e obrigações perante a sociedade à qual se subordina, porque nela encontra o ambiente e as garantias necessárias para o seu desenvolvimento, para a consecução dos seus ideais de paz e de felicidade, fins próximos que, no dizer de Ângelo Brucculeri, tendem ao fim último que é a salvação eterna. Mas o homem não é apenas uma célula do organismo social; é também *pessoa*, realidade espiritual, feita à imagem e semelhança de Deus. E como pessoa humana é dotado de direitos naturais. Esses direitos são de origem divina, não estatal. O Estado não os outorga e não os pode suprimir. O que justifica uma certa preeminência do Estado sobre o indivíduo, em última análise, é o objetivo de valorização da pessoa humana (MALUF, 2013).

Entretanto, convém ressaltar, desde logo, que, qualquer que seja a doutrina intermediária que se adote, é preciso que o Estado respeite a personalidade humana, princípio e fim, causa e razão do fato jurídico-estatal. Ao mesmo tempo que o homem é uma unidade social que se subordina ao todo coletivo, é pessoa humana, e, como

tal, superior ao Estado “naquilo que existe de supratemporal ou eterno”. A lei que deve orientar a solução do problema, diz Jacques Maritain, “é a lei da primazia do espiritual, tanto mais porque o homem não se ordena à comunidade política em tudo o que ele é e em tudo o que possui”, como afirmou Santo Tomás de Aquino (*Homo non ordinatur ad comunitatem politicam secundum se totum et secundum omnia sua*). No mesmo sentido escreveu Bluntschli: “a autoridade do Estado não se estende a mais além do que o interesse da comunidade, a coexistência e a vida comum dos homens requeiram”. Observou Gerber que “o Estado, absolutamente, não absorve toda a vida social dos homens, tocando-a só por um lado; grande parte dessa vida fica fora da órbita estatal”. E, finalmente, Liberatore, citado por Ângelo Brucculeri, explica com raro brilho a razão por que o homem, como pessoa humana, se sobreleva ao Estado: “a sociedade civil, assim como nasce na terra, na terra perece; não se move além do círculo da presente vida. Não assim o homem, que nasce na terra mas, com a sua melhor parte, isto é, com a alma, sobrevive à corrupção do corpo. Assim, por este lado, ele sobrepuja a sociedade civil, e de modo algum lhe pode ser sujeito. Igualmente, fugindo o homem interior aos olhos e à eficácia da sociedade, esta, com a sua ação própria, só pode estender-se às ações externas, já que a poder algum é dado ter influência naquilo que lhes supera a virtude”. Entre as duas concepções extremadas desenvolve-se uma teoria intermediária, racional e cristã, *aristotélico-tomista*, que Alceu Amoroso Lima assim resume: “À concepção individualista, que considera as unidades sociais como fim do todo, e à concepção coletivista, que considera o todo como razão de ser das unidades, opomos a *concepção harmoniosa* e integral que passa por uma reciprocidade de subordinações entre os dois termos da sociedade, cuja sequência assim poderíamos exprimir: 1º) subordinação da coletividade ao indivíduo, para que este realize o seu bem utilitário, a que isoladamente não pode prover; 2º) subordinação do indivíduo à coletividade, como uma parte se deve ordenar ao todo; 3º) subordinação de ambos ao bem comum, que é a realização do *homem perfeito*, fim definitivo da natureza humana e soma final dos dois compostos parciais – indivíduo e sociedade – sob a lei eterna que rege toda essa ordem das coisas. Às concepções simplificadoras que sacrificam o homem à sociedade ou a sociedade ao homem opomos essa reciprocidade de relações hierárquicas, que respeita a complexidade do real sem ferir a hierarquia natural de todos os valores materiais e espirituais. A personalidade humana é, portanto, o resultado de uma composição do indivíduo com a sociedade, e a causa desta é o bem comum de ambos, que leva o homem ao seu fim último – Deus” (MALUF, 2013).

8.3 O SURGIMENTO DO SINDICALISMO DENTRO DE UMA CONCEPÇÃO SOCIAL-DEMOCRATA

É de entendimento geral que os sindicatos têm como objetivo principal a defesa dos interesses econômicos, profissionais, sociais e políticos dos seus associados. São também dedicados aos estudos da área onde atuam e realizam atividades (palestras,

reuniões, cursos) voltadas para o aperfeiçoamento profissional dos associados. Os sindicatos de trabalhadores também são responsáveis pela organização de greves e manifestações voltadas para a melhoria salarial e das condições de trabalho da categoria (WEVERSON, 2012). Foi a partir de 1824, quando Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Portugal e outros países foram restabelecendo o direito de associação, que surgiu, assim, essa nova ideologia e essa nova doutrina sob a denominação de *sindicalismo*. A doutrina sindicalista assumiu variadas feições em cada país e em cada época em que se manifestou, desde as formas *horizontais*, de fundo democrático, às formas *verticais* mais extremadas, de fundo totalitário. Assimilado pelo socialismo marxista, o sindicalismo foi levado pelo bolchevismo russo ao extremo coletivista. E na Itália, sob a doutrina do sindicalismo revolucionário de George Sorel, cristalizou-se no *corporativismo orgânico do Estado fascista*. Assim, de um lado o bolchevismo russo, com os *soviets* de operários e soldados, e de outro lado o fascismo italiano, que pretendeu reviver as corporações medievais, são formas que muito se aproximam do sindicalismo. Entretanto, ambos deturpam o princípio associativo sindicalista como doutrina socioeconômica, pelo revestimento político que lhe deram, ao transformarem as associações em órgãos do Estado, suprimindo as iniciativas particulares e submetendo toda a ordem social e econômica ao Estado absorvente, ultrapoderoso, autêntico *Leviatã* moderno (MALUF, 2013).

Situando-se em uma posição central e harmoniosa, opondo-se ao sindicalismo totalitário ou corporativismo totalitário, o Estado social-democrático baseia-se no princípio cooperativo e associativo, atuando em *plano horizontal*, como coordenador e supervisor da vida econômica do país. Sem impedir as iniciativas privadas, sem eliminar o direito de livre associação, o Estado democrático caminha para um *socialismo corporativo* racional, no qual não se consideram apenas as corporações econômicas, mas também as corporações morais, tanto mais porque, na concepção democrática, o sindicalismo ou corporativismo não representa uma doutrina político-econômica, e, sim, uma técnica socioeconômica. A linha de conduta desse *socialismo corporativo* vem resumida objetivamente na citada Encíclica de Leão XIII: "Tudo quanto se pode dizer, em geral, é que se deve tomar como regra universal e constante o organizar e governar por tal forma as corporações, que proporcionem a cada um dos seus membros os meios aptos para lhe fazerem atingir, pelo caminho mais cômodo e mais curto, o fim que elas se propõem, e que consiste no maior aumento possível dos bens do corpo, do espírito e da fortuna" (MALUF, 2013).

Neste sentido exato de teoria socioeconômica (não político-econômica), sindicalismo e corporativismo expressam a mesma ideia; são termos equipolentes. Releva observar, como adverte Alceu Amoroso Lima, que o termo *corporativo* foi um daqueles cujo uso pernicioso que dele se fez prejudicou-lhe sensivelmente o sentido. Assim sucedeu com o termo *reação* ou *reacionário*, que tomou um sentido pejorativo, quando em si significava o que há de melhor. E dificilmente se reage contra o uso

popular. Outro escritor, Roger Bonnard, procurou demonstrar certa diferença, entre a corporação que é mista e o sindicato que é unitário: a corporação reúne empregados e empregadores que participam de uma mesma atividade econômica, enquanto o sindicato reúne apenas uma dessas classes. Seria uma distinção, simplesmente formal, que não altera o princípio associativo. Além disso, o sindicato também pode ser misto, embora seja, em regra, unitário (MALUF, 2013).

8.4 CORPORATIVISMO ASSOCIATIVO

Cumpra a essa altura, mostrar como o corporativismo se tornou essencial para o Estado moderno na figura de uma entidade de associação. O corporativismo de associação se opõe ao Estado totalitário, ao socialismo e ao capitalismo, bem como ao individualismo e ao liberalismo econômico, pretendendo conformar-se com o regime democrático, dentro de uma concepção grupalista que podemos chamar de *intermediária*. Aproveita as vantagens da economia dirigida e da livre empresa, mistura tendências extremadas, no almofariz das experiências sociais, para compor um sistema novo, diferente na contextura de cada um dos seus elementos refundidos. Esse novo sistema pretende dar solução adequada aos problemas sociais e econômicos, deslocando para outra esfera a solução propriamente política. Não assim o corporativismo totalitário, que reúne em uma só fórmula o regime social, político e econômico, submetendo todas as atividades à onipotência do Estado. Expressiva e conveniente é a definição proposta por Gaetan Piron, acolhida pelo Congresso dos Economistas franceses em 1936: “para que se esteja em presença de um sistema corporativo é preciso, e é suficiente, que o conjunto dos indivíduos pertencentes a uma profissão seja constituído em *corpo* e que os órgãos dirigentes desse corpo tenham o poder de falar e de interferir na elaboração da lei em nome da profissão inteira”. Definição formal, porém contendo implicitamente o sentido essencial. Veja-se ainda como a *União de Friburgo*, já em 1884, antes, portanto, das experiências de estatização da economia, definia o regime corporativo: “modo de organização social que tem por base o agrupamento dos homens segundo a comunidade dos seus interesses naturais e das funções sociais, e por coroamento necessário, a representação pública e distinta desses diferentes organismos”. Aí se tem, numa síntese, a ideia do corporativismo associativo, na sua forma e na sua essência. Demonstra o Prof. Miguel Reale, por sua vez, que o verdadeiro corporativismo não aceita o primado da economia e estende a todos os setores da vida social o princípio da corporação. Esta é uma fonte autônoma de direito; exerce um poder próprio, não derivado do Estado. É dotada de vida própria e poder soberano próprio, decorrente da função de interesse público que ela exerce. Este aspecto deve ser lembrado: as corporações se estendem a todos os setores da vida social, isto é, abrangem não só os grupos econômicos, mas também os demais grupos de ordem moral, espiritual e política (MALUF, 2013).

CONCLUSÃO

Em corolário, chegado a esse nível, vê-se claramente que o exercício de produção normativo não é algo que se encarregue somente a um grupo determinado de pessoas, mas um dever de todos na medida de suas capacidades e racionalidade. Os partidos políticos se estruturam compassadamente no Brasil, e apenas recentemente ganharam credibilidade, autonomia e independência na elaboração das leis, já quanto à forma sindical de luta por direitos, ainda se encontra enraizado o conceito de que estes só existem para fins lucrativos e totalmente desprovidos de caráter social, quando, na verdade, a historicidade do sindicalismo mostra como que assume papel crucial na produção de normas para a melhoria das condições de vida de uma minoria outrora desestruturada e à mercê das instabilidades. Por fim, após toda esta revisão histórica e bibliográfica, cumpre-se afirmar apenas que os partidos e os sindicatos a partir do momento em que apreenderem a legística em sua totalidade, não olhando somente para a forma das leis mas para o seu conteúdo, transformando a lei em algo contínuo, que merece análise dos seus efeitos futuros e pretéritos, que é passível de intervenções do poder público para sanar quaisquer mazelas decorrentes de sua promulgação, transformarão o arcabouço das normas em um sistema muito mais dinâmico e próximo daqueles que detém o verdadeiro poder supremo: o povo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marta Tavares de. **A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas.** In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento.* Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 83-102. Disponível em: http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica_marta.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.
- BLUNTSCHLI, J. C. **Allgemeine Staatslehre.** 6ª ed., Stuttgart, 1886.
- BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política.** São Paulo: Contraponto, 2003.
- BOLINGBROKE, Lord. **Letters on the study and use of history.** In: Historical Writings. Chicago: The University of Chicago Press, 1972.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 2019.
- BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques.** Paris, 1957.
- BURKE, Edmund. **Speeches and letters on american affairs.** London, Everyman's Library, 1956.

CHEVALIER, Jacques. **L'évaluation législative: un enjeu politique.** In: DELCAMP, Alain; BERGEL, Jean-Louis; DUPAS, Alain. *Contrôle parlementaire et evaluation.* Paris: La Documentation française, 1995.

CONSTANT, Benjamin. **De l'esprit de coquete et de l'usurpation.** *Oeuvres.* Tours, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 1957.

COSTA, Rafael de Oliveira. **O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio do exercício da função juspolítica pelos tribunais.** Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/42223/27900>. Acesso em: 07 dez. 2020.

COTTA, Sergio. **Les partis et le pouvoir dans les théories politiques du début du XVIIIème siècle.** *Le Pouvoir.* Paris, Presses Universitaires de France, 1956.

DGPJ. **Legística e avaliação de impacto normativo: regras de legística.** Disponível em: <https://dgpj.justica.gov.pt/Planejamento-e-Politica-Legislativa/Legistica-e-avaliacao-de-impacto-normativo/Regras-de-legistica>. Acesso em: 07 dez. 2020.

DUVERGER, Maurice. **Droit constitutionnel et institutions politiques.** 2ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1956.

GUIMARÃES, André Sathler e col. BRAGA, Ricardo de João. **Legística: inventário semântico e teste de estresse do conceito.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242910/000926852.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 dez. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

HELLER, Hermann. **Die Gleichheit in der Verhaeltniswahl.** Leiden, 1929.

HUBER, Eugène. **Code civil suisse: exposé des motifs.** Berne, 1901.

HUME, David. **Essays, moral, political and literary.** London, Longmann, Green & Co., 1875.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 2019. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda, 1960.

LEGÍSTICA: qualidade na elaboração e eficácia na aplicação das leis: **Debate Público.** Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: http://www2.almg.gov.br/hotsites/legistica/debate_publico/palestras.html. Acesso em: 12 dez. 2020.

LEIBHOLZ, Gerhard. **Das wesen der representation und der gestaltwandel der demokratie im 20. Jahrhundert.** Berlin, 1929.

LEVY-BRUHL, Henry. **Aspects sociologiques du droit.** 1955.

LIEBER, Francis. **Manual of political ethics.** 2ª ed., Philadelphia, 1876.

LOWELL, A. Lawrence. **The government of england.** New York, 1920.

MADER, Luzius. **L'évaluation législative: pour une analyse empirique des effets de la législation.** *Reveu internationale de droit compare*, Paris, v.38, n.1, p. 285-286, 1986.

MADER, Luzius. **Legística: história e objeto; fronteiras e perspectivas.** In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. *Legística*. qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 43-54. Disponível em: http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica_mader.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

MADISON. **The federalista.** Oxford, Max Belof Ed., 1948.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis.** 2010. São Paulo: Martin Claret, 1748.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor.** Lisboa: Editora Verbo, 2007.

NAWIASKY, Hans. **Allgemeine Staatslehre.** Zürich, Koeln, 1955.

RANNAY, Austin & KENDALL, Wilmore. **Democracy and the american party system.** New York, 1956.

RIBEIRO, Fernanda Prata Moreira e col. ARAÚJO, Bruno Amazan Avelar de. **A legística como estratégia jurídica para a melhor qualidade das leis.** Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/8125w9im/ucj8dq7ca68y3pFw.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2020.

ROSSET, Patrícia. **Legística.** Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/legistica.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2020.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação.** Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/articles/31.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2020.

SOUZA, Ricardo da Silva. **A ciência da legislação: os elementos da legística aplicados à elaboração de normas.** Brasília: Lunix Consultoria, 2009. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.lunix.com.br%2Fpdf%2FConte%25FAdo%2520Program%25E1tico%2520--%2520Ricardo%2520da%2520Silva%2520Souza.pdf&rei=oP9bTozCFOft0gHOoaGUCQ&usg=AFQjCNFbYfQ3qLMYHyfagjWDqVgDkTqlGA>. Acesso em: 12 dez. 2020.

WEBER, Marx. **Staatssoziologie.** Berlin, J. Winckelmann, 1956.

WEVERSON, Vinícius. **O que é sindicato? Qual é o seu objetivo?.** Disponível em: <https://www.sinttelto.org.br/publicacoes/informativos/677-o-que-e-sindicato#:~:text=Os%20sindicatos%20t%C3%AAm%20como%20objetivo,o%20aperfei%20oamento%20profissional%20dos%20associados>. Acesso em: 13 dez. 2020.

WINTGENS, Luc J. **La législation entre science et politique: éléments pour une approche légisprudentielle du droit.** *Revue interdisciplinaire d'études juridiques.* Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000, p. 115-155.

A FINALIDADE DO SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE - DPVAT

VICTOR FREIRE DE OLIVEIRA:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus. Servidor Público na Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA.

JOÃO CHAVES BOAVENTURA⁵⁸

(orientador)

RESUMO: A preocupação básica do presente artigo é demonstrar a finalidade do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre – DPVAT, que visa ressarcir a vítima em três casos: morte, invalidez permanente (total ou parcial) e despesas de assistência médica. Ademais, busca-se esclarecer questões recentes sobre sua possível extinção e suspensão. Este artigo tem como objetivo analisar a de forma ampla os motivos pelos quais grande parte da população desconhece esse benefício e direito. Realizou-se pesquisas bibliográficas, tendo como referência os materiais e informações do âmbito do direito de trânsito, procurando evidenciar a evolução histórica e legislativa do seguro.

Palavras-chave: DPVAT. Evolução histórica. Legislação. Extinção. Suspensão.

1.INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a finalidade do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre – DPVAT, esclarecer questões atuais envolvendo o referido seguro e compreender por que a população em geral brasileira não tem conhecimento desse benefício principalmente as classes sociais menos favorecidas do qual tem direito.

O artigo 5º da lei que rege este seguro estabelece que o pagamento da indenização deverá ser efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

⁵⁸ Orientador: João Chaves Boaventura, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA, Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM, Pós-Graduado em Ciências Criminais na Universidade Luterana de Manaus, Professor no Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

O seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres é possui natureza jurídica de responsabilidade civil e possui características distintas dos demais seguros disciplinados pelo Código Civil, entre as quais podemos destacar o seu caráter obrigatório.

Tradicionalmente, janeiro é o mês em que os motoristas tomam as providências no sentido de efetuar o pagamento das despesas relativas aos seus automóveis, especificamente do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), do licenciamento e do seguro obrigatório (DPVAT).

Como se sabe, o IPVA é o imposto incidente sobre a propriedade de veículos em geral. O licenciamento, por sua vez, é um procedimento anual obrigatório, que tem o condão de confirmar a aptidão dos automóveis para circular nas vias. O DPVAT é pago junto com o IPVA e parte do seu valor é repassado para os Ministérios da Saúde e das Cidades, para pagamento das despesas acidentais.

Contudo, os proprietários pouco sabem a respeito do seguro DPVAT, tanto no que tange à sua natureza jurídica, quanto em relação aos direitos que adquirem ao efetuarem o seu pagamento anualmente.

Assim, o presente artigo apresenta um breve estudo sobre o instituto desse seguro obrigatório ainda desconhecido por grande parcela da sociedade, evidenciando a sua importância, observando seu caráter social. Procurou-se apresentar pontos relevantes para os beneficiários deste.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Regulamentação do Seguro DPVAT

Regulamentado pela lei 6.194/74, posteriormente alterada pela lei 8.441/92, o DPVAT tem natureza jurídica de seguro, de caráter obrigatório, que garante às vítimas, familiares, cônjuge, companheiro e/ou dependentes indenização nos casos de morte, invalidez permanente e/ou reembolso de despesas médicas comprovadas, decorrentes de acidentes de trânsito. Vale dizer que o seguro cobre danos pessoais ou morte de motoristas ou passageiros, independentemente de apuração dos culpados, nos termos do artigo 5º, da legislação mencionada. Em relação aos valores das indenizações, o artigo 3º, da legislação, define que, na hipótese de morte por acidente automobilístico, o beneficiário, seja ele herdeiro, cônjuge e/ou companheiro da vítima, terá direito a indenização no valor de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais). A mesma quantia será devida à vítima, caso o acidente resulte em invalidez permanente total, e percentual sobre ela, na hipótese de tratar-se de invalidez parcial.

2.2 Tramitação da Medida Provisória 904/2019 e o fim do Seguro DPVAT

O Governo Federal, sobre a alegação de que o Tribunal de Contas da União (TCU) havia verificado que o cálculo do prêmio do DPVAT incorporou, entre 2008 e 2018, despesas irregulares de aproximadamente R\$ 440 milhões de reais e isso tornou o prêmio mais caro para os proprietários de veículos, editou a Medida Provisória nº 904/2019.

A citada Medida Provisória dispunha sobre a extinção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres - DPVAT e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por suas Cargas - DPEM, de que trata a alínea "I" do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 e entraria em vigência no dia 01 de janeiro de 2020.

No entanto, no dia 20 de novembro de 2019, o partido político Rede Sustentabilidade ingressou com Ação Direta, com pedido de medida cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal (STF) objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória editada pelo Governo, sob o fundamento de que a mesma viola os artigos 37, 62, 194 e 196 da Constituição Federal e o art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Fundamentou ainda, que o DPVAT oferece coberturas para danos por morte, invalidez permanente e reembolso de despesas médicas e hospitalares. Além disso, que, no seguro obrigatório, estão presentes elementos dos seguros privados, o que, em seu entender, evidenciaria que o seguro é relevante instrumento de proteção social. Sustentando, ainda, a relevância social do seguro, porquanto apenas 20% da frota brasileira possui seguro privado e recursos arrecadados são destinados ao financiamento do SUS, aos programas de educação no trânsito e ao pagamento de indenizações acidentárias.

No dia 20 de dezembro de 2019, o Tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar pleiteada pelo partido Rede Sustentabilidade, para suspender os efeitos da Medida Provisória 904/2019.

Ao julgar o mérito da ADI 6.262, em 23 de setembro de 2020, o Ministro Relator Edson Fachin verificou que a Medida Provisória 904, de 11 de novembro de 2019, perdeu sua eficácia nos termos do art. 62, § 3º, da Constituição Federal, casos nos quais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que "uma vez cessada a vigência da medida provisória, pelo decurso *"in albis"* do prazo constitucional, opera-se, ante a superveniente perda de objeto, a extinção anômala do processo de ação direta de inconstitucionalidade" (ADI 293-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.06.1993) e julgou prejudicada a ação direta.

Dessa forma, tem-se que a Medida Provisória 904, de 11 de novembro de 2019, nunca entrou em vigor e, por conseguinte, não se operou a extinção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres – DPVAT, sendo o benefício válido atualmente.

2.3 Suspensão da cobrança do Seguro DPVAT

Conforme explicado no parágrafo anterior, o DPVAT não chegou a ser extinto pelo Governo Federal por força de decisão do Supremo Tribunal Federal que suspendeu a sua eficácia na ADI 6.262 e por, posteriormente, ter ocorrido a sua caducidade.

No entanto, de acordo com a Superintendência de Seguros Privados (Susep), autarquia vinculada ao Ministério da Economia, o DPVAT 2021 não deve ser cobrado aos condutores. E está isenção deverá ser estendida até 2022.

Isso se dá porque, em 2020, foi decidido o fim da **Seguradora Líder**, a responsável pelo Seguro de Danos Pessoais por Veículos Automotores Terrestres (DPVAT). A informação foi anunciada após a dissolução do consórcio DPVAT, que era formado por 36 seguradoras. Dessa forma, a Seguradora Líder deixa de administrar o seguro, de modo que, foi aprovado no dia 29 de dezembro de 2020, o prêmio zero para o seguro DPVAT 2021 e, possivelmente, 2022.

A decisão foi tomada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), do Ministério da Economia. Segundo informações da Superintendência de Seguros Privados (Susep), a decisão de tornar o seguro obrigatório gratuito no ano corrente foi tomada porque o DPVAT tem recursos suficientes para as operações de 2021 e 2022. Assim, tem-se que o seguro não foi extinto, ou seja, os beneficiários continuarão a ser atendidos e quem tem dívidas deverá quitá-las.

2.4 Do recebimento do seguro DPVAT

O seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres é um seguro de responsabilidade civil e possui características distintas dos demais seguros disciplinados pelo Código Civil, entre as quais podemos destacar o seu caráter obrigatório.

O seguro DPVAT visa ressarcir a vítima em três casos: morte, invalidez permanente (total ou parcial) e despesas de assistência médica. Não há cobertura para danos de caráter material. Devido ao seu caráter obrigatório, o valor relacionado ao seguro é pago quando do licenciamento do veículo automotor, e abrange tanto aquele que se encontra no veículo, como também o pedestre que é vítima e se insere em qualquer das hipóteses de recebimento. O valor é pago por pessoa vitimada e varia de

acordo com a situação. Havendo morte o valor a ser pago é de \$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), podendo chegar ao mesmo valor em casos de invalidez permanente.

No caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas, o valor pode chegar até R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), não havendo reembolso em nenhum dos casos se o atendimento foi realizado pelo SUS. A lei 6.194/74 é a que regulamenta o seguro DPVAT, tendo sido recentemente alterada pela lei 11.945/2009 onde se inseriu regras mais específicas visando sanar lacunas que muitas vezes desvirtuava a finalidade principal do seguro que é a reparação do dano. Discutia-se muito antes dessa alteração o valor a ser pago nos casos de invalidez parcial, pois se tomavam como base uma tabela criada pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) que muito foi contestada em ações contra as seguradoras no que diz respeito a sua validade. Esse problema também foi resolvido com o advento da lei 11.945/2009.

O artigo 5º da lei do seguro DPVAT estabelece que o pagamento da indenização deverá ser efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado. Quaisquer das seguradoras privadas podem ser acionadas pela vítima para o pagamento do seguro quando da ocorrência do dano.

Laudos médicos também poderão ser exigidos, especialmente na hipótese de se tratar de invalidez permanente. Vale lembrar que a lei também determina que seja comprovada a relação entre o acidente e as lesões ou a morte, seja por algum dos documentos acima mencionados ou por qualquer outro capaz de demonstrar o nexo de causa e efeito.

É importante esclarecer que não estão cobertas pelo seguro apenas vítimas transportadas, mas também terceiros não transportados vitimados pela ocorrência de acidente automobilístico, nos termos do art. 6º, § 1º, da referida lei. O prazo para o beneficiário dar entrada no pedido de indenização é de 3 (três) anos, contados da data do acidente, em um dos postos relacionados no site do DPVAT.

Por fim, é importante também deixar claro que o seguro obrigatório DPVAT não cobre prejuízos a bens materiais, decorrentes de roubo, furto, colisão ou incêndio tampouco despesas oriundas de ações judiciais movidas contra o causador de acidente.

2.5 Da prescrição do Seguro DPVAT

Conforme entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT) prescreve em 3 anos. Atualmente, esse entendimento encontra-se na Súmula 405 do STJ com a seguinte inteligência: “A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos” (BRASIL, 2009).

A depender do tempo decorrido entre a data do acidente e a data da vigência do Novo Código Civil que se deu em janeiro de 2003, o prazo de 3 anos pode variar para um maior. Explica-se mais adiante.

Os acidentes ocorridos após a vigência do novo código o prazo é de 3 anos, seguindo o que dispõe a súmula. No entanto, aos acidentes ocorridos antes da vigência do novo Código o prazo pode ser de 3 ou 20 anos. O artigo 2.028 do CC traz uma regra de transição estabelecendo que: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada” (BRASIL, 2002).

No antigo Código Civil as ações pessoais prescreviam em 20 anos, tendo sido reduzido para 10 anos pelo Código atual. Seguindo o que dispõe a regra de transição, prescreve em 20 anos se da ocorrência do fato e a entrada em vigor do Código de 2002 (que ocorreu somente em janeiro de 2003) tiver passado mais da metade do prazo existente no código anterior, que era de 20 anos. Em outras palavras seria necessário o mínimo de 11 anos entre a ocorrência do fato e a vigência do novo diploma, aplicando-se nos demais casos o mesmo prazo de 3 anos e não a de 10 devido a regra específica prevista no artigo 206, § 3º inciso IX do CC, ainda que para os fatos ocorridos antes da vigência do novo código.

Por exemplo, se o fato ocorreu em 1995 para 2003 (vigência do novo código civil) passaram-se apenas 8 anos, então o prazo prescricional será de 3 anos. Outras tantas, se o fato ocorreu em 1986 para 2003, passaram-se 17 anos (mais da metade do prazo da lei anterior que era 20 anos) e por isso o prazo prescricional será de 20 anos.

2.6 Ausência de veiculação de informações sobre o Seguro DPVAT

O direito ao recebimento do seguro obrigatório DPVAT ainda é desconhecido por grande parte da sociedade. A falta de informação sobre o benefício e, até mesmo, o desconhecimento da existência faz com que as vítimas acabem perdendo o benefício.

Além da perda do benefício, grande parte da população também acaba lidando com golpes, pois pessoas se dispõem a ajudar a vítima de acidente a conseguir o seguro e cobram determinada porcentagem do valor que será recebido. Gente que desconhece as regras é fisgado pela promessa de atravessadores que cobram

comissões ilegais para liberar o dinheiro do DPVAT (GLOBO, 2014). O acidentado, acaba por se tornar vítima duas vezes, uma do acidente e outra de golpistas, que cobram por um serviço que é oferecido de forma gratuita a todo e qualquer cidadão.

Outra prática que vem se tornando comum nos hospitais e que acabam se tornando um obstáculo para o recebimento do benefício, é a cobrança pelo prontuário médico, fato que é totalmente ilegal e imoral, tanto em hospitais particulares, quanto em hospitais públicos.

Dessa forma, é importante destacar que o seguro DPVAT é dotado de uma função social, como bem reconhece Rafael Tárrega Martins:

“O seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres DPVAT, diferentemente de outras espécies de seguro, é dotado de função social altamente relevante, sobretudo quando se analisa com requinte de detalhes os valores pertinentes a sua finalidade” (MARTINS, 2003, p. 25).

Com isso, têm-se que a falta de divulgação por meios acessíveis à população torna o seguro um mistério para grande parte dos brasileiros, de forma que se não é acessível, a função social do seguro não é atingida em sua totalidade.

Portanto, salienta-se que não basta somente criar direitos, é necessário também garantir a conscientização da população a respeito deles através de ampla divulgação, o que não ocorre no caso do DPVAT.

3. CONCLUSÃO

De forma conclusiva, o presente artigo procurou evidenciar e esclarecer questões concernentes a finalidade do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre –DPVAT, bem como esclarecer questões atuais que ficaram obscuras em relação ao mesmo após a divulgação de um possível fim do seguro após a edição da Medida Provisória 904/2019, o que tornou a inteligência do benefício por parte da população ainda mais dificultosa.

É cediço que a produção científica não deve limitar-se a informar a comunidade acadêmica, mas deve atingir e beneficiar a sociedade em geral. Nesse sentido, é importante que se realizem trabalhos que visem esclarecer direitos pouco conhecidos e, até mesmo, mal aproveitados pela população.

Nota-se, que o a função social do seguro DPVAT é de extrema importância, pois é uma forma de garantir assistência mínima às pessoas vítimas de acidente de trânsito, de forma que se pode asseverar, mesmo que por um curto período de tempo, a subsistência do acidentado para a sua melhor recuperação.

No entanto, para que haja garantia plena do cumprimento da função social do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, é necessário que a população em geral seja conscientizada sobre a existência desse direito através da veiculação de informações sobre o mesmo nos mais diversos meios de comunicação ou por outros meios que sejam viáveis aos Entes responsáveis por sua aplicação.

4.REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974.** Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. Brasília: DF, Presidência da República [1974]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6194.htm. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. **Lei nº 11.945, de 4 de junho de 2009.** Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11945.htm. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. **Medida provisória nº 904, de 11 de novembro de 2019.** Dispõe sobre a extinção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres - DPVAT e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por suas Cargas - DPEM, de que trata a alínea "I" do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Brasília: DF, Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/Mpv/mpv904.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%20904%2C%20DE%2011%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202019&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20extin%C3%A7%C3%A3o%20do,l%E2%80%9D%20do%20caput%20do%20art.. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: DF, Presidência da República [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 405.** A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos. Brasília: DF; Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5338/5462>. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Peno]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.262**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5817441>. Acesso em 15/04/2021.

ATRAVESSADORES cobram comissoes ilegais para liberar dinheiro do dpvat.

Jonal da Globo, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/08/atravessadores-cobram-comissoes-ilegais-para-liberar-dinheiro-do-dpvat.html>. Acesso em 15/04/2021.

MARTINS, Rafael Tárrega. Seguro DPVAT – **Seguro Obrigatório de Veículos Automotores de Vias Terrestres** – 4º ed. Editora Servanda, 2003, p. 25

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO FAMILIAR E DO DIREITO SISTÊMICO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

BEATRIZ PINTO DA GAMA PEREIRA:

Bacharelanda do curso de Direito da
Universidade Estácio de Sá

MÔNICA CAVALIERI FETZNER AREAL

(orientadora)

Resumo - O presente trabalho tem por objetivo analisar a eficiência da mediação familiar e do direito sistêmico nos conflitos da alienação parental, com o intuito de obter dados sobre a utilização das metodologias no âmbito familiar. Ademais, observar os resultados negativos da realização da alienação parental na vida da criança e como isto afeta no relacionamento dos pais. Ainda, busca demonstrar a efetividade de ambas quando para desoprimir o sistema judiciário. Possuindo como metodologia a pesquisa bibliográfica utilizando-se de fontes teóricas como meio resolutivo da problemática-tema. Usou-se de pesquisa empírica em análise direta de leis, entrevistas e dados referente ao tema.

Palavras-chave - Alienação parental. Mediação familiar. Constelação familiar. Direito sistêmico. Direito de família.

Sumário - 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Mediação como forma de resolução de conflitos. 2.1.1 Mediação familiar. 2.1.2 Mediação: Uma forma de desoprimir o judiciário. 2.2 Direito sistêmico: a constelação familiar como forma de resolução de conflitos. 2.2.1 Metodologia da constelação familiar. 2.2.2 Constelação familiar e seus benefícios no Brasil. 2.3 Alienação parental. 2.3.1 A lei 12.318/10 e o estatuto da criança e do adolescente. 2.3.2 Como uma criança é afetada na ocorrência da alienação parental em sua vida?. 2.4 A mediação familiar e o direito sistêmico como forma de combater a alienação parental. 3 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A inexistência de comunicação no âmbito familiar traz inúmeros resultados, e um deles é o término do relacionamento conjugal. É um fato que envolve a todos os familiares e em especial crianças e adolescentes, as quais são definidas como as mais vulneráveis do todo.

Diante disso, constata-se que os pais ao praticarem o fenômeno da alienação parental não compreendem os possíveis danos que acarretarão aos filhos, tampouco que esses danos serão vividos pelos mesmos durante toda a vida. O estudo do

fenômeno da parentalidade passa a ser prioritário na análise das relações familiares, atribuindo novas feições e novas funções aos integrantes das famílias.

A ocorrência da alienação parental passou a auferir recente atenção diante das novas formações dos laços familiares, gerando maior aproximação entre pais e filhos. Tendo sua descrição apresentada como um transtorno vivido ainda na infância ou adolescência devido a uma separação conjugal, cujo objetivo do pai alienador é para o filho denegrir, rejeitar e odiar o outro.

Visto que o acúmulo de demandas, a morosidade, a onerosidade e a insatisfação impulsionam a busca de outras formas de resolução de conflitos, o uso da mediação familiar tem se mostrado um importante recurso no que concerne a melhoria da qualidade de conversação entre as partes envolvidas. Com técnicas que visam o uso da empatia, do reconhecimento da responsabilidade das partes e a legitimação de sentimentos, é possível provar que estes são capazes de diluir um diálogo diplomático entre si e, oportunamente, obter uma resolução comedida para o problema.

Também, a constelação familiar tem demonstrado ser benéfica e seus métodos satisfatórios, visto que é um movimento que possibilita o autoconhecimento, o amadurecimento emocional e o empoderamento pessoal. Hoje, a visualização sistêmica do conflito não inclui só o indivíduo que buscou resolvê-lo, mas todos os membros que compõe sua família. Ainda, acredita-se que como método sistêmico fenomenológico, o objetivo principal torna-se descobrir a origem do conflito, na medida em que, ao não chegar na origem e não dar um resultado satisfatório que o resolva, o judiciário sofrerá cada vez mais com o aumento de demandas, devido à falta de contentamento da parte com a sentença dada pelo juiz.

Ao analisar o tema no que concerne ao contexto sociológico, além de buscar provar os benefícios da mediação e da constelação familiar como forma de enfrentamento ao fenômeno da alienação parental, o presente estudo visa mostrar o resultado negativo causado na criança e no adolescente vítimas da alienação parental sofrida, apresentando as técnicas da mediação e da constelação familiar como forma de resolução de conflitos.

Ainda, pretende-se estudar uma forma de proteger o menor da violência doméstica e psicológica, sem implicar-se no âmbito da violência institucional por meio da medicalização e da dominação do Estado, implantando medidas como a mediação familiar e a constelação familiar como forma resolutiva dos conflitos existentes. Além de buscar entender a legislação pertinente que trata da alienação parental, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal Brasileira.

Por fim, a metodologia utilizada no estudo foi a pesquisa bibliográfica que se deu por meio de artigos, notícias e entrevistas encontradas em âmbito virtual além de

reportagens publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Ainda observando o trabalho dos tribunais estaduais e páginas de profissionais da área jurídica adeptos à ciência de Bert Hellinger, além dos resultados atingidos com a aplicação da abordagem sistêmica e as constelações no Poder Judiciário no Direito de Família que foram publicadas em artigo virtual pelo juiz Sami Storch, demonstrando sua experiência pessoal na vara de família na Comarca de Castro Alves/BA.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde os primórdios os seres humanos se encontram em meio a conflitos. Conflitos violentos, dramáticos, dolorosos e por vezes, difíceis de serem resolvidos de forma diplomática. É natural que ao se sentir lesado, o indivíduo busque ser compensado, de maneira que, o conflito se resolva a partir desta ação.

Entretanto, para que isso ocorresse de forma harmoniosa, sucederam-se anos. Com o tempo, a forma que a sociedade humana elaborou para gerir um conflito se tornou eficaz, criando de maneira estruturada opções, que vão além do procedimento comum para tentar resolver conflitos, dentre elas, a mediação.

É importante ressaltar que, o conflito nem sempre se caracteriza nocivo, para Lisa Parkinson, mediadora e atualmente vice-presidente da Associação de Mediadores da Família na Inglaterra e País de Gales explica o conflito como uma força necessária para que as pessoas possam crescer e mudar. Pois, sem conflitos, a vida seria fastidiosa.⁵⁹

Se torna relevante saber se o conflito é maneado. Se gerido de forma cuidadosa, não precisa destruir indivíduos nem comunidades, ou o relacionamento entre eles, uma vez que o esforço que é produzido num conflito pode ser absorvido de forma inteiramente construtiva.

Em nosso ordenamento jurídico, é possível observar o conceito de mediação descrito pela Lei nº 13.140, art 1º, a saber:

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que,

⁵⁹ PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.⁶⁰

Ainda, Parkinson elucida a origem da palavra mediação, derivada do latim *medius, medium* que em português significa “no meio”, mediação nada mais é do que “processo de colaboração para a resolução de conflitos”, onde as partes em litígio serão ajudadas por uma terceira pessoa, com o simples fim de se comunicarem e chegarem à sua própria solução, igualmente aceita.

Além disso, a autora foi clara quanto as técnicas usadas pela Mediação, pontuando a ajuda que as partes recebem dos mediadores ao motivá-los explorar opções disponíveis que, se possível, atinjam a satisfação dos interesses envolvidos. Dado que, os participantes são ajudados a chegar às suas próprias decisões voluntariamente conhecendo totalmente a causa, sem o uso de ameaças ou pressões uns dos outros e sem instruções por parte do mediador.⁶¹

Posto isto, o mediador não influencia os resultados, mas sim o curso de negociação, deixando notória a importância do uso dos princípios indicados pelo método, que rege a Lei de Mediação, em seu art. 2º:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

III - oralidade;

IV - informalidade;

V - autonomia da vontade das partes;

VI - busca do consenso;

VII - confidencialidade;

60 BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de Junho de 2015**. Art. 1º, Art. 2º da Lei de Mediação (online) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 Abr 2020.

61 PARKINSON, *op. cit.*, 2016.

VIII - boa-fé.⁶²

Evidencia-se que os princípios têm uma função importante, pois são deles que as normas encontram sua sustentação. O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello elucida princípio como um mandamento nuclear de um sistema, ou verdadeiro alicerce dele, que se torna uma disposição fundamental irradiada sobre diferentes normas, compondo assim o espírito e sentido para sua clara compreensão.⁶³

Isto é, os princípios norteiam o mediador a como desempenhar o seu trabalho de forma concisa e adequada, analisando as particularidades de cada caso com a devida atenção, cooperando na administração das emoções envolvidas.

2.1.1 MEDIAÇÃO FAMILIAR

Segundo o dicionário Aurélio, família significa:

s.j: Grupo das pessoas que compartilham a mesma casa, especialmente os pais, filhos, irmãos etc.; Pessoas que possuem relação de parentesco; Grupo de pessoas que compartilham os mesmos antepassados; Grupo de indivíduos com qualidades ou particularidades semelhantes.⁶⁴

Este grupo, historicamente ligado a uma instituição inicialmente construída pela figura patriarcal, foi se transfazendo ao longo dos anos, da mesma maneira que a sociedade em que vivemos. E com isso, o avanço e as mudanças significativas no tocante a sua estruturação trouxeram a imprescindibilidade de mediar.

Diferentemente da mediação convencional, a mediação familiar é voltada para casos exclusivamente familiares, relacionados ao divórcio, dissolução de união estável, a pensão alimentícia, guarda de menores ou investigação de paternidade, etc.

A necessidade de mediar um conflito familiar, muitas vezes se extrai da impossibilidade de manter um diálogo amigável entre os pais, que devido as emoções

62 BRASIL. *op. cit.*, 2015.

63 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

64 AURÉLIO. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5^o ed. Positivo, 2010.

a flor da pele, desgastados física e mentalmente, direcionam o problema para os filhos, gerando um conflito ainda mais difícil de ser resolvido.⁶⁵

Dito isto, se torna pertinente ressaltar o parecer de Giselle Groeninga ao comentar que relacionado a mediação familiar, tal metodologia intensifica o dever de busca pela consciencialização da paternidade como um fator principal no quesito de desenvolvimento não só da criança, mas também dos próprios pais, no quesito adultos exercendo o papel de pai e mãe.⁶⁶

Pois se torna de suma importância a consideração dos seus papéis parentais, e a preocupação com o bem-estar dos filhos. Tendo, não só a chance de lidar com seus afetos, reorganizando suas emoções para aprenderem a lidar com o luto da separação, mas também a continuidade de par parental.

Para Julieta Arsênio, psicóloga e perita judicial, em muitos casos, o que ocasionou o conflito foi a dificuldade de poder conversar ou a imprecisa interpretação do que foi dito; assim, o trabalho que o mediador tem é fazer com que as partes reconstruam a comunicação, ou seja, fazer com que seja encontrado o real interesse das partes, viabilizando o entendimento de que uma deve “escutar” a outra. Ainda, para a autora, a comunicação envolvida é verbal, mas também não-verbal como o olhar, as expressões. Por isso, contrariando os princípios da imparcialidade e neutralidade, o mediador precisa saber que a sua opinião ou, a sugestão de uma solução, pode ser indicativa.⁶⁷

De acordo com o Colégio de Mediadores Familiares do Reino Unido, a mediação familiar tem sido colocada como um processo onde uma terceira pessoa imparcial auxilia os envolvidos em uma ruptura familiar, e em especial, casais nas vias de separação ou divórcio, a se comunicarem melhor entre si e assim atingir de comum acordo, com base em informação adequada, as suas próprias decisões às questões relativas a separação, divórcio, filhos ou propriedades.⁶⁸

65 ARAÚJO, Ana Katia de França. **Mediação familiar: uma análise na separação de casais com filhos** (online). Jul 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/mediacao-familiar-uma-analise-na-separacao-de-casais-com-filhos/>>. Acesso em: 14 Mar 2020.

66 SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação familiar em casos de alienação parental** (online). Dez 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-95/mediacao-familiar-em-casos-de-alienacao-parental/>>. Acesso em: 25 Abr 2020.

67 ARSÊNIO, Julieta. A Mediação como facilitador dos processos judiciais. In: SILVA, D.M.P. (coord.) **Psique Edição Especial – Psicologia Jurídica**. São Paulo: Escala, ano I, nº 5, p.38-44, 2007.

68 PARKINSON, Lisa. **Mediación Familiar Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas**. Barcelona: Gediza Editorial, 2005.

Acerca do assunto, o Poder Judiciário de Santa Catarina antecipou-se, criando a RESOLUÇÃO N. 11/2001 – Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que dispõe sobre o Serviço de Mediação Familiar (SMF). analisando a mediação familiar como uma:

“Experiência vitoriosa em diversos países com a utilização de métodos alternativos e não adversariais de resolução de conflitos interpessoais, entre eles a mediação, inclusive no campo do Direito de Família ainda, que, não raro, as soluções encontradas por esse meio mostram-se menos traumatizantes para as partes, pois as posições antagônicas são harmonizadas, não havendo quem ganhe ou quem perca - Juiz Guilherme de Loureiro, "A Mediação como forma alternativa de solução de conflitos", RT 751/94.69

A Resolução nº 11/2001 entrou em ação visando estabelecer um serviço apropriado e atinente às ações familiares, inerente a participações de integrantes do poder judiciário, instituições e órgão de comunidade ou outros técnicos como discorre seu art. 1º, dentre estes, psicólogos, pedagogos e advogados que se mostrassem, de forma gratuita, empenhados em acolitar com o serviço.

Não obstante, frisou-se a sobriedade convinda em estruturar equipe com caráter interdisciplinar, apta a desenvolver o trabalho sob todos esses aspectos, (Resolução nº 11/2001, art 2º) uma vez que, irão lidar com emoções e conflitos complexos, sob a proteção do princípio da confidencialidade, pelo qual será mantido em sigilo o serviço de mediação, sempre resguardando o interesse das partes.

2.1.2 MEDIAÇÃO: UMA FORMA DE DESOPRIMIR O JUDICIÁRIO

A busca pela excelência e agilidade na resolução de conflitos fez nascer novas alternativas para evitar a morosidade processual. A Resolução CNJ nº 125, de 2010 foi uma delas, explicando sobre a política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses. Seu objetivo principal é, segundo o texto da resolução, assegurar a todos o direito de solução dos conflitos, através de meios congruentes à sua natureza e individualidade.⁷⁰

69 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Mediação Familiar: Formação de Base.** Maio 2004. Disponível em:

<<https://www.tjsc.jus.br/documents/936811/1474713/Apostila+de+Forma%C3%A7%C3%A3o+Base/e7c7be6f-6c27-4e7e-a63e-e7f576c47aea>>. Acesso em: 20 Abr 2020.

70 CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE SÃO PAULO. **RESOLUÇÃO Nº 125** (online). Nov 2010. Disponível em: http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf Acesso em: 15 de Mar 2020.

Segundo o Secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Caetano, cerca de 90 milhões de processos possuem uma duração média de 10 anos para serem concluídos. Com isso, a mediação surgiu para evidenciar a mudança na cultura litigiosa do Brasil, dando segurança jurídica para as partes que desejam dar fim ao conflito existente.⁷¹

Estimular a existência de um judiciário mais célere reduz as demandas no judiciário, e ajudam na expansão da possibilidade de novos empregos, posto que, segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2013, a Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam) proporcionou 2 mil vagas para o I Curso Básico de Mediação à Distância, que inicialmente focava em quem tinha experiência em mediação ou conciliação ou que pretendia atuar nessa área.⁷²

Em 2020, a repercussão da Resolução 125 desenvolveu inúmeras turmas, em diversos Estados. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o curso de Formação de Conciliadores e Mediadores Judiciais reuniram em duas turmas, juntas totalizando o número de 84 servidores dos Tribunais de Justiça do Amapá (TJAP), de São Paulo (TJSP), do Espírito Santo (TJES), do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) e o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (TRT20 – Sergipe). A Escola Paulista da Magistratura em São Paulo (EPM) disponibilizou em fevereiro de 2020, 100 vagas presenciais. Ainda, a Univesp proporcionou 371 vagas para mediadores e supervisores presenciais em 2020.⁷³

Ademais, a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), se mostrou uma medida de sucesso em relação a metodologia auto-compositiva. Tais centros aconselham as partes na busca pela mediação e conciliação como alternativa para solucionar seus conflitos. Segundo o anuário estatístico do CNJ, Justiça em Números 2018, 982 Cejuscs estavam em funcionamento no Brasil, gerando 3,7 milhões de acordos homologados pela Justiça. O número equivale a 12,1% de todos os 31 milhões de sentenças ou decisões terminativas emitidas pelos magistrados brasileiros no ano passado.⁷⁴

Dito isto, é inescusável o questionamento feito pela conselheira do CNJ, Dalcide Santana, que alertou claramente sobre a necessidade de capacitação de mais

71 TOSCANO, Camilo; MURADI, Laura; DE CARVALHO, Allan. **Marco da mediação poderá desafogar judiciário** (online). Out 2013. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/marco-da-mediacao-podera-desafogar-judiciario>>. Acesso em: 09 Mar 2020.

72 CORDEIRO, Edilene. **CNJ, Enam e MJ promovem primeiro curso básico de mediação a distância** (online). Ago 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-enam-e-mj-promovem-primeiro-curso-basico-de-mediacao-a-distancia/>. Acesso em: 20 de Mar 2020.

73 *Ibid.*, 2013.

74 BANDEIRA, Regina. **Conciliação: mais de três milhões de processos solucionados por acordo** (online). Ago 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/conciliacao-mais-de-tres-milhoes-de-processos-solucionados-por-acordo/>>. Acesso em: 07 Abr 2020

mediadores e para a mudança de referência acerca dos incontáveis serviços que a Justiça pode oferecer pois, para ela, existem inúmeros meios pacíficos que se pode oferecer ao cidadão, então porquê focar apenas na medida de sentença?⁷⁵

Os procedimentos consensuais sugerem outra forma de compreender e aludir conflitos. Uma forma melhor do que a promessa de solução mais rápida e menos onerosa se comparado aos processos judiciais, pois partem do entendimento de que uma desavença, nascida através de fatos fortuitos ou em razão de relacionamentos, encontra melhor desfecho quando solucionada de forma que as partes envolvidas estejam trilhando de um caminho que lhes possibilite o diálogo. Ou seja, ao lançar este questionamento Dalcide Santana, deixou claro que é impossível enunciar o princípio da eficiência no Judiciário com o grande volume de processos em andamento, sem pensar em soluções pacíficas como a mediação.

2.2 DIREITO SISTÊMICO: A CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Surgindo na mesma década que a Alienação Parental, nos anos 80, a constelação familiar é uma metodologia criada pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger, estudioso que conviveu 16 anos em uma tribo na África do Sul, a chamada Tribo dos Zulus. Durante o tempo em que ficou alojado, estudou profundamente as inúmeras correntes dentro da psicologia, fato que os fez chegar à conclusão de que os seres humanos estão diretamente conectados aos seus antepassados através de uma energia, por meio de um campo morfogenético.

De acordo com Hellinger, tal vínculo faz com que os familiares tenham em si informações que fizeram parte da experiência de outros parentes, embora esses parentes já tenham morrido. Em razão disso, a vivência destes antepassados cria uma condição de memória que pode ser passada através da genética para seus filhos, netos e etc. intervindo indiretamente na vida dos descendentes. Por essa razão, se torna evidente o poder que os problemas afetivos têm par que sejam consequências de alguma situação vivida, pelos seus antepassados.⁷⁶

Dito isto, a base da constelação se perfaz no encontro de inúmeras áreas do conhecimento que através dos estudos de Hellinger, ajudaram na criação desta metodologia terapêutica de resolução de conflitos, alguns exemplos são a Gestalt terapia, a programação neurolinguista, as estruturas familiares de Virgínia Satir, dentre outros.

⁷⁵ MONTENEGRO, Manuel & ANDRADE, Paula. **Dias Toffoli defende superar cultura do litígio por meio da mediação** (online). Set 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dias-toffoli-defende-superar-cultura-do-litigio-por-meio-da-mediacao/> Acesso em 20 de Mar de 2020.

⁷⁶ HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. 2ª ed. – São Paulo: Cultrix, 2003.

Ainda, a constelação familiar é regida pelos seguintes princípios: o princípio do pertencimento, o princípio da compensação e o princípio da ordem, chamados de leis do amor. O primeiro traz a ideia de que todos pertencem, não importa de quem sejam. Filhos, pais, avós, irmãos, etc, todos pertencem a um mesmo campo de energia morfogênético.

O segundo é relacionado ao fator de equilíbrio, entre o dar e o receber. Ação bem comum, por exemplo, ocorre de em uma relação marital só um oferecer, enquanto o outro apenas recebe, e em um determinado momento o que recebeu se sente devedor. Porém, a realidade é que ninguém gosta de estar na posição de devedor.

Enfim o terceiro princípio que flui para a ordem das coisas, ou resumidamente, qual o lugar certo das coisas e das pessoas dentro de um sistema. Cada pessoa tem um lugar certo naquele grupo. Aqueles que vieram primeiro tem precedência.

Renomeada por Sami Storch, juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o magistrado se dedica aos estudos da filosofia Hellinger e das constelações familiares desde 2004, tornando-se o autor da nomenclatura "Direito Sistêmico", e prógono na aplicação das constelações familiares no sistema judiciário do Brasil. Para ele, tal metodologia busca a resolução dos conflitos baseadas nas ordens superiores que regem as relações humanas.⁷⁷

Storch na sua trajetória como jurista, primeiro na advocacia e depois na magistratura, percebeu que os relacionamentos humanos nem sempre se orientam pelas leis positivadas pois têm origem em questões mais profundas do que os fatos trazidos aos autos de um processo judicial. Segundo o jurista, o direito sistêmico conceitua partes de conflitos equivalentes membros de um sistema semelhantes, pressupondo uma visão em que cada uma delas está vinculada a outros sistemas dos quais conjuntamente façam parte como a religião, a família e busca encontrar a solução que, no fim, traga máximo equilíbrio.⁷⁸

De acordo com essa nova abordagem de resolução de conflitos, os inúmeros problemas vividos (bloqueios, traumas, etc.) por um indivíduo se tornaram derivantes de fatos passados tanto na vida do mesmo como na de sua família deixando de certa forma uma marca no sistema familiar.

⁷⁷ STORCH, Sami. **Direito Sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos** (online). Jun 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistêmico-e-uma-luz-solucao-conflitos>>. Acesso em: 02 Mar 2020.

⁷⁸ *Ibid.*, 2018.

Storch explica as constelações familiares como um trabalho onde pessoas são convidadas a simbolizar membros da família de uma outra pessoa, qual seja o cliente e, ao serem posicionadas umas em relação às outras, expressam os sentimentos como as próprias pessoas representadas de forma impressionante, ainda que não as conheçam. A partir deste momento vem à tona os fatos ocultos no que causaram transtornos ao cliente, mesmo que relacionados a fatos ocorridos em gerações passadas, inclusive fatos que ele desconhece.

Assim, torna-se possível que sejam desfeitos os emaranhamentos, definindo uma ordem, propiciando a união com os familiares do passado, e assim trazendo consigo o alívio a todos os membros da família, fazendo desaparecer a necessidade inconsciente do conflito, difundindo a paz.⁷⁹

2.2.1 METODOLOGIA DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR

As formas de uso da metodologia variam, sendo trabalhada antes de uma sessão de mediação, a constelação familiar é trabalhada com a ajuda de grupos individuais, ou grupos convencionais, com várias pessoas, podendo ser abordada em ambientes naturais, no uso de uma simples entrevista, ou na água, com qualquer tipo de objeto. A intenção é facilitar a visão das partes sobre o conflito, através de representações e dinâmicas, instigando assim o inconsciente da parte a visualizar espacialmente o problema. Vale frisar que, a parte é quem dá vida a representação, abordando os personagens, e possíveis complementos do conflito.

Sendo assim, recomenda-se que seja apresentada uma questão a ser trabalhada pelo respectivo cliente. Sua definição poder ser ajudada pelo terapeuta, em conjunto com a análise de gestos que se associam ao cliente ainda na apresentação das primeiras informações.

A constelação é delimitada por perguntas curtas, pois os personagens que serão introduzidos ajudarão em relação ao problema que estava oculto, para finalmente surgir.

A liberdade do cliente guia os representantes ao se posicionarem diante do conflito, visto que estes vão, de fato, equivaler ao comportamento do mesmo, além do cliente, o próprio terapeuta que está atuando na constelação têm tal liberdade. Após se posicionarem, os representantes começam a atuar, refletindo através de suas expressões e movimentos os sentimentos escondidos, ou palavras. Esse momento pode trazer uma solução quando, por exemplo, uma filha sente reviver os momentos represados com a mãe, e através desses sentimentos, consiga finalmente esclarecer situações interrompidas no passado.

⁷⁹ *Ibid.*, 2018.

Ainda, o terapeuta atuante no caso tem a liberdade de introduzir novos representantes, intervindo moderadamente ao solicitar novas informações ao cliente. Evocar imagens, exercícios, executando assim um ritual completamente único para cada Constelação.⁸⁰

Hoje, a visualização sistêmica do conflito não inclui só o indivíduo que buscou resolvê-lo, mas todos os membros que compõe sua família, dado que ao fazer parte deste grupo, torna-se inviável olha-la de forma isolada, pois há uma derivação de fatos passados que marcam o sistema familiar num todo. Ainda, no método sistêmico fenomenológico, o objetivo principal torna-se descobrir a origem do conflito, na medida em que, ao não chegar na origem e não dar um resultado satisfatório que o resolva, o judiciário sofrerá cada vez mais com o aumento de demandas, devido à falta de contentamento da parte com a sentença dada pelo juiz.

Bert Hellinger utilizou a constelação como uma forma terapêutica com objetivo de tratar pessoas. Com período curto de tempo, diferentemente de uma psicoterapia, a constelação busca atuar a longo prazo, com uma única sessão.

2.2.2 CONSTELAÇÃO FAMILIAR E SEUS BENEFÍCIOS NO BRASIL

Sami Storch afirma que o uso da constelação familiar traz resultados eficazes para a resolução de conflitos no âmbito familiar, indicando que cerca 90% dos casos reduzem sua resistência e chegam a um harmonioso acordo. Ainda, reitera que as constelações têm provido excelentes resultados no quesito prática auxiliar no trabalho com a forma restaurativa da Justiça, ajudando a preparar as partes e a comunidade envolvidas no conflito para que possam encaminhar adequadamente à questão.⁸¹

Em outubro de 2015, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da Comarca de Sorriso (MT) obteve resultados excelentes efetuando sua primeira sessão de constelação familiar aos jurisdicionados. O caso que mais chamou atenção foi o de um casal intencionado a realizar o divórcio, mas que após se submeterem a uma sessão de constelação atingiram o principal motivo do conflito e perceberam a real vontade de manter o casamento. Os mesmos declararam o seguinte:

J.D. (esposa): “Eu nunca tinha ouvido falar desta técnica, mas achei muito interessante. Durante a sessão, pude perceber que nós brigávamos por bobeira, besteiras. Na hora da discussão, ficamos com raiva um do outro, com ódio no coração, por coisas que não são graves, Isso eu consegui ver muito bem.” [...] “Nunca pensei

80 VERDE, Celma Nunes Villa. **Método das Constelações Familiares** (online). Mês 200?. Disponível em: <<http://www.constelacaofamiliar.com.br/metodo-das-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 23 Mar 2020.

81 STORCH, *op. cit.*, 2018.

que tivesse isso na justiça. Achei que ia participar de uma audiência normal e que ia sair de lá com o divórcio. Nunca pensei na possibilidade assim. Muitos casais pedem a separação por nada, são coisas pequenas que vão se acumulando. Eu acho que todos deveriam passar por essa experiência, que de fato me surpreendeu. - J.D. (esposo): "Eu nunca imaginava encontrar isso na Justiça. Aliás, eu não acreditava nesse tipo de coisa. Achei que iam falar sobre a importância do casamento, da família, mas nunca pensei que seria uma abordagem tão profunda. [...]"⁸²

Anderson Candiotto, juiz que coordena o Cejusc de Sorriso, defende que o Poder Judiciário tem o dever de introduzir formas lícitas e adequadas para a solução de conflitos de interesses e promover a humanização do acesso à Justiça e o ambiente salutar ao procedimento de mediação, incluindo as constelações sistêmicas como um elemento favorável a todo esse múnus.⁸³

Em 2012, Sami Storch, sugeriu a realização de uma palestra vivencial cujo tema era "Separação de casais, filhos e o vínculo que nunca se desfaz", logo após obter sua titularidade no Tribunal da Bahia, no período entre outubro de 2012 e junho de 2013, seis encontros foram ministrados para os envolvidos em ações judiciais na área de família na Vara de Família da Comarca de Castro Alves/BA. Nos primeiros encontros foram explicados os vínculos sistêmicos familiares, as razões das crises nos relacionamentos, e também, as formas de enfrentar de forma positiva tais conflitos e manter um desenvolvimento saudável dos filhos.⁸⁴

O método sugeria que primeiramente fossem realizadas meditações para que as partes pudessem estabelecer a conexão necessária com o sentimento de amor e perda, advindos da união e crise familiar.

Dizendo que, a metodologia da constelação familiar induz a pessoa a olhar para o próprio sistema familiar de que veio, dando-a liberdade de escolher os representantes na hora da realização da sessão. Esses representantes começariam,

⁸² CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cejusc de Sorriso usa método da constelação familiar e evita divórcio** (online). Out 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cejusc-de-sorriso-usa-metodo-da-constelacao-familiar-e-evita-divorcio/>>. Acesso em: 11 Mar 2020.

⁸³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. **Cejusc de Sorriso apresenta resultados positivos** (online). Set 2016. Disponível em: <<https://www.tjmt.jus.br/noticias/45750#.XrIGr6hKjIU>>. Acesso em: 23 Abr 2020

⁸⁴ STORCH, Sami. **Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes de conciliações**. (online) Nov 2014a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-17/juiz-obtem-100-acordos-tecnica-alema-antes-conciliacoes> Acesso em: 25 de Mar 2020.

então, a perceber os sentimentos, sensações físicas e emoções das pessoas representadas, revelando as dinâmicas ocultas que vigoram no sistema do constelado.

Após algumas semanas de realização da palestra e dos encontros com o jurista, foi realizado um mutirão de conciliação com os participantes, e pode-se notar, pelos conciliadores que, uma ou ambas as partes as quais tinham feito parte das palestras de constelação conseguia com maior facilidade chegar a uma reconciliação. Visto o resultado, sucedeu-se a necessidade de aplicar um questionário para acompanhar os efeitos desses trabalhos.

Dito isto, os resultados apurados por Sami Storch na comarca de Castro Alves/BA nas 90 audiências realizadas, apontam que: Aquelas nas quais nenhuma das partes havia participado das vivências o índice de conciliação foi de 73%; Aquelas em que uma das partes havia ido aos encontros obteve-se um índice de 91% de conciliação; E, quando ambas as partes haviam participado das vivências de constelações chegou-se ao índice de 100% de acordos.⁸⁵

Outrossim, Storch afirma que além de aumentar o índice de acordos e facilitar o efetivo entendimento entre as partes, tais práticas têm gerado uma mudança na cultura da comarca, notadamente na visão dos advogados e dos servidores da Justiça em relação aos conflitos/ações, visto que os advogados também têm se mostrado tocados pelas constelações, assimilando a visão sistêmica, assumindo uma posição mais conciliadora e colocando-se como auxiliares da Justiça nas ações.⁸⁶

Ainda, após as audiências de conciliação em 80 pessoas, que haviam participado da experiência no primeiro semestre de 2013, a pesquisa revelou as seguintes respostas:

59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita; 59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito; 77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito;

71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%;

85 STORCH, Sami. **Constelações familiares na vara de família viabilizam acordos em 91% dos processos** (online). Mar 2014b. Disponível em: <<http://direitosistemico.com.br/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>>. Acesso em: 11 Mar 2020.

86 *Ibid.*, 2014b.

94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora; 76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(u) filho(a) com ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos;

Demais consequências, pelas participações nas palestras e vivências de constelação familiar, apontadas pelas pessoas foram: 55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.⁸⁷

Logo, as famílias que optaram por participar do experimento tiveram a possibilidade de viver em paz e propiciar um melhor ambiente familiar para que os filhos cresçam e se desenvolvam saudavelmente, se perfazendo a eficiência do mecanismo usado pela constelação familiar, que ao ser disponibilizada no judiciário brasileiro, contribuindo não só para avanço da Justiça, tal qual para a qualidade dos relacionamentos nas famílias, posto que ao aprenderem lidar melhor com os conflitos.

2.3 ALIENAÇÃO PARENTAL

Surgindo da ruptura da vida conjugal e se caracterizando uma prática recorrente e habitual nos tribunais, chamando a atenção dos operadores de Direito e demais disciplinas interligadas, a alienação parental gera sentimentos como abandono, rejeição e evidencia forte tendência vingativa – quando surge o medo de não ter mais valor para o outro.

A Alienação Parental pode acontecer de diversas maneiras, normalmente iniciando com a abordagem do genitor alienador com comentários visivelmente inocentes, mas que arruínam a imagem do genitor alienado para o menor, fazendo com que a criança ou adolescente se sinta temerosa diante de sua presença, um exemplo, é a inserção de dúvidas na cabeça da criança, amedrontando-a numa simples visita a casa do genitor alienado. Ou ainda, criar uma programação diferente exatamente no dia em que o outro genitor irá visitar, para que o filho desencadeie o desejo de não ver o outro pai. Também, quando o genitor alienador usa de ameaça contra a prole ou até mesmo contra sua própria vida, ao ver o filho demonstrando afeição e interesse pelo genitor alienado.⁸⁸

⁸⁷ STORCH, *op. cit.*, 2018.

⁸⁸ MADALENO, Ana Carolina Carpes & MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A listagem de exemplos é inumerável, entretanto sempre acaba na situação em que o alienante diz estar disposto a colaborar, contudo, quando na prática, acaba ocorrendo um cenário em que a criança é impedida deste contato, acontecendo em sua maioria de forma progressiva, sendo classificada nas etapas entre o leve, moderado e grave. Assim, nota-se a existência de casais que abrem mão da proteção dos filhos, e fazem de um momento delicado, uma terrível guerra, usando-os única e exclusivamente com a finalidade de chegar de forma vil, ao ex-cônjuge ou companheiro.

Richard Gardner foi o precursor da definição da Síndrome Alienação Parental. Professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos da América, Gardner afirmava que a nomenclatura síndrome era necessária, e buscava sua inclusão no rol do DSM-IV (manual de diagnóstico e estatísticas dos transtornos mentais). Todavia, no Brasil, a aceitação de síndrome não é adotada na lei brasileira, uma vez que não consta na Classificação Internacional das Doenças (CID), visto que a legislação pátria apenas trata como respeito ao conjunto dos sintomas provocados pela alienação parental da prole em desfavor de um genitor ou mesmo da família e não de seus sintomas e consequências.⁸⁹

No livro “Síndrome da Alienação Parental – Importância da Detecção. 2017”, Ana Carolina Carpes Madaleno juntamente com Rolf Madaleno explicam a ocorrência da alienação parental da seguinte maneira:

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação.⁹⁰

Por sua vez, Maria Berenice Dias, frisa que a ocorrência da alienação parental se dá no desejo de vingança de um dos genitores, que embute tal ideia no filho do ex-casal. A criança ou adolescente já sofre com a provável perda consequente da

89 ROQUE, Yader de Castro & CHECHIA, Valéria Aparecida. **Síndrome de alienação parental: consequências psicológicas na criança** (online). Ago 2015. Disponível em: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/36/30102015191548.pdf>>. Acesso em: 23 Mar 2020.

90 MADALENO, *op. cit.*, 2017.

separação dos pais, e acredita na ideia de que realmente foi abandonado pelo genitor que se afastou do lar, sendo convencido de que ele não é amado pelo seu outro genitor, e assim, fazendo-o crer em fatos que não ocorreram, com o intuito de afastá-lo do pai ou da mãe.⁹¹

Nestas circunstâncias a criança, seu tempo e os seus sentimentos são vigiados, fato que, estimula a criação de uma jornada para desmoralizar o genitor que deixou o lar. A criança, duramente, é levada a afastar-se de quem a ama e influenciada a ter pensamentos negativos sobre tal, de forma que o sentimento de contradição acaba destruindo o vínculo existente entre ela e o genitor, pois em sua inocência, acaba aceitando como verdadeiro tudo que lhe é dito sobre o mesmo.

A criança ou adolescente, acaba criando um vínculo especial com o genitor alienador e torna-se distante do genitor alienado. O alienador, ao notar que destruiu a relação do filho com o alienado, assume o controle total. O genitor alienado passa a ser considerado um intruso, um desconhecido e afasta-lo torna-se totalmente pertinente aos olhos da vítima de alienação parental. Tais fatos conferem imenso prazer ao alienador, visto que, consegue em sua trajetória promover a destruição do antigo cônjuge.

Existem poucas pesquisas que levem a afirmar a porcentagem real da incidência da SAP no Brasil, fator atribuído principalmente a não-inclusão da síndrome nos códigos de doenças, como o DSM-IV e CID-10.⁹²

2.3.1 A LEI 12.318/10 E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Pode-se dizer que a primeira referência de vida de uma criança é a própria família, pois é nela onde a mesma encontra e cria bases sólidas para que se desenvolva plenamente.

A partir disto, a Constituição Federal de 1988 começou a dar mais importância ao desenvolvimento da criança e do adolescente, sancionando normas que certifiquem o pleno desenvolvimento mental e psicológico desses menores, ancoradas pela Lei 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, a criação da Lei nº 12.318/10, sancionada em 26 de agosto de 2010, que foi um importante avanço ao constatar tal prática, anteriormente compreendida como normal visto que o genitor possuidor da

91 DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental e suas consequências** (online). Out 2012. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_e_suas_consequencias.pdf>.

Acesso em: 12 Mar 2020.

92 BOUSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: Uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

guarda era tido como dono do filho, e o outro estava satisfeito com visitas rápidas a cada quinze dias, pois desta forma, não atrapalhava sua nova vida.⁹³

Rolf Madaleno cita que em relação a medidas que vão de multas à troca da guarda, a Lei da Alienação Parental é muito válida, porém, não muito eficaz, pois sua aplicação ainda é escassa no Judiciário. Isto em virtude da falta de preparo, do desconhecimento tanto dos atos quanto das consequências da alienação em uma família, principalmente aos menores, ou ainda em razão do receio de decisões precipitadas ou errôneas em tais casos que muitas vezes são permeados por acusações de abuso até mesmo sexual.⁹⁴

Dito isto, se torna de extrema importância que exista uma equipe própria e treinada especificamente para que seja detectada a Alienação Parental, com a finalidade de distinguir as falsas alegações de abuso e as reais.

Nota-se o zelo do legislador ao buscar evitar que a Alienação Parental aconteça, uma vez que além de causar sérios problemas psíquicos em suas vítimas, também viola os princípios constitucionais que visam proteger a criança.⁹⁵ A abordagem da Lei 12.318/10 traz consigo medidas punitivas para o alienador que chegar a agredir a criança ou adolescente. Ainda, o art. 22 diz: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais", frisando a preocupação do legislador ao estabelecer tal lei em nosso sistema judiciário.

A adoção da Lei 12.318/10 como forma de combate a conduta da Alienação Parental não declara a exterminação de tal, mas continua sendo relevante para o sistema judiciário, como forma educativa aos genitores, visto que, a motivação maior para sua criação foi minorar e sancionar punições compatíveis à necessidade.

Ainda, o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), menciona em alguns artigos, maneiras para auxiliar no direito da convivência de família, sendo grifado pela autora os principais:

O artigo 3º do Estatuto elucida que:

93 BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990**. Art. 3º, 4º, 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 26 de Mar de 2020.; BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010**. Art. 22 da Lei de Alienação Parental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 27 de Mar de 2020.

94 MADALENO, *op. cit.*, 2017.

95 GUILHERMANO, Juliana Ferlo. **Alienação Parental: Aspectos Jurídicos e Psíquicos** (online). Jun 2012. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/juliana_guilhermano.pdf >. Acesso em: 26 Mar 2020.

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. 96

E sobre os deveres, o artigo 4º afirma:

É dever da família, da comunidade e da sociedade em geral, do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.⁹⁷

Além disso, o artigo 5º ilustra:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. 98

Isto posto, mostra-se que o intuito da Lei é preservar a criança e ou adolescente alienados de toda conduta errante do genitor alienador, ao tutelar seu desenvolvimento físico/emocional e lhe propiciando uma vida saudável.

2.3.2 COMO UMA CRIANÇA É AFETADA NA OCORRÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM SUA VIDA?

A Síndrome de Alienação Parental pode provocar implicações severas na vida de um menor, variando as reações e seus níveis de acordo com a idade, personalidade, ou grau de maturidade psicológica.

Quando na busca para entender a ocorrência do fenômeno psicológico da Síndrome de Alienação Parental, a separação conjugal é o principal contexto através do qual o mesmo nasceu, pois é através deste fato que serão provocados os

96 BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010**. Art. 22 da Lei de Alienação Parental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 27 de Mar de 2020.

97 *Ibid.*, 2010.

98 *Ibid.*, 2010.

sentimentos de fracasso e perda nos membros envolvidos, se tornando um dos conflitos mais complicados e doloridos de serem vivenciados, principalmente pelos descendentes daquela relação.

Para Trindade a separação transforma-se em um conflito familiar por exigir que um dos cônjuges seja retirado do lar, o que significa uma nova redefinição dos papéis familiares. Em casos de disputa de guarda, é comum que as partes procurem demonstrar suas qualidades e, ao mesmo tempo, sublinhar as dificuldades, limitações e defeitos da outra.⁹⁹

O processo de separação pode desencadear inúmeros estados em uma criança, Fonseca cita alguns, mas os que devem ser levados em maior consideração são a ansiedade, o medo e pânico na presença do genitor alienado. Acorre também a facilidade em apresentar baixa autoestima; usar drogas e álcool e inclusive encontrar dificuldades de relacionamento com as pessoas em torno de si, prejudicando o desenvolvimento saudável e comprometendo o futuro da criança e do adolescente.¹⁰⁰

Outra ocorrência perceptível em crianças que sofrem com Síndrome da Alienação Parental é o efeito bumerangue que, segundo Bousi, ocorre quando a criança se torna adolescente ou adulto e tem percepção mais clara dos fatos que ocorreram no passado, percebendo possíveis injustiças que possa ter cometido contra o genitor alienado.¹⁰¹

Ademais, Cabral explica que tal efeito se dá quando a criança vítima de alienação parental fica mais velha e começa a perceber o quão agiu de forma injusta com o genitor alienado, e já com sérios comprometimentos nesse relacionamento, se volta contra o genitor alienante.¹⁰²

Por fim, muitas vezes, após a ruptura da vida conjugal, quando ao não conseguir gerir adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, um dos cônjuges erroneamente usa do(os) filho(os) como instrumento para sanar toda a mágoa causada. Isso, infelizmente, acaba gerando uma alteração de sentimentos, destruindo completamente o vínculo entre o filho e o genitor alienado.¹⁰³

99 TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores de Direito**. 4 ed. Ver. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

100 FONSECA, P. M. P. **Síndrome de alienação parental**. *Pediatria*, São Paulo, v. 28, n. 3, set./dez. 2006. Disponível em: Acesso em: 24 Mar 2020.

101 BOUSI, *op. cit.*, 2012.

102 CABRAL, Camila Buarque. **Alienação parental: morte em vida**. In: ALBUQUERQUE. Fabíola Santos. *Temas atuais e polêmicos de Direito de Família*. Recife: Nossa livraria, 2011. p. 177-208.

103 DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental – um abuso invisível** (online). Set 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_501\)4_alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_501)4_alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf)>. Acesso em: 14 Mar 2020.

2.4 A MEDIAÇÃO FAMILIAR E O DIREITO SISTÊMICO COMO FORMA DE COMBATER A ALIENAÇÃO PARENTAL

A Mediação como forma principal de resolução de conflitos caracteriza uma gradual necessidade no âmbito familiar e na amplitude da sociedade, uma vez que tal metodologia vem trazendo importantes benefícios para, não só descentralizar do Judiciário, como também as contendas familiares, instigando as pessoas a conversarem melhor, pensarem melhor e discutirem assuntos que realmente são relevantes, sem perder o foco no desenvolvimento saudável dos filhos.¹⁰⁴

Como citado inicialmente neste artigo, a evolução e mudanças significativas acerca da estrutura familiar trazem consigo a necessidade de mediar, conciliar. E, de acordo com Cezar-Ferreira o qual conceitua família como um sistema integrado de relações psicoafetivas, da qual depende o desenvolvimento de cada um dos membros, o mediador familiar deverá estar atento a essas questões para assistir os pais a recuperar o diálogo saudável, reorganizar os projetos de vida e reestruturar a forma que conduzirão a criação dos filhos.¹⁰⁵

Com a mediação sendo um dos métodos escolhidos para o combate da prática do presente objeto de estudo, se caracterizando como uma ferramenta eficaz no combate à Síndrome de Alienação Parental, uma vez que, a construção do diálogo auxilia os genitores na compreensão do seu papel e responsabilidade com relação aos filhos inseridos no contexto da guarda x convívio, como forma a minimizar danos, através de dados adquiridos por meio de análise dos anuários do CNJ e dados dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), foi demonstrado que o uso da mediação gerou 3,7 milhões de acordos homologados pela Justiça em 2018, número que equivale a 12,1% de todos os 31 milhões de sentenças ou decisões terminativas emitidas pelos magistrados brasileiros no ano passado. Somente no Brasil, cerca de 78,7 milhões de processos estão em tramite.¹⁰⁶ E a taxa de divórcio em 2018 aumentou em 4,7%.¹⁰⁷

Além disso, a ação do Direito Sistêmico sobre a família aprofunda ainda mais o trabalho da mediação, pois sua metodologia ensina que o filho não é só da mãe ou só

104 FILAGRANA, Tatiane C. dos Reis. **Mediação familiar como solução para alienação parental** (online). Fev 2018. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/mediacao-familiar-como-solucao-para-alienacao-parental/>> Acesso em: 07 Mar 2020.

105 CEZAR-FERREIRA, V.A.M. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Malheiros, 2a. ed., 2007.

106 BANDEIRA, *op. cit.*, 2018.

107 AMARO, Daniel. **Número de divórcios no país cresce 4,7% em um ano** (online). Mar 2018. Disponível em: <<http://edicaodobrasil.com.br/2018/03/28/numero-de-divorcios-no-pais-cresce-47-em-um-ano/>>. Acesso em: 07 Abr 2020.

do pai, ele é de ambos, sendo assim, a paternidade relacionada ao filho não se esvai, somente o elo entre o casal.

A criança enfim é liberada desta luta, quando na Constelação, ao tomarem a consciência de equilíbrio, os genitores encontram na relação uma espécie de rendição, pois dali encontram novamente uma forma diferente de olhar para o outro para que isso aconteça será de suma importância a exclusão dos filhos de qualquer conflito, fazendo com que a busca pela solução do problema seja de forma sistêmica e verdadeira. O objetivo então se torna a busca pela percepção das forças que estão atuando no conflito, e onde o sistema familiar saiu de sua ordem, para que possam encontrar novamente o equilíbrio do sistema.

Segundo o juiz Yulli Roter, da Vara Cível de Família e Sucessões da comarca de União dos Palmares, a constelação familiar é uma Justiça que preza pelo humanismo. A técnica usada pelo juiz obteve um alto índice de conciliação, contabilizando 31 audiências realizadas, e apenas uma delas não obteve o sucesso desejado.¹⁰⁸

Na visão de Wilka Vilela, juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ-PE), a constelação familiar é um dispositivo que apenas contribuiu com o trabalho dos magistrados. A mesma trabalhou em uma interdição de uma mulher em coma, cujo o processo tramitava a 13 anos, devido ao conflito crescente entre seus oito filhos, conseguindo uma conciliação total após a segunda audiência.¹⁰⁹

O estado do Pernambuco conta com sessões familiares em processos de divórcio, alienação parental, pensão alimentícia, etc. E a metodologia da Constelação tem sido aplicada na primeira sessão, sendo marcada uma segunda sessão após 30 dias, para que finalmente haja a conciliação. Segundo a Magistrada somente no ano de 2016, a metodologia foi aplicada em 33 processos e obteve 75% de acordo, fazendo-a defender que o papel do juiz não é só fazer sentença, mas também, de buscar a paz social.¹¹⁰

Por fim, Doraci Lamar Rosa da Silva, juíza substituta em 2º grau em Goiás, emprega a mediação com técnica psicoterapêutica desde 2012, conseguindo resultado positivo em 30% a 50% dos casos em que realiza a mediação sistêmica. Tais

108 CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação pacifica conflitos de família no judiciário** (online). Abr 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario/>>. Acesso em: 21 Abr 2020.

109 *Ibid.*, 2018.

110 *Ibid.*, 2018.

experiências culminaram o primeiro lugar do Centro Judiciário na categoria Tribunal Estadual no V Prêmio Conciliar é Legal.¹¹¹

Diante disso, a mediação familiar e o direito sistêmico buscam a conscientização da *paternidade* como um dos componentes do desenvolvimento da criança, uma vez que *facilita a comunicação entre os genitores acerca da educação e futuro dos filhos - focando na raiz do problema - dirimindo os ressentimentos, os conflitos, as dificuldades de diálogo e, especialmente, os posicionamentos de 'perdedor' e 'vencedor'*; não há de se afirmar a existência de uma fórmula para a resolução da SAP, mas se perfaz a importância de aplicar os benefícios de ambas as metodologias para a resolução de conflitos familiares por se qualificarem metodologias simples, bem estruturadas e eficazes, como expôs-se durante todo o estudo.

3 CONCLUSÃO

Embora a importância dos estudos de Richard Gardner quando ao conscientizar sobre a existência da Síndrome de Alienação Parental (SAP) tenha sido palpável, conclui-se que, ainda não aprendeu-se a lidar com o fenômeno de forma a combater os vícios psicológicos e sociológicos que perduram durante a vida de uma criança ou adolescente após vivenciar tal prática. Pois, ao não saberem lidar com as mudanças ao longo de um divórcio, e exteriorizarem sua insatisfação ao insucesso do relacionamento conjugal, os pais se esquecem da vulnerabilidade que rodeia o menor.

A prática da alienação parental é desprezível e cruel, uma vez que é feita contra um ser vulnerável e em desenvolvimento, e a partir disso, é clara a necessidade de ser veemente confrontada por todos, fazendo-se valer da existência de artigos e parágrafos existentes em nosso ordenamento jurídico, a citar, Lei n. 12.318/2010, a Lei da Alienação Parental.

Com a mediação sendo um dos métodos escolhidos para o combate da prática do presente fenômeno estudado, os resultados são positivos, visto que a principal finalidade da mesma é a preservação da convivência saudável entre as partes, afim de findar a barreira do sofrimento e priorizarem um bom relacionamento em nome dos filhos advindos da relação.

Em consequência disso os dados adquiridos por meio de anuários do CNJ e dados dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), demonstram que a mediação gerou 3,7 milhões de acordos homologados pela Justiça

¹¹¹ *Ibid.*, 2018.

em 2018, ainda, o número equivale a 12,1% de todos os 31 milhões de sentenças ou decisões terminativas emitidas pelos magistrados brasileiros no ano passado.¹¹²

Além disso, a busca por meios diplomáticos para a resolução de conflitos fez nascer a Constelação Familiar, metodologia terapêutica e notavelmente assertiva, diante da vivência pessoal de Sami Storch na comarca de Castro Alves/BA. O jurista mostrou os frutos colhidos em 90 audiências realizadas, afirmando que quando ambas as partes participavam das vivências de constelações, o índice de acordos era de 100%.¹¹³

No combate a alienação parental, a busca pelo núcleo do conflito ajudaria as partes - durante o processo de visualização usado na Constelação - a entender que o ambiente criado durante a lide influencia diretamente no crescimento do filho, e interfere em suas ações e possíveis escolhas durante a vida. Pois, não há nada mais doloroso para uma criança - que ainda está aprendendo o passo a passo para um bom desenvolvimento pessoal -, do que presenciar sua única realidade ruir diante de seus olhos. Aprender a lidar com saída de um dos pais de casa e tão logo, a ausência, acaba criando com o tempo um certo desapego emocional, que irá afetar não só a relação que a criança ou adolescente possui com a própria família, mas também poderá afetar o namoro, casamento ou amizades.

Entretanto, apesar de demonstrada a eficiência das metodologias estudadas, ainda há muito a ser conquistado, e o caminho a ser percorrido é longo, uma vez que são 78,7 milhões de processos em tramite no Brasil. Vale ressaltar que, conforme levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de divórcio em 2018 aumentou em 4,7% e apenas vem crescendo.¹¹⁴

Dito isto, concerne ao Poder Judiciário a implementação de procedimentos consensuais como uma forma de buscar pela verdadeira ação do princípio da eficiência no Judiciário, evitando a cultura da litigiosidade morosa, concentrando-se em uma resolução dos conflitos apaziguadora entre as partes, fazendo-as entender o papel paterno que possuem e evitando futuros maiores problemas com os próprios filhos. Também, é fundamental que se estimule a conscientização das classes que formam o sistema jurídico, como por exemplo, advogados, juízes, defensores públicos, promotores, entre outros, para que clarifiquem às partes a relevância do diálogo, assim como conheçam e utilizem dos métodos alternativos de solução de conflitos no próprio dia a dia, de maneira genuína.

112 CONJUR – CONSULTOR JURÍDICO. **Brasil teve 3,7 milhões de ações encerradas por acordo em 2017, diz CNJ.** (online). Ago 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/brasil-teve-37-milhoes-acoas-encerradas-acordo-2017>>. Acesso em: 25 Abr 2020

113 STORCH, *op. cit.*, 2014a.

114 AMARO, *op. cit.*, 2018.

REFERÊNCIAS

AMARO, Daniel. **Número de divórcios no país cresce 4,7% em um ano** (online). Mar 2018. Disponível em: <<http://edicaodobrasil.com.br/2018/03/28/numero-de-divorcios-no-pais-cresce-47-em-um-ano/>>. Acesso em: 07 Abr 2020.

ARAÚJO, Ana Katia de França. **Mediação familiar: uma análise na separação de casais com filhos** (online). Jul 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/mediacao-familiar-uma-analise-na-separacao-de-casais-com-filhos/>> Acesso em: 14 Mar 2020.

ARSÊNIO, Julieta. A Mediação como facilitador dos processos judiciais. In: SILVA, D.M.P. (coord.) **Psique Edição Especial – Psicologia Jurídica**. São Paulo: Escala, ano I, nº 5, p.38-44, 2007.

AURÉLIO. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5º ed. Positivo, 2010.

BANDEIRA, Regina. **Conciliação: mais de três milhões de processos solucionados por acordo** (online). Ago 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/conciliacao-mais-de-tres-milhoes-de-processos-solucionados-por-acordo/>>. Acesso em: 07 Abr 2020

BOUSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: Uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de Junho de 2015**. Art. 1º, Art. 2º da Lei de Mediação (online) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 Abr 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010**. Art. 22 da Lei de Alienação Parental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 27 de Mar de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990**. Art. 3º, 4º, 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 26 de Mar de 2020.

CABRAL, Camila Buarque. **Alienação parental: morte em vida**. In: ALBUQUERQUE. Fabíola Santos. Temas atuais e polêmicos de Direito de Família. Recife: Nossa livraria, 2011. p. 177-208.

CEZAR-FERREIRA, V.A.M. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Malheiros, 2a. ed., 2007.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação pacífica conflitos de família no judiciário** (online). Abr 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario/>>. Acesso em: 21 Abr 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cejusc de Sorriso usa método da constelação familiar e evita divórcio** (online). Out 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cejusc-de-sorriso-usa-metodo-da-constelacao-familiar-e-evita-divorcio/>>. Acesso em: 11 Mar 2020.

CONJUR – CONSULTOR JURÍDICO. **Brasil teve 3,7 milhões de ações encerradas por acordo em 2017, diz CNJ.** (online). Ago 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/brasil-teve-37-milhoes-acoes-encerradas-acordo-2017>>. Acesso em: 25 Abr 20

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE SÃO PAULO. **RESOLUÇÃO Nº 125** (online). Nov 2010. Disponível em: http://www.crpssp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf Acesso em: 15 de Mar 2020.

CORDEIRO, Edilene. **CNJ, Enam e MJ promovem primeiro curso básico de mediação a distância** (online). Ago 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-enam-e-mj-promovem-primeiro-curso-basico-de-mediacao-a-distancia/> Acesso em: 20 de Mar 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental e suas consequências** (online). Out 2012. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/alienacao%20parental e suas consequencias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/alienacao%20parental%20e%20suas%20consequencias.pdf)>. Acesso em: 12 Mar 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental – um abuso invisível** (online). Set 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_501\)4_alienacao_parental um_abuso_invisivel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_501)4_alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf) >. Acesso em: 14 Mar 2020.

FILAGRANA, Tatiane C. dos Reis. **Mediação familiar como solução para alienação parental** (online). Fev 2018. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/mediacao-familiar-como-solucao-para-alienacao-parental/>> Acesso em: 07 Mar 2020.

FONSECA, P. M. P. **Síndrome de alienação parental.** Pediatría, São Paulo, v. 28, n. 3, set./dez. 2006. Disponível em: Acesso em: 24 Mar 2020.

GUILHERMANO, Juliana Ferlo. **Alienação Parental: Aspectos Jurídicos e Psíquicos** (online). Jun 2012. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/direito/wp->

content/uploads/sites/11/2018/09/juliana_guilhermano.pdf >. Acesso em: 26 Mar 2020.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. 2º ed. – São Paulo: Cultrix, 2003.

MADALENO, Ana Carolina Carpes & MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTENEGRO, Manuel & ANDRADE, Paula. **Dias Toffoli defende superar cultura do litígio por meio da mediação** (online). Set 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dias-toffoli-defende-superar-cultura-do-litigio-por-meio-da-mediacao/> Acesso em 20 de Mar de 2020.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PARKINSON, Lisa. **Mediación Familiar Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas**. Barcelona: Gediza Editorial, 2005.

ROQUE, Yader de Castro & CHECHIA, Valéria Aparecida. **Síndrome de alienação parental: consequências psicológicas na criança** (online). Ago 2015. Disponível em: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/36/30102015191548.pdf>>. Acesso em: 23 Mar 2020.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação familiar em casos de alienação parental** (online). Dez 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-95/mediacao-familiar-em-casos-de-alienacao-parental/>>. Acesso em: 25 Abr 2020.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos** (online). Jun 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>>. Acesso em: 02 Mar 2020.

STORCH, Sami. **Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes de conciliações**. (online) Nov 2014a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-17/juiz-obtem-100-acordos-tecnica-alema-antes-conciliacoes> Acesso em: 25 de Mar 2020.

STORCH, Sami. **Constelações familiares na vara de família viabilizam acordos em 91% dos processos** (online). Mar 2014b. Disponível em:

<<http://direitosistemico.com.br/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>>. Acesso em: 11 Mar 2020.

TOSCANO, Camilo; MURADI, Laura; DE CARVALHO, Allan. **Marco da mediação poderá desafogar judiciário** (online). Out 2013. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/marco-da-mediacao-podera-desafogar-judiciario>>. Acesso em: 09 Mar 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Mediação Familiar: Formação de Base**. Maio 2004. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/documents/936811/1474713/Apostila+de+Forma%C3%A7%C3%A3o+Base/e7c7be6f-6c27-4e7e-a63e-e7f576c47aea>>. Acesso em: 20 Abr 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. **Cejusc de Sorriso apresenta resultados positivos** (online). Set 2016. Disponível em: <<https://www.tjmt.jus.br/noticias/45750#.XrIGr6hKjIU>>. Acesso em: 23 Abr 2020

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores de Direito**. 4 ed. Ver. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VERDE, Celma Nunes Villa. **Método das Constelações Familiares** (online). Mês 200?. Disponível em: <<http://www.constelacaofamiliar.com.br/metodo-das-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 23 Mar 2020.

COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL

LEA MONICK DOS SANTOS CAIUBY:

Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Luterano de Manaus -
ULBRA.

RESUMO: O presente artigo visa relatar a importância da evolução do combate à violência doméstica. Mesmo após a implementação da lei Maria da Penha, os números de homicídios contra a mulher só aumentam. Diante disso, o objetivo deste trabalho foi de conhecer a evolução da luta por direitos contra as mulheres no Brasil, os tipos de violência e eficácia da lei. O estudo propiciou visualizar que o combate à violência doméstica avançou bastante e estes avanços foram graças ao movimento feminista que atuou expressivamente em prol dos direitos das mulheres. No entanto, ainda é de suma importância que as leis se efetivem de forma mais eficaz, para tanto, é necessária uma mudança da postura do Estado e da sociedade em geral.

Palavras-chave: Violência. Doméstica. Mulher. Sociedade. Direitos.

ABSTRACT: This article aims to report the importance of the evolution of the fight against domestic violence. Even after the implementation of the Maria da Penha law, the number of homicides against women only increases. Given this, the objective of this work was to know the evolution of the struggle for rights against women in Brazil, the types of violence and the effectiveness of the law. The study allowed us to visualize that the fight against domestic violence has advanced a lot and these advances were thanks to the feminist movement that acted expressively in favor of women's rights. However, it is still of the utmost importance that the laws become more effective, so a change in the attitude of the state and society in general is required.

Keywords: Violence. domestic. woman. society. rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL. 2.1. Evolução da luta contra a violência doméstica no Brasil. 3. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL. 3.1. Maria Da Penha Maia Fernandes. 3.2. Tipos de violência doméstica 3.2.1 Violência Física. 3.2.2 Violência Sexual. 3.2.3 Violência Psicológica 3.2.3 Violência Psicológica. 3.2.4 Violência Patrimonial. 3.2.5 Violência Moral. 4. DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS E JUDICIAIS. 4.1. Mudanças na lei Maria da Penha. 4.2. Femicídio. 5. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Presente artigo tem por objetivo tratar da violência doméstica contra a mulher perante a Lei n 11.340/2006, batizada de Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Fernandes, que sofreu tentativa de homicídio provocada pelo pai de

seus filhos, seu então marido, Marco Antônio. Devido a fraca constituição, seu agressor ficou impune e Maria da Penha não desistiu de lutar por seus direitos. Ela então decidiu procurar os organismos internacionais. Diante deste fato, e tudo que ocorreu após, que será interposto no presente trabalho, houve uma revolução na Constituição Brasileira, mudando para sempre o tratamento com as vítimas de violência doméstica.

Mesmo que o Brasil tenha registrado grandes avanços no combate à violência doméstica, dentre outros, ainda há um longo caminho a ser trilhado para que haja justiça e não o sentimento de impunidade que todas as mulheres sentem ao conviver com esse problema mesmo nos dias atuais. É grande o número de pessoas que passam por isso dentro de suas casas e nada podem fazer. Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter incluído entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, o direito penal e processual penal pátrio deixam de lado quem mais necessita de assistência e apoio: a vítima.

A violência ocorre em diversos espaços da sociedade, de forma visível ou invisível. A violência mais cometida contra as mulheres é a psicológica, ou seja, esta violência permeia os demais atos violentos. O fenômeno da violência se apresenta de variadas formas e acontece predominantemente no ambiente doméstico, e por vezes são constantes os casos de reincidência da violência.

Este fenômeno acomete mulheres de diferentes classes sociais, ou seja, as mulheres não estão imunes da violência, independente da condição financeira que apresentem. Este artigo tem por objeto reunir informações, retiradas de doutrinas, para transmitir a evolução do combate à violência, e a importância da Lei Maria da Penha no Brasil a violência doméstica e familiar.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

É importante dizer que o conceito de violência, no escrito em apreço, possui sentido plurívoco. Nesse sentido, a própria Lei 11.340/2006 em seu art. 7º, bem como os seus respectivos incisos, descreve os diferentes modos de se praticar violência doméstica contra a mulher, com a finalidade de enquadrar quaisquer atos do homem que possam reprimir direitos inerentes à mulher.

De mais a mais, pode-se afirmar que a violência no âmbito doméstico e familiar se traduz por uma relação de dominação do homem e de submissão da mulher pautada, principalmente, pelos papéis históricos impostos aos sexos e reforçados pela sociedade, essa assimetria na unidade familiar causa, putativamente no homem, a animus de ser "dono, chefe, patrão" da família, incitando a ideia de supremacia do homem em relação à família.

Urge frisar que, o conceito de violência doméstica recai sobre qualquer pessoa que possui uma relação de intimidade com o agressor, não necessitando a coabitação para a configuração do delito. Pois bem, atualmente a violência doméstica deixou de ser problema conjugal; ganhou visibilidade, acarretando no surgimento de mecanismos de proteção e punição mais severa aos agressores. Contudo, muitos homens ainda não aceitam o fato de que as mulheres são detentoras de direitos e garantias constitucionalmente previstas, merecendo tratamento isonômico.

Outrossim, grande parte da violência contra a mulher é praticada pelo seu companheiro/cônjuge e, segundo é popularmente sabido, muitas vezes acontece porque a vítima não cumpriu o papel que dela era esperado pelo "homem", quais sejam: de mãe, de esposa, de cuidadora do lar e de exemplo moral.

A violência doméstica e familiar pode acontecer em qualquer ambiente sejam nos grupos sociais, religiosos, culturais e econômicos e das mais distintas maneiras, conforme fora sobredito. As vítimas podem ser as companheiras, as mães, filhas, irmãs, sobrinhas e enteadas.

A maioria das vítimas de violência doméstica é agredida pelos seus companheiros ou ex-companheiros, tanto em casa como na rua, e, isso acontece habitualmente. Muitas das mulheres vítimas de violência doméstica não denunciam seus agressores pois na maioria dos casos, elas possuem medo de sofrerem agressões piores ou, ainda, serem vítimas de homicídio doloso praticado pelos próprios companheiros.

As principais razões que levam mulheres a deixarem de denunciar são o medo de sofrerem mais violência seja pelo agressor ou pelo Estado, medo do agressor sofrer violência do Estado e o medo de não conseguirem sustentar a si ou aos filhos, bem como o risco de serem socialmente excluídas, ressalta-se ainda que muitas dependem financeiramente do agressor e não recebem apoio emocional dos familiares e conhecidos. As penas dos crimes mais praticados contra as mulheres são pífias. A Violência doméstica provoca nas vítimas, não raras vezes, culpa, vergonha e medo, o que as faz decidir, quase sempre, por ocultar o evento (CUNHA, 2007, pg.38).

A cada 17 minutos uma mulher é agredida fisicamente no Brasil. De meia em meia hora alguém sofre violência psicológica ou moral. A cada 3 horas, alguém relata um caso de cárcere privado. No mesmo dia, oito casos de violência sexual são descobertos no país, e toda semana 33 mulheres são assassinadas por parceiros antigos ou atuais. O ataque é semanal para 75% das vítimas, situação que se repete por até cinco anos.

O Brasil se encontra na quinta pior posição no ranking de países com maior índice de homicídios de mulheres, por mais absurdo que pareça, esses números não foram dos anos 60 ou 70, mas, infelizmente, de 2018 (CÂMARA LEGISLATIVA, 2018).

2.1. Evolução da luta contra a violência doméstica no Brasil

As desigualdades entre homens e mulheres são frutos de uma construção histórica que naturaliza a subordinação feminina, decorrendo, assim, atos discriminatórios. A construção do masculino e feminino é um fenômeno cultural, determina a maneira de ser do homem e da mulher, e os que possuem comportamentos e atitudes diferentes do considerado "ideal" são estigmatizados. Desta forma, espera-se que a mulher seja submissa e cuide da família e o homem seja o provedor e detentor do poder na relação.

A razão de todo esse problema é histórica. A igualdade de gênero perante a lei é muito recente no Brasil. Até 1940 existia a lei da honra que anulava a culpa do marido caso ele assassinasse a esposa que o havia traído. Em países como o Egito essa lei é válida até hoje. A Lei Maria da Penha revolucionou a forma como o Brasil atuava nos casos de violência doméstica. Maria da Penha é o maior símbolo da luta contra a violência doméstica no Brasil, a mulher que, em 2016, foi cogitada a indicação ao prêmio Nobel da Paz, devido a sua constante luta por seus direitos, depois de tudo que passou e fato que ocasionou até em uma denúncia por omissão, negligência e tolerância ao Estado Brasileiro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, mudou a história do Brasil com sua triste história de vida, com as marcas da violência eternizadas em seu corpo, ficou paraplégica após levar um tiro dormindo de seu marido após várias agressões, em razão de tudo isso, a Lei Maria da Penha foi criada e homenageou a mesma com seu nome.

Como forma de enfrentamento à violência contra a mulher, foi criada a qualificadora do Feminicídio (Lei nº 13.104/15). A medida possui importante valor simbólico, no sentido de chamar atenção da sociedade para o problema do homicídio de mulheres em razão do gênero, retirando essa violência da invisibilidade.

Houve também grande evolução com a instalação do Juizado de violência doméstica, o crescimento das Delegacias de Atendimento às Mulheres.

Para atender esta realidade é que foram criadas as Delegacias da Mulher. A primeira foi implantada em São Paulo, no ano de 1985. Desempenharam importante papel, pois o atendimento especializado, feito quase sempre por mulheres, estimulava as vítimas a denunciar os maus tratos sofridos, muitas vezes, ao longo de anos (DIAS, 2007, pag. 22).

Houve grande evolução também com os serviços de apoio às mulheres em situação de violência, a possibilidade de prisão em flagrante e a prisão preventiva do agressor e com a criação da lei 10.714/03, que autorizava a criação da linha telefônica para denúncias. O Ligue 180, que apenas no primeiro semestre de 2019, receberam quase 100 mil denúncias. É de grande orgulho salientar que nunca se falou tanto sobre violência contra a mulher. Neste ano, até 22 de novembro, a Câmara dos Deputados registra 279 projetos de lei que tratam de violência contra a mulher. Em 2015, primeiro ano da legislatura passada, foram 66. Em 2016, foram 62, e, em 2017 chegou a 79. No ano passado, apenas 42 na comparação com 2019, ocorrendo um crescimento de 564%.

3. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

3.1. Maria Da Penha Maia Fernandes

É indispensável não falar de Maria da Penha quando se aborda o assunto da violência doméstica no Brasil, a biofarmacêutica se tornou o maior exemplo da luta contra a violência doméstica e infelizmente precisou carregar cicatrizes eternas em seu corpo, para que fosse enfim, levada a sério.

Maria da Penha, como ficou conhecida, conheceu seu futuro marido na faculdade, através de amigos em comum, de nome Marco Antônio, que se mostrava uma pessoa agradável e atenciosa, e acabou se apaixonando por este; casaram e ela deu à luz a 3 filhas.

A Violência de Marco Antônio com Maria da Penha começou de forma psicológica, como acontece na maioria dos relacionamentos, e logo após Marco Antônio, que é colombiano, conseguir a naturalização Brasileira.

Em 1983, seu marido tentou matá-la, apesar de ter escapado com vida, ele a deixou paraplégica, nada aconteceu com ele, pois Marco Antônio simulou que a casa teria sido assaltada. Quando, finalmente, voltou a casa, sofreu nova tentativa de assassinato, pois o marido tentou eletrocutá-la. Maria da Penha então criou coragem para denunciá-lo, porém enfrentou o problema que todas as mulheres enfrentavam na época, a incredulidade por parte da justiça.

Em 1994, Maria da Penha lança seu livro e resolve acionar Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). O Caso de Maria da Penha só foi solucionado em 2002, 19 anos após a mesma ter sido alvejada, quando então o Estado brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desta maneira, o Brasil teve que se comprometer em reformular suas leis e políticas em relação à violência doméstica.

3.2. Tipos de violência doméstica

A violência doméstica pode assumir diversas formas, incluindo ameaças ou agressões físicas (bater, pontapear, morder, acorrentar, atirar objetos, choques elétricos, etc.), abusos sexuais, comportamento controlador, intimidação, perseguição contínua, abusos passivos (como negligência) ou privação econômica.

Pode, ainda, incluir outras formas de abuso, como colocar deliberadamente a pessoa em perigo, coerção, rapto, detenção forçada, invasão de propriedade e assédio. Segundo a Lei n 11.340/2006, em seu artigo 5, violência doméstica e familiar contra a mulher é "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial".

Violência se caracteriza pelo uso da força, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, e tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo a sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano (TELES E MELO, 2003, p.15).

3.2.1 Violência Física

O Art 7, da lei 11.340/2006 dispõe o conceito de violência física como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Envolve o contato físico com intenção de infringir dor, medo ou outro tipo de sofrimento físico ou lesões corporais. A violência pode ocorrer tanto em relações heterossexuais como homossexuais. Os agressores tanto podem ser homens como mulheres. As consequências podem ser falta de energia, dores pelo corpo, hematomas, escoriações, síndrome do pânico, tristeza, solidão e baixa autoestima, que determinaram danos psicoemocionais, físicos.

3.2.2 Violência Sexual

O Art 7, da lei 11.340/2006, dispõe o conceito de violência sexual, como: Qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2006).

Qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual, abordagens ou comentários de cariz sexual indesejados ou tráfico sexual direcionados contra

determinada pessoa por meio de coerção. Para além das tentativas de iniciar um ato sexual por via da força, está-se na presença de abuso sexual nas situações em que a vítima é incapaz de compreender a natureza do ato, incapaz de recusar a participação ou incapaz de comunicar consentimento. As sequelas do abuso sexual podem se manifestar em diversas áreas, principalmente nos aspectos físicos, psicológicos, emocionais e sexuais. Entre as consequências físicas tem o risco de desenvolver uma doença sexualmente transmissível, gravidez ou lesões genitais.

3.2.3 Violência Psicológica

O Art 7, da lei 11.340/2006, dispõe o conceito de violência psicológica como: Qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2006).

É um padrão de comportamento com o objetivo de ameaçar, intimidar, desumanizar ou sistematicamente debilitar a autoestima de outra pessoa. Violência psicológica é a intenção de lesar gravemente a integridade psicológica de uma pessoa por meio de coação ou ameaças. As implicações de ordem física e mental sofridas são diversas, como depressão, abuso de substâncias psicoativas e em problemas de saúde como cefaleias, distúrbios gastrintestinais e sofrimento psíquico.

3.2.4 Violência Patrimonial

Em seu artigo 7, a lei 11.340/2006 caracteriza a violência patrimonial como:

Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (BRASIL, 2006).

É uma forma de abuso em que um dos parceiros íntimos controla o acesso do outro parceiro a recursos econômicos ou aos bens matrimoniais. As formas de violência patrimonial mais comuns são impedir um cônjuge de adquirir recursos, limitando aquilo que a vítima pode comprar ou usar, ou explorar os recursos econômicos da vítima.

Nas regiões do mundo em que as mulheres dependem do rendimento do marido para sobreviver, devido à falta de oportunidades e de segurança social, o abuso

econômico pode ter consequências muito graves e está associado a má nutrição entre as mulheres e crianças. A violência doméstica ocorre em todo o mundo, nas mais diversas culturas, e afeta pessoas de todas as classes econômicas.

3.2.5 *Violência Moral*

Por fim, o Art 7, da lei 11.340/2006 descreve a Violência Moral como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

4. DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS E JUDICIAIS

Antes de tudo, vale afirmar que a Lei nº 11.340/2006 não se limita ao Direito Penal, abarcando também questões cíveis, a saber: reconhecimento de paternidade, pensões alimentícias, guarda e entre outros.

Aliado a tais circunstâncias, a sobredita Lei não possui caráter punitivo, mas sim procedimental, porquanto, atualmente, possui apenas um dispositivo de tipificação penal, a saber: descumprimento de medidas protetivas, (previsto no Art. 24-A da referida Lei) que foi acrescida em 03 de abril de 2018, pela lei 16.341, e possui pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Uma vez ocorrendo qualquer tipo de violência, o primeiro passo (extrajudicialmente) é procurar uma delegacia de polícia e prestar notícia criminis - não necessita ser uma delegacia especializada de defesa da mulher -, uma vez que o órgão que receber a notícia poderá transferir para as delegacias especializadas. Na delegacia, deverá ser realizada asseguintes diligências: oitiva da vítima; lavratura do boletim de ocorrência; colheita de provas; remeter ao juiz, no prazo de 48 horas com requerimento de concessão de medidas protetivas e ao final realizar o exame de corpo de delito.

Assim, poderá ser o agressor obrigado a ter suspensão da posse ou porte de armas, afastamento do lar ou local de convivência com a ofendida, proibição de determinadas condutas, dentre as quais são: aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibição de frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; oitiva da equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

A vara do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, tem competência para apreciar além dos crimes os casos cíveis, como: separação, pensão, guarda, entre outros. Na linha do tempo, o Ministério público oferecerá a denúncia podendo propor penas entre 3 meses a 3 anos, e caberá ao juiz receber ou rejeitar a denúncia. Importante destacar que a Lei 11.340/2006 passou a proibir a aplicação de

penas alternativas, como cestas básicas (Art. 17 dessa Lei); e aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, na forma do artigo 41 dessa Lei, não poderão ser gozados dos benefícios da lei 9.099/95, independentemente da pena prevista.

Por fim, faz-se necessário tratar a respeito da retratação, após o oferecimento da denúncia, que segundo o Código de Processo Penal, em seu artigo 25, dispõe não ser possível a retratação. Contudo, pelo procedimento da Lei 11.340/2016, nas ações públicas condicionadas a representação, caso a vítima deseje se retratar, após o oferecimento e antes do recebimento da denúncia, ela o poderá fazer, desde que sua retratação seja realizada em audiência especial, ante a presença do magistrado e ouvido o Ministério Público, conforme artigo 16 da referida Lei, a fim de que seja verificada a real situação psicológica da vítima e sanar quaisquer dúvidas sobre a voluntariedade de tal ato.

4.1. Mudanças na lei maria da penha

Em novembro de 2017, foi publicada a lei 13.505/17, que acrescentou dispositivos à lei Maria da Penha. A norma estabeleceu que mulheres em situação de violência doméstica e familiar devem ser atendidas, preferencialmente, por policiais e peritos do sexo feminino. A lei também define que, entre outros, é direito da mulher em situação de violência a garantia de que, em nenhuma hipótese, ela, seus familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos de terem cometido a violência e pessoas a eles relacionadas.

Em abril de 2018, o então presidente Michel Temer sancionou a lei 13.641/18, que tipifica o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. A norma estabelece que o descumprimento de decisão judicial que defere a medida enseja pena de detenção de três meses a dois anos, sendo que apenas a autoridade judicial pode conceder fiança em hipóteses de prisão em flagrante.

Em dezembro de 2018, a norma passou por nova alteração. Dessa vez, com a edição da lei 13.772/18, que reconhece a violação da intimidade da mulher como violência doméstica e familiar, além de criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual.

Conforme dispõe o art. 216 do Código Penal, "produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes" é crime passível de pena de detenção de seis meses a um ano e multa.

No governo atual, do presidente Jair Bolsonaro, mudanças foram feitas na lei Maria da Penha, com a lei 13.871/19, que, autoriza de maneira expressa a possibilidade

do Estado de cobrar ressarcimento do agressor a serviços prestados pelo SUS. A lei 13.827/19 que oferece a facilitação a aplicar medidas protetivas de urgência a mulheres ou a seus dependentes, em caso de violência doméstica ou familiar, e Lei 13.882/19, que estabelece a possibilidade de maior agilidade na tomada de decisão por autoridades da Justiça e da Polícia e o objetivo de garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio.

4.2. Femicídio

A lei n 13.104 define feminicídio em seu art. 121 como “o assassinato de uma mulher cometido por razões da condição de sexo feminino” e a pena prevista para o homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos. O principal motivo para o uso da palavra feminicídio é de que o crime é diferente por si só, por ser um crime de discriminação, cometido contra uma mulher pelo fato de ela ser mulher.

Essa discriminação provém do machismo e do patriarcado, que são maneiras culturais de a sociedade colocar a mulher num lugar de inferioridade, submissão e subserviência; de acordo com essa lente, a autoridade máxima é exercida pelo homem e automaticamente a mulher se torna um ser desimportante, que deve dedicar sua vida a servir (principalmente os homens).

A tipificação do feminicídio como crime de gênero se faz necessária por estar diretamente ligado à violência de gênero e por ser um crime passível de ser evitado – principalmente às vítimas de violência doméstica, que podem ter suporte e seus agressores punidos conforme prevê a lei. De acordo com o Atlas da Violência e outros relatórios, “os dados apresentados sobre violência contra a mulher e feminicídio revelam um quadro grave, e indicam também que muitas dessas mortes poderiam ter sido evitadas. Em inúmeros casos, até chegar a ser vítima de uma violência fatal, essa mulher é vítima de uma série de outras violências de gênero, como bem especifica a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06).

Torna-se, portanto, necessário que as ciências sociais incorporem a noção de assimetria sexual, a fim de que avancemos na compreensão das formas como está se processa e se reproduz em sociedades históricas concretas. Por ser um fenômeno social, tal assimetria é objetivo das ciências sociais. Objeto tanto desafiante quanto complexo, na medida em que a questão da identidade de gênero admitiria um elemento universalizante: na avaliação cultural do homem e da mulher o feminino parece ter sido, sempre, o menos valorizado (ROMANI, in: LUZ org., 1982, p. 70).

Há circunstâncias na lei 13.104/15, em que a pena do feminicídio pode ser aumentada em 1/3. Se a pessoa for condenada a 15 anos de prisão e a situação do crime se encaixar em um dos motivos abaixo, terá mais 1/3 da pena acrescida ao tempo de reclusão, totalizando 20 anos de prisão. As situações agravantes são quando o feminicídio é realizado: Durante a gestação ou nos três primeiros meses posteriores ao par; contra menor de 14 anos ou maior de 60 anos de idade; contra uma mulher com deficiência ou na presença de ascendentes ou descendentes da vítima – exemplos de parentes ascendentes podem ser os pais e avós, já os descendentes podem ser filhos, netos e assim por diante.

A violência contra a mulher é um problema antigo e estrutural, arraigado de modo profundo na sociedade, onde a opressão sofrida pelas mulheres se encontra naturalizada. O enfrentamento de um problema tão antigo e complexo, exige um trabalho articulado que possa oferecer alternativas e soluções para além do Direito Penal, buscando o empoderamento e alibertação de mulheres de suas redes de opressão, em tempo para que possam se emancipar e construir suas vidas.

Inicia-se por reações menores de ciúmes, que avançam para discussões, possessividade e agressões, muitas vezes terminando em uma fatalidade quando a mulher busca se emancipar pela separação. Nesse sentido, pontua a Promotora Valéria Scarance:

Nenhum homem agride ou humilha a mulher no primeiro encontro. A dominação do homem se estabelece aos poucos. Inicialmente há a conquista e sedução. Depois, sob o manto do cuidado, tem início o controle, o isolamento da mulher dos amigos e familiares. Seguem-se ofensas, rebaixamento moral e agressão física. Estabelecem-se regras: chegar cedo, não fazer barulho, não usar roupas provocantes, não falar com outros homens, cozinhar e cuidar dos filhos, todas “para o bem da mulher e família (CARTA FORENSE, 2014).

Consiste, portanto, o feminicídio na expressão mais severa de uma complexa rede de opressões sofridas pelas mulheres, consequência do machismo e da misoginia.

Conforme dados coletados, três entre cada dez mulheres que morreram no Brasil por causas ligadas à violência possuem registros de repetição de violência, nota-se que os dados apenas contabilizam a violência registrada, sem abarcar os diversos casos subnotificados (Catraca Livre, 2016).

5. CONCLUSÃO

Foi possível a oportunidade de explorar o fenômeno complexo que é a violência contra a mulher, proporcionando conhecimento de forma mais aprofundada.

Diversos autores apontam que a violência é fruto da desigualdade de gênero, sendo esta naturalizada pela cultura, portanto, percorre diversas sociedades e está enraizada nas pessoas que cometem os atos violentos e também em muitas mulheres que se encontram nesta situação.

Esta barreira cultural dificulta a autonomia feminina, pois ideologicamente muitas mulheres são controladas e acreditam que devem ser submissas aos homens, o que, por vezes, dificulta a denúncia. Comportamentos estes que são resquícios históricos da dominação masculina.

Vale ressaltar que os direitos no Brasil, não foram concedidos sem intensas mobilizações que os pleitearam. As mulheres conquistaram muitos direitos, mas o direito a não sofrer violência ainda precisa ser efetivamente conquistado. Mesmo com legislação específica para coibir a violência contra a mulher, os dados estatísticos demonstram significativo aumento da violência.

Esperamos que os resultados alcançados neste trabalho propiciem reflexão e suscitem o interesse por novos estudos, visando adquirir novos conhecimentos sobre o fenômeno complexo que é a violência contra a mulher.

Um trabalho de pesquisa, não se extenua em si mesmo, ao contrário, provoca outros trabalhos, podendo vislumbrar novas possibilidades de estudos a outros pesquisadores, provocando assim, outras discussões e colaborações.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei 13.772, de 19 de dezembro de 2018. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 20 dez. 2018.

BRASIL. Lei Maria da Penha: Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

BRENER, Paula. Violência doméstica e feminicídio: a autonomia da mulher e a abordagem integral como prevenção. Revista Eletrônica Empório do Direito em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/violencia-domestica-e-feminicidio-a-autonomia-da-mulher-e-a-abordagem-integral-como-prevencao>> Acesso em: 10/03/2021.

CÂMARA LEGISLATIVA. Mapa da Violência contra a mulher em 2019. <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>> Acesso em: 15/03/2021.

CARTA FORENSE. Lei Maria da Penha e Gênero: quem é responsável pela violência contra as mulheres? Revista Eletrônica em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-maria-da-penha-e-genero-quem-e-responsavel-pela-violencia-contra-as-mulheres/13635>> Acesso em: 18/03/2021.

CATRACA LIVRE. 2019 tem recorde de projetos sobre violência contra mulher na Câmara. Revista Eletrônica Catraca Livre em <<https://catracalivre.com.br/cidadania/2019-tem-recorde-de-projetos-sobre-violencia-contra-mulher-na-camara/>> Acesso em: 19/03/2021.

CUNHA, Rogério Sanchez. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha Comentada artigo por artigo. Rogério Sanchez Cunha, Ronaldo Batista Pinto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUZ, Leila Gonçalves Mandei (org). O Lugar da Mulher: estudos sobre a condição feminina na sociedade atual. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1982.

MEIRELES, Carla. Entenda a Lei do Femicídio e por que ela é importante. Revista Eletrônica Guia do Estudante em <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-lei-do-femicidio-e-por-que-e-importante/>> Acesso em: 20/03/2021.

RIBEIRO, Dominique de Paula. Violência contra a mulher: aspectos gerais e questões práticas da Lei nº 11.340/2006. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

SANTOS, Bárbara Ferreira. Os Números da Violência contra Mulheres no Brasil. Revista eletrônica EXAME em <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-da-violencia-contra-mulheres-no-brasil/>> Acesso em: 25/03/2021.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. O que é violência contra a mulher. – São Paulo: brasiliense, 2003.

JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

MAGDA FERNANDA XAVIER DA SILVA:

Servidora do TJDF. Bacharel em Direito e em Administração. Especialista em Direito Público e Direitos Indisponíveis. Conciliador e Mediadora no TJDF. Aluna da Escola da Magistratura TJDF.

Resumo: A autora aborda a possibilidade do uso da Justiça Restaurativa, via o uso da conciliação e da mediação, para solução de conflitos envolvendo crianças e adolescentes, visando o atendimento e acolhimento dos menores de maneira integrada e complementar ao melhor interesse do menor e de sua formação social, pessoal e material.

PALAVRAS CHAVE: JUSTIÇA RESTAURATIVA. MEDIAÇÃO. AUTOCOMPOSIÇÃO. CRIANÇA. ADOLESCENTE.

Abstract: The author addresses the possibility of using Restorative Justice, through the use of conciliation and mediation, to resolve conflicts involving children and adolescents, aiming at the care and reception of minors in an integrated manner and complementing the best interests of the minor and his education social, personal and material.

KEYWORDS: RESTORATIVE JUSTICE. MEDIATION. SELF-COMPOSITION. CHILD. ADOLESCENTES.

1. DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: BREVE HISTÓRICO

Os primeiros registros sobre Justiça Restaurativa que se tem registro surgiram nas culturas africana e anglo-saxã; sendo suas experiências replicadas com êxito em países como Canadá e Nova Zelândia.

No Brasil a Justiça Restaurativa é praticada a aproximadamente dez anos e se utiliza de metodologias da mediação, reunindo vítima e ofensor em um mesmo ambiente. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através da Resolução nº 225/2016, tem por objetivo a consolidação da identidade, bem como os ditames de qualidade da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário Brasileiro. Essa Resolução cumpre uma recomendação da Organização das Nações Unidas-ONU, Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas- ECOSOC, que orienta aos países integrantes a busca de meios consensuais, voluntários e mais avançados, capazes de alcançar a pacificação de conflitos oriundos ou resultantes de crimes e violência.

As práticas restaurativas consistem em intervenções entre autores de condutas delitivas e suas vítimas, na busca da conscientização do dano causado de forma a ser evitada a recidiva, bem como seja promovida a efetiva ressocialização do indivíduo na sociedade. Visa resguardar a segurança jurídica e física dos envolvidos, em busca de um entendimento que pacifique as várias dimensões do mesmo problema.

2. DA JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA NO ÂMBITO DO ECA

A Justiça Restaurativa busca fornecer maior compreensão das causas periféricas do crime/delito à comunidade no qual está inserida, assim como promover o bem estar da comunidade e prevenir a incidência de novos delitos/crimes.

Um de seus processos aplicados na Justiça Restaurativa é a mediação vítima-ofensor, também chamada de MVO; convém destacar que tal modelo não almeja substituir o tradicional modelo penal retributivo, haja vista que tal ferramenta está voltada a complementar o ordenamento processual penal para, em circunstâncias específicas, possa proporcionar maior efetividade ao jurisdicionado.

Autocomposição possui técnicas próprias que quando desconsideradas, em regra, proporcionam significativas consequências como a revitimização, buscando a cicatrização dos efeitos do crime, bem como a responsabilização pela conduta ofensiva.

A gestão do conflito consiste em identificá-lo, compreendê-lo, interpretá-lo e utilizá-lo para benefício de cada indivíduo, das famílias, dos grupos sociais, das Organizações e, enfim, da sociedade. (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008)

Cumpramos ressaltar que o conflito é uma oportunidade de crescimento e amadurecimento nas relações sociais da criança e do adolescente. O conflito pode ser encarado como uma oportunidade, qual seja, nos ensina perspectiva do outro, ensinando a respeitar as diferenças e mostrando a eles que percepções diferentes das suas.

A busca pelo consenso é o primeiro passo antes de seguir pelo caminho das soluções heterocompositivas, que na maioria das vezes são mais caras e complexas. Os mecanismos de autocomposição incentivando e facilitando o diálogo não só entre as partes, mas entre todos os envolvidos na lide, buscando-se a efetiva pacificação social do conflito.

A Justiça Restaurativa visa a integração dos indivíduos, ou seja, que todos nós possamos viver em sociedade, interligados de alguma forma, como se estivéssemos em um grande círculo, cada qual com sua individualidade, mas apresentando igual importância para o desenvolvimento do todo e influenciando diretamente os rumos da coletividade. Logo, não é possível excluir qualquer pessoa, círculo social, quando

vem à tona um conflito, mas convém trabalhar as responsabilidades coletivas e individuais para que ela retorne à convivência comunitária da melhor forma possível.

Partindo-se da premissa acima, o professor André Gomma de Azevedo afirma que as políticas públicas voltadas para a comunidade infanto-juvenil devem se voltar a um processo escuta ativa, vislumbrando-se o contexto no qual estes jovens estão inseridos socialmente, buscando informações para a sua implementação. Assim, as políticas públicas de enfrentamento e de tratamento voltadas à infância e à juventude possuem diversas especificidades, possibilitando aplicabilidade desse sistema normativo direcionado da criança e do adolescente, sempre visando o melhor interesse da criança e do adolescente em sua formação social, pessoal e material, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA.

A adolescência é também um momento de conflito; conflitos extrínsecos e intrínsecos aos adolescentes, culminando em conflitos com a família, na escola e no grupo de amigos. Nesse contexto é importante mencionar que a palavra conflito tem sua origem no conceito de choque, de contrapor ideias, palavras, ideologias ou armas. Conflito é o enfrentamento de duas vontades no momento em que uma tem a pretensão de prevalecer à outra com a expectativa de lhe estabelecer a sua solução. Principalmente na sociedade democrática, ele é inevitável e fortificante; deve-se encará-lo como um fato, priorizando a busca de meios autônomos para administrá-lo (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Do art. 3º do ECA extrai-se que crianças e adolescentes gozam dos mesmos direitos dos adultos, bem como que estas possuem direitos próprios, em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento. Ressalta-se que a proteção à infância, por estar inserida nos direitos sociais, inseridos na Constituição Federal/1988- CF/88, é um direito fundamental de segunda geração, portanto, impõe ao Estado uma obrigação de fazer – direitos prestacionais.

O ECA deve ser interpretado, sempre, seguindo alguns critérios definidos, expressamente, em seu art. 6º, quais sejam: a) fins sociais a que ele se destina: considerar a criança e adolescente como sujeito de direitos na implementação de políticas públicas; b) exigências do bem comum: visando sempre a razoabilidade; c) direitos individuais e coletivos: nos termos do art. 5º da CF/88; d) condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento: essência da doutrina da proteção integral e a garantir dignidade à pessoa humana.

De acordo com o professor Daniel Carnacchione " *o princípio da dignidade da pessoa humana também é ressaltado no capítulo da Constituição Federal referente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. (...) Essa dignidade está relacionada a valores do espírito e a condições materiais de substância, o que neste último caso, é*

denominado pelos alemães de “mínimo existencial”, ou seja, o mínimo necessário e indispensável para que a pessoa tenha uma vida digna”.

Visando a garantia do melhor interesse de crianças e adolescentes, no atual cenário jurídico, há um movimento de fortalecimento das práticas consensuais de conflito; principalmente no âmbito informal e pré-processual, como resposta da sociedade a crise que assola o Poder Judiciário, com sua incapacidade de suprir as demandas crescentes da sociedade moderna. Assim, o Poder Judiciário prioriza cada vez mais os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, visando uma justiça menos formal, porém mais eficiente e menos onerosa.

O próprio Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) apresenta uma série de indicações nesse sentido como o conciliador e o mediador sendo auxiliares da justiça (art. 149 CPC) e a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (art. 165 CPC). A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o NCPC prestigiaram a consensualização no âmbito do Poder Judiciário, preconizada com o Movimento pela Conciliação e com a Resolução nº. 125/10 do CNJ.

A Justiça Restaurativa traz uma verdadeira mudança de paradigma, daquele modelo retributivo (punitivo) para o restaurativo; neste último modelo o foco central são os danos e consequentes necessidades, tanto da vítima como também do ofensor e da comunidade; trata de obrigações decorrentes desses prejuízos de ordem material e moral advindas destes conflitos. Para tanto, vale-se de procedimentos inclusivos e cooperativos, nos quais serão envolvidos todos aqueles direta ou indiretamente atingidos, de forma a corrigir os caminhos que nasceram errados (ZEHR, 2008).

A Justiça Restaurativa busca retomar os valores de justiça e ética em todas as dimensões da convivência – relacional, institucional e social –, a partir de uma série de ações, em três diferentes focos, coordenadas e interligadas pelos princípios comuns da humanidade, da compreensão, da reflexão, da construção de novas atitudes, da responsabilidade, do atendimento de necessidades e da paz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema infância e juventude, sob o enfoque jurídico, é um tema de árido, dada as peculiaridades atinentes à matéria. No entanto clama por um olhar muito mais social do que positivista; assim, sopesa -lhe imputar uma análise diferenciada de como se deve lidar com as crianças e adolescentes em situação de conflito com a lei ou em situação de vulnerabilidade.

Em que pese as ponderações quanto à participação de crianças e adolescentes no processo de mediação, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e a Resolução nº 125/10 do CNJ buscam proporcionar um melhor deslinde dos conflitos pela via da

autocomposição. Logo, enquanto política pública, a Justiça Restaurativa compreende que crianças e adolescentes são capazes de enfrentar os conflitos, via o uso das técnicas e ferramentas adequadas, a partir daquele microssistema social em que estão inseridos, amparados pela família e pela comunidade. Trata-se, então, de proteger os interesses de cada um, com base no equilíbrio necessário ao procedimento de mediação, reforçando – a partir da subjetividade e da cultura da paz a comunidade em geral –, empoderando jovens, adultos e crianças, de modo a revitalizar e solidificar os laços existentes.

Em síntese, a Justiça Restaurativa resgata o justo e o ético nas relações, nas instituições e na sociedade. Dessa forma, além de remediar o ato de transgressão, a Justiça Restaurativa busca, também, prevenir e evitar que a violência nasça ou se repita. A Justiça Restaurativa não se resume a um procedimento especial voltado a resolver os litígios, apesar de compreender uma gama deles, mas também como política pública de prevenção social e re-harmonização das relações e dos seus indivíduos.

Ressalte-se que as famílias, comunidade e Poder Público são convidados a escutar e a compreender as circunstâncias e omissões que atuaram como agentes de mudança para que a transgressão viesse à tona, assumindo a sua corresponsabilidade e, assim, garantindo suporte para a construção de novos caminhos e de novas realidades, tanto para aquelas pessoas ali implicadas, como para tantas outras que convivem no seio social. Tudo de forma a promover a conscientização e a responsabilização como orientadores para uma outra cultura de convivência e pela busca da pacificação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Gomma de, Autocomposição e Processos Construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados in AZEVEDO, André Gomma de (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação– Vol. 3, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

_____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

_____. *Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

CARNACCHIONI, Daniel. Manual de Direito Civil- Volume Único. 3ª edição- Salvador. Editora Juspodivm, 2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Política Nacional de Justiça Restaurativa. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ n.225 de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>> Acesso em: 5 jun. de 2020.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*: alternativa à jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MUMME, Mônica Maria Ribeiro. Justiça Restaurativa e o Polo Irradiador, p. 01. Texto apresentado no World Congress on Juvenile Justice, ocorrido em Genebra, Suíça, de 26 a 30 de janeiro de 2015, evento realizado pela Terre des hommes Foundation em parceria com o Governo Suíço, que contou com a participação de aproximadamente 900 pessoas, provenientes de cerca de 80 países.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre crime e justiça*. São Paulo: Editora Palas Athena, 2008.

CADEIA DE CUSTÓDIA: PADRONIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS DA PROVA PERICIAL SEGUNDO O PACOTE ANTICRIME

EDUARDA MORETI VIANA:

Bacharelada do Curso de Direito da
Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O artigo tem como objetivo apresentar as mudanças que houveram com a introdução da lei complementar 13.964/2019 de 24/12/2019 o pacote anticrime, onde altera os procedimentos referentes a cadeia de custódia mais precisamente na prova pericial, alterando sua forma de aplicação e importância ao processo, tornando seus procedimentos mais rigorosos. A lei foi sancionada com o intuito de trazer uma segurança jurídica maior ao âmbito processual, pois contra fatos não há argumentos, a prova pericial veio ganhando uma importância especial pois com ela seria possível preencher as lacunas de tempo do processo, onde seriam esclarecidas as dúvidas do magistrado na aplicação da sentença. Visando trazer uma segurança jurídica maior e evitar erros recorrentes em processos, tais como alteração de provas ou então que a prova se perca no meio do processo final. O artigo apresenta dois estudos de casos onde houve a quebra da cadeia de custódia, mostrando onde a mesma fora quebrada. Atualmente nos entendimentos dos tribunais após a vigência da lei supracitada quando houver a quebra da cadeia de custódia poderá haver a nulidade do processo causando assim danos irreversíveis ao mesmo.

Palavras-chave: Cadeia de Custódia. Prova Pericial. Tribunais.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1. CONCEITOS IMPORTANTES SOBRE A CADEIA DE CUSTÓDIA E O PACOTE ANTICRIME; 1.1 O Que é Cadeia de Custódia; 1.2 Prova Pericial; 2. IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL AO PROCESSO; 2.1 Para Que Serve A Cadeia De Custódia Na Prova Pericial Conforme Lei Atual?; 2.2 Diferenças da Aplicação da Cadeia de Custódia de como era anteriormente para como está atualmente; 3. ESTRUTURA DA CADEIA DE CUSTÓDIA; 4. IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA EM PROCESSOS; 5. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA; 5.1 Estudo de Caso Referente a Quebra da Cadeia de Custodia; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.964/2019 sancionada em 24/12/2019 o famoso “Pacote Anticrime” veio para padronizar procedimentos do Código de Processo Penal, tais como a Cadeia de Custódia que é o tema desse artigo, mais especificamente a parte do novo procedimento adotado, qual seja, a prova pericial.

A cadeia de custódia foi padronizada para que houvesse uma segurança jurídica no âmbito do processo, pois ela nada mais é do que um conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a cronologia das provas e indícios dos locais de crime ou das vítimas, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu conhecimento até o seu descarte.

A importância da prova pericial para a cadeia de custódia, segundo o pacote anticrime, é que a partir do momento em que os peritos forem avisados da cena de um crime ou da aparição de uma vítima, toda a coleta de prova deverá ser encaminhada para a central de custódia responsável, tornando assim mais difícil que uma prova seja adulterada ou se perca no meio de tantas outras.

Pode-se conceituar prova pericial como aquilo de que se serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração, tudo aquilo que mostra e confirma a verdade de um fato, claro que, apurado por um perito credenciado.

A questão em si é abordar o quanto a lei anticrime veio para mudar os procedimentos que eram adotados anteriormente pela cadeia de custódia, principalmente na prova pericial, trazendo consigo uma segurança jurídica para a aplicação dos fatos no processo.

A abordagem sobre o supracitado tema é básica e pura, buscando objetivar novos conceitos; também exploratória, pois será demonstrado como era antigamente a coleta de provas e como se tornou agora com a padronização do procedimento; bibliográfica, pois será exposta a opinião de autores que já falaram sobre o tema; e por fim qualitativa, pois visa explicar o porquê de tal mudança.

É importante falar sobre esse assunto, pois ele altera conceitos e aplicações no âmbito jurídico. Como foi dito anteriormente, a padronização foi criada para que houvesse uma maior segurança jurídica, para que assim não houvesse tantos erros em processos que envolvem este tema.

1 CONCEITOS IMPORTANTES SOBRE A CADEIA DE CUSTÓDIA E O PACOTE ANTICRIME

1.1 O Que é Cadeia de Custódia

A cadeia de custódia nada mais é do que uma documentação cronológica de provas obtidas na cena de um crime. Segundo PRADO (2014, p. 80) "cadeia de custódia é o dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios". Assim, trata-se de um mecanismo fundamental a regularização de uma prova apresentada ao processo, visando a garantir máxima segurança aos procedimentos por ela aplicados no andamento do processo. A cadeia de custódia da prova pericial sofreu

diversas alterações no âmbito de sua aplicação desde a vigência da Lei 13.964 de 24/12/2019.

É importante frisar que a cadeia de custódia não se aplica somente ao sistema de processo penal, mas muitas vezes também é utilizada na esfera civil, nos exames de antidoping ou também em exames de DNA nos quais as provas apresentadas visam a trazer um resultado de grande importância na vida pessoal da pessoa. Por esse motivo se busca a padronização do procedimento, para que a garantia de maior eficácia na aplicação da prova seja maior.

O propósito da criação da padronização é impedir que haja manipulação do vestígio, com o objetivo espúrio de isentar ou incriminar alguém, forjando ou eliminando algum elemento na cena do crime ou no exame de corpo de delito.

A cadeia de custódia foi definida no pacote anticrime como 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 conhecimento até seu descarte (artigo 158 – A, caput, do CPP).

É relevante observar que a cadeia de custódia não é atividade exclusiva da prova pericial, muito pelo contrário, ela incumbe a todas as agências do sistema de justiça criminal, visando a abranger a todos os atores responsáveis pela sua integridade, preservação, idoneidade e valoração, sendo assim ela se inicia na fase de investigação preliminar, porém se estende até a aplicação do processo criminal.

Sendo assim, após as alterações sofridas na cadeia de custódia, qualquer policial (civil, militar ou federal) que receber a incumbência de guardar algum objeto de prova, deve aplicar imediatamente o procedimento de cadeia de custódia tomando todos os cuidados necessários para com esta prova.

1.2 Prova Pericial

A prova pericial é conceituada como uma prova técnica, pois ela representa algo que visa a certificar a existência de fatos e de conhecimentos específicos buscando demonstrar a peculiaridade de ser uma função estatal, destinada a fornecer dados instrutórios ao processo, podendo, assim, construir um elemento essencial para o convencimento do juiz no âmbito da decisão do processo.

Ressaltando que, a prova pericial, não necessariamente se restringe ao local do crime ou então à vítima, mas também ao suspeito indiciado, podendo o mesmo conter provas que ajudem na elucidação do caso apresentado ao perito técnico.

Com a inovação da Lei 13.964/2019 a prova pericial ganhou uma importância maior ao processo, pois, junto ao pacote anticrime vieram as padronizações realizadas por ele, tais como proceder com total cuidado quando o agente receber a prova em suas mãos.

Conforme um artigo sobre conceituação de prova pericial onde se diz que:

A prova permite, a um só tempo o magistrado uma atividade cognitiva de reconstrução aproximativa de um fato pretérito, na mesma medida em que oportuniza as partes, a tentativa de produção de elementos de convicção, capazes de conduzir o ato decisório a um julgamento alinhado ao esforço retórico de defesa ou da acusação WALKER JUNIOR, 2020).

Portanto a prova é elemento essencial, quando coletada, aplicada e descartado da maneira correta, não deixando brechas para a ruptura da cadeia de custódia.

2 IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL AO PROCESSO

Por ser considerada uma prova em sentido amplo não abrangendo só as coisas materiais, o código expressa a preocupação e indispensabilidade da prova pericial, tal como o exame de corpo de delito, realizado em infrações que deixam vestígios criminais. Valendo-se do princípio de Locard (1966 *apud* MAIA, 2012, p. 8) que fala que “todo contato deixa um rastro”.

Tornando-se assim indispensável à veracidade do processo a utilização da prova pericial, pois, ao analisar o local do crime, onde são feitos todos os procedimentos de coleta de provas ou vestígios, conseqüentemente é aumentada a probabilidade de identificação do autor através de fatores de estudos científicos e interpretação dos fatos e da cena, podendo então haver uma reconstituição do crime, como realizado em diversos processos penais, mais especificamente no caso do processo da Isabella Nardoni, no qual houve a “quebra da cadeia de custódia” por falta de isolamento correto da cena do crime.

Toda análise concreta de um fato depende da prova apresentada para convencimento, tal como o crime de embriaguez ao volante, que antes da vigência da Lei Federal 11.705/2008 sua indicação dependia 99,9% do teste de etilômetro para apresentação do crime, atualmente conforme o artigo 277 do CTB (Código de Trânsito Brasileiro) em seu segundo artigo onde diz:

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

Contudo mesmo que parte da persuasão aplicada ao processo dependa da prova, sem o teste de etilômetro não há como haver total certeza da quantidade de álcool que o condutor possuía no momento do fato, haja vista que atualmente após a vigência da lei supracitada o testemunho dos policiais presentes no local já serve como embasamento jurídico para a condenação. Todo processo necessita de uma prova para seu convencimento em tribunal.

A prova Pericial é um dos meios probatórios de maior confiabilidade no processo, pois os elementos apresentados são fornecidos por meio de bases científicas e técnicas apresentadas por laudos autenticados por técnicos certificados e credenciados com curso superior na área, tornando assim a veracidade da mesma maior e fazendo com que os erros cometidos nos processos sejam diminuídos consideravelmente.

De acordo com reportagem do Fantástico exibida no dia 27/09/2020, em 11 estados 70% dos casos de assassinatos não são solucionados no Brasil, segundo levantamentos do instituto Sou da Paz.

Na mesma matéria jornalística também é citado o assassinato de um jovem, ressaltando-se a importância da cadeia de custódia, e mostrando como ela é aplicada, desde a parte do isolamento da cena do crime e coleta de vestígios coletadas por peritos que foram chamados ao local, em seguida o relatório é digitado no computador e são enviados os dados coletados na cena para o banco de custódia da delegacia. Depois, o Diretor do departamento de polícia especializado informa que, quando as provas são colhidas imediatamente e da maneira correta, as chances de identificação do autor do crime sobem substancialmente nas estatísticas, pois o tempo desgasta as provas, essa investigação preliminar demorou uma média de 11 horas para que fossem apresentados três suspeitos na delegacia responsável (ALBERTI; RAIMUNDI, 2020).

No final da reportagem o Presidente da Associação de Peritos Federais e Criminais fala que:

É mais difícil solucionar homicídios no Brasil, pois não há estrutura, para você solucionar crimes é necessário o trabalho da perícia, pois o mesmo é promovido por bases científicas, é necessário ciência para solucionar crimes, e isso depende de capacitação, estrutura, e recursos humanos para que tal aplicação ocorra (CAMARGO, 2020).

Então se percebe a importância da aplicação da cadeia de custódia referente à prova pericial na investigação preliminar e no processo em si, visando a esclarecer as

lacunas que ficam nas partes dos processos, onde somente as provas apresentadas podem elucidar.

2.1 Para Que Serve A Cadeia De Custódia Na Prova Pericial Conforme Lei Atual?

O pacote anticrime veio para padronizar o procedimento da coleta, armazenamento e descarte da prova pericial na cadeia de custódia.

A padronização ocorre para que haja maior segurança jurídica, diminuindo consideravelmente os erros no âmbito da investigação preliminar e no processo em si. Assim, a padronização é usada para igualar procedimento em qualquer que seja o local em que for aplicada ou por qualquer agente que for aplicá-la, criando assim uma conformidade para fatos diversos não se aplicando um peso e duas medidas.

Juntamente com a lei 13.964/2019 fora instaurado em seu artigo 158 – B onde a mesma compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I – RECONHECIMENTO: é o ato de reconhecimento do vestígio como um elemento importante para a prova pericial, tal como a possível arma do crime;

II – ISOLAMENTO: considerada a etapa mais importante do rastreamento, pois é aqui que se evita a alteração ou adulteração de prova ou estado da coisa, mantendo o isolamento e a preservação do local do crime intacto resguardando seus vestígios, para a averiguação dos peritos;

III – FIXAÇÃO: croqui, ilustração ou descrição perfeita do estado em que a coisa foi encontrada, detalhamento do vestígio, que se encontra no local do crime ou no corpo de delito, tornando-se indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido por perito responsável pelo atendimento, de forma que o mesmo perito que atende a ocorrência fica responsável pelo laudo bem como a apresentação dele em tribunal caso necessário;

IV – COLETA: um ato essencial ao resultado final da cadeia de custódia, nesse ato o vestígio encontrado será submetido a análise pericial, respeitando suas características e natureza, ressaltando assim a importância da coleta realizada de forma correta e por perito credenciado;

V – ACONDICIONAMENTO: é o procedimento no qual cada vestígio é coletado e embalado de forma individual, de acordo com suas necessidades físicas, químicas e biológicas, para análise futura, contendo informações como, hora, data, nome de quem realizou a etapa de coleta e acondicionamento, para saber quem é o responsável pela mesma;

VI – TRANSPORTE: ato de transferência de vestígio de um local para o outro, utilizando as condições necessárias que este requeira, tais como preservação de temperatura, embalagem, veículo etc. visando garantir e manter a condição original da prova, bem como o controle de sua posse;

VII – RECEBIMENTO: ato de transferência de posse do vestígio que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

Nesse tópico se observa que, se coletada e transportada de forma correta, ao chegar ao seu destino não tem como ter havido a adulteração da prova, pois a mesma desde seu início se encontra totalmente documentada.

VIII – PROCESSAMENTO: é a fase do exame pericial em si, a análise, manipulação do vestígio, de acordo com a estrutura adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado para a formalização do laudo produzido pelo perito credenciado;

Referido resultado, então, poderá ser usado no processo para acusação do réu.

IX – ARMAZENAMENTO: procedimento referente à guarda do objeto, em condições adequadas que o mesmo necessite, mantendo sua custódia até o mesmo ser processado, importante ressaltar que essa fase guarda o objeto para que se necessário a realização da contra perícia, descartado ou transportado, com vinculação ao laudo já fornecido;

X – DESCARTE: no último procedimento referente ao rastreamento vemos a liberação do vestígio, respeitando a legislação em vigor e quando pertinente, porém mediante autorização judicial;

2.2 Diferenças da Aplicação da Cadeia de Custódia de como era anteriormente para como está atualmente

Antigamente a coleta de provas era realizada por qualquer agente, não necessariamente um perito técnico credenciado, não havia central de custódias nos institutos de criminalísticas, para que houvesse a preservação da prova coletada no local do crime, ocorrendo grandes chances de haver a perda do vestígio ou então a adulteração, mesmo que não intencional.

Atualmente conforme o artigo 158 E parágrafos 1º ao 4º todo instituto de criminalística deverá ter um centro de custódia e um perito responsável para o recebimento do vestígio transportado até o local.

Não havendo espaço ou condições na central de custódia, segundo o parágrafo único do artigo 158 F, deverá o agente policial ou judiciário determinar as condições de depósito do referido material em local diverso.

Mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal, para que haja o armazenamento correto do vestígio, mesmo não estando na central de custódia responsável pelo mesmo.

3 ESTRUTURA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A cadeia de custódia terá início com a preservação da área do crime, em seu começo os agentes responsáveis pela investigação preliminar deverão resguardar o local de qualquer risco que o mesmo possa sofrer após isto os peritos entram no local do crime e começam a coleta dos vestígios existentes, os quais serão embalados e rotulados para subsequentemente serem armazenados na central de custódia responsável.

É importante frisar sobre a responsabilidade dos agentes. Antes da chegada dos peritos à cena do crime, o responsável pela custódia será a autoridade policial presente no local; após toda a coleta e liberação do local, a custódia passará aos peritos, que ficarão responsáveis pela coleta, armazenamento e laudo dos vestígios encontrados. Somente após a saída dos peritos é que a autoridade policial poderá proceder com a apreensão dos objetos. Também é correto afirmar que a cadeia de custódia poderá ter início quando o agente policial informado do crime recebe ou coleta prova pericial de relevada importância para a investigação preliminar.

Após coletada e transportada à prova pelos peritos, elas deverão ser imediatamente encaminhadas à central de custódia estruturada nos institutos de criminalísticas.

No que se refere à central de custódia, caso não haja espaço ou condições de armazenamento a autoridade policial ou judiciária responsável deverá determinar seu depósito em condições legais em que se mantenham sua natureza em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia. As centrais de custódia deverão apresentar condições “ambientais” que não interfiram na veracidade e na natureza da prova.

Sua estrutura consiste então no artigo 158 – A ao 158 – F, onde tem início com a preservação do local do crime e tem fim com o descarte correto dos vestígios encontrados.

4 IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA EM PROCESSOS

Ao analisar a forma em que a cadeia de custódia se desenvolve e é aplicada percebemos sua importância. Tal procedimento teve grande importância no caso Isabella Nardoni no ano de 2008.

Como registrado em documentários, e em plataformas de streaming como a netflix o caso Isabella Nardoni se tornou um caso mundialmente conhecido que chocou os brasileiros no desenrolar dos fatos.

A vítima era uma menina de 5 anos que vivia com a mãe Ana Carolina Cunha e aos finais de semana ficava com seu pai Alexandre Nardoni e sua madrasta Anna Carolina Jatobá. Na data de 28 de março de 2008 Isabella foi jogada do 6º andar do prédio em que morava no edifício London, na zona norte de São Paulo.

Inicialmente após a chegada dos policiais ao edifício o pai e a madrasta de Isabella disseram que havia sido um assalto, que o incidente havia sido causado por um terceiro agente.

Após a averiguação dos fatos, havia se passado 24 horas do crime como cita o documentário na netflix, os policiais foram coletar os testemunhos e os peritos foram acionados para que fosse aberto o procedimento de cadeia de custódia. Após diversas refutações de testemunhos, as alegações do pai e da madrasta foram desmentidos por vizinhos e registros telefônicos.

O que nos importa no contexto geral é a aplicação da cadeia de custódia: os peritos constataram que a fechadura da casa não havia sido arrombada, e que havia vestígios de sangue pelo chão bem na entrada da porta do apartamento e no carro do casal. Após diversos testes de força e estatura aplicados no local fora percebido que não havia como a menina ter se jogado haja vista que ela não possuía força suficiente para rasgar a grade de proteção que havia na janela.

Na autópsia realizada na vítima, o legista indicou que ela havia sido asfixiada antes de ser jogada do prédio. A partir das pistas encontradas no local do crime, no carro dos acusados e no corpo da vítima os peritos conseguiram fazer a reconstituição da noite do crime e deduziram o que havia acontecido naquela noite.

No laudo apresentado pelos peritos ao juiz responsável do caso eles alegaram que Anna Carolina Jatobá agrediu a menina dentro do carro do casal causando assim o corte que ela apresentava na testa (onde fora encontrado o vestígio de sangue da criança). Logo após seu pai levou a criança para casa e cortou a tela de proteção. Nesse meio tempo Anna Carolina Jatobá jogou Isabella no chão causando-lhe uma fratura no braço. Em seguida seu pai a jogou do 6º andar do prédio, soltando uma mão de cada vez, pois segundo os peritos a posição em que vitima se encontrava mostrava que ela

havia sido jogada dessa maneira, em seu laudo final os peritos constaram que o crime não demorou mais de 12 minutos para acontecer.

Com a apresentação dos laudos e das provas técnicas colhidas e avaliadas no local do crime e na vítima, Anna Carolina Jatobá e Alexandre Nardoni foram condenados pelo crime de Homicídio Triplamente Qualificado e Fraude Processual. Ambos ainda estão presos.

Percebe-se então que com a plena aplicação dos procedimentos da cadeia de custódia, torna mais fácil a reconstrução de uma cena de crime, de forma que ela se torna elemento chave para o processo e entendimento do juiz perante o crime cometido, trazendo maior veracidade e eficácia ao processo.

Visando a esclarecer as lacunas criadas, como por exemplo, o que aconteceu dentro dos 12 minutos em que os peritos alegaram que o crime foi cometido, quem o cometeu, quem auxiliou todas as dúvidas que surgem em um processo que só podem ser esclarecidas com provas efetivas do seu cometimento.

Há diversos outros casos famosos em que a cadeia de custódia influenciou em pelo menos 70% na decisão do juiz, casos como Elisa Samudio, Suzane Von Richthofen, Negócio da China, e diversos outros nos quais as provas encontradas no local do crime ou no desenrolar do processo influenciaram o julgamento do magistrado para exarar sua sentença.

5 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A teoria que fala da quebra da cadeia de custódia é frequentemente usada quando não há a preservação do local do crime, ou da prova coletada, não disponibilizando à defesa o franqueamento da integralidade da prova, podendo causar a nulidade no processo. A quebra da cadeia de custódia pode causar um dano irreversível ao processo, deixando o mesmo sem qualquer credibilidade.

Toda prova produzida durante a coleta não serve apenas ao órgão acusador, mas também ao órgão de defesa, dando ao réu o exercício da ampla defesa. Se ocorrer a quebra da cadeia e a descaracterização da prova a mesma perde sua credibilidade no processo, causando assim a falta da ampla defesa, e do contraditório, direitos garantidos constitucionalmente ao réu e que se forem desrespeitados são causa de nulidade processual. Sendo assim é imprescindível a conservação e preservação tanto do local como da prova em si, sendo certo que toda prova coletada mediante a quebra da cadeia de custódia se torna uma prova ilegal no processo.

Vale frisar que seria impossível a total observância do cumprimento da cadeia de custódia tal como a validade da prova, como por exemplo, a falta de cuidado com a cena do crime ou como uma pessoa não autorizada estar no local do crime. Isso não

significa que a prova que fora coletada naquele local deverá ser desconsiderada, talvez ela seja colocada como de menor valor e confiabilidade, porém poderá ser considerada.

Conforme cita a defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro “Se no momento da preservação do local do fato houver qualquer atividade policial que tenha obstado a regularidade da atividade probatória, a cadeia de custódia estará comprometida e a sua quebra resultará na inadmissibilidade ou ausência de credibilidade da atividade probatória. ”

Segundo a tese adotada pelo STJ sobre a quebra da cadeia de custódia se diz que:

A defesa tem o direito de conhecer a totalidade dos elementos normativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outro modo não tem condições de identificar as provas ilícitas; o juízo do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou acusações infundadas; e por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova (PRADO, 2014, p. 526).

Para provar que houve quebra da cadeia de custódia e que a defesa entende que houve uma inobservância de algum procedimento em relação à prova apresentada, fica o ônus da prova a critério de apresentação da defesa, tendo em vista que o perito mostra que houve o cumprimento de todos os procedimentos padronizados alegados em seu laudo apresentado ao processo.

Sendo assim nota-se que a cadeia de custódia serve para que haja a idoneidade da prova, assegurando uma segurança jurídica maior, de forma que, havendo a desconstrução da cadeia de custódia, toda prova apresentada perde sua credibilidade, deixando o processo frágil e inconsistente em termos de convencimento do juiz.

Sendo assim, com a quebra da cadeia de custódia se torna difícil o rastreamento da prova, tornando-se impossível sua aplicação ao processo. Um dos conceitos muito aplicados pelo desembargador Geraldo Prado para esclarecimento da importância da quebra da cadeia de custódia ao processo é:

Rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada,

dificilmente será revelado. Os suportes técnicos, pois, têm uma importância para o processo penal que transcende a simples condição de ferramentas de apoio à polícia para execução de ordens judiciais (PRADO, 2014, p. 79).

Entendendo o conceito e a importância da cadeia de custódia para o processo se percebe que com sua quebra os danos causados ao processo tomam uma proporção irreversível, fazendo com que diversas lacunas sejam deixadas no processo, causando confusão ao convencimento do juiz, e assim então contribuindo para que diversos casos fiquem sem solução e entrem para estáticas de casos não solucionados por falta de meios probatórios.

5.1 Estudo de Caso Referente a Quebra da Cadeia de Custodia

Para se entender melhor a quebra da cadeia de custódia será utilizado um exemplo ocorrido na operação Ouro Verde, no qual se percebe claramente que foi exposto no processo a quebra da cadeia em si, mesmo que antes da vigência do pacote anticrime.

No mês de março de 2007 foi deflagrada a operação "Ouro Verde" pela Polícia Federal do estado de São Paulo, que tinha como objetivo principal analisar a criação do banco paralelo chamado "TOUR EXPORT" que realizava operações de câmbio sem autorização utilizando canais informais valendo-se de contas no exterior. Após análises do processo fora verificada a existência da quebra da cadeia de custódia mediante violação do material apresentado ao processo.

No decorrer do processo foi averiguado que o computador encontrado com o consulente Alfredo Timm de Souza fora violado, sem que houvesse o registro oficial de sua abertura pela Polícia Federal. Isso configurou a quebra da cadeia de custódia, pois não fora preservada a prova em sua natureza original, desrespeitando todos os cuidados que deveriam ter sido observados para uma correta análise pericial.

Por consequência, logo após o conhecimento da defesa da violação de tal prova fora apresentado um recurso para que fosse alegada a imprestabilidade da prova, ou seja, contestando sua veracidade mediante o processo. Como dito anteriormente, ocorrendo à quebra da cadeia de custódia seus reflexos podem ser catastróficos para a validade do processo. Todavia o tribunal não acolheu o recurso, mesmo reconhecendo a falha na conservação da prova, pois não considerou que fosse motivo para exclusão da mesma e o consulente Alfredo Timm de Souza foi relativamente absolvido, por conta da falta de planilhas que não foram encontradas no computador apreendido, porém fora condenado por remessa de divisas ocorridas no ano de 2002 e 2005. No estágio recursal constatou-se que houve o acesso às mídias

do computador antes do espelhamento pelos peritos judiciais, averiguando-se então a quebra da cadeia de custódia.

Segundo o que a autora diz em seu artigo:

O mais importante é o estudo das características da prova coletada para que, numa análise minuciosa, se possa extrair conclusões acerca de sua validade ou posterior invalidação. A prova judicial merece profunda atenção, visto que deverá atender aos princípios do devido processo legal – observância do procedimento específico -, e do contraditório – propiciando-se a ambas as partes os mesmos direitos no tocante à produção de provas. Os elementos colhidos devem ser interpretados atentando-se à forma processual, estabelecendo critérios de validade e influência no julgamento da causa (SEVERO, 2018).

Ficando claro na sentença do processo que não houve total comprovação da veracidade da prova contestada, causando uma dúvida ao magistrado que for julgar o caso e exarar a sentença.

Após diversas discussões entre os tribunais, atualmente no âmbito do processo penal se torna inadmissível a apresentação de prova violada ou não preservada. Deixando a quebra da cadeia de custódia com uma maior importância ao âmbito jurídico após a padronização do procedimento instaurado com o pacote anticrime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente artigo percebe-se a necessidade da mudança dos procedimentos relacionados à perícia e o benefício que trouxe a lei atual. Visando padronizar o que já era aplicado, porém de uma maneira única, de forma que todos os agentes devem aplicar o mesmo procedimento, fora constatado que a rapidez na aplicação dos procedimentos tais como isolamento da cena e coleta de provas é essencial para um melhor resultado, causando uma eficácia maior.

Ressaltando que a quebra da cadeia de custódia poderá causar danos irreversíveis ao processo, causando um desconforto a quem o aplica e uma dificuldade a quem o julga, pois, o procedimento que fora implantado buscou a todo o momento trazer mais clareza e lucidez ao processo, mostrando suas lacunas e suas falhas que antes não eram notadas.

A vigência da lei trouxe inúmeros benefícios ao âmbito jurídico e também ao meio policial, pois com sua aplicação correta as provas ganham uma veracidade e confiabilidade maior, e um peso maior também, demonstrando mais segurança ao julgamento, pois tanto o magistrado que for aplicar a sentença quanto os advogados

terão em suas mãos os registros de tudo que fora coletado e os laudos de aplicação dos procedimentos comprovando de onde veio a prova, por quem foi usada, e qual seu destino final, mostrando todo o seu trajeto e dirimindo quaisquer dúvidas que surjam durante o processo.

Sendo assim, desde que aplicada da maneira correta e seguindo todos os procedimentos indicados no Artigo 158 do CPP a cadeia de custódia da prova pericial se tornará um procedimento eficaz e aplicável a todos os âmbitos que nela forem necessários.

REFERÊNCIAS

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Lei Anticrime Comentada**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MAIA, Francisco Sílvio. **Criminalística Geral**. Ministério Público do Estado do Ceará, 2014. Disponível em:
<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/apresentacoes/I_Curso_de_Investigacao_Criminal_Homic%C3%ADdio/02_Criminalistica_Geral_29_11_2012.pdf>. Acesso em 19 set. 2020.

MARINHO, Girlei Veloso. **Cadeia de Custódia da Prova Pericial**. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9024/RELAT%C3%93RIO%20COMPLETO%20DEFESA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 18 set. 2020.

PAIVA, Rafael Alves. **Lei Anticrime Comentada**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

PACHECO, Rodrigo Baptista. **Primeiras Impressões sobre a Lei 13.964/2019 Pacote “Anticrime” A Visão da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAIMUNDI, Ana Carolina; ALBERTI, James. FANTÁSTICO – **Levantamento Inédito: Sete em Cada dez Homicídios no Brasil ficam sem solução**. Disponível em <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/09/27/levantamento-inedito-sete-em-cada-dez-homicidios-no-brasil-ficam-sem-solucao.ghtml>>. Acesso em 20 set. 2020.

SEVERO, Maria Alice dos Santos. **Quebra da Cadeia de Custódia na Operação Ouro Verde: A Preservação das Fontes de Prova Penal e sua Confiabilidade**, Rio Grande

do Sul, PUC, 2015. Disponível em <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/maria_severo.pdf>. Acesso em 17 set. 2020.

SUMARIVA, Paulo. **Lei Anticrime Comentada**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p 86.

WALKER JUNIOR, James. **Comentários Sobre a Cadeia de Custodia no pacote anticrime (Lei 13.964/2019)**. 2020. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/795102773/comentarios-sobre-a-cadeia-de-custodia-no-pacote-anticrime-lei-13964-19>>. Acesso em: 20 set. 2020.

APLICAÇÃO DE *PHANTOM SHARE* AOS CONTRATOS DE TRABALHO.

SIMONE FEUSER: Advogada trabalhista inscrita na OAB/SC 28.077. Pós-graduada em direito do trabalho, processo do trabalho e previdenciário. Pós-graduanda em direito constitucional.

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de detalhar a adoção do incentivo a longo prazo denominado *phantom share*, sem regulamentação específica no Brasil e timidamente utilizado, seja no que tange a sua aplicação, vantagens e desvantagens, bem como a forma de pagamento e os benefícios que se esperam para os empregados e a empresa na sua implementação.

Palavras chaves: incentivo de longo prazo; *phantom share*; retenção de talentos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to detail the adoption of the long-term incentive called *phantom share*, with no specific regulation in Brazil and timidly used, whether with regard to its application, advantages and disadvantages, as well as the form of payment and the benefits expected for employees and the company in its implementation.

Key words: long-term incentive; phantom share; retaining talent.

1. Introdução

É cediço que os problemas mais comuns que as empresas enfrentam referem-se à retenção de talentos e à definição de remuneração e pagamento de premiações para os altos executivos.

Em pesquisa realizada em 2006¹¹⁵ nos Estados Unidos, questionou-se ao setor de recursos humanos quais eram os temas mais críticos em relação aos altos dirigentes. Vários foram os temas apontados, destacando-se como principais os seguintes: (i) O que deve ser considerado na remuneração variável para executivos? (ii) Deve ser considerado o pagamento a curto ou longo prazo? (iii) Qual é o retorno para a empresa ao diferenciar o desempenho individual por meio de pagamento por desempenho?

Como uma opção para as empresas reterem seus talentos e para os empregados serem mais bem remunerados, a gratificação baseada na valorização das companhias

115 ZINGHEIM, Patricia K. and SCHUSTER, Jay R. **Compensation & Benefits Review**. 2007. p. 53-54. Disponível em: <http://cbr.sagepub.com/content/39/3/51.abstract>.

de capital fechado sem a concessão real de ações aos empregados tem sido frequentemente utilizada por organizações que não querem diluir seu capital para executivos¹¹⁶. Assim, é possível premiar os empregados de alta performance, de acordo com o seu bom desempenho refletido na alta das ações, sem que seja transferida a titularidade das mesmas.

Os incentivos a longo prazo têm focado nos últimos anos no desempenho (valorização) das ações e menos em conceder aos empregados a opção de compra de ações. O desempenho (valorização) das ações é a forma mais rápida de crescimento a longo prazo em grandes empresas de capital aberto nos Estados Unidos porque os acionistas estão exigindo maiores resultados positivos dos executivos para que estes possam ganhar bônus a longo prazo¹¹⁷.

Desta forma, como o *phantom share* é pago de acordo com a valorização das ações, sem a compra efetiva das mesmas, tem se identificado uma maior tendência à adoção destes planos de incentivos para aumentar a reumuneração dos executivos que recompense seu desempenho individual. Um recente estudo de planos de incentivo confirma esta tendência para um maior foco no indivíduo e não no esforço coletivo¹¹⁸.

Especialistas em remuneração afirmam que dois fatores têm contribuído para a adoção do *phantom share*, sendo o fato de as empresas estarem sob pressão crescente

116 "Nonstock vehicles are frequently used by closely held organizations that do not want to provide stock and dilute ownership to executives. (Tradução livre). ZINGHEIM, Patricia K. and SCHUSTER, Jay R. **Compensation & Benefits Review**. 2007. p. 53. Disponível em: <http://cbr.sagepub.com/content/39/3/51.abstract>.

117 *They may use performance units if they do not want to value the company on a regular basis and phantom shares if they want to mimic stock ownership closely. The mix of long-term compensation vehicles has changed in the past few years to more performance- or time-based restricted stock and performance shares or units and fewer stock options. Performance-based vehicles (performance-based restricted stock and/or units and performance shares and/or units) are the fastest growing form of long-term compensation in large publicly traded companies in the United States because shareholders are demanding performance, not just time in position, for earning long-term rewards"* (Tradução livre). ZINGHEIM, Patricia K. and SCHUSTER, Jay R. **Compensation & Benefits Review**. 2007. p. 53-54. Disponível em: <http://cbr.sagepub.com/content/39/3/51.abstract>.

118 A recent Hewitt study of incentive plans confirms this trend toward a greater focus on rewarding individual

performance in incentive plans. (Tradução livre). ZINGHEIM, Patricia K. and SCHUSTER, Jay R. **Compensation & Benefits Review**. 2007. p. 52. Disponível em: <http://cbr.sagepub.com/content/39/3/51.abstract>.

para não diluir as ações existentes e a ideia de não emitir novas ações aos empregados, reduzindo o seu valor como resultado¹¹⁹.

Apesar de suas vantagens, a prática ainda não é amplamente adotada porque empregados de empresas tem receio de que as normas do plano poderiam ser confusas e não terem conhecimento sobre o que exatamente estariam recebendo o bônus, disse Corey Rosen, diretor-executivo do Centro Nacional para a participação dos empregados, uma Oakland, na Califórnia, sem fins lucrativos. Ainda assim, alguns especialistas acreditam que ainda mais empresas vão começar a emitir as *phantom share*, especialmente empresas de serviços financeiros. Na verdade, o Bank of America (BAC, Fortune 500) distribuía *phantom share* para seus executivos, já em 2006¹²⁰.

Em razão desta tendência, o presente estudo visa abordar o conceito da *phantom share*, objetivos na adoção desta gratificação a longo prazo, natureza jurídica, sua aplicação prática, vantagens e desvantagens e a forma de pagamento.

2. Conceito e objetivo.

A expressão *phantom share*, em inglês, significa "ações fantasmas" ou "ações fictícias". Trata-se de remuneração variável baseada na valorização das ações da empresa paga em longo prazo ao empregado. Nesta modalidade de remuneração variável não há emissão efetiva ou transferência de ações para o detentor da opção sobre o exercício da opção de ações fantasma. As ações e valorização serão apenas o parâmetro para pagamento da remuneração variável.

Esta ferramenta é bastante utilizada nos Estados Unidos. Segundo Aidan Langley, o plano de *phantom share* concede ao empregado direito contratual a um bônus. Este bônus é igual ao valor, ou ao crescimento em valor, de um número de ações reais. Também pode ter como base uma fórmula designada para replicar o valor de ações, assim como três vezes o lucro por ação do último ano. Landley também

¹¹⁹ "Research has also shown that employees who are rewarded with actual shares tend to sell it shortly after they take hold of them. Companies, as a result, have less of a need to pay employees with stock if their workers aren't holding on to the shares" (tradução livre). ELLIS, David. **New trend in bonuses: 'Phantom stock'**. 2010. Disponível em http://money.cnn.com/2010/07/12/news/companies/phantom_stock/index.htm.

¹²⁰ "Another reason that the practice hasn't really taken off is because companies fear employees will be confused about what exactly they are getting, said Corey Rosen, executive director for the National Center for Employee Ownership, an Oakland, Calif.-based non-profit. (...) Still, some experts believe even more companies will start issuing phantom stock, especially financial services companies. In fact, Bank of America (BAC, Fortune 500) doled out phantom stock for its executives as far back as 2006" (tradução livre). ELLIS, David. **New trend in bonuses: 'Phantom stock'**. 2010. Disponível em http://money.cnn.com/2010/07/12/news/companies/phantom_stock/index.htm.

destaca que *phantom share* é conhecida por outros nomes, tais como: "*shadow share plan*", "*synthetic share plan*", "*equity appreciation rights plan*" e "*share appreciation rights plan*".¹²¹

O objetivo principal do pagamento da *phantom share* é a retenção dos profissionais de mais alta performance, valorizando-os na mesma medida em que estes colaboram com o desenvolvimento dos negócios da empresa e valorizam as ações desta. Estes profissionais fazem parte da alta hierarquia e são fundamentais para o desenvolvimento do negócio em decisões e coordenação de equipes. Assim, o trabalho prestado de maior qualidade refletirá na valorização das ações e, conseqüentemente, na remuneração variável a ser paga em determinado período e de acordo com regras previamente estipuladas.

Em estudos realizados nos Estados Unidos constatou-se que um plano de remuneração variável a longo prazo realizado de forma juridicamente adequada rende à empresa lucro de 4 (quatro) vezes o custo dos pagamentos de incentivos em termos de retorno sobre o investimento para a organização. Mesmo o plano não idealmente projetado retorna 2 (duas) vezes o custo da organização em termos de pagamentos a funcionários¹²².

Logo, além da incumbência de reter talentos, a *phantom share*, apesar de não ter regulamentação específica no Brasil, pode ser considerada de natureza indenizatória, sem sofrer incidência de tributos, o que gera expressiva economia para as empresas, já que será pago em determinadas oportunidades e em decorrência de objetivos claros, conforme será analisado oportunamente.

121 "*A phantom share plan or phantom share option gives the employee a contractual right to a bonus. The bonus is equal to the value, or the growth in value, of a number of real shares. It can also be based on a formula designed to replicate the value of a shares, such as three times the last year's earnings per share. [...] Other names for a phantom share plan include: 'shadow share plan', 'synthetic share plan', 'equity appreciation rights plan' and 'share appreciation rights plan'.*" (tradução livre). LANGLEY, Aidan. *Employee Reward Structures*. 2. Ed. Londres: Spiramus, 2006. p. 27.

122 "*A WorldatWork study (Capitalizing on Human Assets) and our research for The New Pay in 1992 confirmed this. 3,4 WorldatWork's study showed a well-designed variable pay plan returns 4 times the cost of incentive payments in terms of return on investment to the organization. Even the typical plan not ideally designed returns twice what it costs the organization in terms of payments to employees. The winning solution for implementing a HR program that adds proven value to the bottom line is a variable pay plan for everyone in the company. No HR program compares with variable pay in terms of generating a high-performance place to work, creating a culture of performance and getting value to the business (return on investment) as variable pay.*" (Tradução livre). ZINGHEIM, Patricia K. and SCHUSTER, Jay R. **Compensation & Benefits Review**. 2007. p. 54. Disponível em: <http://cbr.sagepub.com/content/39/3/51.abstract>.

3. Natureza jurídica.

Não obstante este plano de *phantom share* seja uma ferramenta muito utilizada nos países estrangeiros, especialmente nos Estados Unidos, sua aplicação é viável no Brasil, principalmente no que tange o pagamento de altos executivos.

Avaliando o pagamento da *phantom share* sob a ótica da relação empregatícia, tem-se que, em razão do objeto estudado tratar-se de "remuneração variável", esta poderia ser enquadrada como de natureza salarial ou indenizatória.

Para ter natureza salarial, o pagamento da *phantom share* deverá se revestir das características de salário. As verbas trabalhistas possuem características próprias por meio das quais é possível determinar a natureza destas. O "salário" pode ser determinado como a contraprestação que o empregador paga ao empregado em razão do contrato de trabalho. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, as características do salário são:

As características centrais do salário, conforme sistematização efetuada pela doutrina, são as seguintes: *caráter alimentar; caráter "forfetário"; indisponibilidade; irredutibilidade; periodicidade; persistência ou continuidade; natureza composta; tendência à determinação heterônoma; pós-numeração.* 123

Para Delgado, (i) caráter alimentar significa o atendimento do salário ao conjunto de necessidades do empregado; (ii) caráter "forfetário" é a obrigação do empregador em pagar o salário, responsabilidade esta que deve ser cumprida independentemente do sucesso do negócio; (iii) indisponibilidade do salário é a impossibilidade de o empregado renunciá-lo com objetivo de lesividade; (iv) irredutibilidade é a impossibilidade de o salário ser suprimido ou diminuído unilateralmente ou bilateralmente; (v) periodicidade do pagamento do salário é a marca mais importante que caracteriza o a natureza jurídica salarial, ao passo que se trata de uma obrigação assumida de trato sucessivo; (vi) persistência ou continuidade, no mesmo sentido do requisito anterior, é a necessidade de ser o salário pago ao longo de todo o contrato; (vii) natureza composta consiste no fato de o empregado receber diversas verbas salariais, como comissões, horas extras e 13º salário, por exemplo; (viii) tendência à determinação heterônoma significa que o salário é determinado pelas partes, mas sua fixação e reajuste sofre interferência de vontade externa, como salários

123 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. LTR, 2008. 7. Ed. Pg. 708.

fixados por lei ou documento coletivo; e (ix) pós-numeração é o pagamento do salário somente após o trabalho executado (lapso temporal). 124

Diante dos itens detalhados, pode-se afirmar que o pagamento de *phantom share* não pode ser considerado salário segundo estes parâmetros, já que não preenche todos os requisitos. Isto porque, esta remuneração variável (i) não tem caráter estritamente alimentar, pois seu pagamento não é certo e de valor determinado, pois depende de diversos fatores e obrigações; (ii) não se trata de uma obrigação prevista em lei, mas sim de acordo entre as partes e depende do sucesso do negócio; (iii) o empregado poderá renunciar o acordo formulado para pagamento, conforme será detalhado oportunamente; (iv) os valores baseados na valorização das ações serão variáveis e poderão ser reduzidos, dependendo do cumprimento ou não das regras estabelecidas no acordo; (v) o pagamento não é necessariamente periódico e os termos não precisam ser renovados, não constituindo "direito adquirido"; (vi) não é a necessário que seja pago ao longo de todo o contrato; (vii) não tem natureza composta, pois se trata de um pagamento que independe das outras verbas trabalhistas; (viii) a única interferência externa é relacionada aos fatores que influenciam na valorização das ações; e (ix) o pagamento depende do acordado entre as partes e pode variar conforme vontade das mesmas.

Assim, em não sendo considerado salário, por não preencher os respectivos pressupostos, a *phantom share* pode ser considerada de natureza indenizatória. Sobre o assunto, a lição de Maurício Godinho Delgado:

Há, entretanto, no contexto da relação de emprego um universo talvez ainda mais diversificado e amplo de parcelas econômicas pagas ao trabalhador *sem caráter salarial*: parcelas que, embora entregues pelo empregador a seu empregado, não o são com a qualidade e objetivo contraprestativos, sendo transferidas efetivamente com distintas natureza e finalidade jurídicas. Trata-se, assim, de parcelas econômicas que são se integram ao salário obreiro, não tendo o efeito expansionista circular tão próprio aos salários; por isto, não produzem os reflexos clássicos a qualquer verba de natureza salarial. 125

O pagamento desta remuneração variável não visa a contraprestação ao salário prestado, mas a participação do empregado na valorização dos negócios da empresa,

124 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. LTR, 2008. 7. Ed. Pg. 708-710.

125 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. LTR, 2008. 7. Ed. Pg. 698-699.

sem que este assuma o ônus do empreendimento, pois valor algum poderá ser descontado caso as ações sejam desvalorizadas, por exemplo.

A título exemplificativo, a verba trabalhista mais próxima à *phantom share*, e que é possível fazer comparação em relação à sua natureza jurídica, é a participação nos lucros e resultados prevista na Constituição Federal¹²⁶, regulamentada pela Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Deste último diploma destacam-se os arts. 1º e 3º:

Art. 1º: Esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de **integração entre o capital e o trabalho** e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição. (grifou-se)

Art. 3º: A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, **não se lhe aplicando o princípio da habitualidade**. (grifou-se)

Dos artigos mencionados, vislumbra-se que (i) o objetivo desta remuneração variável é a integração entre o capital e o trabalho, e não a contraprestação por serviço prestado, nos termos da verba “salário”; e (ii) como o pagamento depende de alcance de metas, o pagamento não é certo e nem habitual, já que mesmo que o programa seja elaborado anualmente, não é garantido o pagamento da remuneração aos empregados nos casos em que a meta não seja alcançada.

Além disto, com a regulamentação do prêmio pela Lei 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e Lei 8.212/91, o prêmio não tem natureza salarial e nem incidência previdenciária. De acordo com o art. 457, §4º da CLT, os prêmios pagos podem ser definidos como “as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”.

Como o profissional de alta performance e de função estratégica para a empresa contribui para o alcance dos bons resultados, também seria possível fazer uma

126 Constituição Federal, art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

analogia da *phantom share* com o prêmio, pois, em última análise, ambos visam premiar o desempenho superior do empregado.

Por outro lado, como não se trata de figura regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é possível que a natureza da *phantom share* seja discutida e suscitada sua natureza salarial. Isso porque tal verba não está elencada no rol do art. 28, §9º da Lei 8.212/91 a afastar as contribuições previdenciárias e seu pagamento ensejaria a incidência de imposto de renda, em razão do acréscimo patrimonial (art. 43 da Constituição Federal).

4. Aplicação.

É importante destacar¹²⁷ que alguns empregados tem maior influência sobre o desempenho da empresa a longo prazo do que outros. Cada vez mais os acionistas querem a remuneração de seus executivos baseada na capacidade de sustentar as principais medidas de desempenho durante períodos de pelo menos 3 a 5 anos. E isto, na maioria das vezes, significa medir desempenho de longo prazo com base nos lucros, crescimento, rentabilidade, atendimento ao cliente, novos produtos e ou serviços e outras medidas, e não apenas fornecendo gratificações a longo prazo, como os planos de ações restritas.

Assim, a remuneração variável *phantom share* geralmente é aplicada e pode ser paga a empregados de mais alto nível, como diretores e coordenadores de sociedades anônimas não cotadas em bolsa e por outros tipos de sociedades de responsabilidade limitada.

Esta é, por exemplo, a forma como empresas sediadas em países como Estados Unidos, dentre outros, usam esta ferramenta para reter os altos executivos de seu quadro de colaboradores.

127 *"Some employees have a stronger influence on the long-term performance of a business than do others. For example, the senior executive team has more influence over long-term business goals and metrics than do nonmanagement employees. Increasingly, company stakeholders such as shareholders and boards want executive compensation based on the ability to sustain key measures of performance for periods of at least 3 to 5 years. And this most often means measuring long-term performance based on earnings, customer growth, profitability, customer service, new products and/or services and other measures and not merely providing long-term compensation that is principally time based, such as restricted stock plans"* (Tradução livre). ZINGHEIM, Patricia K. and SCHUSTER, Jay R. **Compensation & Benefits Review**. 2007. p. 54. Disponível em: <http://cbr.sagepub.com/content/39/3/51.abstract>.

Não obstante o presente estudo abordar apenas a possibilidade de pagamento aos empregados contratados sob o regime celetista, este pode ser aplicado a diretores estatutários e demais profissionais que não tenham vínculo de emprego 128.

5. Exigências.

Não obstante seja juridicamente viável a aplicação da *phantom share* para contratos de trabalho no Brasil, envolve riscos, ainda mais considerando a falta de regulamentação própria no País. Assim, apresentam-se algumas recomendações exigíveis para que o referido pagamento não seja descaracterizado, tornando-se, consequentemente, inviável para a gestão empresarial.

É importante que as partes formalizem esta tratativa por meio de acordo para pagamento de unidades de participação e pactuar diversas obrigações. Abaixo segue um rol exemplificativo de cláusulas e obrigações que devem constar no referido acordo:

(i) prazo de permanência: para que receba a remuneração variável, o empregado pode se comprometer a permanecer na empresa por período certo. Isto poderá ser celebrado em razão da intenção da empresa em manter este profissional por ser essencial ao desenvolvimento da atividade empresarial.

(ii) forma de pagamento e resgate: as partes poderão atribuir determinados valores às ações e valorização, por exemplo, pode ser estipulado que cada ação vale R\$ 10,00 (dez reais), não sendo necessário que este valor reflita o valor real de mercado. Se as partes decidirem que as unidades de participação poderão ser resgatadas a cada 12 (doze) meses, caso as ações tenham valorizado 20% (vinte por cento) até o mês do resgate, o empregado poderá resgatar o valor de R\$ 2,00 (dois reais) por ação “concedida”. É possível estipular que o empregado poderá optar por não resgatar a valorização do ano e manter o valor para resgate no próximo período, sendo que a valorização poderá integralizar o valor da ação e sobre este novo valor ser calculada a valorização do próximo período. Assim, no mesmo exemplo, as ações que no primeiro ano correspondiam o valor de R\$ 10,00 (dez reais), passarão a valer R\$ 12,00 (doze reais) e sobre este montante é que será calculada a valorização das ações.

(iii) vigência: a vigência poderá iniciar quando da assinatura do termo entre as partes e vigorar por prazo determinado. Caso exista a possibilidade de o empregado optar por não resgatar a valorização do ano e manter o valor para resgate no próximo

128 “Long-term compensation depends on company ownership, although cash long-term incentives may be used by all types of organizations”. Tradução livre. P. 53

período, será necessário estipular um prazo máximo desta opção, ocasião em que, em não sendo os valores resgatados, o direito será extinto.

(iv) da rescisão do contrato de trabalho: caso a empresa demita o empregado durante a vigência do termo, deverá se comprometer a efetuar o pagamento proporcional dos valores devidos, se realmente devidos. Se o empregado rescindir o contrato, nada terá direito a requerer, diante do inadimplemento do compromisso em permanecer na empresa pelo período previsto no termo.

(v) da execução judicial: como o termo se trata de título executivo extrajudicial, caso uma das partes não cumpra com as obrigações assumidas no documento, poderá propor medida judicial cabível para resguardar seus direitos.

(vi) pagamento antecipado: em caso de venda, fusão ou aquisição da empresa, as partes poderão estipular o pagamento antecipado dos valores de acordo com os valores vigentes.

(vii) limitação de pagamento de valorização: é possível estabelecer limite para a quantidade de remuneração variável que será paga, considerando que a valorização da ação não significa rentabilidade empresarial.

Tais recomendações tem o condão de facilitar o uso da *phantom share* para pagamento aos empregados, evitando que sua finalidade última seja interpretada equivocadamente pelo judiciário.

6. Vantagens e desvantagens.

Apesar de ser uma boa alternativa de retenção de talentos entre os principais colaboradores de alto escalão da empresa, esta ferramenta apresenta vantagens, mas também algumas desvantagens.

Como principais vantagens podem-se destacar:

(i) a valorização do profissional por meio de pagamento de remuneração variável que dependerá do resultado da valorização efetiva das ações;

(ii) maior comprometimento do profissional beneficiário da remuneração variável e sua equipe com os resultados da empresa, considerando que o valor da remuneração variável está vinculado à valorização da ação;

(iii) não há alteração do capital social, já que não há transferência efetiva de ações;

(iv) não existem regras legais determinadas para a confecção do plano, possibilitando a ampla negociação entre as partes;

(v) os custos com a administração dos termos não é considerável e não precisará ser estendida a todos os profissionais da empresa;

(vi) os empregados não precisam adquirir as unidades de participação e não dependem da liquidez do mercado.

(vii) nas palavras de Charléne Fouché, destaca-se que não é necessário criar uma relação de confiança entre as partes envolvidas e não há divulgação de informações sensíveis ou confidenciais da empresa e é de fácil implementação¹²⁹.

Por outro lado, como principais desvantagens podem-se destacar:

i) como o momento do resgate é definido pelo empregado, a empresa deverá observar a necessidade de organização do fluxo de caixa para possibilitar o pagamento. Para evitar problemas, a empresa poderá determinar um período para pagamento após a opção do empregado;

(ii) a remuneração variável sofrerá incidência de imposto de renda;

(iii) é difícil estimar os valores que serão pagos ao empregado porque o critério de valorização das unidades de participação pode variar em ritmo irregular;

(iv) os empregados beneficiários recebem a remuneração variável e não efetivamente os lucros das ações, o que significa que a inserção do profissional neste plano não o conecta com a empresa da mesma maneira como se fosse um acionista efetivo;

(v) é possível que não haja o engessamento nas decisões ousadas por parte dos executivos, em razão de que não haverá também a aquisição efetiva das ações e uma possível desvalorização das ações em tempo posterior, como pode ocorrer na *stock options*, conforme será verificado no tópico seguinte.

Portanto, cabe a empresa analisar em seu modelo de gestão se a *phantom share* pode ser uma boa alternativa de remuneração variável, devendo, entretanto, atentar-se para a formalização adequada deste pagamento.

7. Comparação com plano de *stock options*.

¹²⁹ "The advantages of phantom share schemes are numerous: It is not necessary to issue actual shares. (...) No disclosure of sensitive or confidential information to employees is necessary. Easy implementation" (tradução livre). FOUCHÉ, Charléne. **Taxation consequences of providing shares to employees through a trust**. Submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree Magister Commercii in Taxation in the Faculty of Economic and Management Sciences at the UNIVERSITY OF PRETORIA. Date of submission: 2011-09-30. p. 63.

Em que se pese a *phantom share* não ser muito utilizada ainda no Brasil, existe outro plano mais conhecido e utilizado, o *stock options*. Apesar de terem algumas semelhanças, estes dois planos são diferentes.

Como afirmado, o plano de *stock options* é mais frequentemente utilizado e conhecido pelas empresas e consiste na efetiva opção de compra de ações da empresa pelos empregados. Estes profissionais recebem a opção de compra de ações a um preço fixo pré-determinado, após um determinado período previamente pactuado. Findo este prazo, os empregados poderão exercer ou não o direito de compra. Se exercerem o direito de compra de ações, e se a cotação destas for superior ao preço de compra acordado, o profissional receberá a diferença entre ambos os valores.

Assim, já se verifica que a principal diferença entre a *stock options* e a *phantom share* é a aquisição efetiva das ações; enquanto na a *stock options* o empregado compra as ações, na *phantom share* estas não são adquiridas, mas utilizadas como parâmetro para pagamento de remuneração variável.

Em que se pese a modalidade acima descrita ser a mais comumente utilizada, vale salientar que há diversos métodos na prática internacional, listados abaixo¹³⁰:

(i) planos de opções de ações a empregados, em que o empregado permite ao empregador reter uma parte do seu salário mensal para adquirir ações da empresa empregadora, com desconto. Essa aquisição pode acontecer mensalmente ou, alternativamente, pode ser acumulada para permitir a aquisição de ações em uma data futura.

(ii) plano de ações de propriedade do empregado, em que ao empregado da empresa é dada a opção de adquirir ações da empresa a um preço pré-determinado

130 "The methods used in India are representative of international practice and include: (i) 'Employee stock option plans', where the employee allows the employer to withhold a portion of her or his monthly salary, to acquire shares of the employer company at a discount. Such acquisition of shares may happen each month. Alternatively, the portion of salary withheld may be accumulated to enable the acquisition of shares at a future date. (ii) 'Employee stock ownership plans' where an employee of the company is given a choice to acquire shares of the company at a pre-determined price after a certain period. These shares may be acquired/allotted from the company directly or indirectly through a trust. (iii) 'Employee stock purchase schemes' where the company offers shares to an employee as part of a public issue or otherwise at a pre-determined price. (iv) 'Employee stock option schemes' where a company grants options to its employees to buy a specified number of shares at a specified price during a specific period. (v) 'Stock appreciation rights or plans' where the employees are awarded stock equivalents at a certain pre-determined value and after a certain minimum stipulated period, the employees are allowed to encash such rights" (tradução livre). KHINCHA, H Padamchand. **Taxation of Employee Stock Option Plans: International Principles**. 2002. Revenue Law Journal: Vol. 12: Iss. 1, Article 9. Available at: <http://epublications.bond.edu.au/rlj/vol12/iss1/9>. p. 147.

depois de certo período. Essas ações poderão ser adquiridas ou distribuídas a partir da empresa direta ou indiretamente, através de uma relação de confiança.

(iii) plano de compra de ações pelo empregado, em que a empresa oferece ações para o empregado como parte de uma emissão pública ou a um preço pré-determinado.

(iv) plano de opção de compra de ações, em que a empresa concede opções para seus empregados para comprar um determinado número de ações a um preço especificado durante um período específico.

(v) plano de direito de ações valorizadas, em que os funcionários são premiados com ações equivalentes a um valor pré-determinado e, após certo período mínimo estipulado, os funcionários estão autorizados a cobrar tais direitos.

As maiores vantagens da *stock options* em relação à *phantom share* são:

(i) a maior proximidade entre o profissional que se torna acionista efetivo da empresa;

(ii) a valorização das opções de compra de ações ao longo do tempo é feita de modo objetivo e imparcial, por meio da evolução da cotação na Bolsa de Valores.

Em contrapartida, as maiores desvantagens da *stock options* em relação à *phantom share* são:

(i) somente é aplicável nas sociedades anônimas cotadas em bolsa;

(ii) como se trata de compra efetiva de ações, a evolução das cotações não depende unicamente do desempenho do negócio, mas também de fatores externos que não podem ser controlados por esta;

(iii) há diluição do capital social porque o exercício de opções implica na venda em bolsa das ações com preço pré-determinado.

É importante destacar que o *stock options*¹³¹ nasceu há mais de 50 (cinquenta) anos com o objetivo resolver o conflito existente entre os acionistas, que tendem a se preocupar com o crescimento a longo prazo, e os executivos, contratados para viabilizar este crescimento, mas que têm incentivos para focar no bônus pago anualmente. Com a adoção deste rendimento a longo prazo, os executivos teriam a

131 BRONZATTO, Thiago. **O dilema do longo prazo**. EXAME. São Paulo, ano 46, n. 21, ed. 1027, p.116. 31 de outubro de 2012.

opção de adquirir ações a longo prazo com preços menores e trabalhariam para valorizar as ações e lucrar com a compra futura.

Todavia, em estudo realizado na Universidade de Melbourne¹³², publicado na *Harvard Business Review*, depois de obter dados de 9.143 empresas dos Estados Unidos de 1996 a 2009, constatou-se que o *stock options* pode ter efeitos indesejados, ao passo que os executivos podem arriscar demais para que as ações sejam valorizadas¹³³, ou se acomodar quando as ações estiverem no patamar desejado¹³⁴.

Planos de ações, apontam os autores, podem estimular a acomodação quando for hora de manter o pé no acelerador. Ou, no outro extremo, incentivar riscos acima do tolerável. Os pesquisadores mostraram que, assim que recebem as opções de ações, quando precisam trabalhar pela valorização das ações, os executivos arriscam muito mais do que em outras situações. Eles querem, afinal, impulsionar o valor das ações quanto antes. Nessa fase, podem ser arrojados demais e colocar o negócio em risco. Mesmo que tudo dê certo e o valor das ações suba, as opções criam outro incentivo indesejado. Quando os ganhos acumulados já são muito altos e os executivos estão perto de receber a recompensa, eles tendem a se acomodar e se tornam conservadores demais – a ideia é arriscar o mínimo possível para garantir que as ações sigam no mesmo patamar¹³⁵.

Assim, para evitar os efeitos indesejados do *stock options* no que tange a possibilidade de assunção de riscos pelos executivos ou o engessamento de na tomada de decisões arrojadas, atualmente as companhias têm adotados outros bônus atrelados ao alcance de outras metas, bem como o pagamento de “prêmio a longo

132 BRONZATTO, Thiago. **O dilema do longo prazo**. EXAME. São Paulo, ano 46, n. 21, ed. 1027, p.116-117. 31 de outubro de 2012.

133 Nas palavras de Thiago Bronzatto, no início do ciclo, quando não têm nada a perder, os executivos ficam mais dispostos a assumir riscos estratégicos, como contrair dívidas e investir em inovação. A propensão ao risco cresce em média 33%. BRONZATTO, Thiago. **O dilema do longo prazo**. EXAME. São Paulo, ano 46, n. 21, ed. 1027, p.116. 31 de outubro de 2012.

134 Nas palavras de Thiago Bronzatto, quando estão perto de receber sua recompensa, os presidentes e diretores tendem a se acomodar. Neste caso, a disposição para tomar decisões mais arrojadas cai em média 18%. BRONZATTO, Thiago. **O dilema do longo prazo**. EXAME. São Paulo, ano 46, n. 21, ed. 1027, p.116. 31 de outubro de 2012.

135 BRONZATTO, Thiago. **O dilema do longo prazo**. EXAME. São Paulo, ano 46, n. 21, ed. 1027, p.117. 31 de outubro de 2012.

prazo atrelado à geração de caixa, ao valor de dividendos pagos aos acionistas e à cotação média das ações em determinado período do ano”¹³⁶. Referido plano, apesar de não descrito claramente, pode-se tratar da *phantom share*, que não implica na compra das ações, mas somente utiliza a valorização das ações para a definição do incentivo a longo prazo.

Assim, entende-se que o *stock options* e a *phantom share* têm o mesmo objetivo de propiciar aos empregados de alta gestão maior remuneração baseada na valorização das ações da empresa e incentivar sua permanência nos quadros pessoais. Todavia, como cada um dos institutos possui procedimentos diferenciados, é necessário avaliar a intenção da empresa com o pagamento do benefício e se está disposta a conceder efetivamente as ações ou não para os profissionais.

8. Pagamento.

Para o pagamento da *phantom share*, os valores serão apurados de acordo com a diferença entre o valor das ações previamente estipulado e as regras de valorização.

De forma exemplificativa¹³⁷, uma empresa introduz o sistema de *phantom share* em 1 de janeiro de 2001. Os funcionários participantes (os 50 funcionários mais graduados do grupo) irão receber um prêmio em dinheiro em 31 de março de 2004 equivalente ao ganho, se houver, do preço da ação ao longo dos três anos a contar de 01 de janeiro de 2001. O número de ações de cada um dos trabalhadores participantes é encontrado dividindo seu salário anual em 1 de Janeiro de 2001 por um valor igual ao dobro do preço de mercado de uma ação naquele dia. Por exemplo, o funcionário

¹³⁶ BRONZATTO, Thiago. **O dilema do longo prazo**. EXAME. São Paulo, ano 46, n. 21, ed. 1027, p.118. 31 de outubro de 2012.

¹³⁷ “*Company d plc, a listed company, introduced a phantom share option scheme on 1 January 2001. Under the scheme, participating employees (the 50 most senior employees in the group) will receive a cash award on 31 March 2004 equal to the gain, if any, in the share price over the three years commencing 1 January 2001 of a predetermined number of d's shares. The number of shares for each of the participating employees is found by dividing their annual salary on 1 January 2001 by an amount equal to double the market price of a share on that day. For example, Mr X, one of the participating employees, has a basic annual salary, as at 1 January, of £150,000. The company's share price on the day was £15. Accordingly Mr X's award under the phantom share option scheme equals the rise, if any, in the share price of 5,000 of D's shares over the three years commencing 1 January 2001. The cash award will be made on 31 March 2004 if Mr X is still employed in the D group at that date. Assuming that on 31 December 2003 the share price was £17 and that Mr X is still employed by the D group on 31 March 2004, he would receive £10,000 on that day*”. (tradução livre). BATE, Sarah and BUCKLEY, Elizabeth. *Accounting for employee share schemes. A practical guide*. Londres: Deloitte & Touche, 2002. p. 78.

Disponível

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.202.9324&rep=rep1&type=pdf>

em:

com salário de base anual em 1 de janeiro de £150.000; o preço das ações da empresa no dia foi de £15. Assim prêmio é igual ao aumento, se houver, no preço das ações de 5.000 das ações sobre os três anos com início em 1 Janeiro de 2001. O prêmio em dinheiro será pago em 31 de março de 2004, se o empregado ainda estiver trabalhando. Supondo-se que em 31 de dezembro de 2003 a cotação era de £ 17, em 31 de março de 2004 o empregado receberia £ 10.000 no mesmo dia.

9. Incidências.

Como consequência do não enquadramento da *phantom share* como natureza salarial, não haverá incidência de alguns institutos típicos deste tipo remuneratório. Assim, a teor do abordado no item 3, sobre a natureza jurídica de caráter indenizatório, o resgate dos valores não sofrerá a incidência de contribuição previdenciária e FGTS e não será base de cálculo para pagamento de férias, gratificação natalina, horas extras, descanso semanal remunerado, e demais verbas trabalhistas.

No entanto, os valores serão tributados pelo imposto de renda na fonte, mediante aplicação da tabela progressiva vigente na data do pagamento, cabendo à pessoa jurídica que efetuar o pagamento a responsabilidade pela retenção e pelo pagamento do imposto. Neste sentido, os arts. 43, 624 e 628 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

Art. 43. São tributáveis os rendimentos provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou **vantagens percebidos**, tais como (Lei nº 4.506, de 1964, artigo 16 , Lei nº 7.713, de 1988, artigo 3º, § 4º , Lei nº 8.383, de 1991, artigo 74 , e Lei nº 9.317, de 1996, artigo 25 , e Medida Provisória nº 1.769-55, de 11 de março de 1999, artigos 1º e 2º):

[...]

IV - gratificações, participações, interesses, percentagens, prêmios e quotas-partes de multas ou receitas; (grifou-se)

Art. 624. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, calculado na forma do artigo 620, os rendimentos do trabalho assalariado pagos por pessoas físicas ou jurídicas (Lei nº 7.713, de 1988, artigo 7º, inciso I).

Art. 628. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, calculado na forma do artigo 620 , os rendimentos do trabalho não-assalariado, pagos por pessoas jurídicas, inclusive por

cooperativas e pessoas jurídicas de direito público, a pessoas físicas (Lei nº 7.713, de 1988, artigo 7º, inciso II).

Portanto, caso o pagamento da valorização das ações seja efetuado ao empregado, deverá ser tributado pelo imposto de renda na fonte, de acordo com a tabela progressiva do art. 620 do Decreto citado acima.

10. Pagamento habitual.

Uma das características mais importantes da *phantom share* é seu caráter não eventual, sendo este requisito que mais o diferencia de salário. Além disto, a dependência de determinadas situações a serem cumpridas para seu recebimento enaltecem a sua natureza indenizatória, conforme já mencionado.

Desta forma, caso o termo seja celebrado em dissonância a estas premissas, ou suas obrigações sejam corretas, mas não sejam observadas pelas partes, a empresa correrá o risco de ter estes valores discutidos judicialmente e serem reconhecidos como salário. Neste sentido, vale trazer a Súmula 209 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 209 do STF: O salário-produção, como outras modalidades de salário-prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado, e não pode ser suprimido, unilateralmente, pelo empregador, quando pago com habitualidade.

Apesar de a *phantom share* não ser considerado um “prêmio por produção”, se pago com habitualidade e em desconformidade com os fins a que se destina, poderá ser considerado como de natureza salarial e a empresa ser obrigada a efetuar o pagamento de contribuição previdenciária e FGTS. Ademais, ainda poderá ter que considerá-lo como base de cálculo para médias, como férias, gratificação natalina, horas extras, descanso semanal remunerado, e demais verbas trabalhistas.

Por isto é importante que os termos em que constam as obrigações e fatores determinantes para o recebimento das unidades de participação sejam devidamente celebrados entre as partes e em consonância a natureza jurídica da *phantom share*, evitando o risco de caracterização de pagamento habitual e, conseqüentemente, a incidência de todos os institutos próprios do salário

11. Supressão.

Como a implementação da *phantom share* não se trata de obrigação legal, não tem natureza salarial e não se incorpora ao salário, poderá ser aplicada somente uma vez ou em algumas oportunidades e não ser mais celebrada. Também poderá ser retomada de tempos em tempos, a critério da empresa. Desta forma, não haverá

qualquer ilícito legal ou contratual a supressão deste pagamento, por não ser uma remuneração habitual.

Por outro lado, se reconhecida sua natureza salarial em razão do descumprimento dos seus termos ou do fim a que se destina e em sendo paga com habitualidade, referida verba não mais poderá ser suprimida unilateralmente por ato do empregador. Isto porque, a supressão neste caso violaria o art. 468 da CLT 138, que veda qualquer alteração contratual prejudicial ao trabalhador.

12. Considerações finais.

Diante do exposto, verifica-se que a *phantom share* é uma modalidade de remuneração variável baseada na valorização das ações, sem que haja a necessidade de compra das mesmas pelo empregado. Referida remuneração tem natureza indenizatória e deve ser previamente pactuada registrando-se todas as obrigações das partes e regras para pagamento.

A remuneração variável pode ser paga a empregados de mais alto nível de sociedades anônimas não cotadas em bolsa e por outros tipos de sociedades de responsabilidade limitada.

A maior vantagem deste plano é a valorização do profissional por meio de pagamento de remuneração variável que dependerá do resultado da valorização efetiva das ações. A maior desvantagem é a ligação não tão fortalecida com os profissionais, já que este não se torna efetivo acionista da empresa. Já no plano de *stock options*, em que há a efetiva compra de ações, esta ligação se torna mais forte, mas, por outro lado, esta modalidade pode se tornar mais imprevisível, já que a evolução das cotações não depende unicamente do desempenho do negócio.

É necessário que o plano da *phantom share* seja rigorosamente observado, para que não seja considerado ilícito e os valores pagos reconhecidos como salário.

Portanto, dependendo da gestão corporativa e suas regras de governança, a *phantom share* pode ser uma ferramenta importante para retenção de talentos e retribuição pela qualidade e excelência das atividades laborais.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATE, Sarah and BUCKLEY, Elizabeth. *Accounting for employee share schemes. A practical guide*. Londres: Deloitte & Touche, 2002. p. 78. Disponível em:

138 Art. 468 da CLT: 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.

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.202.9324&rep=rep1&type=pdf>

BRASIL. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm.

BRONZATTO, Thiago. **O dilema do longo prazo**. EXAME. São Paulo, ano 46, n. 21, ed. 1027, p.116. 31 de outubro de 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. LTR, 2008. 7. Ed. Pg. 708-710.

ELLIS, David. **New trend in bonuses: 'Phantom stock'**. 2010. Disponível em http://money.cnn.com/2010/07/12/news/companies/phantom_stock/index.htm

FOUCHÉ, Charléne. **Taxation consequences of providing shares to employees through a trust**. Submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree Magister Commercii in Taxation in the Faculty of Economic and Management Sciences at the UNIVERSITY OF PRETORIA. Date of submission: 2011-09-30. p. 63.

KHINCHA, H Padamchand. **Taxation of Employee Stock Option Plans: International Principles**. 2002. Revenue Law Journal: Vol. 12: Iss. 1, Article 9. Available at: <http://epublications.bond.edu.au/rlj/vol12/iss1/9>. p. 147.

LANGLEY, Aidan. *Employee Reward Structures*. 2. Ed. Londres: Spiramus, 2006. p. 27.

ZINGHEIM, Patricia K. and SCHUSTER, Jay R. **Compensation & Benefits Review**. 2007. p. 53. Disponível em: <http://cbr.sagepub.com/content/39/3/51.abstract>