

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1049

(Ano XIII)

(20/11/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O Século de Ouro Espanhol

Benigno Núñez Novo, 10.

ARTIGOS

Estupro virtual de vulnerável no Brasil

Elisson Amorim Rodrigues, 27.

A judicialização da saúde como um novo mecanismo de efetivação de direitos sociais no Brasil

Ana Maria Carolina Okamura Fernandes, 47.

As alterações no crime de estelionato, após a aplicação da Lei nº 13.964/2019, comumente denominado "pacote anticrime"

Waldryanny Silva Batista, 63.

Responsabilidade civil decorrente da alienação parental

Mayana Oiveira Ramos Carvalho, 77.

Tráfico de pessoas: um mercado invisível em constante expansão que assola os direitos básicos humanos

Amanda Karoline do Nascimento Alves e Gabriela Bandeira de Souza, 93.

Infanticídio indígena: entre o direito à vida e o direito a cultura

Amanda Medeiros nascimento, 109.

Os impactos da reforma previdenciária na desigualdade social

Fernando Henrique Arcângelo Pereira e Renata Aparecida Borges Pereira da Silva Assumpção, 123.

O Supremo Tribunal Federal e a resignificação do federalismo brasileiro durante a pandemia da Covid-19

Aíslan Arley Pereira de Alvarenga, 138.

Responsabilidade civil nas mídias sociais dentro do contexto atual brasileiro

Juliana Marinho Castelo Branco Maués, 149.

Auxílio-doença e as dificuldades de acesso à perícia médica na pandemia

Alessandra de Lima Oliveira, 161.

Crimes de contrabando e descaminho e suas aplicações no direito penal aduaneiro

Matheus de Santana Chaves, 178.

Uma análise da desnecessidade de motivação na atuação dos jurados no Tribunal do Júri em relação aos princípios da ampla defesa e do contraditório do réu

Adonai Monteiro de Souza, 210.

Razoável do processo: colisões existentes entre o princípio da duração razoável do processo (Artigo 5º, LXXVIII, CF/88) e os princípios do contraditório e ampla defesa (Artigo 5º, LV, CF/88)

Antonio Carlos Furtado Ferreira, 224.

O impacto do Sars-Cov-2 na licitação pública e seus desdobramentos

Joao Vitor Coutinho Gomes, 240, 240.

A viabilidade do instituto da união poliafetiva como núcleo familiar no ordenamento jurídico brasileiro

Luiz Miguel Lima Oliveira, 261.

Predadores sexuais: o inter criminis no âmbito digital

Tharlles Dias da Silva, 288.

O cenário brasileiro acerca do estado de vulnerabilidade criado através do fenômeno dos crimes virtuais durante a pandemia da Covid-19 no Brasil

CAROLINE VICTÓRIA PEREIRA DE OLIVEIRA, 308.

Medida de segurança: análise sobre o prazo máximo de internação

Lorena Franco Moraes, 328.

Políticas públicas exercidas pelo Brasil, para garantir os direitos LGBTQIA+

Victor Rodrigues dos Santos, 344.

A violabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana no ambiente carcerário brasileiro

Maria Julia Santos Ribeiro, 356.

Origens e formatos das organizações criminosas no Brasil

Lara Hauschil Romão, 378.

O conflito jurídico entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão

Amanda Monique Laborda Brandão, 398.

A declaração da vítima por escuta especializada nos casos de estupro de vulnerável: uma análise da presunção de inocência versus a vulnerabilidade da vítima

Renata Nascimento da Silva, 420.

Liberdade de expressão e opinião pública na criação de leis penais

Guilherme Lobo Marchioni, 439.

Análise do Narcotráfico na América Latina

Jannaina da Graca Barbosa, 460.

A execução da pensão alimentícia e os eventuais impactos ocasionados durante a pandemia do Covid- 19 em Manaus-AM

Caroline Loiola Pinto, 473.

A Violência psicológica sob a análise do Direito Penal

Milena Ferreira de Queiroz, 488.

Responsabilidade penal no caso de Corrupção Passiva contra União - Do Recebimento ou solicitação, feita pelo funcionário público federal para beneficiar Empresas Nacionais.

Darlan da Silva Sucre, 504.

Foro especial por prerrogativa de função: Foro Privilegiado

Rafael Borges Mesquita, 514.

Uma análise acerca da adequação do crime organizado no meio virtual

João Victor da Conceição Martins, 531.

O papel do inquérito policial no Direito Penal

João Ricardo do Sacramento Braga Junior, 550.

Crime de furto: ineficácia da pena frente ao alto índice de criminalidade

Fernando Duarte Massinham, 572.

A lei do feminicídio no ordenamento jurídico penal brasileiro

Jessica Vitória de Almeida Victorio, 592.

O aborto e a causa da mortalidade materna

Maria Gabriela Lima Brito, 612.

As diferenças entre o sistema majoritário e proporcional no pleito eleitoral e suas implicações na efetiva representatividade no Poder Legislativo

Eric Emerick Franco, 627.

O direito das sucessões do cônjuge sobrevivente quando casado no regime da separação total de bens

Adria Barroso de Andrade Reis, 633.

Prisão preventiva e o princípio constitucional da presunção de inocência

Sesan Gama do Vale, 648.

Assédio moral no ambiente de trabalho

Selmaro Felipe Rodrigues, 661.

A importância da atualização dos critérios que autorizam as interceptações telefônica e telemática para a instrução dos processos penais

Gedeon Veloso dos Santos, 678.

A importância das mudanças na legislação penal brasileira, após a Constituição Federal de 1988, no combate da violência contra a mulher

Wilian de Sá Araújo, 694.

Estupro de vulnerável e a caracterização da vítima do delito

Gabriel Pimentel Araujo, 707.

Contrato de namoro: Uma análise da sua (in)eficácia como meio de afastar o instituto da união estável

Edegar Arthur Hagestedt Filho, 731.

A responsabilidade civil das empresas em face da Lei Geral de Proteção de Dados: a proteção dos dados pessoais sensíveis dos consumidores em tempos de massificação de dados

Thayanne Vieira Silva, 757.

Eutanásia e o aspectos jurídicos relevantes e a possibilidade de sua normatização

Ademar de Andrade Mourão Neto, 778.

A responsabilidade civil do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), por danos morais e erros no indeferimento de benefício previdenciário

Mayara Feitosa Lopes, 793.



O SÉCULO DE OURO ESPANHOL

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

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise histórica sobre o período que se entendeu como o Século de Ouro Espanhol. A Espanha se transformou no polo econômico e cultural da Europa e também do mundo, com um prestígio irrefutável.

PALAVRAS-CHAVE: Século; Ouro; Espanhol.

ABSTRACT: This article aims to succinctly make a historical analysis of the period that was understood as the Spanish Golden Age. Spain has become the economic and cultural hub of Europe and the world, with irrefutable prestige.

KEYWORDS: Century; Gold; Spanish.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo hacer de forma sucinta un análisis histórico del período que se entendió como Siglo de Oro Español. España se ha convertido en el polo económico y cultural de Europa y del mundo, con un prestigio irrefutable.

PALABRAS CLAVE: Siglo; Oro; Español.

INTRODUÇÃO

O Século de Ouro Espanhol consistiu em um momento de intensa produção artística na Espanha, entre os séculos XVI e XVII. As atividades artísticas produzidas entre 1550 e 1650 marcaram o chamado Siglo de Oro ou Século de Ouro Espanhol. Coube a Espanha organizar a defesa da Europa contra o Império Otomano. Ao período que vai do Renascimento, no século XVI, até o surgimento do Barroco, no século XVII, e que pode ser demarcado por dois eventos, a publicação da Gramática Castelhana de Nebrija em 1492 e a morte de Calderón de La Barca em 1681, damos o nome de Século de Ouro.

Esta pesquisa é bibliográfica e histórica justifica-se pela extrema relevância do período chamado Século de Ouro Espanhol para o mundo.

DESENVOLVIMENTO

O Siglo de Oro ou Idade de Ouro Espanhola foi um período de florescimento das artes e da literatura na Espanha da dinastia dos Habsburgos ou os Habsburgos. É um período sem datas definidas, geralmente mais de um século apesar do nome, cujo início se daria após a Reconquista Espanhola, por volta de 1492, e termina por volta de 1681, ano da morte de Pedro Calderón de la Barca.

O termo "Idade de Ouro" Foi idealizado por Luis José Velázquez, Marquês de Valdeflores, que foi um erudito e antiquário do século XVIII. Ele o usou pela primeira vez em seu escritório Origens da poesia castelhana de 1754, embora com isso se referisse exclusivamente ao século XVI. O termo seria posteriormente resgatado e usado para denominar todo o período dos séculos XVI e XVII.

Normalmente é considerado a publicação do Gramática castelhana de Nebrija em 1492, bem como a chegada de Colombo ao Novo Mundo ou o fim da Reconquista Espanhola, como os acontecimentos que iniciam o período da Idade de Ouro. Da mesma maneira, a assinatura do Tratado dos Pirenéus entre Espanha e França em 1659, e a morte do autor Pedro Calderón de la Barca em 1681, são os acontecimentos que a põem fim.

São quatro módulos: União Ibérica, Defesa do Império, Cultura Espanhola e Arte Espanhola. A época é conhecida como o Período de Ouro da arte espanhola, beneficiada pela pujança econômica do país com o ouro colonial. Graças ao auxílio militar mútuo, a Espanha participou de importantes batalhas em território brasileiro.

A União Ibérica, que ocorreu entre 1580 e 1640, foi a unificação das Coroas espanhola e portuguesa a partir da crise sucessória do trono português. Essa crise de sucessão decretou o fim da Dinastia de Avis e coroou o rei Filipe II, da Espanha, como rei tanto de Portugal quanto da Espanha.

Castela tornou-se o reino dominante na Península Ibérica por causa de sua jurisdição sobre o império ultramarino nas Américas e nas Filipinas. A estrutura do império foi estabelecida sob os Habsburgos espanhóis (1516-1700) e sob os monarcas Bourbon espanhóis, o império foi trazido sob maior controle e aumentou suas receitas das Índias. A autoridade da coroa nas Índias foi ampliada pela concessão papal de poderes de patronato, o que deu-lhe poder na esfera religiosa. Um elemento importante na formação do império espanhol foi a união dinástica entre Isabel I de Castela e Fernando II de Aragão, conhecidos como os Reis Católicos, que iniciaram a coesão política, religiosa e social, mas

não a unificação política. Os reinos ibéricos mantiveram suas identidades políticas, com administração e configurações jurídicas particulares.

Em 1580, quando Filipe II da Espanha sucedeu ao trono de Portugal (como Filipe I), ele estabeleceu o Conselho de Portugal, que supervisionava Portugal e seu império e "preservava suas próprias leis, instituições e sistema monetário, e unidos apenas em compartilhar com o soberano comum". A União Ibérica permaneceu em vigor até 1640, quando Portugal derrubou o domínio dos Habsburgos e restabeleceu a independência sob a Casa de Bragança. Sob Filipe II, a Espanha, em vez do império dos Habsburgos, foi identificada como a nação mais poderosa do mundo, superando facilmente a França e a Inglaterra. Além disso, apesar da repressão de outros Estados europeus, a Espanha manteve sua posição de domínio com aparente facilidade. O Tratado de Cateau-Cambrésis (1559) confirmou a herança de Filipe II na Itália (o Mezzogiorno e o Ducado de Milão). As reivindicações espanholas sobre Nápoles e Sicília, no sul da Itália, remontam à presença aragonesa no século XV. Após a paz alcançada em 1559, não haveria revoltas napolitanas contra o domínio espanhol até 1647. O Ducado de Milão permaneceu formalmente parte do Sacro Império Romano, mas o título de Duque de Milão foi entregue ao rei da Espanha. A morte do imperador otomano Suleimão, o Magnífico, em 1566, e a vitória naval sobre o Império Otomano na Batalha de Lepanto, em 1571, deram à Espanha uma reivindicação de ser a maior potência não apenas na Europa, mas também no mundo.

O Império Espanhol nas Américas foi formado após a conquista de grandes extensões de terra, começando com Cristóvão Colombo nas ilhas do Caribe. No início do século XVI, conquistou e incorporou os impérios Asteca e Inca, mantendo as elites indígenas leais à Coroa espanhola e convertendo-as ao cristianismo como intermediários entre suas comunidades e o governo real. Após um curto período de delegação da autoridade nas Américas, a Coroa reivindicou o controle sobre esses territórios e estabeleceu o Conselho das Índias para supervisionar o governo de lá. Alguns estudiosos consideram o período inicial da conquista espanhola como o mais marcante caso de genocídio na história da humanidade. O número de mortos pode ter atingido cerca de 70 milhões de povos indígenas (de 80 milhões) neste período. No entanto, outros estudiosos acreditam que a grande maioria das mortes indígenas se deve à baixa capacidade imunológica das populações nativas em resistir a doenças exógenas. Muitas tribos nativas e suas culturas foram totalmente eliminadas pela epidemia de doenças. O saque dos impérios das Américas pelos conquistadores espanhóis permitiu que a Espanha financiasse a perseguição religiosa na Europa por mais de um século. As guerras espanholas de conquista incluíram a devastação de grande parte dos Países Baixos e uma tentativa desastrosa de invadir a Inglaterra protestante.

A estrutura de governança de seu império ultramarino foi significativamente reformada no final do século XVIII pelos monarcas Bourbon. Embora a Coroa tentasse

manter seu império como um sistema econômico fechado sob o domínio dos Habsburgos, a Espanha era incapaz de abastecer as Índias com bens de consumo suficientes para atender à demanda, de modo que os comerciantes estrangeiros de Gênova, França, Inglaterra, Alemanha e Países Baixos dominavam o comércio, com prata das minas do Peru, Bolívia e México fluindo para outras partes da Europa. A guilda mercante de Sevilha (e mais tarde Cadiz) serviu como intermediária no comércio. O monopólio comercial da Coroa foi quebrado no início do século XVII.

A invasão napoleônica da Península Ibérica precipitou as Guerras Hispano-Americanas de Independência (1808-1826), que resultaram na perda de suas mais valiosas colônias. Em suas antigas colônias nas Américas, o espanhol é a língua dominante e o catolicismo romano a religião principal, permanecendo como legados culturais do Império Espanhol.

A Idade de Ouro foi caracterizada por uma tendência à popularização do conhecimento humanístico, que fortaleceu os gêneros da sátira e da comédia popular, que teve sua correspondência no romance picaresco e, sobretudo, no romance polifônico cuja semente representa o Dom Quixote de Cervantes.

Música, pintura e escultura também foram tendências importantes alimentadas pelo gosto maneirista por o exagero das formas e a abundância do conteúdo (de onde vem o uso da palavra hoje barroco, isto é, ornamentado), bem como estilos arquitetônicos anti-classicistas.

A literatura da Idade de Ouro atingiu um esplendor único na história literária universal, graças a várias tendências:

O romance picaresco. Protagonizada por malandros, ou seja, jovens pobres e tortuosos que ganhavam a vida aproveitando-se dos outros e de sua engenhosidade. Será um modelo arquetípico importante na literatura mundial.

Poesia ascética e mística. De raízes católicas, nas quais os poetas exploraram poeticamente sua vocação religiosa.

A sátira. Tanto na poesia quanto na narrativa e na dramaturgia, a sátira e a zombaria do classicismo solene foram centrais para o imaginário literário da Idade de Ouro.

A comédia. O teatro foi um dos grandes vencedores da Idade de Ouro, com mais de 400 obras compostas por grandes nomes que ficariam na história universal das letras.

Os grandes autores da Idade de Ouro Espanhola foram:

Miguel de Cervantes. Escritor de Dom Quixote, bem como o Romances exemplares e outras formas de narrativa que seriam centrais e fundamentais para a literatura mundial da Europa.

Luis de Góngora. Poeta e dramaturgo, cuja tendência estética dentro da poesia seria conhecida como culteranismo ou gongorismo.

São João da Cruz. Poeta místico, religioso de profissão, reformador da Ordem de Nossa Senhora do Carmelo e da Ordem dos Carmelitas Descalços. Desde 1952 é o padroeiro dos poetas de língua espanhola.

Santa Teresa de Jesus. Religiosa e co-fundadora da ordem dos Carmelitas Descalços, é considerada, junto com San Juan de la Cruz, o ápice da poesia mística espanhola.

Francisco de Quevedo. Um dos autores fundamentais da literatura espanhola e autor de poesia, narrativa e dramaturgia.

Tirso de Molina. Dramaturgo, poeta e contador de histórias, religioso mercediano, é considerado um dos três grandes nomes da dramaturgia barroca espanhola.

Pedro Calderón de la Barca. Segundo dos três grandes dramaturgos da Idade de Ouro, ele é o autor do famoso A vida é um sonho, foi também sacerdote da ordem de Santiago.

Lope de Vega. O terceiro da trindade de grandes dramaturgos da Idade de Ouro e um dos autores mais prolíficos da literatura mundial. Renovou as fórmulas do teatro para a época e foi autor de mais de 3.000 sonetos, três romances, quatro romances curtos e uma epopeia.

José Antonio Maravall (1965), no clássico Antiguos y modernos, vê nos Séculos de Ouro uma evolução do conceito mimético entre os eruditos: em um primeiro momento buscava-se imitar os antigos. Em um segundo momento, a emulação se transformou no objetivo ideal, para finalmente buscar-se a superação dos antigos. Isto posto, veremos como as primeiras décadas do XVI se viram apegadas à ideia de imitação/ emulação, algo que só seria superado ao longo do XVII, principalmente após 1610, com o processo de superação que Lope de Vega protagonizou na comédia e Luís de Góngora na poesia.

Durante a Idade de Ouro, as cidades espanholas mais importantes, palco de florescimento artístico e cultural, foram Sevilha, Madrid, Toledo, Valência, Valladolid e Saragoça.

Ciência também recebeu um impulso considerável durante a Idade de Ouro, apesar da forte tradição católica e inquisitorial da cultura espanhola, que muitas vezes representava um atraso conservador em relação ao resto da Europa.

A utilização do conhecimento herdado dos árabes, bem como a troca de mercadorias com o Novo Mundo, interessou-se por física, química, farmacologia e medicina.

Pintores de gostos Diego Velásquez (pertencente ao Barroco), o “Greco” Doménikos Theotokópoulos (pertencente ao Maneirismo) liderou um movimento pictórico extremamente importante na Espanha da Idade de Ouro.

Além das grandes obras artísticas que esse período legou à humanidade, são creditados com a fundação da Real Academia Espanhola (graças aos estudos filológicos de Antonio de Nebrija), a disseminação do humanismo coube, especialmente, à figura de Antonio de Nebrija (1444-1522). Educado em Bolonha, dominava com perfeição o latim clássico e o grego. Foi professor nas Universidades de Salamanca, Alcalá e Sevilha. Publicou, em 1481, a Gramática Latina, seguida pela Arte de La Gramática Castellana (1492); ambos se constituem, nos mais importantes livros didáticos daquela época e foram considerados como inovadores da linguagem europeia.

Logo após a conquista da América, os espanhóis começaram a fundar universidades em seus territórios, numa clara postura de colonização e não somente manutenção de uma feitoria comercial. A primeira delas foi criada em Santo Domingo, na Ilha de Hispaniola (atual República Dominicana), tendo recebido o estatuto de universidade plena pela bula *In apostolatus culmine*, do Papa Paulo III, em 1538, e era composta pelos cursos de medicina, direito, teologia e artes. Várias outras foram fundadas ainda no século XVI na América espanhola, como as do México, de Lima e de Quito. Santo Domingo chegou a ter uma segunda universidade quinhentista, a de Santiago de la Paz, fundada em 1558. No século XVII outras surgiram por todo o território da coroa espanhola na América, às quais se juntaram várias outras no século seguinte. Ao cabo de pouco mais de dois séculos e meio a Espanha havia fundado na América cerca de 24 universidades, muitas das quais ainda existentes. Nem todas as universidades coloniais, porém, tinham o mesmo grau de desenvolvimento ou importância, ou mesmo de respeitabilidade. Algumas, todavia, vieram a tornar-se importantes centros de ensino e erudição.

A Escola de Salamanca foi uma escola de pensamento econômico em várias áreas que teve lugar no Renascimento do século XVI, através de um grupo de teólogos e juristas.

Juan Luis Vives (1493-1509) nasceu em Valência, estudou na Universidad del Sena, a princípio, a lógica escolástica, mas, gradualmente, foi se inclinando em favor do humanismo. Seu diálogo, *Sapiens*, reflete uma certa decepção pelos saberes transmitidos nas Universidades. O humanista valenciano estudou na França, Bélgica e Inglaterra, entre 1523 e 1525, chegou até a ter aulas com Erasmo. Com a morte de Nebrija, em 1522, a Universidade de Alcalá de Henares propôs a Vives a Cátedra de Latinidad, que ficara vaga. Não se sabe bem o motivo, mas o convite foi recusado.

Vives foi um severo crítico das instituições de ensino por onde passou, expressou este descontentamento, principalmente, em *De disciplinis* (1531); *De ratione dicendi* (1534) e *De anima de vita* (1538). Ao longo de sua obra foi apresentando propostas para uma forma alternativa de saber, o qual pudesse trazer maior proveito à humanidade e permitisse o avanço do conhecimento humano, anestesiado pelo escolasticismo.

Em *De concordia et discordia* (1529), Vives tenta convencer seus contemporâneos inclusive o Imperador de que a concórdia congregou o gênero humano, fundou as cidades e lhes permitiu crescer e conservar-se; descobriu as artes úteis para a vida, para a obtenção de riquezas e o cultivo dos talentos.

A influência de Vives é assimilada pelos pensadores pertencentes às ordens: dominicana, franciscana, agostiniana e jesuítica. São seus principais componentes: Francisco de Vitoria (1492-1546), Domingo de Soto (1496-1560), Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), Martín de Azpilcueta (1492-1586), Francisco Suárez (1548-1617), Luis de Molina (1535-1600), Diego de Cavarrubias Leyva (1512-1577), entre outros.

O frade dominicano **Francisco de Vitória (1486-1546)** é considerado o fundador do direito internacional moderno, da Escola de Salamanca e sua maior referência. Foi, além de filósofo, teólogo e jurista. O teólogo espanhol dedicou-se à defesa dos direitos dos índios do Novo Mundo e à limitação das causas que justificam a guerra.

Francisco de Vitória parece ter nascido em Vitória, província basca de Álava, por volta de 1486. Ingressou no convento de São Pablo, no ano de 1505, aos 14 anos de idade, onde realizou seus estudos de Humanidades e começou os de Artes ou filosofia. Permaneceu estudando no convento de São Pablo até o ano de 1508, quando vai continuar seus estudos em Paris. No período que passou em São Pablo, entretanto, precisa-se destacar seu contato com as línguas grega e latina, nos estudos de Gramática, visto ser este convento, de maneira profunda, comprometido com a excelência da educação e com a renovação das condições de ensino. É importante tomar nota que no ano de 1504, houveram grandes mudanças nas orientações de ensino, para garantir maior excelência, ao que Vitória, desde a mocidade, já se encontrava exposto a um ambiente de renovação e transformações, com consideráveis elementos para sua formação e futura atuação teológica. Basta citar, por exemplo, que Vitória, era conhecedor da língua grega, com registros, já em Salamanca, de opiniões e observações suas sobre tradições, bem como consultas aos originais em grego para preparação de suas aulas e palestras. Ordenou-se dominicano e estudou teologia na Universidade de Paris, onde lecionou.

Em 1523 voltou à Espanha, ensinou em Valladolid e três anos depois assumiu a cátedra de teologia da Universidade de Salamanca, que ocupou até morrer. Vitória tentou conciliar as ideias humanistas com a doutrina escolástica de santo Tomás de Aquino.

Nenhuma de suas aulas se conservou a não ser em anotações de alunos, mas há um número expressivo de recapitulações e resumos do curso do ano.

No verão de 1526 com o início do processo de sucessão da principal cátedra de teologia da Universidade de Salamanca, maior posto teológico de toda a Espanha, em função da morte do seu até então ocupante, Pedro de León. Essa cadeira era ocupada por dominicanos há mais de um século e a Ordem, interessada em manter a mesma, deveria indicar seu melhor nome para a sucessão. O primeiro e principal nome era o de Diego de Astudillo, mas a Ordem indicou Francisco de Vitória, que entrou numa disputa difícil para contra o principal candidato, Pedro Margallo, catedrático de filosofia moral em Salamanca. Difícil, pois, a eleição se fazia por meio de votação entre os membros da Universidade, na qual Vitória não era ainda tão conhecido como o professor residente. Entretanto, tal foi a impressão que causou durante os exercícios de sucessão, com sua habilidade e conhecimentos, que venceu com vantagem confortável a eleição e se tornou catedrático de Prima, da Faculdade de Teologia de Salamanca, realizando o juramento dos estatutos em 21 de setembro de 1526.

As ideias basilares de Vitoria são, em sua essência, três: a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; c) a reformulação da doutrina cristã da “guerra justa”, redefinida como sanção jurídica às iniuriae (ofensas) sofridas.

A atividade de Vitória em Salamanca proporcionou uma série de mudanças que trataram de colocar ambos no mapa do pensamento europeu. Dentre elas, temos a introdução, já corrente em Paris e em boa parte das Universidades europeias, da Summa, como livro base para os estudos teológicos, em adição às Sentenças, em um processo de substituição do texto base, iniciado por Vitória, mas que só seria institucionalizado definitivamente em 1561, por conta de formalidades decorrentes das constituições da Universidade. Sua atividade, assim, se estende por vinte anos, explicando seguidamente a Summa, de Tomás de Aquino, na formação de um vultuoso grupo de discípulos que viriam a assumir, nos anos seguintes, as cadeiras da Universidade e ocupar cargos importantes na estrutura eclesiástica.

As famosas Relecciones, proferidas anualmente por Vitória, segundo determinação das constituições da Universidade para todos os catedráticos. Vitória, ao longo de seu magistério, proferiu quinze Relecciones, conferindo grandeza até então inédita ao evento universitário. Suas demais contribuições para a Universidade estão na renovação da biblioteca, da qual Vitória foi encarregado da seleção e compra de obras para a Faculdade; participação no comitê encarregado de montar uma imprensa para a Universidade; dentre outros trabalhos.

Na discussão dos temas mais candentes da época, Vitória questionou a legitimidade da conquista espanhola da América, que não se justificava pelo paganismo dos nativos. Mesmo que a conquista protegesse inocentes de práticas como o canibalismo ou sacrifícios humanos, o rei da Espanha, ou qualquer outro soberano, deveria garantir tratamento justo e igualitário a indígenas e colonos, pois todos eram seus súditos, com direitos iguais. O papa não tinha o direito de dar a monarcas europeus domínio sobre povos primitivos; o máximo que podia fazer era designar esferas para o trabalho missionário. Os pagãos tinham o direito à propriedade e a ter dirigentes próprios, já que não eram irracionais.

Nos estudos sobre o direito de guerra, concluiu que ela só é admissível em legítima defesa e para corrigir um erro muito grave. Em qualquer caso, deve sempre ser precedida por esforços de conciliação e arbitragem. Sua obra constituiu uma reelaboração do jus gentium, ou "direito das nações", pela afirmação de princípios éticos universais e de igualdade entre os povos. Francisco de Vitória morreu em Salamanca em 12 de agosto de 1546.

Diego de Cavarrubias y Leyva (1512 - 1557) é considerado o primeiro teórico da política imperial da Espanha. Nasceu em Toledo, estudou cultura clássica em Salamanca com o helenista Fernando Nuñez de Toledo y Guzmán, também conhecido como El Pinciano, cujas obras sobre Sêneca, Plínio e Columela levaram seu nome por toda a Europa. Diego Cavarrubias estuda legislação canônica com Martin de Azpilcueta. Frequentou as classes de Francisco de Vitoria. Foi catedrático de Cânones na Universidade de Salamanca. Felipe II o nomeia visitador da Universidade salmantina. Participa do Concílio de Trento e chega à suprema magistratura de Castilha. A obra de Cavarrubias, vista na sua totalidade, tem um alto sentido humanista, concebe o direito como uma suprema manifestação da atividade humana. A característica fundamental de seu espírito renascentista é a nacionalização de sua ciência: a criação de um sistema jurídico sobre uma estrutura ibérica, sem perder, contudo, o sentido de universalidade. Cultiva as ideias de soberania de Vitoria, e, desde 1550, é considerado a autoridade máxima em direito de toda a Espanha e um dos melhores intérpretes do Século de Ouro Espanhol. Sua obra mais conhecida é *Variarum resolutiorum*, que reúne o conjunto de Cátedra enriquecido com a experiência judicial.

Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) deixa um legado inestimável de doutrina jurídica, especialmente no âmbito do direito das gentes. Nascido em Valladolid, em 1512, onde inicia seus estudos de direito civil e canônico, transfere-se mais tarde para Salamanca e obtém ali o título de Doutor, em 1548. Menchaca é enviado, por Felipe II, ao Concílio de Trento, justamente quando este entrava na sua terceira fase de conferências e sessões. A doutrina internacional de Vázquez de Menchaca está exposta em sua obra *Controversiarum illustrium libre tres*. Nas "Controvérsias" se estudam as mais variadas questões concernentes a matérias de direito político, internacional, civil e romano.

Menchaca pertence à escola internacional espanhola do século XVI, naquilo que ela tem de específico e inconfundível, como, por exemplo, seu amor à verdade e a sua preocupação com a justiça objetiva.

Martín de Azpilcueta (1492 – 1586) também conhecido como Doctor Navarro, estuda filosofia, teologia e direito na Universidade de Alcalá. Dá continuidade aos seus estudos jurídicos na Universidade de Tolosa, que era o centro de estudos jurídicos mais célebre que existia na França. Considerou-se sempre um discípulo de Vitoria. Vê em Felipe II a realização mais exata do pensamento espanhol. Em seu Enquiridión, publicado em 1550 que obteve mais de cinquenta edições deixa em fórmulas concisas os princípios de sua teoria política e as consequências de sua análise histórica.

Domingo de Soto (1507-1519) foi quem expôs de forma mais sistemática a filosofia da escola neoclássica espanhola do século XVI. Nasceu em Segovia e cursou humanidades em Paris, onde foi discípulo de Vitoria. Volta à Espanha, é promovido à Cátedra de teologia em Salamanca e publica: Sumulas (1523); Dialectica (1543); Comentário sobre os físicos (1545). É enviado pelo Imperador Carlos V, ao Concílio de Trento (1545), em substituição a Vitoria. Para Domingo de Soto, a ordem jurídica se assenta sobre três pontos, a saber: a pessoa humana, o poder político e a sociedade universal. Entretanto o fundamento desta ordem está na primeira relação transcendental de superior a súdito, do homem a Deus, a justiça absoluta. Assim, a ordem jurídica atribui unidade e consistência à ordem humana e realiza a sua função histórica.

Sobre este esquema jurídico, um dos mais brilhantes entre os professores de Salamanca, durante o Século de Ouro, traça as linhas do pensamento espanhol. Toda a sua teoria de guerra é mais concretamente a teorização da conquista da América pela Espanha, descobre a função universal do poder político e dos direitos da comunidade internacional. É com Domingo de Soto que o pensamento de Salamanca entra em uma fase de sistematização lógica, promovendo um equilíbrio entre Renascimento e Escolasticismo que já vinha sendo realizado simultaneamente nas obras de Vitoria, Cavarrubias e Azpilcueta.

Melchior Cano (1509-1560) discípulo predileto de Francisco de Vitoria, esteve em Salamanca entre 1527 e 1531. Em 1543, ganha a Cátedra de Prima de Teologia na Universidade Complutense, que abandona mais tarde, para suceder seu mestre em Salamanca. Foi a Trento a mando de Carlos V que, para premiar seus serviços, o envia como bispo para as Ilhas Canárias. Quando consultado, por Felipe II, sobre os direitos do Rei Católico à coroa de Portugal, Cano se mostra favorável e aponta meios a serem postos em execução para possuí-la e conservá-la.

Exorta às armas em defesa da honra e da justiça; defende claramente o conceito de uma guerra preventiva; propõe os meios lícitos de luta; ensaia um bloqueio econômico e desenha um modelo de reformas eclesiásticas transcendentais; como a indenização de

guerra e a garantia de paz. Nisso não se reconhece a mínima intenção de proposta de separação entre a Igreja e Estado significa o triunfo da paz e da justiça sobre todos os demais ideais. Implica em dizer-se que os poderes soberanos e autônomos podem impor a paz por si mesmos. É o primeiro sintoma da soberania do poder político contra a universalidade do papado e do império. Toda a atividade política de Melchior Cano corresponde a um sistema de princípios. Suas Relecciones e suas leituras sobre a Suma de Santo Tomás, em Valladolid, Alcalá e Salamanca, constituem um dos primeiros monumentos sobre a justiça e o direito, comparável às Relecciones de Vitoria e aos Tratados de Domingo de Soto. Encerram, segundo Heredia, o sistema mais perfeito sobre direito internacional e ciência do Estado.

Ao teorizar sobre a política da Espanha na América e expor a teoria da guerra justa, Cano define o conceito de Comunidade Internacional, sua garantia no direito das gentes, que concebe essencialmente positivo, como a expressão fiel da vontade dos povos a serviço da paz e da civilização. Esboça uma carta de direitos humanos sobre a igualdade de todos os homens e a liberdade de todos os povos. Frente à tese escravista levanta outra, a da liberdade.

Francisco Suárez (1548–1617) é o intelectual mais importante da Companhia de Jesus. Um filósofo, teólogo e jurista espanhol, conhecido por revitalizar a filosofia dos séculos XVI e XVII, e provocar uma ruptura nos modelos teóricos vigentes adequando-os aos novos tempos. Suárez, junto a nomes como os de Luís de Molina, Domingo de Soto, Francisco de Vitória, Juan de Mariana, Martin de Azpilcueta, José de Aguilar, Diego de Avendaño, José de Acosta, entre outros, é a grande referência da chamada Segunda Escolástica, isto é, aquela investigação filosófica e teológica desenvolvida em torno das universidades ibéricas da época, como Salamanca, Évora, Coimbra, e ibero-americanas, como San Marcos (Lima) e San Antonio Abad del Cusco, que, nos séculos XVI e XVII, revitalizam os saberes que até então eram conduzidos dentro da tradição moldada por Tomás de Aquino, Duns Scotus e outros escolásticos medievais.

Enquanto Suárez é comumente elogiado por sua exposição abrangente, exaustiva e sistemática de mais ou menos todo o conhecimento filosófico até seu tempo, esta abrangência não compromete a profundidade, o poder e a originalidade de suas próprias ideias. Trabalhou em uma grande variedade de campos que vão desde a metafísica, a teoria do conhecimento e a teologia até a filosofia mais prática, incluindo a filosofia política e do direito. Em todas essas áreas, ele fez contribuições cuja influência é tão presente que dificilmente as identificamos. Vale destacar que figuras tão diferentes entre si, histórica e filosoficamente, como Leibniz, Grotius, Pufendorf, Schopenhauer e Heidegger, encontraram motivo para citá-lo como fonte de inspiração e influência.

Suárez enfrenta os problemas concretos da transição entre uma ordem medieval e a moderna, uma ordem política e religiosa particularmente perturbada por debates,

conflitos, guerras, tréguas e renovadas hostilidades entre povos europeus, entre confissões cristãs, e em guerras civis marcadas por perseguições dos Tribunais da Inquisição, dos Parlamentos e das Coroas, sem falar dos desafios teóricos decorrentes do contato com o 'Novo Mundo', com todas as diferenças culturais e ideológicas que significou para dentro e para fora da península ibérica. O século XVII encontra instalada na Europa uma desordem política e uma confusão intelectual, porque nem as confissões religiosas, nem as ideologias nacionais conseguiam dar conta desta nova realidade de descobrimentos. Se faz necessária uma nova fundamentação filosófica, teológica e política que só a erudição deste jesuíta foi capaz de fazer. A obra de Suárez será a elaboração mais completa e sistemática do seu tempo, e a sua influência foi tal que ainda hoje resulta controversa.

As principais obras de Francisco Suárez: A primeira publicação foi impressa em 1590 em Alcalá, *Commentariorum ac Disputationum in Tertiam Partem Divi Thomae Tomus Primus*, mais conhecido pelo título *De Verbo Incarnato*. Suárez tenta superar a oposição existente entre escotistas e tomistas em relação à questão da encarnação. Ele concorda com Santo Tomás de Aquino ao revelar que a maioria das passagens das Escrituras atribuem a causa da encarnação de Cristo à vontade de redimir o homem do pecado, mas também acrescenta que a Bíblia considera a encarnação como a manifestação plena da glória divina; sua realização histórica não pode, portanto, depender do pecado do homem.

A Inovação de Suarez é o abandono do comentário por um tratamento científico e pedagógico, que supôs uma verdadeira renovação no trabalho de ensino e pesquisa escolar, e de eco universal até os dias atuais.

De mysteriis vitae Christi (1592) é uma continuação dos comentários de *De Incarnatione* sobre a terceira parte da *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino, expondo as questões 27 a 59. A intenção de Suárez nesta publicação era dupla: uma acadêmica e outra pastoral, planejada para o benefício dos estudiosos e como um auxílio para aqueles que eram responsáveis pela pregação da palavra de Deus. Dividido em 58 disputas, nas quais as primeiras 33 tratam de questões sistemáticas relacionadas à santidade da Virgem Maria: sua santificação, virgindade, casamento, purificação, mérito, graça, morte e a gloriosa assunção. Como resultado deste trabalho, Suárez foi considerado o fundador de uma mariologia sistemática. Embora Suárez mostre grande respeito por São Tomás, ele não hesita em se opor a algumas questões, como, por exemplo, a preservação de Maria do pecado original através da Imaculada Conceição.

Disputas metafísicas (1595) foram as deficiências encontradas no ensino de teologia que o motivaram a se dedicar à filosofia (prólogo ad lectorem). Ele precisava de uma base metafísica básica em sua visão teológica, o que o fez parar na *Tertia pars de la Summa Teológica* de Santo Tomás para iniciar um grande projeto. Trabalho de 2.000 páginas, escrito em um ano, em dois volumes. O primeiro deles cobre as disputas 1-37, e

o segundo de 38 a 54. Ele trata de: ser, suas propriedades, suas causas, divisão da entidade em infinito e finito, estudo da entidade de Deus infinito, relação de essência e existência em Deus e na criatura, divisão da entidade finita criada, substância e acidentes, entidade da razão. Quase todos os escritores gregos, árabes, patrísticos e escolásticos são citados. Entre os mais citados estão Aristóteles, Tomás de Aquino, Duns Soto e Cajeta. Eles refletem o gênero literário medieval por excelência, chamado *quaestio disputata*. O esforço de Suárez resultou em uma obra-prima arquitetônica que cobriu todos os campos da metafísica.

Opuscula (1599) A polêmica teológico-filosófica, conhecida por *De auxiliis* há muito tempo, enfrentou jesuítas e dominicanos, tratou do papel da liberdade humana em relação à graça divina. Para os jesuítas, a doutrina dos dominicanos deixava pouco espaço para a liberdade humana; para os dominicanos, a doutrina jesuíta não fazia justiça à graça divina. Esta polêmica se intensificou de tal forma que o Papa Clemente VIII teve que intervir criando uma comissão, a *Congregatio de Auxiliis* em 1597 para resolver esta disputa; as conversas foram tão violentas que o próprio Clemente teve que dirigir os debates sem poder concluí-los em a hora de sua morte. O Papa Paulo V teve que resolver a controvérsia (1607), permitindo que os dominicanos e os jesuítas defendessem suas respectivas posições: que a defesa de cada uma das posições não fosse rotulada de herética.

Francisco Suárez conhecia muito bem essas posições, e especialmente do jesuíta Molina e do dominicano Bañez, de como conciliar predestinação e graça com liberdade. Ele mesmo havia escrito e ensinado sobre esses tópicos. Em 1599, ele publicou 6 tratados de teologia, ou *Opuscula*. A obra já era conhecida antes de sua publicação pelo general jesuíta Cláudio Aquaviva, Clemente VIII a consultou quando foi publicada em Roma. Ele defende uma modificação da posição de Molina.

Por legibus (1612) obra *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* foi publicada em 1612. *De legibus* é um tratado abrangente e sistemático sobre a lei e todos os seus derivados: divinos ou eternos, naturais, internacionais e positivos ou humanos. Dividido em 10 livros Suárez explica, em um sentido amplo, que a lei é a norma e a medida dos bons procedimentos que se voltam para o melhor e para longe dos menos bons. Afasta-se de Tomás de Aquino, no qual a lei (divina, natural ou humana) é sempre uma característica das ideias divinas.

Parte da razão divina e associa a lei à liberdade. A lei eterna pertence aos decretos do livre arbítrio, e toda lei é um efeito da lei eterna, que dirige todas as partes do universo para um bem comum.

O *Jus gentium* ou lei das nações está a meio caminho entre a lei natural e a lei humana positiva. Distinguir entre direito natural e direito internacional baseado no costume. Os seres humanos têm um caráter social natural, dado por Deus, que inclui a

habilidade de fazer leis. Ele refuta a teoria patriarcal de governo e o direito divino dos reis. A autoridade do Estado não é de origem divina, mas humana, portanto, sua natureza é escolhida pelas pessoas envolvidas e seu poder legislativo natural é dado ao governante.

Defensio fidei (1613) foi uma obra encomendada diretamente pelo Papa Paulo V em que Suarez defendia a teoria do poder indireto do pontífice nos assuntos temporais (ao mesmo tempo contrário à ideia de que os reis recebiam sua soberania diretamente de Deus) e considerada legítima a proteção dos cidadãos contra um príncipe que se tornou tirano. O texto foi queimado publicamente em Londres por ordem de Jacobo I, e também em Paris pelo zelo dos monarquistas galicanos. Dois anos depois de escrever este artigo, aposentou-se como professor em Coimbra. Durante o século XVII, algumas de suas obras apareceram postumamente, entre as quais estão os escritos que tratam da liberdade do homem. O alcance extraordinário de seu pensamento foi mantido vivo por quase dois séculos na maioria das universidades europeias, bem como nos sistemas filosóficos de muitos pensadores importantes.

Luis de Molina (1535-1600) há controvérsias quanto ao início do trabalho acadêmico de Luis de Molina, porém, segundo Copleston, o jesuíta leciona teologia, por vários anos, na Universidade de Évora, em Portugal seu trabalho *Concordia liberi arbitrii cum gracie donis, divina praescientia, providencia, praedestinatione et reprobatione*, é publicado em Lisboa, em 1589. Molina, também conhecido como o “bom jesuíta”, assim como Suárez, vive a Espanha do final do século XVI.

Iribarne refere-se à figura de uma “Espanha cansada”, à época de Molina, que perde lentamente a sua hegemonia e cede espaço a um sistema de equilíbrio. É o tempo da dispersão política da Europa em Estados soberanos.

A Escolástica Tardia (o período dos pós-escolásticos) começou no séc. XIV e se caracterizou pela separação definitiva entre a Filosofia e a Teologia. A Teologia manteve-se em vigor na escola franciscana, representada por Escoto e Occam e a Filosofia concentrou-se no empírico, no particular e no sensível. A Escolástica conheceu então um notável florescimento na Espanha e em Portugal, comandado pelas ordens dominicana e jesuíta, orientadas para a nova interpretação que se fez da teoria de São Tomás na Itália, especialmente por Santo Antonino de Florença e São Bernardino de Siena. O dominicano Francisco de Vitória fundou uma escola em Salamanca, em que se formaram notáveis teólogos tomistas que, juntamente com os jesuítas de Coimbra e Francisco Suárez, em polémica com o escotismo e o nominalismo, defenderam uma síntese escolástica tradicional, porém de acordo com as novas tendências de pensamento da época.

O século XVI foi um período extremamente turbulento na história da civilização ocidental. Turbulento por agitações nos mais diversos campos da cultura humana, tais como na religião, com os movimentos das reformas protestantes, contrarreforma ou

reforma católica, que proporcionaram intenso debate nas bases religiosas, fundantes da então cristandade europeia; conflitos entre a vontade papal e dos reis, que se refletiu em agitações políticas das mais diversas, a exemplo dos embates envolvendo a dinastia Tudor, na Inglaterra; a descoberta de um novo mundo, a saber, as terras ameríndias no atlântico, que proporcionaram o desafio da expansão de uma visão de mundo e das relações sociais e econômicas; o renascimento das culturas clássicas, juntamente com o final da gestação do que teríamos por cultura moderna; dentre outras coisas mais.

A Escola de Salamanca, Escola espanhola de Paz, ou a Escola espanhola de direito internacional, como também Escola espanhola de moral econômica, ou de Renascimento teológico salamanquense do século XVI, etc. Qualquer uma destas denominações é correta, na medida em que corresponde à verdade histórica contemplada como história dos efeitos, ou seja, ao conjunto das diversas soluções que o numeroso e heterogêneo grupo de pensadores, adscritos às diversas cátedras de Salamanca, ou antes, educados nesses bancos do Estudo Geral por mestre e discípulos, apresentaram aos problemas que lhes foi demandando sua época. É um eixo que podemos estabelecer desde o começo da docência vitoriana até meados do século XVII, dois séculos que coincidem historicamente com o predomínio da instituição monárquica espanhola, no primeiro século, e do papado agasalhado pela Companhia de Jesus, no século seguinte. Desta maneira, a Escola de Salamanca abandona sua forma circular perfeita para converter-se numa semente comum da qual brota o pensamento moderno hispano-americano.

A Escola de Salamanca contribuiu para as áreas do direito, filosofia, economia, estudos culturais, dentre outros campos, a definição da mesma está ligada ao estudo da teologia, como ponto de partida para todas as outras questões. O interesse principal dos autores que podem ser considerados seus membros estava no ensino da teologia, diante de um cenário de crise e decadência da metodologia escolástica tradicional, dotados espírito reformista, de afirmação da teologia como aspecto prático capaz de lidar com as importantes questões presentes no século XVI, marca um ciclo de cultura definitivo para o desenvolvimento da cultura e do pensamento político espanhol, propriamente dito. Quatro professores definem este período: Francisco de Vitoria, Diego de Cavarrubias, Domingo de Soto e Martin de Azpilcueta.

A Escola de Salamanca pode ser dividida em dois grandes períodos, que são, Primeira e Segunda Escolas de Salamanca. A Primeira Escola tem seu início com a chegada de Francisco de Vitória, em 1526, na primeira cátedra de teologia da Universidade. Os autores mais destacados desse período, além do próprio Vitória, são: Melchor Cano, Domingos de Soto, Juan Gil de Nava, Pedro Sotomayor, Juan de Peña e Mancio de Corpus Christi, compreendendo o período histórico que vai de 1526, com a chegada de Vitória, até 1575, com o fim do magistério de Mancio na primeira cátedra de teologia. A Segunda

Escola, se estende pelos magistérios de Juan de Guevara, Bartolomé de Medina e Domingo Báñez, no período histórico de 1565 a 1604 (PLANS, 2000, p. 170-83).

Essa distinção é pertinente em vista dos desenvolvimentos apresentados em cada momento. Na Primeira Escola, como explica Plans (2000, p. 170-83), temos uma fidelidade maior à liberdade de pesquisa e interessada na renovação da teologia, com a figura central de Vitória e seus discípulos; enquanto na Segunda Escola, fazem-se presentes dissensões teóricas com a clara divisão entre uma linha que permanece fiel aos métodos e ensinamentos de Vitória e uma outra linha, que chega a se tornar bastante evidente no magistério de Báñez, com menor atenção aos estudos humanistas, apresentação de visão mais estrita do tomismo e maior inclinação especulativa.

É na Espanha seiscentista especificamente na Escola de Salamanca que podemos perceber uma recepção particular dos ideais humanistas, que influenciam diretamente na caracterização e produção epocal do espaço salmantino. Valenzuela-Vermehren (2013, p. 107-11), fornece as informações principais para a caracterização da Escola salmantina e sua apropriação do humanismo.

A apropriação da obra de Aquino marca também uma série de mudanças estilísticas. Francisco de Vitória realiza o questionamento do princípio da ancestor autoritas, sob o argumento de que todas as fontes humanas são falíveis, o que o leva a citar em suas obras, juntamente com os textos de autoridade, obras de autores contemporâneos a ele (VALENZUELA-VERMEHREN, 2013, p. 103-6).

A ideia de que a humanidade pertence a um único gênero, o qual, para Vitória, estaria ligado ao direito natural e abaixo deste ao jus gentium, que por vontade do criador está disponível a todos os indivíduos, podendo por todos ser compreendido e posicionado acima de qualquer direito positivo dos povos. o pensamento do mestre salmantino com a tradição política católica, que não se furta todavia a uma ousadia metodológica de pensar a renovação desta tradição para responder aos problemas do mundo conturbado do século XVI, que se representa de maneira clara com a apropriação do humanismo e o destaque dado para a obra de Tomás de Aquino.

Vitória tem destaque no seu posicionamento enérgico e corajoso contra muitos dos abusos cometidos pelos colonizadores. Entretanto, não podemos esquecer que seu direcionamento ético-normativo para a conduta dos europeus, serve aos interesses evangelizadores da religião cristã católica, que por si só já representa uma força poderosa de colonização, que não passa ilesa da violência necessariamente envolvida nesse processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A unificação que se transformou a Espanha foi paralela ao início das grandes navegações, que levou Cristóvão Colombo a descobrir as Américas e as riquezas trazidas por essa região, que levaram a Espanha a vivenciar seu apogeu logo no período inicial de sua formação como país. Após essa descoberta e também de um novo trajeto para as Índias, a Espanha se transformou no polo econômico e cultural da Europa e também do mundo, com um prestígio irrefutável. A língua espanhola era a mais desejada de se aprender, como reflexo de sua importância para o mundo naquele período.

A cultura ganhou um espaço até então inédito para a região, patrocinada pelo ouro das Américas que incentivou pintores, escultores, escritores, músicos e arquitetos, inspirados no Renascimento. Além de trazer as ideias filosóficas dos iluministas e trazer à tona cientistas da matemática, física, medicina, farmacologia, psicologia e filosofia.

A Escola de Salamanca foi uma escola de pensamento econômico em várias áreas que teve lugar no Renascimento do século XVI, através de um grupo de teólogos e juristas, eles são bem conhecidos por seu pensamento econômico liberal e por seus estudos sobre os problemas econômicos gerados na Espanha após o descobrimento da América. As obras centrais de Francisco de Vitória e demais pensadores de Salamanca são de suma importância para fundamentação filosófica dos direitos humanos no mundo contemporâneo. O direito das gentes, a primeira gramática em espanhol, o calendário gregoriano e as bases do direito internacional moderno surgem da Universidade de Salamanca.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARAVALL, José Antonio. **Antiguos y modernos**. Madri: Alianza Editorial, 1965.

PLANS, Juan Belda. **La Escuela de Salamanca**: y la renovación de la teología em el siglo XVI. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.

RUIZ RAMÓN, F. **Historia del Teatro Español**: desde sus orígenes hasta 1900. Madrid: Cátedra, 2000.

VERMEHREN, Luis Valenzuela. **Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain**: a heuristic overview. In: Logos, 16, 2, Primavera, 2013, p. 99-125.

ESTUPRO VIRTUAL DE VULNERÁVEL NO BRASIL

ELISSON AMORIM RODRIGUES:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: Com a facilidade de acesso à internet, é necessário redobrar todos os cuidados, em especial aos vulneráveis, quanto às condutas criminosas que também se fazem presentes nesse ambiente. O estupro virtual de vulnerável é um tema profundo e não está tipificado no atual código penal brasileiro. O presente estudo visa analisar a possibilidade de imputação ao crime de estupro virtual de vulnerável, e os efeitos negativos causados pela ausência de tipificação penal, considerando a não aplicação integral do art. 217-A, quanto ao aspecto virtual, tendo em vista a possibilidade de desqualificação para o crime de satisfação da lascívia do art. 218-A, bem como, conceituar estupro virtual de vulnerável no âmbito jurídico. Utilizou-se o método bibliográfico, baseado em doutrinas, jurisprudências e a legislação penal brasileira em vigor. Conclui-se que é possível imputar como crime no ordenamento jurídico o estupro virtual de vulnerável, que mesmo sem contato físico, viola a dignidade e liberdade sexual da vítima, bem como seu psicológico.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro virtual de vulnerável. Avanço tecnológico. Imputação jurídica. Dignidade sexual.

ABSTRACT: With the constant advancement of technology and its ease of access, especially to the internet, it is necessary to redouble all care, especially for the vulnerable, with regard to criminal conduct that is also present in this environment. The virtual rape of the vulnerable is a deep issue and is not typified in the current Brazilian penal code. This study aims to analyze the possibility of imputing the crime of virtual rape of a vulnerable person, and the negative effects caused by the lack of criminal classification, considering the non-full application of art. 217-A, regarding the virtual aspect, in view of the possibility of disqualification for the crime of satisfaction of the lust of art. 218-A, as well as conceptualize virtual rape of vulnerable in the legal scope. The bibliographic method was used, covering doctrinal studies, jurisprudence, the Brazilian criminal legislation in force, in addition to legal articles related to the subject, and texts explained on the internet with an adequate source of elaboration. It is concluded that it is possible to impute as a crime in the legal system the virtual rape of the vulnerable, which even without physical contact, violates the dignity and sexual freedom of the victim, as well as their psychological condition.

KEYWORDS: Vulnerable virtual rape. Technological progress. Legal imputation. Sexual dignity.

1 INTRODUÇÃO

Considerando o constante avanço da tecnologia e sua facilidade de acesso, principalmente à internet, é notório que a cada dia que passa, as pessoas estão cada vez mais dependentes da virtualidade. Entre os diversos benefícios que a tecnologia proporciona, é necessário redobrar todos os cuidados, em especial aos vulneráveis, quanto às condutas criminosas que também se fazem presentes nesse ambiente.

No atual Código Penal, em seu art. 217-A, incluído pela Lei 12.015 de 2009, o estupro de vulnerável é caracterizado com a conjunção carnal, ou seja, acoplamento pênis-vagina, ou por outro ato libidinoso com menor de 14 anos, mas isso no mundo real.

Dessa maneira, o agressor que comete o estupro por meio virtual, muitas vezes tem uma pena mais branda, tendo em vista o art. 218-A, considerando a não aplicação integral, no aspecto virtual, do art. 217-A, cuja pena é de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Assim, o problema encontrado foi: como penalizar um crime não tipificado, considerando a não aplicação integral do art. 217-A, quanto ao aspecto virtual, tendo em vista a possibilidade de desqualificação para o crime de satisfação da lascívia do art. 218-A?

O objetivo geral da pesquisa é analisar a possibilidade de imputação ao crime de estupro virtual de vulnerável, e os efeitos negativos causados pela ausência de tipificação penal, considerando a não aplicação integral do art. 217-A, quanto ao aspecto virtual, tendo em vista a possibilidade de desqualificação para o crime de satisfação da lascívia do art. 218-A.

O tema do presente artigo foi escolhido após a notícia de um estudante de medicina do Rio Grande do Sul, ter mantida a condenação de 12 anos e 9 meses de reclusão, por estupro virtual de vulnerável. O estudante se comunicava com uma criança de 10 anos, por meio de uma rede social, mantendo conversas de cunho sexual. (LEMOS, 2020. s/n).

Sendo assim, a presente pesquisa apresenta extrema relevância social, uma vez que demonstra a incapacidade do Código Penal de 1940 de atualizar-se com a rápida evolução da sociedade, principalmente no que tange à tecnologia, algo tão presente nos dias atuais, inclusive na vida de crianças e adolescentes.

O primeiro capítulo deste artigo, intitulado: Princípios constitucionais presentes no Código Penal, aplicados à dignidade sexual, trata sobre os princípios constitucionais violados. O segundo capítulo denominado: Estupro virtual de vulnerável, abordou sobre a configuração do estupro virtual de vulnerável no âmbito jurídico; as consequências psicológicas à vítima de estupro virtual de vulnerável; e as dificuldades investigativas na obtenção de indícios de autoria e prova da materialidade.

O terceiro capítulo explanou sobre a não aplicação integral do art. 217-A do Código Penal, quanto ao aspecto virtual, e sua possível desqualificação para o art. 218-A, do Código Penal, quanto a satisfação da lascívia. O quarto capítulo nomeado de: Atualização da legislação penal brasileira, abordou sobre a atualização do Código Penal no que tange ao capítulo dos crimes contra dignidade sexual, considerando os constantes avanços tecnológicos no cyberspaço; a possibilidade de imputação jurídica ao agente que comente o estupro virtual de vulnerável; as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em relação ao estupro virtual de vulnerável e sobre a tipificação do fato como crime.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PRESENTES NO CÓDIGO PENAL, APLICADOS A DIGNIDADE SEXUAL

2.1 Princípios constitucionais violados

A Constituição Federal possui como fundamento máximo a dignidade da pessoa humana. Em suma, é um princípio constitucional que tem por finalidade valorizar homem e mulher como pessoa, abarcando valores morais, éticos e espirituais. (JESUS, 2018, p. 226).

Nesse passo, sendo o princípio norte do ordenamento jurídico brasileiro, tem como resultado todas normas, mandamento ou instrução, seja ela de cunho material ou processual, seja necessário obedecer e respeitar a dignidade da pessoa humana.

Segundo Motta (2013, s/n) entende que

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição sócio-econômica.

É um princípio fundamental incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular, a qual normalmente ocorre em razão do nascimento com vida.

Estreitando para a dignidade sexual, o referido princípio busca garantir o tratamento digno à sexualidade humana, assegurando a intimidade e a individualidade, seja para pessoa plenamente capaz ou vulnerável. Noutras palavras, a pessoa não pode ter seu direito sexual violado por agressores(as) que praticam crimes dolosamente, por meio de toque físico, palavras e olhares, principalmente aquilo que cause constrangimento, humilhação a sua vida privada e à sua intimidade, uma vez que são incalculáveis os danos causados psicologicamente.

Sendo assim, quando o vulnerável passa a ser constrangido à prática da conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, seja ela no mundo real ou virtual, entende-se violada sua dignidade humana, bem como sua dignidade sexual.

Em consonância com esse pensamento, o Superior Tribunal de Justiça (2017, p.1) publicou a Súmula nº 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.

Na mesma esteira, a Constituição Federal (1988, s/n) é clara quanto a proteção dos direitos e deveres individuais no âmbito da dignidade sexual, senão vejamos

Art. 5º, caput, X: 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. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Sendo assim, a carta magna garante com clareza os direitos de todo ser humano, resguardando sua dignidade humana e sexual, devendo o Estado preservá-los e repará-los quando houver violação destes, criando normas tipificando qualquer tipo de crime que os atinja.

3 ESTUPRO VIRTUAL DE VULNERÁVEL

3.1 Configuração do estupro virtual de vulnerável no âmbito jurídico

Para uma melhor compreensão acerca do tema, é necessário entender quem são os vulneráveis para o Direito Penal. Considera-se vulnerável o menor de 14 anos e aquele que, por enfermidade ou doença mental não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou aquela que, mesmo por causa transitória, não possa oferecer resistência, de acordo com a redação do art. 217-A, caput e §1º, do Código Penal.

Sendo assim, são essenciais normas especiais para proteger essas pessoas consideradas vulneráveis. Para Oliveira Júnior (2010, s/n) "a proteção legal passa a ser a lente pela qual possa ser visualizado aquele que se apresenta como o mais frágil, necessitando de cuidados especiais".

Noutro giro, vale ressaltar o fato de que, a geração atual é altamente inserida no mundo da tecnologia. Redes sociais e jogos *on-lines* fazem parte da composição do ciclo de amizades das crianças e adolescentes no mundo de hoje. Porém, é importante distinguir que tamanha agilidade e destreza não significa ter maturidade para lidar com as mais variadas armadilhas da internet.

Nessa esteira, Zamataro (2019, s/n) explana que

Apesar de todas as vantagens que esses espaços oferecem, eles também são considerados a face mais perigosa do universo virtual. Isso porque as crianças são colocadas diante de uma tela cheia de possibilidades e informações quando ainda estão desenvolvendo a capacidade de discernir o que é verdadeiro ou falso e bom ou mau. Assim, a rede vira uma porta aberta para diferentes perigos.

É importante frisar que abusos sexuais também são cometidos pela internet. Os agressores sabendo do exorbitante número de menores presentes no mundo virtual, misturaram-se por meio de perfis *fakes*, sejam em redes sociais ou em jogos *on-lines*, para então entrarem em contato com estas. Usando uma linguagem simples e atual, conquistam as vítimas por meio de *chats*, com o objetivo de conseguir materiais de cunho eróticos da vítima.

Nessa lógica, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC 70976/MS/2016/0121838-5 (2016, s/n) tendo como relator o Ministro Joel Ilan Paciornik, entendeu que “a dignidade sexual não se ofende apenas por meio de lesões de natureza física, mas também com transtornos psíquicos que a vítima terá que suportar. Assim, ocorrendo lesões físicas à vítima, estas serão levadas em consideração no momento de dosimetria da pena”.

Dessa maneira, o estupro virtual de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. A ocorrência de contato físico direto é dispensável, pois o que vale é o nexos causal entre o ato praticado, destinado à satisfação da sua lascívia, ainda que por meio virtual, e o efetivo dano sofrido pela parte ofendida.

Ressalta-se que, assim como no estupro físico, no estupro virtual, conseqüentemente, haverá danos psicológicos irreversíveis à vítima, lesando sua dignidade humana e sexual, bem como psicológica.

Com isso, no momento que o vulnerável for coagido à prática de libertinagem, mesmo que sem contato físico, ou mesmo que ingenuamente, seja convencida a trocar qualquer material de cunho erótico sem o potencial conhecimento disso, entende-se

violada sua dignidade humana e sexual, e mais que isso, também se considera violada sua dignidade psicológica.

3.2 Consequências psicológicas à vítima de estupro virtual de vulnerável

É de suma importância adentrar nas consequências que o abuso sexual pode causar à vítima, uma vez que não é possível diferenciar dano superior ou inferior, se tratando de crimes sexuais, tendo em vista que as sequelas podem acompanhá-la para sempre.

É sabido que traumas psicológicos mudam totalmente a vida de um indivíduo, ou seja, obscurecem e são capazes de impedir o bem-estar conforme a realidade subjetiva de cada ser humano.

Nesse aspecto, Campos (2018, s/n) explica que

Traumas psicológicos são sequelas emocionais, deixadas por uma experiência que causou imensa dor e sofrimento ao traumatizado, tal experiência (também chamada de evento traumático) é de tal magnitude que afetam profundamente o comportamento, pensamento e sentimentos do indivíduo, e este, por sua vez, fará de tudo para evitar reviver ou relembrar qualquer fato ligado ao que lhe causou traumatizou.

Nas lições de Prado (2004, p.64) em sua grande maioria, as alterações emocionais traduzem-se em sentimento de medo, culpa, vergonha, tristeza, ansiedade, irritabilidade e raiva, além de possíveis mudanças no comportamento sexual, isolamento social, mudanças na alimentação, na qualidade do sono, e ainda a vontade de se mutilar.

Lobo (2016, s/n) corrobora do mesmo pensamento

Distúrbios do sono são comuns, depressão, transtorno de estresse pós-traumático, sentimento de degradação e perda da autoestima, sentimento de despersonalização ou desrealização, culpa, ansiedade, temor de andar ou ficar só. Medo das pessoas atrás delas e de multidões, temores sexuais, pesadelos repetidos recapitulando o estupro, síndrome do pânico, tendências suicidas e problemas com relacionamentos íntimos.

O constrangimento é constante e o convívio social torna-se um desafio. Essas alterações no comportamento da vítima podem incluir baixa atenção e concentração, baixo rendimento escolar, rebeldia, desconfiança, entre outros. Nesse aspecto, entre vários distúrbios causados pelo abuso sexual, muitas vezes levam à vítima a buscar “uma saída” no suicídio, acreditando ser a solução para todo ocorrido.

3.3 As dificuldades investigativas na obtenção de indícios de autoria e prova da materialidade

Como já explanado nos capítulos anteriores, com a facilidade de acesso à internet, as pessoas estão cada vez mais dependentes da virtualidade. Entre os diversos benefícios que a tecnologia proporciona, é necessário redobrar todos os cuidados, em especial aos vulneráveis, quanto às condutas criminosas que também se fazem presentes nesse ambiente.

Com o conhecimento do grande número de crianças e adolescentes usando a *web*, os predadores virtuais atacam das mais variadas formas, a exemplo disso a mais comum, a criação de perfis *fakes*, com o intuito de aproximação das vítimas através de salas de bate-papo e similares.

Além disso, Granchi (2020, s/n) aponta

A tática de abordagem é da engenharia social. Eles (os criminosos) descobrem um ponto de ligação do jovem para início de uma conversa. Às vezes se passam por crianças ou adolescentes, usando perfil falso para começar o contato com essas crianças. Quando passam a ter uma intimidade com a criança ou adolescente, ele se revela.

Por isso, é de extrema relevância a presença dos pais no controle destas ferramentas, uma vez que a internet coloca o mundo à disposição dos vulneráveis, possibilitando o cometimento de crimes por esse meio. (SEIXAS, 2019, s/n).

Desse modo, é importante salientar as dificuldades encontradas para o combate dos crimes cometidos pelo virtual. Nesse sentido, ainda segundo o autor, explica que

Muitas vezes a polícia consegue chegar ao crime, mas não consegue provar a autoria. "A internet é um meio que deixa rastro, mas ainda assim a nossa legislação está muito defasada. É preciso que os rastros sejam armazenados pelas operadoras de internet. Muitas vezes a gente consegue chegar ao crime, mas não consegue provar a autoria porque o provedor de internet não guarda esses rastros que o criminoso deixou.

Mesmo com as dificuldades encontradas, Granchi (2020, s/n) alerta

É importante dizer que o crime pela internet, por mais técnico que seja, é possível de ser rastreado. As pessoas, normalmente, deixam pegadas digitais e a polícia consegue fazer toda a investigação. É

engano dos criminosos acharem que praticam crimes sem deixar nenhum tipo de rastro nos meios digitais.

Sendo assim, especialistas na área da informática afirmam que é possível rastrear os rastros deixados pelos pedófilos atrás dos endereços de IP (*Internet Protocol*), que é conhecido como o endereço do computador. Nesse sentido, Dorigon e Soares (2018, p.2) concordam que

A autoria é o primeiro problema a ser enfrentado pela polícia investigativa ao que concerne aos crimes virtuais, uma vez que dificilmente uma pessoa que cometeu um ilícito penal utilizou de sua identificação real. É esse um dos motivos que fazem com que o endereço do protocolo de internet seja uma das evidências de maior relevo nas investigações dos crimes cibernéticos. O endereço IP ou Protocolo de *Internet – Internet Protocol* – é a identificação atribuída a um dispositivo de acesso à rede mundial de computadores a cada conexão deste com a internet. É com a descoberta da identificação do número IP que será possível localizar de onde se originou a conexão criminosa no mundo físico e, conseqüentemente, criando a possibilidade de se identificar a pessoa que se utilizou do instrumento do crime, ou seja, os possíveis autores do ato delitivo.

Assim sendo, são inúmeras dificuldades que se tem pela busca de materialidade delitiva e indícios de autoria. Considerando a dinâmica do mundo virtual, os crimes na *web* são praticados das mais variadas formas, com isso, o trabalho dos investigadores torna-se cada vez mais complexo. Seixas (2019, s/n) orienta que

Primeiro é preciso ter uma legislação adequada, depois a gente precisa de uma polícia estruturada e pessoal capacitado, que conheça o funcionamento da internet, os termos técnicos, e que saibam fazer uma investigação virtual. Com isso e com a colaboração da sociedade, que precisa denunciar e confiar nas instituições para resolver esses problemas, a gente consegue reduzir bastante a incidência do crime de pedofilia na internet.

Diante disso, o meio mais eficaz ao combate de crimes cometidos pelo meio virtual são as denúncias. Para isso, é necessário um maior controle dos pais e a observação da criança ou adolescente perante o mundo da internet.

Destarte, salienta-se ainda que, por mais que as dificuldades da polícia investigativa sejam uma realidade, fica explícito também a falta de investimento por parte do Estado na capacitação recorrente dos agentes incumbidos pelo andamento de quaisquer

investigações nesse tipo de crime, para assim, acompanhar o desenrolar diário da tecnologia e inibir o surgimento de novos crimes pelo meio virtual.

4 A NÃO APLICAÇÃO INTEGRAL DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL, QUANTO AO ASPECTO VIRTUAL, E SUA POSSÍVEL DESQUALIFICAÇÃO PARA O ART. 218-A, DO CÓDIGO PENAL, QUANTO A SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA

A Lei 12.015, de 2009 trouxe importantes alterações para o Código penal, entre elas os artigos 217-A e 218-A, que tratam sobre estupro de vulnerável, e satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, respectivamente.

Considerando os verbos “ter” e “praticar” do art. 217-A, é possível entender que o crime de estupro de vulnerável, somente se consuma com o contato físico, seja a conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso. Em outras palavras, é necessário o agente tocar na vítima para que seja consumado tal delito.

Todavia, é plenamente possível enquadrar o estupro virtual de vulnerável ao art. 217-A, uma vez que, para a caracterização deste crime, mesmo não havendo contato algum, qualquer conduta capaz de satisfazer a lascívia e gerar prazer ao agressor, é considerado ato libidinoso. Sendo assim, há a contemplação da lascívia e, mesmo à distância, o ofensor procura satisfazer a sua libido com a nudez alheia.

Greco (2013 apud JESUS, 2018, p. 233) é adepto desta mesma linha de pensamento e acredita que o contato físico entre a vítima e o agressor não seja necessário para o reconhecimento do estupro por meio virtual, quando a conduta do agente for direcionada para própria vítima, para que esta pratique o ato libidinoso.

Capez (2012 apud CALDAS; SILVA, 2018, s/n), acredita que, se o agressor constrange ou manipula a vítima a se despir para admirá-la lascivamente, sem forçar a prática de qualquer ato de cunho sexual, poderá ser penalizado por constrangimento ilegal, já que para ser configurado estupro, seja necessário no mínimo o ato libidinoso, não podendo dizer que o olhar é considerado como tal.

Sucedo que, conforme a parte final do artigo 217-A “[...] praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, com pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, há a realização desse ato por parte do agressor, que viola a dignidade e liberdade sexual da vítima, bem como seu psicológico. (BRASIL. 2009, s/n).

Assim, verifica-se que ainda não há entendimento pacífico sobre o tema. Com isso, acaba que por muitas vezes, o agressor é condenado pelo crime do art. 218-A, na sua parte final: “[...] “praticar ou induzir criança ou adolescente, a satisfação de lascívia, com pena de 2(dois) a 4 (quatro) anos de reclusão”. (BRASIL. 2009, s/n).

O maior prejudicado sempre será a vítima, já que teve sua dignidade sexual e seu psicológico violados, e ainda por cima, verá seu agressor ter uma pena mais branda por isso, o que deveria ser alterado, uma vez que esta é constrangida ou manipulada a participar de atos com a finalidade de gerar prazer ao ofensor.

5 ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

5.1 A atualização do Código Penal no que tange ao capítulo dos crimes contra dignidade sexual, considerando os constantes avanços tecnológicos no cyberspaço

De prima, vale lembrar que antes de 2009, o Código Penal tratava o capítulo VI como: “Dos crimes contra os costumes”, uma vez que naquele tempo, se prescrevia como as pessoas deveriam se comportar sexualmente em sociedade. Com isso, a impressão que se passava era que se uma mulher fosse vítima de estupro, a culpa seria desta, e não do agressor. (JESUS, 2018, p. 233).

Ainda de acordo a autora, ensina que

A vítima quando deflorada, por exemplo, com ou sem o próprio consentimento era rejeitada muitas vezes por sua família e até mesmo pela sociedade. Entendia-se, à época, ser imoral a mulher perder a virgindade antes do casamento, de acordo com os costumes daquele tempo a mulher deveria ser honesta, não sensual a ponto de provocar a libido do agente.

Após isso, entrou em vigor a lei 12.015/2009, sendo responsável por alterar a denominação “Dos crimes contra os costumes”, adotando a seguinte nomenclatura: “Dos crimes contra dignidade sexual”. Essas alterações trouxeram diversas novidades para o direito penal, uma vez que antes da referida lei entrar em vigor, notava-se alguns dispositivos que infringiam a dignidade da pessoa humana. Com isso, foram criados novos delitos, e outros tiveram a suas penas modificadas.

Isto posto, a supracitada lei incluiu o art. 217-A, denominado “Estupro de vulnerável”, aumentando a pena se a lesão corporal resultar em natureza grave ou se a conduta resultar na morte da vítima. Bem como se prática delitiva resultar em lesão corporal de natureza leve, presume-se, então, que o agente seja punido com pena mais branda, mesmo que este cause graves danos psicológicos à vítima, como já explanados outrora em capítulos anteriores. (BRASIL, 2009, s/n).

Por mais que esta lei tenha sido uma alteração de grande importância para o Direito Penal, é necessário observar também os crimes que estão acontecendo de forma virtual e que possuem praticamente os mesmos danos dos que são realizados no mundo real. Cita-

se, por exemplo, práticas sexuais que constroem a vítima, porém, o Código Penal não as enquadra como estupro.

De acordo com Greco (2013, p. 497 apud JESUS, 2018, p. 233) é objetivo em dizer que

O estupro pode ser caracterizado mesmo sem contato físico: Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar.

Na mais recente atualização deste capítulo, entrou em vigor a Lei 13.718/2018. A princípio, a principal alteração foi quanto a tipificação como crime da conduta nomeada como “importunação sexual”, inserida no art. 215-A do Código Penal.

Segundo Araújo (2018, s/n) elucida que

Tal tipificação era reclamada há muito pela comunidade jurídica, eis que não havia um meio-termo entre o crime de estupro (art. 213 do CP) e a contravenção penal de “importunação ofensiva ao pudor”, antes prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais, e hoje revogada pela própria Lei 13.718/18. A Lei 13.718/18 trouxe, ainda, outro tipo penal novo, que é o previsto no art. 218-C do CP, “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”.

Dessa maneira, este tipo penal tem a finalidade de coibir o compartilhamento de imagens, vídeos e outro registros audiovisuais que contenham cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática; ou sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia. (BRASIL, 2018, s/n).

A Lei 13.718/2018 incluiu também algumas outras majorantes, previstas de forma genérica para os crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulneráveis, dispostos nos artigos 213 a 218-C do Código Penal, mediante a alteração do inciso II do art. 226 e a inclusão do inciso IV no mesmo art. 226. (ARAÚJO, 2018, s/n).

É fundamental abarcar na redação do art. 217-A do Código Penal, o estupro virtual de vulnerável, mesmo que a imputação seja mais branda, uma vez que se faz necessário repelir e impedir os criminosos de tais práticas. Com isso, espera-se dos bons costumes, o respeito da moral, bem como maior tutela do bem jurídico, isto é, a dignidade sexual. (JESUS, 2018, p. 234).

5.2 Possibilidade de Imputação jurídica ao agente que comente o estupro virtual de vulnerável

É fato que por dia, diversas pessoas vulneráveis sofrem algum tipo de abuso sexual no Brasil, todavia, muitos casos sequer são denunciados, e os que são, muitas vezes acabam impunes. Isso acarreta prejuízos enormes para as vítimas, considerando as sequelas que estas levarão pelo resto de suas vidas.

Lima (2012, p. 6) ressalta que

A prática de abuso sexual contra crianças e adolescente é um fenômeno universal. Está presente em toda história sujeito, independentemente da classe social, grupo étnico ou religioso causando dor e sofrimento em suas vítimas. Embora pareça ser um problema contemporâneo, é fruto de um processo histórico que colocou a criança em lugar de desprivilegio e desatenção. Historicamente, o abuso sexual foi uma prática exercida desde os antepassados tanto no campo bíblico quanto mitológico.

Como visto, essa conduta não é de agora. É sabido que o abuso sexual contra pessoas vulneráveis, a cada dia que passa, mostra-se como um grave e relevante problema social e de saúde pública. A consumação em tela ganhou uma “nova versão”, passando a ser cometido também pelo meio virtual. Com isso, necessário se faz a tipificação desta conduta capaz de afetar à vítima e ocasionar-lhe severas consequências.

Conforme já explanado aqui, as vítimas de abuso sexual são gravemente afetadas psicologicamente. De acordo com Cogo (*et. al.* 2011, s/n) reforça que

A experiência do abuso sexual pode afetar o desenvolvimento cognitivo, afetivo e social de crianças de diferentes formas e intensidade. Os diversos fatores associados ao abuso também devem ser considerados, visto que contribuem para o desenvolvimento de consequências psicológicas severas para a criança, que se não tratadas podem se perpetuar por toda a vida. (COGO *et. al.* 2011).

Sendo assim, o Direito Penal preocupa-se com a proteção de bens jurídicos, em ações consideradas relevantes, capazes de violar bens fundamentais, devendo estas condutas serem tipificadas.

Logo, a saúde psicológica também é um bem jurídico. Segundo a Organização Mundial da Saúde, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, psicológico e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade. Denota-se o caráter holístico da

saúde, ultrapassando a noção de mera ausência de enfermidade física para adentrar na seara psicossocial. (OMS, 1999, p.1).

Desse modo, o agressor que utiliza os meios virtuais para cometer crimes capazes de abalar o emocional da vítima, merece ser punido pelo Estado, uma vez que, de acordo com o princípio da lesividade, este violou a dignidade e liberdade sexual, bem como a saúde psicológica do vulnerável.

Favorável a isso, Pazolini (2017 apud JESUS, 2018, p. 245) é claro:

[...] sem dúvida nenhuma é possível imputar como crime estupro de vulnerável sem contato físico, considerando salutar, porque, sobretudo se forem analisar os reflexos constitucionais, o art. 227, CF traz a proteção da criança e do adolescente e do estatuto, o qual tudo que está na Constituição foi replicado no ECRID, considerando ser a hipossuficiência em grau máximo.

[...] no nosso caso aconteceu o seguinte, a pessoa não tinha relação sexual com conjunção carnal, coito anal e nem toque, mas ele induzia a vítima a ser masturbar na frente dela e a vítima era menor de 14 anos, o qual se enquadraria como estupro de vulnerável, pois se tem a presunção legal, menor de 14 anos e indícios de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, é considerado estupro de vulnerável.

Corroborando do mesmo pensamento Cunha (2016, p. 460) “não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente com a contemplação”.

Pelo exposto, é plenamente possível imputar a conduta em questão do agressor, como crime de estupro virtual de vulnerável, uma vez que, atendendo à tipicidade do delito previsto na lei penal, se consumado através dos meios virtuais, inexistindo contato entre o agressor e a vítima, não obsta a caracterização do fato típico, considerando que a dignidade e liberdade sexual desta, bem como seu psicológico, foram violados.

5.3 As divergências doutrinárias e jurisprudenciais em relação ao estupro virtual de vulnerável e a tipificação do fato como crime

O estupro virtual de vulnerável é um tema recente e controverso, considerando que não há tipificação legal para esse crime. Assim, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

De acordo com a 2ª Turma Criminal do TJDF (2014, s/n) entende que “não se pode dar uma interpretação muito ampla ao conceito de ato libidinoso, equiparando os atos lascivos àqueles meramente ofensivos ao pudor, sob pena de se aplicar punições injustas e desproporcionais.”

DESCCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MERO TOQUE CORPORAL: O toque íntimo de consequências menores e de censurabilidade pouco intensa não é suficiente para configurar o crime de estupro de vulnerável. Não se pode dar uma interpretação muito ampla ao conceito de ato libidinoso, equiparando os atos lascivos àqueles meramente ofensivos ao pudor, sob pena de se aplicar punições injustas e desproporcionais. Para o entendimento predominante, o toque superficial nas partes íntimas da vítima, de forma rápida e inesperada, embora reprovável, não caracteriza o crime de estupro de vulnerável, mas sim a contravenção penal de perturbação da tranquilidade. Dessa forma, o Colegiado, majoritariamente, desclassificou a conduta atribuída ao réu para o delito do artigo 65 da Lei de Contravenções Penais. Em sentido contrário, o voto minoritário entendeu que a conduta consistente em apalpar a genitália da vítima menor de idade, em contato direto com a pele, é fato que se amolda à figura típica do artigo 217-A do Código Penal. Acórdão n.º 793811, 20120110818353APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 08/05/2014, Publicado no DJE: 03/06/2014. p.: 253. (INFORMATIVO TJDF DJE, 2014).

Nessa esteira, Martins (2017, s/n) afirma que a tese de estupro sem nenhum tipo de contato físico “desconsidera por completo o princípio da legalidade, gerando mais insegurança jurídica em um cenário social já bastante sofrido com a presença inflacionada de leis penais [...]”.

Sendo assim, D'Urso (2017, s/n) conclui que

[...] há os que entendem que os crimes sexuais tutelam a autodeterminação sexual e, no caso, ela não é violada, não podendo se comparar o estupro virtual a um caso de conjunção carnal forçada, até porque seria desproporcional e ilegítima uma condenação por estupro virtual e por estupro tradicional com a mesma pena.

Todavia, em decisão recente, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (2021, s/n) negou a ordem em Habeas Corpus ajuizado por homem condenado a 22 anos, 8 meses e 13 dias de reclusão pelo crime de estupro de vulnerável:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. É pacífica a compreensão, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional. 2. Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar onexo causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida. 3. No caso, ficou devidamente comprovado que o paciente agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitou à prática dos atos de estupro contra as infantas (uma de 3 meses de idade e outra de 2 anos e 11 meses de idade), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal. 4. Ordem denegada. (STJ - HC: 478310 PA 2018/0297641-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 09/02/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2021)

De acordo com os autos, o réu possuía forte controle psicológico sobre as vítimas, fazendo com que estas enviassem imagens de cunho sexual, visando satisfazer a lascívia do condenado. A defesa alegou que jamais houve contato físico entre este e as vítimas, não ocorrendo, portanto, o crime.

Porém, para o ministro Rogério Schietti, relator, entendeu que o réu agiu mediante “nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido”, e tirou proveito disso para cometer o crime. (VITAL, 2021, s/n).

Em consonância com esse pensamento, observa Gonçalves (2016, p. 678) “é necessário que o agente se aproveite do estado de incapacidade de defesa e que se demonstre que esse fator impossibilitava por completo a capacidade de a vítima se opor ao ato sexual”.

Perante isso, percebe-se as divergências entre as turmas dos Tribunais, bem como entre os doutrinadores a respeito dos julgamentos com a temática ora debatida. Contudo, se faz necessário uma ligeira pacificação quanto a aplicação do art. 217-A, no aspecto virtual, ou a criação de uma norma tipificando o estupro virtual de vulnerável.

6 CONCLUSÃO

Os constantes avanços tecnológicos, sem dúvidas facilitam elevadamente a vida do ser humano. É notório que a cada dia que passa, as pessoas estão cada vez mais dependentes da virtualidade. Entre os diversos benefícios que a tecnologia proporciona, é necessário redobrar os cuidados, em especial aos vulneráveis, quanto às condutas criminosas que também se fazem presentes nesse ambiente, principalmente pela facilidade de acesso à internet.

Com tamanha liberdade encontrada no cyberspaço, surgem também novos tipos de crimes, a exemplo disso, o estupro virtual de vulnerável, onde não há contato físico entre vítima e agressor, no entanto, há a violação da dignidade sexual desta, uma vez que a conduta realizada, mesmo que por meios virtuais, é capaz de satisfazer a lascívia e gerar prazer ao agressor.

É plenamente possível imputar a conduta em questão do agressor, como crime de estupro virtual de vulnerável, uma vez que, atendendo à tipicidade do delito previsto na lei penal, se consumado através dos meios virtuais, inexistindo contato entre o agressor e a vítima, não obsta a caracterização do fato típico, considerando que a dignidade e liberdade sexual desta, bem como seu psicológico, foram violados.

Embora seja um tema recente e complexo, onde não há decisões pacíficas e poucos autores ainda debatem sobre o tema, o Direito Penal brasileiro não pode sucumbir perante novas formas de se consumir delitos já tipificados. Por mais que não exista uma norma tipificando tal conduta, é possível notar a possibilidade jurídica de inserir a prática do estupro virtual de vulnerável ao tipo penal do art. 217-A do Código Penal, uma vez que a tutela quanto à dignidade e liberdade sexual são intrínsecos ao ser humano e deverá ser preservada inobstante ao meio que esteja exposta.

Com isso, mostra-se a necessidade de atualizar o Código Penal brasileiro para abranger especialmente os crimes contra a dignidade sexual, visando garantir princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e liberdade sexual, tipificando e penalizando as mais diversas condutas dos agressores que se utilizam dos meios virtuais disponíveis para satisfação de seus prazeres eróticos.

Frisa-se que a vulnerabilidade está sempre presente, seja no mundo real ou virtual. Com isso, novos crimes também surgirão, todavia, mesmo que a lerdeza do legislativo não seja capaz de acompanhar as novidades tecnológicas, não se pode deixar que o Direito penal deixe de cumprir seu dever de manter o bem jurídico preservado, no caso em tela, a dignidade e liberdade sexual, bem como a saúde psicológica dos vulneráveis.

Conclui-se, portanto, que o presente estudo terá benefícios para a expansão do Código Penal, uma vez que amplia a proteção ao bem jurídico debatido, bem como para a sociedade, já que a cada dia que passa, o indivíduo encontra-se mais inserido nos meios digitais.

7 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Renan. **Lei 13.718/18 – Alterações nos crimes contra a dignidade sexual – Importunação sexual, vingança pornográfica e mais!**. Estratégia. 2018. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-13-718-18-alteracoes-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-importunacao-sexual-vinganca-pornografica-e-mais/>>/. Acesso em 25 de ago. de 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 7 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2>. Acesso em: 7 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº. 13.718 de 24 de setembro de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 28 de ago de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC 70976/MS/2016/0121838-5**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 02 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601218385&dt_publicacao=10/10/2016>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus nº 478310, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172222732/habeas-corpus-hc-478310-pa-2018-0297641-8/inteiro-teor-1172222743>>. Acesso em 27 de ago. de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão nº 793811, da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF**. Brasília, DF, 3 de julho de 2014. Disponível em:

<<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia-n-o-284/desclassificacao-do-crime-de-estupro-de-vulneravel-2013-mero-toque-corporal>>. Acesso em 27 de ago. de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches **Manual de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. Único. 8ª. ed. rev., amp. e atual. Bahia. JusPODIVM, 2016.

CALDAS, Rudgen Rodrigues; SILVA, Sérgio Benedito da. **Os efeitos jurídicos do estupro de vulnerável: criminologia e violência**. Revista eletrônica Jus Navigandi. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72344/os-efeitos-juridicos-do-estupro-de-vulneravel-criminologia-e-violencia>>. Acesso em 27 de ago. de 2021.

CAMPOS, Leonor N. Medeiros. **Você sabe o que é trauma? Saiba quais são os sintomas e o tratamento**. Psicologia Viva. 2018. Disponível em: <<https://blog.psicologiaviva.com.br/o-que-e-trauma/>>. Acesso em 24 de ago. de 2021.

COGO, Karine Suély *et al.* **Consequências psicológicas do abuso sexual infantil**. Unoesc & Ciência – ACHS, Joaçaba, v. 2, n. 2, p. 130-139, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/achs/article/view/667>>. Acesso em: 26 de ago. de 2021.

DORIGON, Alessandro; SOARES, Renan Vinícius de Oliveira. **Crimes cibernéticos: dificuldades investigativas na obtenção de indícios da autoria e prova da materialidade**. Revista eletrônica Jus Navigandi, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63549/crimes-ciberneticos-dificuldades-investigativas-na-obtencao-de-indicios-da-autoria-e-prova-da-materialidade>>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

D'URSO, Adriana Filizzola. **Sextorsão e estupro virtual: novos crimes na internet**. Revista jurídica Migalhas. 2017. Disponível em: <<https://docs.google.com/document/d/19mPxeQvHrVDQw6vZ5KxXGWgDmObT0NtX/edit>>. Acesso em 27 de ago. de 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. (Coord). **Direito Penal Esquemático**: Parte Especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRANCHI, Karol. **Praticar crimes digitais sem deixar rastro é engano”, diz especialista sobre pedofilia na internet**. Portal DL News. 2020. Disponível em: <<https://dlnews.com.br/noticias?id=19428/praticar-crimes-digitais-sem-deixar-rastro-e-engano?-diz-especialista-sobre-pedofilia-na-internet->>>. Acesso em: 24 de ago. de 2021.

JESUS, Fabiana Almeida de. **Estupro de vulnerável sem contato físico**. Crime cibernéticos. Coletânea de artigos. Vol. 3. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de coordenação e revisão. 2018. Disponível em: < <https://memorial.mpf.mp.br/nacional/vitrine-virtual/publicacoes/crimes-ciberneticos-coletanea-de-artigos>>. Acesso em 26 de ago. de 2021.

LEMOS, Edicélia Nunes. **Estudante de medicina é condenado por estupro virtual contra criança de 10 anos**. Revista eletrônica JusBrasil, 2020. disponível em: <<https://edicelianunes.jusbrasil.com.br/noticias/816586494/estudante-de-medicina-e-condenado-por-estupro-virtual-contra-crianca-de-10-anos>>. Acesso em: 2 de maio de 2021.

LIMA, Isabel Vieira Braz de. **Consequências Psicológicas do abuso Sexual na Infância e Adolescência: Uma Ferida Invisível**. Faculdade do Vale do Juruena – AJES. p. 1-14. 2012. Disponível em: <<http://www.site.ajes.edu.br/direito/arquivos/20131030201243.pdf>>. Acesso em 26 de ago. de 2021.

LOBO, Hewdy. **Quais as consequências psicológicas do estupro?**. Revista eletrônica JusBrasil. 2016. Disponível em: <<https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/344162361/quais-as-consequencias-psicologicas-do-estupro>>. Acesso em 24 de ago. 2021.

MARTINS, José Renato. **Não é correto se falar em estupro virtual, o crime de estupro só pode ser real**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/opiniao-crime-estupro-real-nunca-virtual>>. Acesso em: 9 de maio de 2021.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. **A dignidade da pessoa humana e sua definição**. Revista eletrônica Ambiente Jurídico. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/>>. Acesso em 20 de ago. de 2021.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **O conceito de vulnerabilidade no direito penal**. Revista eletrônica JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2146510/o-conceito-de-vulnerabilidade-no-direito-penal-eudes-quintino-de-oliveira-junior>>. Acesso em: 9 de maio de 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Fact sheet nº 220: Strengthening Mental Health Promotion**. World Health Organization: Geneva, 1999.

PRADO, Maria do Carmo Cintra de Almeida. **O mosaico da violência: a perversão na vida cotidiana**. São Paulo: Vetor, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 593**. Julgado em 25 out. 2017. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf>. Acesso em: 20 de ago. 2021.

SEIXAS, Felipe. **Delegado alerta que internet ajuda no aumento de casos de pedofilia. Revista eletrônica Dourados Agora.** [2019?]. Disponível em:

<<https://www.douradosagora.com.br/noticias/brasil/delegado-alerta-que-internet-ajuda-no-aumento-de-casos-de-pedofilia>>. Acesso em 24 de ago. de 2021.

VITAL, Danilo. **STJ reconhece estupro de vulnerável incitado por meio virtual.** Revista eletrônica Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/stj-reconhece-estupro-vulneravel-incitado-meio-virtual>>. Acesso em 27 de ago. 2021.

ZAMATARO, Tânia. **Experts na infância: Redes sociais na infância: quais os limites?** Revista eletrônica Veja Saúde. 2019. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/blog/experts-na-infancia/redes-sociais-na-infancia-quais-os-limites/>>. Acesso em 24 de ago. de 2021.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO UM NOVO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

ANA MARIA CAROLINA OKAMURA FERNANDES:

Bacharelanda em direito/ Bacharel em serviço social pela UFAM. Pós Graduada Em Gestão de Pessoas e Coaching/ Pós graduada em gerenciamento de projetos;

RESUMO: Este trabalho tem o intuito de descrever o processo de Judicialização da Saúde no Brasil, abarcando seus aspectos históricos, fazendo uma breve contextualização desse processo e um dos principais motivos que impulsionam os indivíduos a Judicializarem suas demandas através da justiça. Tal procedimento tem ganhado relevância no cenário jurídico, levando em consideração que o cidadão necessita recorrer às vias judiciais para buscar a efetivação dos seus direitos sociais, que estão respaldados na Carta Magna de 1988, que também criou as Defensorias Públicas, visando facilitar o acesso dos usuários à Justiça. Sendo assim, devido a promulgação da Constituição Federal, diversos direitos e garantias foram asseguradas por ela, vale ressaltar que o SUS – Sistema Único de Saúde também contribuiu para que o Direito à Saúde. O estudo enfatiza que o Direito à Saúde é dever do Estado, este por sua vez, precisa atender as demandas através do SUS, quando isso não ocorre, a principal maneira de se efetivar esse direito é judicializando essa demanda. Na maioria dos casos, ela está relacionada diretamente a aquisição de medicamentos, sejam eles ofertados pelo governo ou aqueles com o intuito de tratar doenças raras e que não são fornecidos pelos hospitais públicos. Todas essas demandas são solicitadas com a finalidade de “forçar” o governo na aquisição desses medicamentos através de uma decisão judicial. Usuários de várias localidades do Brasil judicializaram suas demandas, sejam elas na educação, na saúde, na previdência e na assistência num modo de agilizar e/ou efetivar um direito que está sendo violado pelo poder público.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde. Direitos fundamentais. Dignidade Humana. Direito à Saúde.

ABSTRACT: This paper aims to describe the Health Judicialization process in Brazil, covering its historical aspects, providing a brief contextualization of this process and one of the main reasons that drive individuals to Judicialize their demands through justice. This procedure has gained relevance in the legal scenario, taking into account that the citizen needs to resort to judicial channels to seek the realization of their social rights, which are supported by the Magna Carta of 1988, which also created the Public Defenders, in order to facilitate access to users to justice. Thus, due to the promulgation of the Federal Constitution, several rights and guarantees were ensured by it, it is noteworthy that the SUS - Unified Health System also contributed to the Right to Health. The study emphasizes that the Right to Health is a duty of the State, which, in turn, needs to meet the demands through the SUS, when this does not occur, the main way to enforce this right is to

judicialize this demand. In most cases, it is directly related to the acquisition of medicines, whether offered by the government or those intended to treat rare diseases that are not provided by public hospitals. All these demands are requested with the purpose of “forcing” the government to acquire these drugs through a court decision. Users from various locations in Brazil have judicialized their demands, whether in education, health, social security and assistance in a way to streamline and/or enforce a right that is being violated by the government.

KEYWORDS: Judicialization of Health. Fundamental rights. Human dignity. Right to health.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos históricos do processo de judicialização no brasil. 2.1. O debate sobre a judicialização e constituição federal de 1988. 3. Conceito de judicialização. 3.1 Contextualização do processo de judicialização da saúde no brasil. 4. Judicialização da saúde como efetivação dos direitos sociais. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Quando um indivíduo necessita de um medicamento específico, para tratar uma enfermidade e não tem acesso, pois o referido não está disponível no Sistema Único de Saúde, a forma mais viável que o indivíduo tem de reivindicar as doses necessárias é entrando na justiça em face ao Governo, tendo em vista que é dever do Estado garantir a saúde a todos. Esse processo é denominado Judicialização da Saúde.

No início deste estudo, procuramos entender a contextualização sobre a temática da judicialização, que contou com o objetivo de conhecer de uma forma mais detalhada sobre assunto, Carvalho (2004), MACIEL, KOERNER (2002), NETO (2009), SIERRA (2011), VIANNA (2007) e dentre outros autores que foram a base desta pesquisa, visando contextualizar e entender como ocorre este processo de Judicialização.

A judicialização se tornou um procedimento necessário e muito utilizado para efetivação dos direitos sociais. Tal processo, vem ganhando cada vez mais ênfase no cenário brasileiro. Diante dos fatos, essa temática também é considerada relevante e muito discutida nos Supremos Tribunais.

Por isso, o foco principal dessa pesquisa será a Judicialização da Saúde como principal mecanismo de efetivação de direitos.

Nesse contexto, o intuito deste artigo é enfatizar o processo da Judicialização, desde sua gênese ao fato que propiciou aos cidadãos a buscarem exigir seus direitos nas instituições de justiça. No decorrer da pesquisa é visível que a maior demanda desse procedimento está relacionada a área da saúde.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

Este processo não é tão contemporâneo, contudo, as demandas de saúde, assistência e previdência aumentaram a partir da criação da Constituição Federal de 1988, esta por sua vez, criou mecanismos dentre eles as Defensorias Públicas com o intuito de auxiliar a sociedade na busca de seus direitos.

Na Carta Magna, a saúde constitui-se como: “Direito de todos e dever do Estado” (Art. 196), assegurando também a universalização, a participação social, a atenção integral e a descentralização com direção única. Diante dos fatos, a saúde é um direito fundamental do ser humano. Por isso, o processo de Judicialização se torna atualmente uma estratégia de se efetivar um direito que está respaldado nos dispositivos legais, dentre eles a Lei Orgânica da saúde, de Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

No início da década de oitenta, no Brasil, os movimentos sociais vão se dedicar a promoção dos direitos sociais e econômicos dos setores pobres da população, esses movimentos buscavam melhorias na qualidade de vida, a moradia e o direito a saúde. Diante disso Couto (2010, p. 139) relata que:

As décadas de 1980 e 1990 foram paradigmáticas e paradoxais no encaminhamento de uma nova configuração para o cenário político, econômico e social brasileiro. De um lado, desenvolveu-se um processo singular de reformas, no que se refere à ampliação do processo de democracia – evidenciada pela transição dos governos militares para governos civis – e à organização política e jurídica – especialmente demonstrada no desenho da Constituição promulgada em 1988, considerada, pela maioria dos teóricos que a analisaram, como balizadora da tentativa do estabelecimento de novas relações sociais no país. Por outro lado, efetivou-se um processo de grande recessão e contradições no campo econômico, onde ocorreram várias tentativas de minimizar os processos inflacionários e buscar a retomada do crescimento, tendo como eixo os princípios da macroeconomia expressa na centralidade da matriz econômica em detrimento da social.

Apesar da transição do governo militar para o civil, foi possível observar que novas mudanças foram feitas, dentre elas a privatização das empresas, aberturas econômicas para capital estrangeiro, minimização dos gastos públicos governamentais na área social e dentre outras características.

De acordo com Pessoa (2011, p.1), os direitos sociais começaram a ter novo significado a partir do século XX, quando o marxismo e o socialismo revolucionário trouxeram uma nova concepção de divisão de trabalho e do capital por isso entende-se

que os direitos sociais foram aceitos nos ordenamentos jurídicos por uma questão política, e não social isso é para evitar que o socialismo acabasse por derrubar o capitalismo.

Os principais autores responsáveis pela gênese do termo judicialização foram Tate e Vallinder, com obra *The Global Expansion of Judicial Power (1996)*, onde buscavam mostrar os avanços do poder judiciário nos países norte americanos e evidenciar o fato dos juízes terem opiniões formadas, e tomarem decisões sem deixar que elas sejam decididas em outros órgãos e outras instituições.

Na Carta Magna, a saúde constitui-se como: “Direito de todos e dever do Estado” (Art. 196), assegurando também a universalização, a participação social, a atenção integral e a descentralização com direção única. Diante dos fatos, a saúde é um direito fundamental do ser humano. Entretanto, há ainda limitações nas quais, por exemplo, Machado (2008, p.75) cita:

“(...) a tentativa de desmonte e sucateamento dos serviços públicos, implementada no bojo do processo de remodelação neoliberal do Estado brasileiro (...)”, portanto, há limites e contradições para garantir, de fato, o direito à saúde, devido à falta de acesso aos serviços e/ou precarização dos mesmos, falta de medicamentos, ou o não acesso àqueles medicamentos que os usuários não possuem condições de comprar para completar seu tratamento e materiais que são utilizados para a manutenção da saúde.

Por isso, o processo de Judicialização se torna atualmente uma estratégia de se efetivar um direito que está respaldado nos dispositivos legais, dentre eles a Lei Orgânica da saúde, de Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

Partindo desse fato, foi necessário o Estado observar a questão da proteção do trabalho e do direito à saúde, à educação, à moradia e dentre outros. Nesse âmbito, Couto (2010), comenta a respeito dos direitos de segunda geração, os direitos sociais que seriam de responsabilidade do Estado, e que eles vêm se constituindo desde o século XIX. Contudo, só ganharam ênfase no século XX. Os direitos sociais vão estar ligados na ideia de igualdade, que buscam enfrentar as desigualdades sociais.

Ainda no pensamento da autora, a questão dos direitos de terceira geração, que são entendidos como fruto do amadurecimento das relações entre povos e como resposta de aos conflitos que foram gerados pela repressão política, tendo o seu pensamento voltado para o coletivo.

2.1 O debate sobre a Judicialização e Constituição Federal de 1988

No Brasil, a Constituição Federal 1988, criou mecanismos jurídicos, onde os cidadãos tiveram a oportunidade de exercer a sua cidadania e a sua busca pela efetivação de direitos. Além disso, com a criação das Defensorias Públicas o Poder Judiciário pode ser acionado por qualquer cidadão. Diante desse mesmo fato foram criadas as Defensorias Públicas como um modo de garantir acesso à Justiça para aquelas pessoas que não possuem condições de arcar com advogados e buscar o acesso à saúde e seus direitos que estão assegurados na Carta Magna.

A Defensoria Pública, respaldada no Art. 134 da Carta Constitucional, funciona em 21 núcleos e unidades descentralizadas, a Defensoria Pública busca assegurar, em caráter permanente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, as pessoas, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

A Administração Pública resguardou seus interesses específicos com a criação da Advocacia Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados e dos Municípios, consolidando-se, também, em sede constitucional, a essencialidade da advocacia privada, para a defesa dos interesses das pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Contudo, a Assembleia Constituinte verificou que apenas essas três instituições não eram suficientes para garantir o pleno acesso de todos os cidadãos à Justiça, tendo em vista que a maioria do povo brasileiro permaneceria à margem do sistema judiciário por razões de ordem econômica, social e cultural. Necessário, então, que o próprio Estado suprisse esse vazio, criando órgão próprio para tal fim. Sendo respaldada na Lei complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994.

Nesse contexto, vale ressaltar que o governo Vargas foi caracterizado pelas mudanças nas políticas públicas, sendo o ano de 1930, responsável por moldar a política pública brasileira estabelecendo um desenvolvimento jurídico e material que deixaria o sistema de proteção social até um período recente. De acordo com Simões (2010, p.126) "Nos anos de 1930, com o processo de industrialização crescente e a integração social de amplas massas trabalhadoras na estrutura sindical getulista, o Estado passou a implantar políticas sociais."

Ainda com Simões (p.147), o critério da categoria profissional veio a ser igualmente instituído pelas leis sindicais getulistas, sistematizado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), para a organização sindical. A CLT de acordo com o autor deu oportunidade à participação dos sindicatos, através de seus representantes, na administração dos IAPs, que foram transformados em autarquias.

Os IAPs garantiam as aposentadorias, pensões, auxílio-doença e funeral e assistência médica aos vinculados. Esses benefícios variavam de instituto para instituto.

Uma das categorias trabalhista que era mais respeitada na época, era a dos bancários (IAPB), devido às garantias que a eles eram ofertadas. Entretanto, à medida que esses trabalhadores se uniam, reivindicações surgiam a respeito da unificação dos benefícios que eram ofertados. Pois, eles desejavam que todos usufríssem de direitos iguais.

O Sistema Único de Saúde é respaldado na Constituição Federal de 1988:

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.

No Brasil, a Constituição Federal 1988, criou mecanismos jurídicos, onde os cidadãos tiveram a oportunidade de exercer a sua cidadania e a sua busca pela efetivação de direitos. Além disso, com a criação das Defensorias Públicas o Poder Judiciário pode ser acionado por qualquer cidadão. Diante desse mesmo fato foram criadas as Defensorias Públicas como um modo de garantir acesso à Justiça para aquelas pessoas que não possuem condições de arcar com advogados e buscar o acesso à saúde e seus direitos que estão assegurados na Carta Magna.

Noutro giro, de acordo com Pessoa (2011, p.1), os direitos sociais começaram a ter novo significado a partir do século XX, quando o marxismo e o socialismo revolucionário trouxeram uma nova concepção de divisão de trabalho e do capital por isso entende-se que os direitos sociais foram aceitos nos ordenamentos jurídicos por uma questão política, e não social isso é para evitar que o socialismo acabasse por derrubar o capitalismo.

No que tange acerca do conceito de cidadania, cabe mencionar que Dimoulis (2012, p.68) descreve que o termo abrange um conceito histórico derivado do latim *civis- civitas* (homem livre - cidade) e *activa civitatis* (ação do homem livre na cidade e no Estado) e que está atrelado a questão da dignidade da pessoa humana para que o indivíduo tenha papel ativo na sociedade e com isso o exercício de direitos e obrigações. Isto é, para que o indivíduo se entenda como um ser de direitos e deveres.

3. CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO

Judicializar de acordo com o dicionário significa: concernente aos tribunais ou à justiça; forense, que se realiza perante o poder judiciário. O Juiz é o agente político,

integrante do Poder Judiciário, a quem a Constituição atribui o exercício da jurisdição, a expressão do poder político com que o Estado soluciona conflitos mediante a afirmação da autoridade da ordem jurídica. Jurisdição Constitucional de acordo com Dimoulis (2012, p.220) é a forma de procedimentalização judicialiforme que visa à atuação (realização e proteção) da Constituição.

Judicializar significa entrar com petição perante o juiz por determinada causa, ou seja, recorrer à justiça. Atualmente se observa como a concretização de um objetivo ou de um direito, pois independente da causa o defensor público ou até mesmo a pessoa que for recorrer a ele, pode retirar argumentos da própria legislação ou da Constituição. Ou seja, dependendo do caso, pode ser citado o direito a saúde respaldado no Art. 196 (p.147) e o Art. 194 (p. 144), sobre a Seguridade Social. Barroso entende acerca da Judicialização (2010, p. 3):

[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo- em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolver uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressão uma tendência mundial; outras são diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Ainda com o pensamento de Barroso (2010), que coloca as três principais causa da judicialização, sendo elas: redemocratização do País, constitucionalização abrangente e a última causa seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Respectivamente (p.3-4):

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do País, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978) que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele

combina com aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu.

Diante dos fatos, o principal fundamento em relação a Judicialização da Saúde se encontra na Constituição Federal de 1988, pois o direito à saúde é considerado universal, ou seja, direito de TODOS E DEVER DO ESTADO.

De acordo com Motta (2007), no que se relaciona com a democratização do Poder Judiciário, este por sua vez, foi incorporado à pauta de advogados, juízes, promotores e acadêmicos e militantes de organizações de assistência jurídica e comitês de direitos humanos. A ampliação do acesso à Justiça das classes subalternas e a emergência de uma cultura democrática por parte de movimentos sociais e políticos.

Os autores que começaram a discussão sobre este processo de Judicialização são americanos (Estados Unidos) TATE e VALLINDER (1996) apud Maciel e Koener (2002), que foram criadas a partir de linhas de análise comum para pesquisa do Poder Judiciário em diferentes países. Como foi possível perceber é um tema amplo e que vários profissionais buscam entender e conceituar o que de fato significa judicialização. De acordo com Vianna (2007), a judicialização da política pública é mais do que uma forma de proteção ao direito do cidadão, visto que é necessário frisar a questão do não acesso aos serviços de saúde e sobre questões previdenciárias. A judicialização destes processos relacionados muitas vezes com a área de saúde (medicamentos, consultas e exames) se dá em busca de forçar o governo a cumprir o direito de cada cidadão que se vê destituído do mesmo. O que se pode observar é que isso ocorre devido à incapacidade das instituições de atender as demandas sociais e do Estado, que continua ainda seguindo uma política neoliberal que prevê os mínimos sociais.

Desse modo para Maciel e Koerner *apud* Machado (2008, p.82) este termo judicialização para o estudo de caso brasileiro necessita de melhor definição, buscando identificar de que modo ocorre esse fenômeno no Brasil. Partindo disso eles propõem duas matrizes teóricas influentes no cenário nacional, sendo a primeira, representada por Arantes (1996-1999), que utiliza a ideia de judicialização da política para referir-se ao ativismo voluntarista do Ministério Público e suas implicações negativas seja para a integridade das funções políticas das instituições representativas, ou ainda, para a própria manutenção da independência funcional da instituição. E a outra representada por Vianna (1997 e 1999), que trata a judicialização "em termos de procedimentalização do direito e da ampliação dos instrumentos judiciais como uma arena pública a propiciar a formação de opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas".

Sendo assim, Gouvêa, *apud* por Machado (2008, p. 78) afirma, que a partir de estudos a respeito de processos de medicamentos da AIDS, mostrou que no ano de 1996

a postura a ser tomada pelo poder judiciário mudou, pois antes dessa data todas as ações judiciais coletivas e/ou individuais eram negadas.

O autor argumenta que a partir deste ano os pedidos começaram a ser aceitos no Poder Judiciário. Os dispositivos legais que atualmente garantem o fornecimento de remédios pelo SUS são: Constituição Federal de 1988, art. 5º “LXIX, 6º, 23, II E 196 A 200”; Constituição do Estado de São Paulo, artigos 219 a 231, Lei Federal nº 8.080 de 19/12/1990, artigo 6º, I, “d”; Lei Complementar Estadual de São Paulo n. 791 de 08/03/1995; Lei Estadual nº 10.241 de 17/03/1999 do Estado de São Paulo. Norteados por essas citações a distribuição gratuita de medicamentos fornecida pelo SUS está assegurada, podendo nestes casos ser utilizada como argumento, se caso necessário recorrer ao Poder Judiciário.

3.1 Contextualização do Processo de Judicialização da Saúde no Brasil

Sobre a judicialização da saúde, SIERRA (2011) descreve como um fenômeno que dimensionando um papel ativo ao Poder Judiciário na luta pelos direitos e levando em consideração ainda as identidades sociais. Portanto, o processo de Judicialização se torna atualmente uma estratégia de efetivação de um direito constitucional, respaldado em dispositivos legais, dentre eles a Lei Orgânica da saúde, de Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8080/90, que dispõe sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e outras providências, define o Sistema Único de Saúde (SUS) como:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Isto é, desde seu marco legal na Carta Magna e Lei Orgânica da Saúde- LOS em 1990, ao longo de duas décadas, o SUS se consolidou e se tornou a maior política de Estado do país, promotor de inclusão e justiça social. Contudo, pode-se dizer que, atualmente, a saúde se encontra precária, pois existe a falta de profissionais de saúde, o difícil acesso aos serviços de saúde pública em todo o Brasil.

Diante desses fatos o SUS foi criado com o intuito de garantir o acesso aos serviços de saúde, de maneira universal, igualitária e “gratuita”, com o processo da Constituição Federal de 1988 foram aprovadas as propostas do movimento sanitarista, Bravo *apud* Simões (2010):

A saúde pública deve ser concebida como direito universal dos cidadãos e dever do Estado, não contributiva... Entre segurados ou não da Previdência Social população urbano e rural e outras; as ações e serviços de saúde devem ser considerados de relevância pública, cabendo ao Poder Público sua regulamentação, fiscalização e controle, mesmo quando exercidos por entidades particulares; as ações e os serviços públicos de saúde, prestados pelo Estado, devem constituir-se em um sistema único, integrando todos os serviços públicos em uma rede hierarquizada, regionalizada, descentralizada e de atendimento integral, com a participação da comunidade; participação do setor privado no sistema de saúde, em regime complementar, mediante a destinação de recursos públicos, para subvenção a entidades sem fins lucrativos; proibição de sangue humano e seus derivados; prioridade para medidas preventivas de saúde.(p.129).

O SUS foi criado justamente para se existir um sistema que fosse para todos, universal, entretanto a luta em busca de um sistema mais humanizado e que ofereça melhores condições de tratamento e atendimento é uma nova luta por parte dos cidadãos brasileiros.

A Constituição de 1988, que é considerada a carta de todos os direitos. Sejam eles na área da saúde, assistência, trabalho e/ou previdência. Ela é atualmente o principal argumento dos usuários que judicializam as suas demandas para pode conseguir realizar procedimentos em hospitais, ambulatórios e dentre outros.

A Constituição Federal de 1988 foi uma conquista principalmente dos movimentos sociais, e com ela veio uma série de garantidas e de direitos. Podendo ser observado também a questão do TRIPÉ DA SEGURIDADE SOCIAL, que garante o direito à saúde, à previdência e à assistência social. Os direitos a saúde no Brasil apareceram pela primeira vez no inciso XXXI do art. 179 da Constituição de 1824, sob o conceito de socorros públicos. A saúde se relaciona com o Sistema Único de Saúde (SUS) que foi instituído pela Constituição Federal de 1988, assegurado pela LOS nº. 8.080/1990 de acordo com o “Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”. Diante disso cabe ao Estado assegurar os serviços que são prestados à sociedade brasileira.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A saúde como já foi dita anteriormente, é um direito nosso, respaldado nos Art. 196 ao Art. 200 da Carta Magna, contudo algumas situações, como a dificuldade no acesso aos serviços de saúde levam com que os cidadãos se vejam sem o acesso desse direito. E na maioria dos casos, está relacionada com a aquisição de medicamentos. Portanto, vale ressaltar que a saúde é um direito de todos e está assegurada pela Constituição de 1988, segundo o Art. 196, (p. 147):

A saúde é um 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.

Atualmente existe um aumento dos processos de judicialização no Brasil. Um dos principais fatores que contribui também para isso é a gestão do SUS, pois o governo ainda não conseguiu administrar de maneira eficaz o sistema de saúde pública (Ventura *et al* 2010).

Quando um paciente necessita de um medicamento específico, para tratar uma enfermidade e não tem acesso, pois o referido não está disponível no Sistema Único de Saúde, a forma mais viável que o indivíduo tem de reivindicar as doses necessárias é entrando na justiça contra o Governo, tendo em vista que é dever do Estado garantir a saúde a todos. Esse processo é denominado Judicialização da Saúde.

Partindo deste fato paramos para refletir, o que fazer em relação à falta de serviços de saúde e de tratamento principalmente? Essa é uma pergunta que fica na cabeça de muitas pessoas e que muitas vezes não consegue ser respondida. Pensar que a maioria dos cidadãos brasileiros que residem em interior e no Estado do Amazonas não consegue tratamento para doenças mais complexas e exames, por falta muitas vezes de estrutura, mas também a falta de médicos especialistas e hospitais preparados para atender a média e a alta complexidade. Segundo Bravo (2009, p.20):

O SUS completou 15 anos de existência e, não obstante ter conseguido alguns avanços, o SUS real está muito longe do SUS constitucional. Há uma enorme distância entre a proposta do movimento sanitário e a prática social do sistema público de saúde vigente. O SUS foi se consolidando como espaço destinado aos que não têm acesso aos subsistemas privados, como parte de um sistema segmentado. A proposição do SUS inscrita na Constituição de 1988 de um sistema público universal não se efetivou.

A autora deixa bem claro que o SUS que muitos dizem que foi consolidado e estruturado, considerado universal, na realidade é um sistema demorado, um sistema burocrático e que não pode ser considerado um sistema único de saúde. Ela comenta que na saúde é necessário o fortalecimento da Reforma Sanitária, ou seja, realmente rever os princípios que deveriam ter sido executados. Vemos uma grande necessidade de um atendimento igualitário e humanizado, pois observamos que boa parte da população e dos profissionais da área tem a ideia de que a saúde pública é um favor e não um direito. Diante disso também observamos que a própria população de maneira bem superficial começa a entender e a compreender que a saúde é um direito sim e partindo disso começa a reivindicar pelo acesso ao mesmo.

A partir da década de noventa surge à questão dos medicamentos para tratar do vírus HIV/AIDS, estes por sua vez eram de custo extremamente alto. Muitos não estavam registrados no país e na vigilância sanitária e o tratamento era realizado somente fora do país. Para ser mais precisa a partir da promulgação da Constituição a saúde passa ser obrigação do Estado, cabendo a ele ser o responsável por ela. Pepe (2010, p.2406) inicia seu texto descrevendo sobre a Judicialização da saúde, onde comenta que esta demanda se iniciou na década de noventa, com pedidos de medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS, tem se tornado uma alternativa para o cidadão ter acesso a medicamentos pelo SUS (Sistema Único de Saúde).

O Sistema Único de Saúde foi sim um ganho para a população, ainda sim devem existir melhorias na gestão e na aplicação das políticas e programas de saúde, para que o SUS real se pareça com o Constitucional.

A realidade de hoje são pessoas que ao invés de utilizar os serviços públicos de saúde, recorrem muitas vezes aos serviços de saúde privado, ou seja, os famosos “planos de saúde” e outros o adquirem devido ao seu trabalho, pois algumas empresas fornecem planos de saúde aos seus funcionários. O que ocorre na verdade é que a saúde acaba sendo paga duplamente, com os impostos e com os planos de saúde. Devido os serviços de saúde que estão sendo prestados pelo SUS as pessoas começam a migrar para os planos de saúde. Quando percebem que até os planos de saúde possuem problemas, demora no atendimento, taxas extras, carências e dentre outros fatores, eles acabam retornando ao sistema público de saúde.

Quando o mesmo interesse entra em consenso os cidadãos abrem um processo coletivo para atender sua demanda, entretanto na maioria das vezes os processos são feitos individualmente de acordo com a saúde de cada um, pois são interesses pessoais, como medicamentos, materiais e consultas clínicas e exames. Machado (2008, p. 77) coloca que:

O Ministério Público é uma instituição permanente incumbida da defesa: da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais indisponíveis e dos direitos coletivos e difusos. Além disso, tem-se observado o papel do MP na busca pelo direito à saúde, tanto como instituição provocadora da Justiça quanto como espaço extrajudicial de resolução de conflitos.

Atualmente alguns autores que discutem sobre a judicialização tem buscado relatar a atuação do MP na busca da garantia dos direitos sociais. O que acontece em vários casos também que esses processos têm seus lados negativos, pois quando esses processos são deferidos a necessidade de cumpri-los é imediata, fazendo com que parte da verba que já estivesse destinada, fosse utilizada para esse fim. Ou seja, essa verba não estava prevista no orçamento destinado aos serviços de saúde, fazendo com que haja um desequilíbrio nas contas públicas e ocasionando com que outras pessoas ficassem sem um medicamento ou material, pois o dinheiro teve que ser utilizado para esse fim. (MACHADO, 2008).

De fato, todo esse processo pela busca de direitos, se torna cada vez mais um processo complexo de se entender, os usuários da saúde que judicializam suas demandas conseguem respostas aos seus pedidos judiciais.

Diante disso, é possível observar que são esses alguns dos motivos que levam os usuários de saúde a buscarem o Judiciário, Ministério Público e Defensorias para conseguir atender as suas demandas e suas necessidades enquanto cidadão de direitos.

Não podemos dizer que o Sistema Público de Saúde é um desastre total, mas sabemos que melhorias podem ser realizadas e que uma parte da população pode procurar recursos para aperfeiçoar esse sistema, para que ele possa realmente ser comparado com o que está assegurado na CF 1988 e na Lei de nº 8080/90.

5. CONCLUSÃO

Quando falamos em saúde, entendemos que ela é um direito de todos e que está assegurado pelo Estado. Entretanto temos visualizado em diversos Estados que a saúde no Brasil vem se tornando um assunto em grande debate. Primeiramente, é observado que boa parte dessas doenças poderiam ter sido evitadas ou prevenidas. Em segundo lugar, no contexto amazônico, Manaus passa por uma série de problemas dentre eles a grande demanda que procura as unidades de saúde e que em boa parte dos casos não consegue o acesso aos serviços disponibilizados por essas instituições.

Essa realidade tem se tornado comum, pois cada vez mais a quantidade que necessita de atendimento é maior, e as vagas acabam não sendo suficientes para atender as pessoas que procuram os serviços de saúde. No interior podemos considerar que a

situação se torna mais precária, pois a infraestrutura e boa parte dos tratamentos não são encontrados nas unidades de saúde, principalmente a falta de médicos que também é constatada. Devido a esse e a outros motivos esses usuários vêm para a capital em busca de tratamento especializado e sofrem diversas dificuldades, pois na maioria dos casos eles vêm por conta própria e não possuem recursos para se manter na cidade.

A judicialização é uma estratégia de busca pela efetivação de um direito. Ela atualmente tem ganhado espaço no Poder Judiciário e, também, está sendo utilizada por grande parte dos usuários da saúde para conseguir os serviços de saúde de maneira mais rápida. A judicialização da Saúde vem sendo considerada atualmente um processo contemporâneo, pois com a criação das Defensorias Públicas, Ouvidorias o acesso à justiça ficou mais acessível para aqueles que antigamente não tinham recursos para arcar com as despesas de um advogado e dentre outras coisas.

Atualmente, as demandas aumentaram, não somente pelo fato de que os serviços de saúde não conseguem atender toda a população, mas como também a falta de um bom planejamento e gestão acaba influenciando.

Portanto, vale ressaltar que a judicialização se vê atualmente uma necessidade, uma forma de garantir um direito que está assegurado, e que muitas vezes se torna complexo, devido às dificuldades encontradas no acesso aos serviços de saúde. Por isso não podemos deixar de multiplicar tal conhecimento, pois um usuário que consegue o seu direito através do judiciário, com toda a certeza transmitirá essa informação para outras pessoas, possibilitando dessa forma o exercício da cidadania.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, p. 389-406, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B., **Metodologia da pesquisa jurídica**. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

BONIS, G. **A Saúde não chega aqui: No Semiárido Baiano, a falta de médicos impõem um verdadeiro suplício à população em busca de assistência**. [Editorial]. Carta Capital, n 762, p. 24-30, ago., 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1998** I. Pinto, Antônio Luiz Toledo. II- Windt, Maria Cristina Vaz dos Santos. III- Céspedes, Livia. 45. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. 441p. (Série Legislação Brasileira)

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19/09/1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de set. 1990.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL, **Política Nacional de Humanização: a humanização como eixo norteador das práticas de atenção e gestão em todas as instâncias do SUS**. Brasília. Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humanizasus_2004.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRAVO, M. I. S. Política de Saúde no Brasil. Ana Elizabete Mota; Maria Inês Souza Bravo; Roberta Uchôa; Vera Nogueira; Regina Marsiglia; Luciano Gomes; Marlene Teixeira. (Org.). **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2009, v. 1, p. 88-110.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?**. 4 ed. São Paulo. Cortez, 2010.

DIMOLIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Revista Lua Nova: Revista de Cultura e Política. N° 57.2002.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário. 2008;9(2):73-91.

MICHAELIS. **Dicionário escolar língua portuguesa**. São Paulo. Melhoramentos, 2008.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil**. Achegas.net, v. 36, p. 1-38, 2007.

PEPE, V. L. E. ; Figueiredo, Tatiana Aragão ; Moraes, Luciana Simas Chaves ; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. ; VENTURA, M. . **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Revista Ciência e Saúde Coletiva (Impresso), v. 15, p. 2405-2414, 2010.

SIERRA, Vânia Morales. **A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça**. Revista Katál. Florianópolis, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SIMÕES, C. **Curso de Direito do Serviço Social**. 4. Ed. Biblioteca básica de serviço social, v.3. São Paulo: Cortez, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. **Dezessete anos de judicialização da política.** Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>. Acesso em: 16 jun. 2021.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; FERMIN, Roland Schramm. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Physis. Revista de Saúde Coletiva, v.20, p. 1-12. Rio de Janeiro, 2010.

AS ALTERAÇÕES NO CRIME DE ESTELIONATO, APÓS A APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.964/2019, COMUMENTE DENOMINADO “PACOTE ANTICRIME”

WALDRYANNY SILVA BATISTA:

Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário Fametro –
CEUNI FAMETRO

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo estudar as recentes modificações no delito de estelionato tipificado no caput do artigo 171 do Código Penal Brasileiro, mudanças essas que se originou pela criação da lei Nº 13.964/2019. Como metodologia, adotou-se a pesquisa bibliográfica, reunindo-se livros e artigos para que fosse possível observar e entender diferentes posicionamentos sobre o tema em questão. Dado a importância e a relevância social que a temática para o referido estudo exerce. Dessa forma, apresenta inicialmente um breve conceito sobre a teoria do crime e logo após a conceituação do crime de estelionato. Analisa e demonstra até onde essas alterações podem beneficiar ou prejudicar as pessoas que são vítima ou que foram vitima do crime em questão. Posteriormente, verificou-se alguns posicionamentos sobre as mudanças no crime de estelionato, o qual onde uns entendem que haja fatores positivos e outros entendem que essas alterações só beneficiará o réu, assim, sendo um fator negativo para a vítima. Conclui-se que, com os fatores positivos e negativos com relação a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal no tempo, tendo em vista que, para alguns especialistas essas mudanças não gerou nenhum meio para combater o crime.

Palavras-Chave: Teoria do crime; Estelionato; Pacote Anticrime; Divergência de Opiniões.

ABSTRACT: This work aims to study how recent changes in the crime of embezzlement typified in the caput of article 171 of the Brazilian Penal Code, changes that originated with the creation of law No. 13964/2019. books and articles so that it was possible to observe and understand different positions on the subject in question. Given the importance and social exclusion that the theme for the aforementioned study exerts. Thus, it formulates a brief concept about the theory of crime and right after the conception of the crime of embezzlement. It analyzes and demonstrates how far these changes can benefit or harm people who are victims or who have been victimized by the crime in question. Furthermore, there were some positions on the changes in the crime of embezzlement, which some understand as positive, however, others understand that these changes only benefit the defendant, thus being a negative factor for the victim. There are positives and negatives regarding the applicability of the principle of retroactivity of criminal law over time, considering that, for some, these changes did not generate any means to fight crime.

KEYWORD Crime theory. Embezzlement. Anti-Crime Package. Divergence of Opinions.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Teoria Do Crime. 3. Crime de Estelionato; 3.1 O Crime De Estelionato Antes Da Aplicação Do Pacote Anticrime; 3.2 Configuração Penal Do Crime De Estelionato. 4. Alterações No Crime De Estelionato; 4.1 A Nova Natureza Da Ação Penal Para O Crimes De Estelionato. 5 Princípio Da Retroatividade Com A Aplicação Do Pacote Anticrime No Crime De Estelionato; 5.1 Principio Da Retroatividade; 5.2 Divergências De Opiniões Entre Especialista E Do STJ Em Matéria Sobre As Mudanças No Crime De Estelionato E A Aplicação Do Princípio Da Retroatividade. 6. Considerações Finais. 7. Referência.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa objetiva analisar as mudanças advinda da Lei nº 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime” a qual, entrou em vigor em 24 de Janeiro de 2019 e logo após a sua vigência trouxe consigo modificações ao crime de Estelionato, o qual passou de uma ação penal pública incondicionada promovida por denúncia do Ministério Público para ser uma ação penal pública condicionada à representação, salvo exceções expressas nos incisos do parágrafo 5º (contra administração pública, direta ou indireta; contra criança ou adolescente; contra maior de 70 anos ou incapaz).

O crime de estelionato, o qual, está tipificado no artigo 171 do Código Penal antes da alteração, sempre foi processado mediante ação penal pública incondicionada, ou seja, a autoridade policial tinha o poder de instaurar o inquérito policial independente de não haver prévia manifestação da vítima ou de qualquer outra pessoa.

Contudo, com as novas modificações, acarretaram polêmicas entre especialistas no âmbito do direito e o Superior Tribunal de Justiça, causando divergência entre seus posicionamentos e opiniões sobre o assunto, assim tornando-se necessário e relevante que estudos e pesquisas sejam realizados com objetivo de maior compreensão sobre os diferentes posicionamentos sobre o tema em questão.

Dado à importância e a relevância social que a temática escolhida para o presente estudo exerce, se torna interessante apresentar a relevância que o tema possui para a área de Direito, pois, há opiniões que defendem o ponto de vista que, essas mudanças trouxeram consigo fatores que prejudicam as pessoas que foram vítima de um estelionatário antes da lei entrar em vigor.

Ademais, por outro lado há quem defenda as modificações, alegando ser um fator positivo por entenderem que a vítima do delito é a maior interessada na resolução do problema, sendo assim, concorda-se que a vítima deve denunciar e permitir através do termo de representação a abertura ou continuidade do inquérito policial.

No entanto, além da discussão sobre a obrigatoriedade da assinatura da vítima no termo de representação, por outro lado, ainda se discute sobre os limites onde pode ou deve ocorrer a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal, tanto no inquérito policial quanto em situações onde o processo já está em andamento.

2. TEORIA DO CRIME

A teoria do crime pode ser conceituada sob três aspectos, material, formal e analítico. Em seu conceito material crime é toda conduta humana que lesiona ou expõe a perigo de lesão o bem jurídico penalmente tutelado de terceiro.

Por outro lado, em seu conceito formal, crime é aquele no qual o tipo penal contém uma conduta e o resultado naturalístico, porém não exige para sua consumação o resultado naturalístico, como por exemplo o crime de ameaça.

No entanto o conceito científico empregado pelos operadores do direito é o conceito analítico, o qual prevalece no Brasil, o mesmo define o crime como um fato típico e ilícito praticado por um agente culpável. Dessa forma, para que seja configurado o crime deve haver a presença de todos os elementos, ou seja, caso não haja a presença de um dos seus elementos essenciais o fato não será configurado como crime.

O fato típico é o primeiro elemento do crime e se subdivide em quatro substratos; conduta, sendo toda ação com dolo ou culpa; resultado, sendo normativo/jurídico ou naturalístico; nexo causal, sendo a ligação entre a conduta e o resultado e a tipicidade, o qual é o último substrato do fato típico, sendo material e formal. Contudo, para que se configure a existência do fato típico deve haver a presença cumulativa dos quatro substratos.

Ademais, a ilicitude é a contrariedade/relação de contrariedade entre a conduta do agente criminoso e o ordenamento jurídico como um todo, no entanto, existem quatro tipos de excludentes de ilicitude, são eles: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Por fim, o último elemento que define o crime é a culpabilidade a qual se divide em três elementos, a imputabilidade, o potencial conhecimento sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

3. CRIME DE ESTELIONATO

Estelionato é uma palavra oriunda do termo em latim *stellionatu*, que significa uma prática criminosa, contudo, alguns autores afirmam que estelionato deriva do termo *stellio*. O crime em questão trata-se de um tipo penal tipificado como crime contra o patrimônio, crime este que está amparado também pela constituição da República Federativa do Brasil.

Nos dizer de Yuri Coelho (2015, p. 599):

A tutela penal do patrimônio é abarcada pela nossa Constituição através do seu art. 5º, caput e seus incisos XXII e XXIII. Patrimônio é um conjunto de bens ou interesses de valor econômico, vinculados a um titular, pessoa física ou jurídica. O patrimônio é representado por bens materialmente considerados ou interesses, todos representativos de valor pecuniário

Por outro lado, no que tange a doutrina jurídica, podemos citar o pensamento de Rogério Grego ao se referir à origem do crime de Estelionato, que diz: "Desde que surgiram as relações sociais, o homem se vale da fraude para dissimular seus verdadeiros sentimentos e intenções para, de alguma forma, ocultar ou falsear a verdade, a fim de obter vantagens que, em tese, lhe seriam indevidas".

O estelionato representa modalidade de crime patrimonial mediante fraude, vez que, ao invés da clandestinidade, ameaça ou violência à pessoa, o autor se vale do engano ou o emprega para que a vítima, inadvertidamente, se deixa espoliar, configurando, assim, forma "evoluída" de captação do alheio.¹ No início do século passado advertia o mesmo autor que, em substituição à clássica e violenta criminalidade, surgiam novas formas de delinquência, em que "o expoente da improbidade operosa é hoje o architectus fallaciarum, o scroc, o burlão, o cavalheiro de indústria". Na verdade, assiste-se, hoje, a uma justaposição entre aquela criminalidade bárbara e esta outra engenhosa, a fraude, sob todos os mantos, nas relações interpessoais. Do mesmo doutrinador pátrio colhe-se que a sagacidade dos negócios não se constitui em fraude juridicamente ponderável, sendo tolerada, dentro de certos limites, em homenagem à segurança e estabilidade dos contratos, havendo, pois, uma licença para aquela habitual astúcia pela qual se realiza o vulgarmente dito "bom negócio". O Direito, concluiu ele, nem sempre se apresenta coincidente com a Moral.² A tipificação do estelionato e fraudes correlatas vem apresentada no Título II, Capítulo VI do Código Penal Brasileiro (BALDAN, 2020, s/n).

No contexto bíblico, com base na parábola de Caim e Abel, o qual narra a história de dois irmãos que trabalhavam juntos e em um certo dia caminhando juntos Abel decide matar seu irmão Caim, com isso entende-se que nunca será possível saber o que se passa na cabeça e no coração do ser humano. Assim, tornando-se difícil a convivência na sociedade, pois não é fácil identificar as pessoas mal-intencionadas.

Na mitologia grega, conforme o Portal da Mitologia (Wikipédia), encontra-se também diversos casos em que o homem tenta enganar os deuses como é o caso de:

Sísifo, considerado o mais astuto de todos os mortais. Já no inferno, Sísifo reclamou com Hades da falta de respeito de sua esposa em não

o enterrar. Então suplicou por mais um dia de prazo, para se vingar da mulher ingrata e cumprir os rituais fúnebres. Hades lhe concedeu o pedido. Sísifo então retomou seu corpo e fugiu com a esposa. Havia enganado a Morte pela segunda vez.

No entanto, independente de qual seja o ponto de vista, seja bíblico, mitológico ou da doutrina jurídica moderna, os quais afirmam que a conduta humana dirigida a obter vantagem ilícita em prejuízo alheio advém de tempos remotos, não sendo algo novo ou fruto da modernidade, e sim inerente à natureza humana.

3.1 O Crime De Estelionato Antes Da Aplicação Do Pacote Anticrime

O crime de estelionato antes de suas alterações, oriunda da criação da Lei nº 13.964/2019, comumente denominada “Pacote Anticrime”, estava tipificada no artigo 171 do código penal brasileiro desta forma:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Estelionato contra idoso

§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso. (Incluído pela Lei nº 13.228, de 2015).

Contudo, o delito em questão, se tratava sempre de ação penal pública incondicionada, ou seja, após formar o seu convencimento e concluir pela existência da justa causa, o Ministério Público oferece a denúncia em juízo, ainda que a vítima não tenha essa pretensão.

Vale ressaltar que há Lei nº 14.155/21, realizou três alterações no art. 171 CP, anterior a modificação provinda do pacote anticrime, inseriu o §2º-A, prevendo a qualificadora do estelionato mediante fraude eletrônica, acrescentou o §2º-B, com uma causa de aumento de pena relacionada com o §2º-A e modificou a redação da causa de aumento de pena do §4º, conforme exposto:

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

por qualquer outro meio fraudulento análogo. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021).

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021).

§ 4º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso. (Redação dada pela Lei nº 14.155, de 2021)

3.2 Configuração Penal Do Crime De Estelionato

Para que exista o crime de estelionato se faz necessário a presença de quatro requisitos constitutivos. Caso ocorra a ausência de um dos item não será possível configurar a existência do crime. São eles:

- Vantagem ilícita para quem comete o ato;
- Prejuízo para a vítima;
- Uso de malícia para enganar a outra pessoa;
- Indução da vítima ao erro.

Importante dizer que o estelionato admite a forma consumada ou tentada. Vale ressaltar, que a modalidade na forma tentada, está se tornando muito comum, dando como exemplo caso em que, o agente faz negociação com transferência bancária

Sobre a possibilidade da tentativa, segundo Pedro Campos (2016, pág. 505):

A tentativa é possível, pois, mesmo o agente enganando a vítima, não consegue obter a vantagem, ou, obtendo-a, não causa o prejuízo. Exemplo: o agente consegue, por meio fraudulento, enganar a vítima, e, quando está para receber a vantagem, intervém um terceiro, que impede o resultado.

Por outro lado quanto ao sujeito ativo pode ser quem induz ao erro, bem como, a pessoa que recebe o bem sabendo que se trata de fraude, sendo qualquer pessoa maior e capaz.

Já no polo passivo, pode ser qualquer pessoa, cabendo inclusive, a pessoa jurídica, no dizer de Victor Gonçalves (2018, p. 485):

Os que sofrem o prejuízo patrimonial e todos os que foram enganados pela fraude perpetrada (ainda que não sejam economicamente prejudicados). É plenamente possível, portanto, que o agente engane uma pessoa e esta entregue bem pertencente a outra, hipótese em que ambas são vítimas de um único estelionato. Essa situação, aliás, é muito comum em golpes dados em lojas ou similares, quando o prejuízo é do estabelecimento comercial e a pessoa ludibriada é um funcionário. Pessoas jurídicas também podem ser sujeito passivo do crime em tela na condição de prejudicada economicamente pelo golpe.

Por outro lado, para a doutrina, o estelionato é considerado crime comum, com relação ao agente ativo bem como ao passivo, que exige que o ato seja praticado na forma dolosa, sendo admitida a forma ativa e comissiva livre, uma vez que, de qualquer fraude pode se valer o agente para a prática do crime que é tido como de dano.

Segundo Rogério Greco, "Qualquer meio fraudulento utilizado pelo agente, seja mediante dissimulações, seja até mesmo uma reticência maliciosa, que faça a vítima incorrer em erro, já será suficiente para o raciocínio relativo ao delito de estelionato" (GRECO, 2012, p. 98).

Por outro lado, no entendimento de Campos, é o fato de o sujeito obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento (CAMPOS, 2016. p 504).

Sobre o objeto material e o bem juridicamente protegido, GREGO (2016) destaca a conceituação de Munhoz Conde: "bem jurídico protegido comum a todas as modalidades de estelionato é o patrimônio alheio em qualquer de seus elementos integrantes, bens móveis ou imóveis, direitos etc., que podem constituir o objeto material do delito" (GRECO, 2016, p. 631).

4. ALTERAÇÕES NO CRIME DE ESTELIONATO

No dia 24 de dezembro de 2019, foi publicado uma nova lei, denominada pacote anticrime tendo feito uma série de alterações no sistema de justiça criminal e da legislação penal, assim provocando polêmicas.

No que tange o delito de estelionato ocorreu a mudança da regra da ação penal, assim transformando de pública incondicionada em pública condicionada; mudou critérios de prisão preventiva; estabeleceu necessidade de revisão periódica da prisão preventiva; criou o juiz das garantias; determinou o desentranhamento físico do inquérito policial após o recebimento da denúncia; criou o acordo de não persecução penal; regulou novo modelo de arquivamento de inquérito policial; regrou a cadeia de custódia da prova e introduziu novas garantias para os acordos de colaboração premiada.

Ademais, tendo sido incluído pela lei em questão o §5^a, no artigo 171 do código de processo penal, o qual faz menção a exceção da regra, sendo assim, casos onde a ação penal pública será incondicionada.

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - a Administração Pública, direta ou indireta; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - pessoa com deficiência mental; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

4.1 A Nova Natureza Da Ação Penal Para O Crimes De Estelionato

O crime de estelionato em regra, antes das alterações provinda do pacote anticrime, era uma ação penal pública incondicionada, ou seja, após formar o seu convencimento e concluir pela existência da justa causa, o Ministério Público tinha o poder de oferece a denúncia em juízo.

No entanto, com as mudanças advinda do pacote anticrime, o legislador entende que o estelionato é um crime que de certa forma trás consigo um constrangimento para a vítima, no sentido de se sentir desconfortável para ir até a delegacia comunicar que foi enganada, ou seja, foi vítima de um golpe.

Dessa forma, o legislador entende que á um interesse maior por parte do particular, com isso, com a introdução do pacote anticrime o crime de estelionato se tornou, via de regra, uma ação penal pública condicionada a representação.

Assim, mesmo que a ação deva ser ajuizada pelo Ministério Público, a vítima por meio da representação deve querer que o autor do crime seja indiciado.

A ação penal esta tipificada no artigo 100, do código de processo penal.

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

5 PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE COM A APLICAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME NO CRIME DE ESTELIONATO

5.1 Princípio Da Retroatividade

O princípio da retroatividade é aquele aplicado após a alteração da lei do crime praticado pelo autor, vale ressaltar, que este principio só é permitido em casos que beneficiará o réu, por exemplo: delito praticado com lei em vigor com pena mínima de 1 ano e máxima de 2 anos, no, entanto, durante o processo, porém, antes da sentença condenatória ocorre á alteração nesta lei aumentando a pena mínima e a máxima. Neste caso será valida para o julgamento do réu a lei anterior, pois, esta estará beneficiando o mesmo, quando for sentenciado sua pena. Ou seja, entende-se que o princípio da retroatividade penal é aplicado de modo que possa beneficiar a situação do réu no dia do seu julgamento, independendo da vigência de lei nova.

Entendimento este com base no que consta na legislação em seu código penal brasileiro artigo 2º e paragrafo único, com complemento na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º inciso XL;

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 5º- XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

5.2 Divergências De Opiniões Entre Especialista E Do Stj Em Matéria Sobre As Mudanças No Crime De Estelionato E A Aplicação Do Princípio Da Retroatividade

As mudanças sobre o tema em questão causaram diversas polêmicas no âmbito jurídico, assim dividindo posicionamentos e opiniões entre o Superior tribunal de Justiça e especialistas no direito, os quais apontam e defendem seu posicionamento publicamente.

Assim, tento como um dos fatores dessas mudanças a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal, a qual atinge tanto o inquérito policial quanto o processo em curso, caso ainda não tenha sido transitado e julgado a sentença condenatória.

Dessa forma, em situações em que o caso ainda está na fase de inquérito policial, a vítima deve ser intimada novamente a comparecer na delegacia para formalizar a sua vontade em dar continuidade no andamento do inquérito policial assinando o termo de representação, pois sem a assinatura da vítima no termo de representação não é possível dar seguimento no inquérito policial.

Por outro lado, em casos em que o processo está em curso caberá ao juiz intimar a vítima, para a que a mesma demonstre seu interesse em processar o autor através da assinatura do termo de representação, assim tornando possível a continuidade da tramitação, ou seja, caso haja a ausência da assinatura da vítima no termo de representação será declarada extinta a punibilidade com base o que dispõe o art. 107, V do CP.

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

Dessa forma, pode-se observar e analisar alguns posicionamentos sobre as mudanças no crime de estelionato.

Para Rogerio Sanches (2020, S/N);

Tendo em vista que a necessidade de representação traz consigo institutos extintivos da punibilidade, a regra do § 5º deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. Aqui temos de diferenciar duas hipóteses:

a) se a incoativa ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo

decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da nova lei.

b) se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995).

Nas palavras de Arthur Marchette Fernandes (2020, S/N);

Para o promotor de Justiça em Minas Gerais **André Luis Melo**, a mudança prejudica o combate ao estelionato pois esse delito é, por natureza, mais difícil de ser provado. “No cotidiano há mais golpes, estelionatos, porém há mais processos por furtos por serem mais fáceis de serem provados”, diz. Segundo ele, quem tem “tendência a cometer crimes e recebe ensino formal muda de furto para estelionato, não deixam de cometer crimes como se imagina”.

Para o criminalista **Wellington Arruda**, a mudança parece irrazoável e descabida. “A polícia não poderá investigar delitos de estelionato sem que haja a formal representação da vítima, exatamente como ocorre hoje com delitos de injúria, por exemplo. Polícias judiciárias do Brasil inteiro investigam inúmeros casos de estelionato, que é um crime arдил, complexo e em muitos casos, inclusive, a vítima sequer sabe que foi vítima. Considerando que em várias situações a vítima não sabe nem que foi vítima, como esperar que esta represente formalmente pela investigação?”, argumenta.

O advogado **Gustavo Polido**, no entanto, enxerga pontos positivos na medida. “Com a inclusão do parágrafo quinto no artigo 171 do CP, temos que há demonstração de redução da intervenção estatal em algumas condutas que podem, a depender da vontade do particular (representação para fins penais), tornarem-se objeto de tutela estatal. Tal inclusão, a meu ver, representa evolução no sentido de tornar o estado menos paternalista, como já se dá em alguns países”, comenta.

A possível participação maior da vítima no processo também é encarada como um fator positivo pelo advogado **Matheus Freitas**.

“Por experiência própria, em crimes de estelionato, quando a vítima me procura eu oriento que seja feita uma notícia crime para ajudar na elucidação do delito. Essa notícia crime nada mais é do que uma peça inaugural relatando para a polícia ou para o Ministério Público a ocorrência do estelionato. Como o volume de infrações dessa natureza é muito grande, a demonstração, por parte do ofendido, no interesse de perseguir criminalmente o infrator é salutar pois ajuda a desafogar o judiciário”, argumenta.

Já para o criminalista **Ângelo Carbone**, a medida pode trazer problemas para a vítima que for denunciar o crime. “O problema de abrir uma representação como essa é que se o crime não for comprovado você pode responder por falsa acusação de crime acumulada com uma possível ação indenizatória”, diz.

Com isso, é possível observar que entre diferentes opiniões sobre a recente alteração, alguns ainda conseguem enxergar fatores positivos, por outro lado, outros acreditam que estas alterações, no delito de estelionato, não combate ao crime em questão e ainda trás consigo um risco para as vítimas, pois esta alteração entende-se que será mais benéfica ao réu.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral as modificações no código penal brasileiro, especificamente no crime de estelionato, sendo um crime contra o patrimônio, modificações essas advinda de uma nova lei que trouxe consigo mudanças tanto no código penal, quanto para o código de processo penal.

Ademais, no caminho percorrido para o desfecho deste estudo, demonstrou-se cada alteração feita no artigo 171, analisando e demonstrando o posicionamento de especialista sobre o assunto em questão, o qual gerou discussões entre eles, assim demonstrando o quanto as vítimas serão ou não afetadas em virtude de algumas novas regras.

Sendo um ponto de destaque a exigência, como regra, a assinatura da vítima no termo de representação, no entanto, este entendimento ainda não está pacificado, quanto a exigência atingir ou não todos os casos.

Um outro ponto de destaque da pesquisa foi o estudo sobre a aplicabilidade do princípio da retroatividade, gerando discussões sobre a aplicabilidade em casos onde já foi realizado a abertura do procedimento na fase policial ou até mesmo quando já está na fase judicial, anterior a criação e a vigência da nova lei conhecida por Pacote Anticrime.

Por fim, com o desfecho dessa pesquisa, foi possível verificar que devido ser um assunto recente e por não haver um entendimento pacificado o assunto ainda estará em estudo, apesar de já ter existido um caso julgado pelo STJ, ainda não se tem nada confirmado sobre a questão da aplicabilidade do princípio da retroatividade. Dessa forma a única certeza que temos sobre todas essas alterações é quanto as exigências expressas no §5º incisos I ao IV do delito em estudo.

7. REFERÊNCIAS

CAMBi, Eduardo (org.). Pacote Anticrime. Primeiro Volume. Curitiba/PR: Escola Superior do Ministério Público do Paraná, 2020.

CAMPOS, Pedro Franco de [et al.]. Direito penal aplicado: parte geral e parte especial do Código Penal. - 6ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 570.

Código Penal Comentado, Ed. Impetus (Rogério Sanches Cunha).

COELHO, Yuri Carneiro. Curso de Direito Penal Didático. vol. único, 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019. Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodium, 2020.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 1964.
GIUSINO, Manfredi Parodi. I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale. Milano: Giuffrè, 1990.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte especial do Código Penal. - 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção Esquematizada/Coordenador Pedro Lenza).

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 10. Ed. – Niterói/RJ: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007. p. 242.

MARCHETTE FERNANDES, Arthur. **Revista** Consultor Jurídico, 18 de abril de 2020. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 457.

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

MAYANA OIVEIRA RAMOS CARVALHO:

bacharelanda em Direito pela
Universidade Católica do Tocantins

Resumo: O presente trabalho trata da responsabilidade civil aplicada aos casos de alienação parental, com base na legislação brasileira aplicável e na teoria da responsabilidade civil, analisando quais danos a prática da alienação pode causar e de que forma o alienador poderá ser responsabilizado civilmente pelos atos de alienação parental praticados. Contatou-se que no ordenamento jurídico brasileiro há uma tímida normatização dessa responsabilidade civil, com alguns poucos posicionamentos jurisprudenciais, mas que, segundo as normas então vigentes, é possível responsabilizar civilmente o agente alienante por danos morais, pelos atos praticados tanto em relação à criança ou adolescente quanto ao outro genitor alienado.

Palavras-chave: Alienação Parental. Responsabilidade Civil. Direitos da Criança e Adolescente.

Abstract: The present work deals with civil liability applied to cases of parental alienation, based on applicable Brazilian legislation and the theory of civil liability, analyzing what damages the practice of alienation can cause and how the alienator can be held civilly liable for the acts of parental alienation practiced. It was contacted that in the Brazilian legal system there is a timid standardization of this civil liability, with a few jurisprudential positions, but that, according to the rules then in force, it is possible to civilly hold the alienating agent responsible for moral damages, for the acts committed both in relation to the child or adolescent and the other alienated genitor.

Keywords: Parental Alienation. Civil Liability. Rights of Children and Adolescents.

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade Civil; 3. Direitos da Criança e Adolescente 4. Alienação Parental. 5. Responsabilidade Civil decorrente da Alienação Parental. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A alienação parental está prevista na Lei 12.318/2010 e consiste na prática promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quaisquer que tenham o menor sob sua autoridade, guarda ou vigilância, fazendo com que a criança ou adolescente venha repudiar o outro genitor, prejudicando o vínculo com este.

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar ou compensar um dano que uma pessoa causa a outra decorrente da prática de ato ilícito, nesse sentido a

responsabilidade civil busca regulamentar as situações em que uma pessoa pode ser considerada responsável e a proporção que deverá reparar o dano.

O presente trabalho tem como tema de pesquisa a responsabilidade civil decorrente da prática de atos de alienação parental, vez que existe na sociedade atual atitudes de alguns genitores e, até mesmo de avós, que atentam contra os direitos básicos da criança ou adolescente, os quais também prejudicam o relacionamento destes com o outro genitor.

Sob esse aspecto, ao decorrer desse trabalho será abordado tópicos relacionados a teoria da responsabilidade civil, os direitos da criança e do adolescente, a alienação parental e, por fim, a responsabilidade civil decorrente da alienação parental.

No primeiro tópico aborda-se os requisitos e elementos da teoria da responsabilidade civil e os tipos de responsabilidade, se moral, material, etc. O segundo tópico trata sobre os direitos básicos da criança e do adolescente previstos tanto na Constituição Federal quanto no próprio Estatuto. Já no terceiro tópico é feita uma análise da legislação que dispõe sobre alienação parental, buscando conceituá-la e identificar quais tipos de condutas são considerados como atos de alienação parental. Por fim, no quarto tópico, faz-se o enquadramento dos atos de alienação parental na responsabilização civil, de modo a constatar em qual tipo de responsabilização civil o agente alienador pode incorrer.

Diante desse contexto sobre alienação parental e responsabilidade civil, o presente trabalho mostrará como será a responsabilização do alienador, tendo em vista que os danos causados pela prática desses atos geram grandes transtornos psicológicos.

O que se objetiva neste trabalho é compreender a responsabilidade civil do agente decorrente da alienação parental causada tanto à criança como ao genitor alienado, e através dessa compreensão poder contribuir nos estudos de profissionais da área do direito e da sociedade em geral, a fim de garantir os interesses da criança e do adolescente.

Para tanto, recorrerá à análise doutrinária e normativa, bem como às jurisprudências dos Tribunais a respeito do tema objeto desse trabalho, a fim de demonstrar aplicação da responsabilidade civil decorrente da alienação parental como forma de cessar tal prática.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Gonçalves, (2019), a responsabilidade se destaca como aspecto da realidade social, ou seja, toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. A qual se destina a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano e é exatamente o interesse em restabelecer a

harmonia e o equilíbrio violado pelo dano que constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Entretanto, é necessário entender o significado da palavra responsabilidade, a qual origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria assim, o significado de recomposição de obrigação de restituir ou ressarcir. (GONÇALVES, 2019)

Nesse sentido a responsabilidade civil consiste na reparação de um dano causado a outrem, podendo o agente causador do dano ser obrigado a reparar a vítima no que lhe foi lesado. E essa reparação corresponde ao ressarcimento, à indenização ou à retribuição, que é devida pelo causador do dano.

Cavaliere entende que:

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano, em outras palavras responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente de dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (CAVALIERE, 2012)

Dessa forma, onde houver a violação de um dever jurídico e dano, tem se a obrigação de indenizar, ou seja, a responsabilidade civil ocorre a partir da prática de um ato ilícito e tem por finalidade fazer com que a vítima seja amparada ou colocada em uma situação que estaria se não tivesse ocorrido o ato ilícito.

Destarte, a responsabilidade civil possui alguns elementos, quais sejam, ato ilícito, conduta ou ato humano, culpa ou dolo, nexos de causalidade e dano, que será explanado a partir de agora.

Ato ilícito: É a prática da violação de um dever jurídico de não violar o direito e não lesionar outrem. Dever este que está previsto no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual quem age ou se omite de maneira voluntária, negligente ou imprudente, violando direito e causando danos a outrem, mesmo que seja exclusivamente de forma moral, pratica ato ilícito. Continuando, o artigo 187 prescreve que também incorre na prática de ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Culpa: É o meio que se perfaz o ato ilícito, sendo necessária a responsabilização do autor pela infringência do direito e provocação de dano a outrem. E através da culpa surge

a necessidade de ressarcir ou ser condenado pela conduta culposa. Nesse sentido, Cavalieri entende que:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. (CAVALIERE, 2012)

Conduta ou ato humano: Consiste na voluntariedade de uma ação ou omissão. E essa ação ou omissão são condutas causadoras de danos. A ação é caracterizada por fazer algo que venha trazer prejuízo, dano ou lesão a alguém e a omissão é um não fazer que o agente poderia agir e não agiu, colocando alguém ou a si mesmo em situação de perigo, causando o dano. Para Cavalieri (2012), conduta é o “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.

Nexo de causalidade: É o liame entre a conduta do agente e o fato danoso, o qual é necessário para que seja atribuída a responsabilidade civil a alguém. Nesse sentido, leciona Gonçalves (2019): “Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar”.

Desse modo é possível verificar que sem o nexos causal não há que se falar em reparação ou indenização pelo dano causado à vítima, pois a relação de causalidade entre a conduta do infrator e o dano produzido é imprescindível.

Dano: Segundo Cavaliere (2012), dano é uma lesão a um interesse jurídico tutelado, material ou moral, dano este que a responsabilidade civil objetiva reparar, e sem o mesmo não há obrigação de indenização, o dano pode ser material, quando o agente pratica diretamente contra a vítima ou ao seu patrimônio; ou imaterial, quando afeta a personalidade, a liberdade, a honra e etc.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva, como regra geral o Código Civil adota a responsabilidade civil subjetiva, assim Gonçalves, (2019) preceitua: “O Código Civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para obrigar à reparação do dano.

Neste ínterim, a responsabilidade subjetiva exige ato ilícito, dano, nexos causal e agir culposos. Este último sendo o diferencial da responsabilidade subjetiva, a qual é pressuposto para indenização.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2019)

Nesse contexto, a culpa é o elemento que causou o dano e por este motivo deve ser verificada, tendo em vista que só será possível obter a reparação pelo dano sofrido mediante a comprovação da culpa do agente.

A responsabilidade civil objetiva está prevista no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, o qual explica que não é necessário a comprovação de culpa para obrigar o agente a reparar o dano e ocorre em atividades que são desenvolvidas normalmente e que podem implicar riscos aos direitos do cidadão. O referido parágrafo único discorre ainda que a responsabilidade objetiva ocorre apenas nos casos previstos em lei. Sendo assim, não depende de culpa, apenas exigindo o risco da atividade, o dano e o nexo causal. Nesse sentido Gonçalves menciona:

Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (GONÇALVES, 2019)

Dessarte, na responsabilidade objetiva, a qual é observada principalmente nas relações de consumo, almejando proteger o direito do consumidor que é a parte mais frágil nessa relação, não há a necessidade de comprovação de culpa, bastando apenas que a conduta praticada pelo agente tenha gerado dano e que tenha nexo causal.

Segundo Cavalieri Filho (2012) a doutrina divide a responsabilidade civil em duas espécies, quais sejam, contratual e extracontratual; como exemplo de responsabilidade contratual podemos destacar o inadimplemento de uma obrigação, na qual o devedor deixou de cumprir a obrigação de pagar determinada dívida ou uma empresa de transporte que deixou de cumprir sua obrigação de levar o seu passageiro em segurança. Já a responsabilidade extracontratual se

Já a responsabilidade extracontratual decorre do descumprimento de um dever legal, não sendo necessário um contrato entre as partes, assim preceitua Gonçalves:

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do

Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana. (GONÇALVES, 2019)

Nesse sentido, a responsabilidade extracontratual deriva da culpa ou dolo, e o autor da ação precisa demonstrar que houve culpa do causador do dano, enquanto na responsabilidade contratual o credor só demonstra que houve descumprimento da obrigação e o devedor será obrigado a cumprir com o contrato acordado. segundo Gonçalves (2019) a vítima tem mais chances de obter sua indenização quando se trata de responsabilidade civil contratual.

3. DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Os direitos da criança e do adolescente estão previstos no *caput* do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), a qual dispõe: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E também estão previstos em legislação especial, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 3º que dispõe:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL, 1990)

Desse modo as duas legislações têm o objetivo de tutelar a proteção da criança e adolescente, protegendo o interesse da mesma para que seja assegurado um bom desenvolvimento social, educacional, social, emocional, etc. Nesse contexto, considerando

que os mesmos se encontram em fase de desenvolvimento, recebem um tratamento especial.

Senão vejamos o entendimento de Barros:

A doutrina da proteção integral guarda ligação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, os aplicadores do direito - advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz - devem buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente. No estudo da colocação em família substituta, o princípio do melhor interesse se faz presente de forma marcante. (BARROS, 2019)

Sendo assim, a doutrina da proteção integral abrange a criança ou o adolescente como sujeito de direito, portadores de absoluta prioridade, tendo a família e o poder público o dever de priorizar o atendimento a eles. E no parágrafo único do artigo 4º do ECA observa-se essa prioridade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. 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. (BRASIL, 1990)

Nesse ínterim, a família, a sociedade e o poder público são os responsáveis por garantir que a criança e adolescente sejam bem atendidos em todas as suas necessidades. Sendo assim, a prioridade absoluta de assegurar à criança ou o adolescente tem o objetivo de garantir proteção integral, fazendo com que os direitos fundamentais previstos no caput do artigo 227, da CF e artigo 4º do ECA sejam concretizados.

4. ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei 12.318/2010 conceitua a alienação parental e traz medidas a serem adotadas quando ocorre esses atos que se caracterizam através da intervenção negativa no desenvolvimento psicológico da criança ou adolescente. Tal prática pode ser promovida

pelos genitores, avós ou pelas pessoas que tenham o menor sob sua autoridade, induzindo este a repudiar o outro genitor, prejudicando a convivência saudável com este.

Nesse sentido, é possível observar que a Lei 12.318/2010 foi criada para proteção do menor, no sentido de não permitir que os atos de alienação parental venham interferir no desenvolvimento psicológico da criança ou adolescente, pois estes estão em fase de formação, e essa prática pode causar grandes transtornos para o convívio familiar.

O fenômeno da alienação parental geralmente está relacionado a uma situação de ruptura da família, diante da quebra dos laços existentes entre os genitores. Nestes casos um dos genitores, geralmente aquele que detém a guarda do menor, por intermédio do fomento de mentiras, ilusões, criadas para intervir de forma negativa na formação psicológica da criança, com o intuito de minar a relação existente com o outro genitor acaba por falsear ao alienado a realidade que o cerca em relação ao outro genitor. (FIGUEIREDO VIEIRA; ALEXANDRIDIS, 2014)

Desse modo, o agente alienador promove uma prática depreciativa contra o genitor, fazendo com que a criança tenha uma percepção totalmente diferente da realidade. Sendo assim, tal prática é realizada tanto em relação à criança como ao outro genitor que tem a sua imagem denegrida.

Quando os pais se divorciam ou separam, muitos deles não buscam a melhor forma de manter uma convivência pacífica para não prejudicar a criança, e os filhos que já se encontram em uma situação desequilibrada pelo fato da separação ainda podem sofrer se houver atos de alienação parental na família.

O parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318/2010, traz um rol com exemplos de alienação parental, quais sejam, não permitir que o genitor exerça a autoridade parental, dificultar o contato e convivência familiar, ser omissos sobre informações em relação à saúde, à escola, como também mudar de endereço sem avisar, e ainda a falsa acusação contra o genitor.

Nesse íterim, o legislador exemplifica no inciso I uma das formas da prática da alienação parental que é feita através da desqualificação de todos os atos praticados pelo genitor que não está responsável pela guarda da criança ou adolescente, de maneira que a maternidade ou a paternidade seja vista como se tivesse sendo exercida de forma errada.

O artigo 3º da Lei 12.318/2010 dispõe:

Art. 3º 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. (BRASIL, 2010)

O alienador ainda dificulta o convívio com o genitor alienado, inventando desculpas para que a criança não o veja e inclusive mudando até de endereço, tirando, com isso, o direito da criança de ter uma convivência familiar. Direito este que está previsto no artigo 227 da CF e que o artigo 3º da Lei 12.318/2010 descreve como abuso moral a sua violação.

Maria Berenice Dias explica a gravidade que a prática da alienação pode causar:

Em jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas. A mais perversa e danosa é a falsa denúncia de abuso sexual. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Dificilmente consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe é dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias. (DIAS, 2021)

Nesse sentido, conforme explica Figueiredo Vieira e Alexandridis:

A gravidade da situação posta no Poder Judiciário frente à alienação parental faz com que o juiz tenha a necessidade de promover o desenvolvimento do processo mediante grande cautela, na medida em que se torna por demais difícil a caracterização do desvio prejudicial promovido pelo alienador, devendo, assim, valer-se de estudo multidisciplinar, apoiado em seus auxiliares, para a realização de perícia a fim de constatar de forma mais robusta a existência da alienação parental. (FIGUEIREDO VIEIRA; ALEXANDRIDIS, 2014)

Sendo assim, diante desse cenário a alienação parental é tratada de forma especial, tendo em vista a gravidade dos fatos e conforme o caso concreto o juiz busca auxílio de uma equipe multidisciplinar para não ocorrer erro em sua decisão, a qual é proferida com o objetivo de garantir o interesse da criança ou adolescente.

Segundo Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2019), os especialistas apontam estágios de gravidade que a alienação parental pode causar, fazendo essa divisão

em três níveis, o tipo ligeiro ou estágio I leve; tipo moderado ou estágio II médio e o tipo grave ou estágio III grave.

No estágio I a relação ainda é leve, os momentos de visita são permitidos pelo alienante e a criança começa a sentir culpa por ser carinhosa com o alienado; No estágio II a criança quer ficar apenas com o alienante, deixando de sentir vontade de encontrar o outro genitor, pois em sua cabeça o alienante que é o pai bom e o outro genitor que é uma pessoa ruim e então começam as campanhas de difamação e brigas em relação às visitas. No estágio III a criança já se encontra perturbada, chora e possui muito ódio do genitor alienado, a comunicação entre eles deixa de acontecer e o alienante cria na mente da criança uma visão totalmente distorcida da realidade.

Portanto, a alienação é um processo de intervenção negativa no desenvolvimento psicológico do menor, provocada pelo afastamento do genitor que não possui a guarda, ocasionando prejuízo tanto para a criança como para o genitor que é impedido de ter uma convivência familiar com seu próprio filho.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A responsabilidade civil consiste na reparação de um dano causado a outrem, sendo caracterizado através de uma conduta comissiva ou omissiva, com culpa e relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano causado. O dano praticado pelo agente é um dano moral, o qual é uma lesão imaterial, ou seja, não lesiona o patrimônio, sendo mais difícil de se comprovar pois afeta a moralidade, intimidade e a integridade do indivíduo.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são indispensáveis para o ser humano, pois são essenciais para uma vida igualitária em sociedade; e a alienação parental fere os direitos fundamentais do menor, como o direito a um convívio familiar saudável, sem prejuízo nas relações interpessoais com o genitor ou membro da família. Tal violação é considerada abuso moral e infringência dos deveres inerentes à autoridade parental.

A responsabilidade civil decorrente da alienação parental será de forma subjetiva, pois a prática dos atos de alienação constitui abuso moral e descumprimentos aos deveres da autoridade familiar, e tendo em vista as consequências que a alienação pode ocasionar, o alienador deverá ser obrigado a indenizar a criança ou o adolescente e o genitor alienado.

Nesse sentido, temos a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO PAI EM

RELAÇÃO À GENITORA – PRESCRIÇÃO AFASTADA – MATÉRIA PRECLUSA – EX-MARIDO QUE REALIZOU VÁRIOS BOLETINS DE OCORRÊNCIA SEM FUNDAMENTAÇÃO CONTRA A GENITORA – PROVAS CONTUNDENTES NOS AUTOS – DANOS CAUSADOS À GENITORA E À FILHA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXADO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) – INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – APELO PROVIDO. A prescrição foi matéria objeto de decisão saneadora nos autos do processo, contra a qual não houve interposição de recurso por nenhuma das partes, de modo que se operou a preclusão consumativa quanto a tal ponto, não cabendo mais ao magistrado pronunciar-se quanto ao tema em nenhum grau de jurisdição, sob pena de ferir-se o princípio da segurança jurídica. Verificada a prática de atos de alienação parental pelo apelado, os quais geraram prejuízos de grande monta a filha e danos morais à sua genitora, verificam-se os danos morais. In casu, tem-se que R\$ 50.000,00 constitui "quantum" capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o requerido torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Prescrição afastada. Recurso provido. (TJ-MS - AC: 08272991820148120001 MS 0827299-18.2014.8.12.0001, Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 03/04/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/04/2018)

A jurisprudência descreve com clareza a aplicação da responsabilidade civil decorrente da alienação parental, em que a indenização é devida tanto à criança como ao genitor alienado em virtude do dano moral causado pelo alienante.

Sobre a conduta praticada pelo alienador, Maria Berenice preceitua que:

De outro lado, a tentativa de manter os filhos afastados da convivência com um dos genitores provoca iguais sintomas. A prática nominada de alienação parental é centrada em mentiras, falsas acusações e manipulações. A ponto de os filhos não saberem quem odiar, quem amar. Nem o que é verdade ou pura imaginação. O que é certo e o que é errado. Estas sequelas causam danos susceptíveis de indenização. (DIAS, 2021)

Sendo assim, segundo Figueiredo Vieira Alexandridis, (2014), deve-se priorizar os direitos do menor, bem como do genitor vitimado, e o magistrado indicará medidas provisórias para preservar a saúde psicológica da criança ou do adolescente e assegurar a convivência com o genitor alienado.

O interesse do menor é fundamental e o art. 4º da Lei 12.318/2010 evidencia que havendo indício de alienação parental, o processo será tramitado com urgência, e o juiz tomará as medidas para que a criança ou o adolescente tenham seus direitos garantidos e os atos de alienação parental venham ser cessados.

Nesse sentido, o artigo 5º da Lei 12.318/2010:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. § 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. § 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. § 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (BRASIL, 2010)

Segundo Cavaliere, (2012), o dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos.

No caso da responsabilidade civil decorrente da alienação parental, esse dano moral (imaterial) é consubstanciado através da interferência na formação psicológica do menor e no ato de denegrir a imagem do genitor alienado. Sendo assim, o artigo 6º da Lei 12.318/2010, estabelece algumas sanções que o magistrado poderá aplicar ao alienador, sem prejuízo da responsabilização civil, quando ocorrer a alienação parental, quais sejam:

Art. 6º.[...]

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental. (BRASIL, 2010).

O parágrafo único ainda dispõe que, se o alienador realizar mudança de endereço com a finalidade de inviabilizar a convivência familiar, o juiz poderá retirar a criança ou o adolescente da residência do genitor. Destarte, o artigo 6º da referida lei prevê a possibilidade de apuração da responsabilidade civil do alienador e também prever outras possibilidades de combater esses atos, como previstos nos incisos do mesmo artigo.

Segundo Venosa, (2017) esse rol é apenas exemplificativo e o juiz deverá verificar qual a solução mais plausível no caso concreto. Nada impede que algumas dessas medidas sejam aplicadas cumulativamente. Haverá situações em que a simples advertência atingirá resultados. Outras, porém, exigirão medidas mais rudes.

Portanto, fica evidenciado que podem ocorrer vários atos característicos de alienação parental que ocasionarão a responsabilização civil do alienador, obrigando-o a reparar os danos morais sofridos pelas vítimas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil visa reparar um dano sofrido, dano este que, no caso de alienação parental, é causado a criança, ao adolescente a ao genitor que é afastado do convívio. Para a caracterização da alienação parental é necessário provar a culpa ou dolo do alienante. E, tendo em vista que se trata de uma avaliação subjetiva, exige uma atenção maior do profissional que irá analisar o caso concreto.

A alienação provoca problemas psicológicos para a criança, o adolescente e também para o outro genitor, e por isso a Lei 13.318/2010 trouxe várias medidas a serem adotadas, entre as quais a aplicação de multa, prevista no artigo 6º; sendo a responsabilização civil também uma alternativa a ser utilizada, afim de penalizar o alienante pelos atos de alienação parental.

Viu-se que a lei considera abuso moral, bem como descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, a prática desses atos contra a criança e adolescente e que,

portanto, a responsabilização civil deverá ser aplicada se provada a culpa do alienante.

Dessa forma, o alienante poderá ser responsabilizado civilmente pelos danos morais causados a criança ou adolescente e ao outro genitor. Uma sugestão de estudo seria considerar a possibilidade de responsabilização do alienante por danos materiais, como por exemplo arcar com as despesas médicas causadas pelo trauma da alienação.

Por meio desta pesquisa foi possível compreender as formas de inibir a prática da alienação parental com a aplicação da responsabilidade civil e outras medidas como advertir o alienante, determinar o acompanhamento psicológico, ampliar o regime familiar para o alienado, determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, meios estes previstos na Lei 12.318/2010.

6. REFERÊNCIAS

BARCELOS, Bruna Marques. **Responsabilidade civil do genitor alienante nos casos de alienação parental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, Santa Catarina, 2019.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da criança e do adolescente**. 8. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2019.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 23 fev 2021.

BRASIL. [Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)]. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (1ª Câmara Cível). **Apelação - nº 0827299-18.2014.8.12.0001 CG/MS - Mato Grosso do Sul**. Ação de Indenização por

danos morais - alienação parental praticada pelo pai em relação à genitora - prescrição afastada - matéria preclusa - ex-marido que realizou vários boletins de ocorrência sem fundamentação contra a genitora - provas contundentes nos autos - danos causados à genitora e à filha. Relator: Des. João Maria Lós, 05 abr. 2018. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824427950/apelacao-civel-ac-8272991820148120001-ms-0827299-1820148120001/inteiro-teor-824428070?ref=juris-tabs> Acesso em: 17 maio 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Mariana Andrade de. **A Responsabilidade civil por alienação parental**. Pós Graduação de Curso (Bacharelado em Direito) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FIGUEIREDO, F. V.; Alexandridis, G. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume 4: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

LAKATOS, E. M.; Marconi, A. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo : Atlas 2003.

LIRA, Wladimir Paes de. **Responsabilidade civil na alienação parental, uma análise nos sistemas jurídicos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1060/Responsabilidade+civil+na+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental,+uma+an%C3%A1lise+nos+sistemas+jur%C3%ADdicos>. Acesso em: 05 mar. 2021.

MADALENO, A. C. C. Madaleno, R. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARTINS, Cauãna Elerbrock da Silva. **Alienação parental sob a ótica da responsabilidade civil: O direito de família na tutela do desenvolvimento saudável da criança**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal da Grande Dourados, Mato Grosso do Sul, 2018.

MEDEIROS, Karina Oliveira de. **A responsabilidade civil decorrente da alienação parental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

MEDEIROS, Maria do Socorro Fragoso Ferreira de. **Alienação parental e a responsabilidade civil dos genitores.** Especialização em prática judiciária - Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, 2014

MORAES, Maria Celina Bodin de. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis.** Scielo Brasil, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392016000300117&lang=pt. Acesso em: 20 fev 2021.

NÜSKE, J. P. F. GRIGORIEFF, A. G. **Alienação parental: complexidades despertadas no âmbito familiar.** Periódicos Eletrônicos em Psicologia, 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2015000100007. Acesso em: 20 mar. 2021.

OLIVEIRA, Cauã Marcos Ramos de. **Alienação parental: os desdobramentos da legislação brasileira e suas medidas para combatê-la.** Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1584/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental:+os+d+esdobramentos+da+legisla%C3%A7%C3%A3o+brasileira+e+suas+medidas+para+combate-la>. Acesso em: 18 mar. 2021.

PEREIRA, Alan Rodrigues. **Aspectos jurídicos da alienação parental: uma análise do perfil do alienador e as sequelas geradas.** Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1693/Aspectos+jur%C3%ADdicos+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+an%C3%A1lise+do+perfil+do+alienador+e+as+sequelas+geradas>. Acesso em: 15 maio 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TRÁFICO DE PESSOAS: UM MERCADO INVISÍVEL EM CONSTANTE EXPANSÃO QUE ASSOLA OS DIREITOS BÁSICOS HUMANOS

AMANDA KAROLINE DO NASCIMENTO ALVES:
Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Una
Contagem/MG.

GABRIELA BANDEIRA DE SOUZA¹

(coautora)

RESUMO: Este artigo científico busca abordar o crime de Tráfico de Pessoas no âmbito de suas diversas finalidades, como para remoção de órgãos, submissão da vítima a trabalho análogo à escravidão, adoção ilegal, ou para fins de exploração sexual. O intuito do presente é demonstrar de forma breve, a gravidade do crime de Tráfico de Pessoas, assegurado pelo artigo 149-A do Código Penal Brasileiro, que fora instituído pela Lei 13.344/2016. Apresentando através de informações concretas, que o referido crime devasta a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a vida, entre outros direitos humanos fundamentais, e, por isso, merece mais visibilidade e enfrentamento, tanto por parte das autoridades policiais, quanto por parte de toda população universal.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas. Tipos de Tráfico de Pessoas. Direitos Humanos. Lei 13.344/2016. Enfrentamento ao tráfico de pessoas.

ABSTRACTS: This scientific article seeks to address the crime of Trafficking in Persons within the scope of its various purposes, such as removing organs, submitting the victim to work analogous to slavery, illegal adoption, or for purposes of sexual exploitation. The purpose of this document is to briefly demonstrate the seriousness of the crime of Trafficking in Persons, guaranteed by article 149-A of the Brazilian Penal Code, which was established by Law 13.344/2016. Presenting through concrete information that the aforementioned crime devastates the dignity of the human person, freedom, life, among other fundamental human rights, and, therefore, deserves more visibility and confrontation, both by the police authorities and by the of the entire universal population.

Keywords: Trafficking in Persons. Types of Trafficking in Persons. Human rights. Law 13.344/2016. Combating human trafficking.

Sumário: Introdução. 1. Definição de tráfico de pessoas e previsão legal. 2. Breve histórico sobre os direitos humanos básicos. 3. Evolução do tráfico de pessoas na legislação brasileira. 4. Tráfico de pessoas em suas diversas finalidades. 4.1 Remoção de órgãos,

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Una Contagem/MG.

tecidos ou partes do corpo. 4.2 Submissão de pessoa a trabalho em condições análogas à de escravo. 4.3 Submissão de pessoa a qualquer tipo de servidão. 4.4 Adoção ilegal. 4.5 Exploração sexual. 5. Formas de enfrentamento ao mercado ilegal de pessoas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca tratar sobre o tráfico de seres humanos, um tema pouco difundido no Brasil, mas de suma importância para os dias atuais, pois este mercado criminoso avança a cada dia, confrontando a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a segurança social, o direito à privacidade.

Um exemplo interessante para abordar a importância de tal temática, é o caso noticiado via internet da brasileira Luana, que foi vítima do crime de tráfico de pessoas no ano de 2014. Luana recebeu uma promessa de emprego, para trabalhar como secretária em uma empresa no ramo da construção civil, ocorre que a promessa era falsa. Luana desembarcou na Flórida e lá foi informada que, de carro, seguiria viagem até Chicago, onde ficava a sede da suposta empresa. No meio do caminho, houve uma mudança de itinerário. Foram dias até descobrir que estava, na verdade, no Kentucky, onde foi mantida em cativeiro e obrigada a trabalhar, sem ao menos receber. A realidade de Luana representa a de 40 milhões de vítimas ao redor do mundo. Vítimas de um crime que a Organização das Nações Unidas (ONU) classifica como um dos maiores desafios do século 21: o tráfico de pessoas, sendo que as duas finalidades mais comuns para este tipo de tráfico são a exploração sexual e a do trabalho.²

Visto isso, é possível perceber a seriedade e gravidade desse crime, que, portanto, merece muita visibilidade, e que as formas de enfrentamentos sejam intensificadas e que sejam mais eficazes.

O conceito, características e tipificação do mercado de gente, pode ser encontrado no artigo 149-A do Código Penal, instituído pela lei 13.344/2016, o qual estabelece que agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal; ou exploração sexual, é tipificado como crime, e penalizado com "apenas" reclusão, de 4 a 8 anos, e multa. (BRASIL, Lei 2.848, 1940).

Algumas hipóteses de enfrentamento eficazes, podem ser extraídas da Semana Nacional de Mobilização para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (ETP), as quais

² PORTAL G1, 2019, página 1.

consistem em ampliar o conhecimento e a mobilização da sociedade, das instituições públicas e privadas, e das redes para o enfrentamento ao tráfico de pessoas; ampliar a participação da sociedade civil e indivíduos; divulgar e dar visibilidade às ações nacionais desenvolvidas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas; implementar o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, publicado por meio do Decreto nº 9.400/18; e difundir a Campanha Coração Azul da ONU, como plataforma global para prevenção e ETP. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

Dessa forma, o objetivo do presente artigo, é examinar a temática do mercado ilegal de pessoas, analisar de forma geral os problemas que a falta de visibilidade sobre esse crime traz para a população do Brasil e do Mundo. Verificar a importância das tutelas jurídicas e legislativas se adequarem de acordo com o tempo em que vivemos, e de serem mais rígidas a fim de buscar combate mais efetivo.

1 DEFINIÇÃO DE TRÁFICO DE PESSOAS E PREVISÃO LEGAL

O conceito aceito internacionalmente para o tráfico de pessoas, é trazido pela Organização das Nações Unidas (ONU), no artigo 3, alínea "a", do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, também conhecido como Protocolo de Palermo, o qual consiste em:

recrutamento, o transporte, transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo-se à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. (BRASIL, Decreto Lei 5.017, 2004)

O Brasil foi um dos países que assinou o Protocolo de Palermo, e em 2003 a definição ali estabelecida foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo Nº 231, e mais tarde, em 2004, foi promulgado o Decreto Presidencial, tornando-se lei ordinária federal, em âmbito interno. (SIQUEIRA, 2013, p. 23)

Nessa premissa, em 2016 foi promulgada a Lei nº 13.344, que dispõe sobre as formas de prevenção e combate ao tráfico interno (nacional) e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas, combinando o direito nacional com internacional. (CUNHA, 2017, p.5)

Já nos primeiros artigos da referida Lei, são destacados os principais fundamentos que norteiam o enfrentamento ao tráfico de pessoas, a saber, respeito à dignidade da

pessoa humana, promoção e garantia da cidadania, universalidade, indivisibilidade e interdependência, não discriminação e atenção integral às vítimas diretas e indiretas. (CUNHA, 2017, p.5).

Em harmonia a isso, o artigo 149-A do Código Penal Brasileiro (CP), também dispõe sobre o significado de tráfico de pessoas, bem como tipifica a conduta como crime e estabelece sua punição. (BRASIL, Lei 2.848, 1940).

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS BÁSICOS

Antes de dissertar sobre o quanto o crime de tráfico de pessoas assola os direitos básicos humanos, é imprescindível entender e aprender quais são esses direitos, como essa ideia surgiu e como ela foi aceita em âmbito universal.

Produzida graças às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948 é o que consolida a ideia contemporânea de quais são os direitos humanos básicos, de que devem ser protegidos por todos, fortalecendo um ativismo que atua na busca de melhorias para a humanidade e no enfrentamento às desigualdades. (SILVA, 2021, p.1)

A DUDH foi elaborada em um contexto relacionado com eventos que se passaram durante a Segunda Guerra Mundial, entre os momentos marcantes do maior conflito da história humana, estão o lançamento das bombas atômicas sobre duas cidades japonesas e o Holocausto. (SILVA, 2021, p.1)

Com base nisso, as grandes autoridades do mundo, por meio da ONU, decidiram organizar um documento que enumerasse direitos básicos para toda a humanidade, com intuito de evitar que genocídios e outros horrores como os que foram cometidos na Segunda Guerra Mundial acontecessem novamente. Ou seja, essa concepção universal de direitos básicos, reconhece e protege a dignidade de todos os seres humanos. (SILVA, 2021, p.1).

Ao longo da DUDH, são taxados esses direitos essenciais, como por exemplo: dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, direito à não discriminação, direito à vida, à liberdade e à segurança, direito de não ser submetido à escravidão, direito de não ser submetido à tortura, direito à igualdade perante a lei, direito à intimidade e à privacidade, entre outros. (ONU, Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948).

Aliado a isso, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, estabelece em seu artigo 5 que, todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os

diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades essenciais. (ALVES, 1994, p.5)

Portanto, universalizada essa ideia sobre o conceito e essência dos direitos básicos humanos, percebe-se a necessidade que a população do Brasil e do Mundo, bem como seus textos legislativos e jurídicos, evoluam a cada dia, a fim de garantir que esses direitos sejam reconhecidos e protegidos, e que haja punição adequada para quem violá-los.

3 EVOLUÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No ano de 2005, na publicação do relatório “Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado”, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) relatou que o mercado ilegal de pessoas é uma das práticas criminosas mais lucrativas do mundo, trouxe a estimativa de que cerca de 2,4 milhões de pessoas no mundo foram traficadas para serem subjugadas a trabalhos forçados. A OIT avaliou que 43% dessas vítimas seriam submetidas para exploração sexual, 32% para exploração econômica, enquanto 25% são traficadas para uma combinação dessas formas ou por razões indeterminadas. De acordo com este relatório, o lucro total produzido com o tráfico humano chega a 31,6 bilhões de dólares por ano. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Partindo dessa premissa, é possível concluir que as pessoas são comercializadas para mais de uma finalidade. No Brasil, o crime de tráfico de pessoas estava localizado nos artigos 231 e 231-A do CP, mas era reduzido apenas ao destino de exploração sexual, portanto, levando em consideração os dados apresentados, infere-se que a tutela era insuficiente. (BRASIL, Lei 2.848, 1940).

Assim, em 2016, a Lei 13.344, harmonizando direito nacional com internacional (em especial ao Protocolo de Palermo), revogou os artigos 231 e 231-A do CP, gerando basicamente um novo tipo penal: o artigo 149-A do CP, o ao qual abrange as várias finalidades do tráfico de pessoas, como o tráfico para remoção de órgãos, submissão da vítima a trabalho análogo à escravidão ou a qualquer tipo de servidão, adoção ilegal, ou para fins de exploração sexual. Portanto, a Lei 13.344 de 2016 surge para prevenir e tentar evitar que tantos direitos humanos básicos sejam violados, bem como para punir quem os viola. (BRASIL, Lei 13.344, 2016).

4 O TRÁFICO DE PESSOAS EM SUAS DIVERSAS FINALIDADES

O tráfico de pessoas ocorre quando uma pessoa é transferida de seu ambiente, seja de sua cidade ou país, tem redução de sua mobilidade, e fica sem autonomia para retirar-se da situação de aproveitamento laboral, sexual, isolamento para venda de órgãos, partes

do corpo ou tecidos, etc. Percebe-se que nesse único tipo penal, vários direitos humanos essenciais dispostos no texto da DUDH são violados. (CARDOSO, 2017. p.26)

A Lei 13.344 de 2016 dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Por isso, fez-se necessário que as diversas finalidades do crime de tráfico de pessoas que serão brevemente abordadas abaixo, fossem reconhecidas e inseridas no tipo penal, a fim de assegurar a tutela mais efetiva a esses direitos.

4.1 Remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo

Fruto de reunião de uma Câmara formada por mais de 150 representantes de organismos científicos e médicos de todo o mundo, cientistas sociais e especialistas em questões éticas, membros de governos, entre 30 de abril e 1 de maio de 2008, a Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante foi criada na cidade de Istambul, na Turquia. Essa Declaração traz o conceito de tráfico de órgãos como:

recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante. (Declaração de Istambul, 2008).

Aliado a isso, o Brasil reconhece este conceito sobre tráfico de órgãos e o harmoniza com a definição trazida no artigo 149-A, inciso I, Código Penal, o qual além de conceituar, estabelece a conduta como crime.

Em 2007, na audiência pública sobre Tráfico de Órgãos na Amazônia, realizada pelas Comissões da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional e de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, o coordenador de operações especiais de fronteiras da Polícia Federal, Mauro Sposito, afirma que o Tráfico de órgãos é o terceiro crime organizado mais lucrativo no mundo, perdendo somente para o de drogas e o de armas. Mauro Sposito explicou que existem várias formas do crime organizado de tráfico de órgãos acontecer: brasileiros vão ao exterior e, por necessidade financeira, vendem seus órgãos lá; órgãos são extraídos no Brasil e enviados para o exterior; estrangeiros vem ao Brasil e vendem seus órgãos aqui; brasileiros extraem seus órgãos no

Brasil e os comercializam aqui mesmo. Segundo ele, a Polícia Federal está investigando todas essas práticas.³

Além disso, existem diversos outros fatores sociais que contribuem para a prática deste delito, como por exemplo a alta demanda por órgãos em comparação com a oferta, a própria condição financeira das vítimas e até mesmo a falta de informação. Os receptores geralmente são pessoas de classe alta com alto poder aquisitivo, as quais podem pagar por esse órgão, ou, ainda, esse delito muitas vezes é cometido dentro dos próprios hospitais, pelos próprios profissionais de saúde. (SIQUEIRA, 2013, p. 48).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) avalia que a cada ano são executados, em todo o globo, cerca de 22 mil transplantes de fígado, 66 mil de rim e 6 mil de coração, nessa premissa, foi estimado que pelo menos 5% dos órgãos transplantados proviriam do mercado ilegal, com um volume de negócios que pode chegar a 600 milhões à 1 bilhão de dólares anualmente. Bem como, estimou o valor de R\$100 mil para um coração, R\$20 mil para uma córnea e R\$80 mil para um rim. (INSTITUTO BRASILEIRO LEGISLATIVO, 2016, p.21).

Diante disso, percebe-se que a prática desse delito ofende o princípio da dignidade da pessoa humana garantido pela nossa Constituição Federal, bem como, viola o direito à indisponibilidade do próprio corpo e oferece risco à vida.

4.2 Submissão de pessoa a trabalho em condições análogas à de escravo

Inicialmente, é importante lembrar que, no Brasil, até 1888, a escravidão era considerada lícita pelo Estado, de maneira que uma pessoa poderia ser propriedade da outra, poderia ser tratada como uma mercadoria ou chegar a ser objeto de uma negociação. Em 1888, com a chegada da Lei Áurea, o trabalho escravo foi abolido no Brasil e configurado como crime, consoante o disposto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro. (BIBLIOTECA NACIONAL, 2015).

Hoje, as situações existentes de trabalho escravo são denominadas como análogas à escravidão, primordialmente em virtude do direito de liberdade em que o trabalhador jamais poderá ser posse do empregador, como ocorria antigamente. (BIBLIOTECA NACIONAL, 2015).

Entretanto, ainda que essa conduta de reduzir uma pessoa a condição análoga à de escravo seja considerada uma prática ilícita e intolerável, muitos empregadores ainda violam a legislação, devastando os direitos humanos tanto em âmbito interno quanto em âmbito externo, sustentando a engrenagem escravagista que se mostra por meio de

³ POLÍCIA FEDERAL, 2007, p.1.

jornadas cansativas (submissão do trabalhador a esforço excessivo, sem possibilidade de descanso, que podem resultar em adoecimentos ou até morte), trabalhos forçados (aquele que um trabalhador, mesmo sem vontade, permanece sob o domínio do empregador mediante força física e psicológica, privado de liberdade), servidão por dívidas (condição em que o trabalhador é forçado a seguir no trabalho para saldar dívidas com o empregador, como o pagamento de passagens por exemplo), etc. Além disso, o trabalhador é submetido a condições humilhantes, mantido em condições degradantes de trabalho, como alojamentos sem estrutura adequada, falta de assistência médica, péssima alimentação, falta de saneamento básico, etc. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011).

Dados da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), órgão ligado à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, apontam que, em 2020, a Inspeção do Trabalho descobriu 942 trabalhadores que estavam sendo explorados em situações análogas às de escravo, mesmo durante a pandemia da Covid-19 que o Brasil enfrenta, os auditores-fiscais do trabalho realizaram 266 inspeções em todo o país. Dos resgatados, 41% eram imigrantes, com predominância de paraguaios, 78% se encontravam no meio rural, a maioria em atividades como o cultivo de café e produção de carvão vegetal. Enquanto, dos trabalhadores urbanos resgatados, a maior parte trabalhava no comércio varejista e na montagem industrial. (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020).

Nessa premissa, é possível afirmar que existem várias circunstâncias que facilitam o aliciamento pelos traficantes de pessoas, tais como o desemprego, baixo salário, fome, miséria. Esses traficantes prometem uma boa remuneração, boas condições de trabalho e uma "vida melhor", e só quando as vítimas chegam no local destino do tráfico, descobrem a realidade, que terão seus direitos constitucionais suprimidos, pois essa prática de fere a democracia, atenta contra os direitos básicos humanos, como o do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, à liberdade. (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020).

Por isso, seria muito importante que as formas de prevenção e combate ao tráfico de pessoas para fins de situações análogas a escravidão, fossem intensificadas. Um exemplo seria, aumentar a divulgação ao público brasileiro através da mídia sobre a existência e a gravidade do crime; realizar distribuição de cartilhas sobre como identificar de maneira simples, a possibilidade de estar ocorrendo o referido crime em alguma situação ou em sua região, como: duvidar sempre de propostas de emprego fácil e muito lucrativa; sugerir que a pessoa, antes de aceitar um emprego leia atentamente o contrato de trabalho, busque informações sobre o empregador ou empresa, principalmente em propostas que incluam deslocamentos e/ou viagens internacionais; orientar para que a pessoa que vai viajar, avise aos amigos e familiares e nunca deixe de se comunicar com eles, pois a prevenção é sempre a melhor iniciativa. (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020).

4.3 Submissão de pessoa a qualquer tipo de servidão

Além das outras modalidades mencionadas, outra situação tipificada pela Lei 13.344/2016 é a de tráfico de pessoas para fins de sujeição a qualquer tipo de servidão. Vale ressaltar, que essa servidão é uma expressão mais extensiva que a de trabalho em condições análogas à de escravo, isso porque pode haver inclusive servidão sem trabalho em sentido estrito, e no mundo, de diversas modalidades, como por exemplo, na Índia, a qual OIT indicou, há alguns anos, casos recorrentes de servidão derivada de dívidas que se estabeleciam após acordos familiares para efeito de casamento. (ANAMATRA, 2018).

No Brasil, a modalidade representada pelo artigo 149-A do CP é basicamente a de servidão por dívida, juridicamente conhecida como "*truck system*". Um exemplo de como isso pode ocorrer é situação daquele trabalhador que, estabelecendo-se em propriedade rural, precisa comprar o seu alimento na "vendinha" (grifo nosso) da própria fazenda em que labora, sob preços proibitivos e absurdos, mas faz haja vista que não há concorrência no local e porque precisa se alimentar, independentemente do preço dos mantimentos. Em razão disso, como o salário acordado com o empregador provavelmente é baixo, o trabalhador acaba se endividando. Assim, quando o mês acaba, seus débitos são maiores que o valor recebido e ele não pode deixar o seu trabalho, porque segue devendo ao empregador, e isso continuará se repetindo, dia após dia, restando clara a restrição indireta à liberdade que acontece. (ANAMATRA, 2018).

Na década de noventa do século XX, em fazendas do interior do Brasil, chegou-se a identificar, em livros de "contabilidade" (grifo nosso) onde constavam os débitos e créditos dos trabalhadores rurais, a expressão "alforria", justamente para designar o pagamento feito referente à dívida e liberar o trabalhador. (ANAMATRA, 2018).

Diante disso, fica evidente que sujeitar o indivíduo à servidão configura grave ilegalidade e desrespeito ao ser humano e à sua liberdade, e justamente por isso, a Lei 13.344/2016, inclui essa prática no rol de finalidades do tráfico de pessoas, a fim de prevenir e reprimir da melhor maneira.

4.4 Adoção ilegal

O Brasil é um dos países com maior incidência em tráfico internacional de crianças ou adolescentes da América Latina, segundo a ONU. Os adolescentes ou crianças, são um tipo de mercadoria para os traficantes, elas são literalmente vendidas por preços variados, e os fatores que determinam esses preços são os tons de pele, cor dos olhos ou cabelos. Em relatório de 2016, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (United Nations Office on Drugs and Crime), estimou que quase um terço do total de vítimas do tráfico de pessoas no mundo são crianças. (UNODC, 2017).

O crime ocorre quando os bebês, crianças ou adolescentes são sequestrados em ruas, em maternidades ou até mesmo dentro de sua própria casa, e são vendidos para pessoas diversas, de regiões variadas, tanto em esfera nacional quanto internacional. Em algumas ocasiões, os próprios genitores entregam seu filho(a) à adoção ilegal em troca de dinheiro ou pelo fato de não ter condições financeiras ou psicológicas para criação do incapaz. (UNODC, 2017).

Esse tipo de adoção ocorre sem o devido procedimento legal estabelecido pela Lei 8.069 de 1990, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a qual assegura em seus artigos 238 e 239, que as condutas de prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa e a conduta de promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro, são consideradas crimes. (BRASIL, Lei 8.069, 1990).

Ato contínuo, a Lei 13.344 de 2016, também prevê o tráfico de pessoas para fins de adoção ilegal como crime, com a intenção de reprimir uma das mais sórdidas modalidades de tráfico hoje existentes: a que tem por objeto crianças muito novas, em especial os bebês, traficados com intuito de serem comercializados e entregues às famílias receptoras, totalmente em desconsonância com a legislação vigente no país de origem e do país destino, ferindo, além da lei, a dignidade, a vida e a liberdade dos menores e suas famílias. (ANAMATRA, 2018).

4.5 Exploração sexual

O mercado ilegal de pessoas para essa modalidade, é uma atividade de baixos riscos e altos lucros. Em relatório feito em 2005, a OIT trouxe a estimativa de que cerca de 2,4 milhões de pessoas no mundo foram traficadas para serem subjugadas a trabalhos forçados, sendo que 43% dessas vítimas seriam submetidas para exploração sexual. Além disso, segundo informações disponibilizadas pela Secretaria Internacional do Trabalho Brasil, em certos casos, as pessoas traficadas (em especial mulheres) podem entrar nos países com visto de turista, dessa forma as atividades ilegais são facilmente camufladas em atividades lícitas, como babás, garçonetes, faxineiras, modelos, etc., e mesmo que exista lei punindo esse crime, raramente são usadas e em alguns casos, as penas aplicadas são desproporcionais aos crimes, por exemplo, quem trafica drogas recebe pena mais alta do quem comercializa pessoas. (MIRANDA, 2010, p.7).

A Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (PESTRAF), realizou um levantamento da condição no Brasil com fulcro em entrevistas e na análise de inquéritos e processos judiciais e reportagens publicadas na mídia em vários Estados. A pesquisa demonstra que no país, as vítimas do tráfico para fins sexuais são, predominantemente, pessoas do sexo feminino,

afrodescendentes, com idade entre 15 e 25 anos, que preferencialmente, tenham origem de classes populares, possuam baixo nível escolaridade, morem em periferia com algum familiar, que exerçam atividades laborais de baixa exigência, tenham sofrido alguma violência doméstica ou sexual, entre outros. (CECRIA, 2002).

Nessa premissa, quando surge alguma oportunidade de vida melhor ofertada pelos traficantes, essas mulheres acreditam em tudo que é falado e prometido, pois eles passam para elas algum encanto, fazem uma propaganda daquilo que elas podem ter no exterior, acham que terão uma profissão digna, como modelo, faxineira, garçoneiro e afins, e na verdade essa propaganda no futuro não se concretiza. Na realidade, a única coisa certa para essas mulheres, é que terão seus corpos e direitos violados, sua saúde e segurança comprometidas e sua vida e liberdade limitadas. (CECRIA, 2002).

5 FORMAS DE ENFRENTAMENTO

Em uma das maneiras de prevenir e reprimir o crime do tráfico de pessoas e garantir a necessária assistência e proteção às vítimas, bem como a promoção de seus direitos, numa jogada harmonizada com o que deseja a sociedade brasileira e de acordo com os compromissos nacionais e internacionais estabelecidos, foi elaborado o “II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP)”, aprovado em 2013. No artigo 5.A do Plano, é possível observar que uma das metas é desenvolver e apoiar campanhas e estratégias comunicativas sobre o tráfico de pessoas, suas modalidades, impactos e outros aspectos, uma dessas campanhas, conforme artigo 5.A.1 do Plano, seria uma campanha nacional sobre tráfico de pessoas realizada durante os grandes eventos. (UNODC, 2013).

Nessa premissa, a Lei 13.344 de 2016 surge como uma importante aliada no combate ao mercado ilegal de pessoas no Brasil. No seu capítulo VI, dispõe sobre as campanhas relacionadas ao enfrentamento ao tráfico de pessoas, e já inaugura o capítulo instituído o Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a ser comemorado, anualmente, em 30 de julho, que também é o Dia Mundial de combate a esse crime. (BRASIL, Lei 13.344, 2016).

Ato contínuo, a Lei também estabelece que serão adotadas campanhas nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas, a serem divulgadas em veículos de comunicação, visando à conscientização da sociedade sobre todas as modalidades de tráfico de pessoas. (BRASIL, Lei 13.344, 2016).

Entretanto, ainda que o mercado ilegal humano seja um crime tão abrangente e complexo, a mídia brasileira não aborda com frequência e nem com a devida ênfase esse problema de nível universal. Dificilmente, nos meios de comunicação, passa alguma notícia, alguma reportagem, seja ela informativa/investigativa, seja ela informativa/educativa (para falar sobre campanhas, programas de combate, eventos de prevenção, etc.).

Essa falta de divulgação, faz, de certa forma, que as pessoas não pensem nos problemas que esse crime traz, no tanto que ele devasta os direitos humanos essenciais. Bem como, faz com que os profissionais dos meios de comunicação fiquem despreparados e desinformados quanto a abrangência e agressividade do mercado ilegal de pessoas.

Para gerar uma mudança nesse cenário, seria interessante que os órgãos responsáveis pela prevenção e repressão ao tráfico humano, com o auxílio da imprensa, realizassem ações para maior divulgação desse crime. Observando, claro, que isso fosse feito de forma correta e sensível, auxiliando os profissionais midiáticos, preparando-os para abordar a temática de uma forma objetiva e leve ao mesmo tempo, fornecendo dados, orientações, cartilhas, cursos para os profissionais da imprensa, etc., pois para abordar essa temática é importante ter conhecimento da causa, ter ética, usar linguagem cuidadosa, pois uma agressividade nas palavras, poderia gerar mais um desrespeito à dignidade das vítimas.

Ademais, é importante destacar que em 2018, foi lançado o 3º Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Na época, explicou o Secretário Nacional de Justiça⁴, Luiz Pontel, que a meta agora seria reforçar a rede nacional de combate ao tráfico de pessoas, com auxílio dos órgãos governamentais e não-governamentais, juntamente com a sociedade civil, que apoia a execução do plano. Bem como, adiantou que seria realizado o monitoramento das metas, que seriam distribuídas em eixos temáticos: capacitação, prevenção e conscientização pública, gestão da política e da informação, responsabilização, assistência à vítima, e a execução conjunta com órgãos municipais, estaduais e federais para implementação do plano.

CONCLUSÃO

O crime de tráfico de pessoas configura uma séria violação a vários direitos humanos básicos assegurados a todos em esfera universal. Essa prática assola a dignidade da pessoa humana, retira a liberdade do indivíduo, compromete a sua saúde e segurança, e, primordialmente, limita sua vida.

É incontestável a gravidade, abrangência e complexidade desta conduta no Brasil e no Mundo, e mesmo assim, é possível perceber que é um crime praticamente invisível, e, até certo ponto, ignorado pelo Direito Penal Brasileiro. Isso porque, mesmo que a Lei 13.344 de 2016, reconheça e tipifique como crime as várias modalidades desse mercado, o crime não se esgota em uma disposição penal, pois é um fenômeno complexo, que necessita da colaboração dos órgãos estatais, da população, da mídia, para ser prevenido e reprimido de maneira adequada e eficiente.

⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2018.

No 2º Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, uma de suas metas seria desenvolver e apoiar campanhas e estratégias comunicativas sobre o tráfico de pessoas, suas modalidades, impactos e outros aspectos. Entretanto, em 2018, foi lançado o 3º Plano de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, e até hoje, o crime não tem a divulgação adequada e possui a visibilidade necessária para prevenção e enfrentamento por parte da população.

Muitas pessoas nem lembram que o crime existe, não sabem o quão é presente, forte e lucrativo ele é no mercado brasileiro, não sabem as diferentes táticas que os traficantes usam com suas vítimas, as quais variam de acordo com a finalidade do tráfico, outras sequer acreditam que o crime ainda existe no Brasil.

Nesse sentido, o ideal seria que houvesse uma grande disseminação de informação em todo o território nacional, a respeito desse delito. Certamente, essa divulgação deve ser feita de maneira adequada, instrutiva, por pessoas que dominem o assunto, entendam suas peculiaridades e sua sensibilidade, pela diversidade de vítimas e abrangentes finalidades.

Assim, com toda a população e profissionais de mídia conscientizados sobre a importância do assunto, harmonizados com a lei brasileira, planos e protocolos internacionais existentes e reconhecidos, a prevenção e o enfrentamento a esse crime de longa escala seriam mais eficazes, mais direitos básicos humanos seriam garantidos, protegidos e praticados, por todos e para todos.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Gleyce. **Tráfico de Pessoas no Brasil: De acordo com a Lei 13.344/2016**. Local de publicação: Juruá, 2017.

CUNHA, Rogério. PINTO, Ronaldo. **Tráfico de Pessoas: Lei 13.344/2016 comentada por artigos**. 2ª edição. Local de publicação: JusPodivm, 2018.

PASSOS, Rafaella. **Tráfico de Pessoas: O enfrentamento por Estados e empresas**. Local de publicação: Lumen Juris, 2020.

RODRIGUES, Thais. **Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual**. Local de publicação: Saraiva Jur, 2013.

SIQUEIRA, Priscila. QUINTEIRO, Maria. **Tráfico de Pessoas: Quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro? A escravidão do século XXI**. Local de publicação: Ideias & Letras, 2013.

AGÊNCIA BRASIL. Vítimas de tráfico de pessoas, 2016. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-10/parlamentoeuropeu-diz-que-21-milhoes-de-pessoas-sao-vitimas-de>. Acesso em 10 set. 2021.

ALVES, José. Direitos humanos: o significado político da conferência de Viena, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/dM3qJKq7wq59dTkxMxXXsDx/?lang=pt>. Acesso em: 13 set. 2021.

BIBLIOTECA NACIONAL. 13 de maio de 1888 - Dia da Abolição da Escravatura, 2015. Disponível em: <https://www.bn.gov.br/es/node/509>. Acesso em 24 set. 2021.

CECRIA - CENTRO DE REFERÊNCIA, ESTUDOS E AÇÕES SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 2002. Disponível em: http://www.namaocerta.org.br/pdf/Pestraf_2002.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.

ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Tráfico de pessoas: quando 'coisificar a pessoa humana' não é mera força de expressão, 2018. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/26764-traffic-de-pessoas-quando-coisificar-a-pessoa-humana-nao-e-mera-forca-de-expressao>. Acesso em: 09 ago. 2021.

CNJ. Tráfico de pessoas, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/trabalho-escravo-e-traffic-de-pessoas/traffic-de-pessoas/>. Acesso em 15 ago. 2021.

CNJ. Tráfico de pessoas e trabalho escravo ganham tópicos nas tabelas de assuntos processuais, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/traffic-de-pessoas-e-trabalho-escravo-ganham-topico-especifico-nas-tabelas-de-assuntos-processuais/>. Acesso em: 18 set. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO LEGISLATIVO. Avaliação do impacto legislativo da Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016 – Lei de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533857/TCC_Hedel%20Torres.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 08 set. 2021.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. O sistema único de assistência social no combate ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas, 2020. Disponível em: http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2020/06/Combate_Trabalho_Escravo_01.06.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Inspeção do Trabalho já resgatou 55 mil trabalhadores de condições análogas às de escravo, 2020. Disponível em:

<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/trabalho/julho/inspecao-do-trabalho-ja-resgatou-55-mil-trabalhadores-de-condicoes-analogas-as-de-escravo>.

Acesso em: 15 set. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Desafios e Perspectivas para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil, 2011. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/desafiosperspectivasl.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Tráfico de Pessoas uma abordagem para os direitos humanos, 2013. Disponível: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha-traficodepessoas-uma-abordagem-direitos-humanos.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/collective-nitf-content-84>. Acesso em: 10 set. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas é lançado, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/collective-nitf-content-84>. Acesso em: 10 set. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Relatório da 5ª semana nacional de mobilização para o enfrentamento ao tráfico de pessoas, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/campanhas/relatorio-da-5a-semana-nacional-de-mobilizacao-para-o-etp7-versao-final.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo, 2011. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf>. Acesso em 07 jul.2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao-universal-dos-direitos-do-ho-mem.pdf>. Acesso em: 07 set. 2021.

MIRANDA, Paola. O escravismo contemporâneo e o tráfico de pessoas: indefinição conceitual e a exploração sexual de mulheres e crianças. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 2, n. 2, Jan-Jun. p. 22-51, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Trabalho forçado, 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 08 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Internacional do Trabalho. Uma Aliança global contra o trabalho forçado - relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho 2005. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 08 set. 2021.

POLÍCIA FEDERAL. Tráfico de órgãos é o terceiro crime mais lucrativo, segundo a Polícia Federal, 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cindra/noticias/trafico-de-orgaos-e-terceiro-crime-mais-lucrativo-segundo-policia-federal>. Acesso em 16 set. 2021.

PORTAL G1. Vítima de tráfico de pessoas, brasileira conta como escapou de cárcere privado nos EUA, 2019. Acesso em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/11/13/vitima-de-trafico-de-pessoas-brasileira-counta-como-escapou-de-carcere-privado-nos-eua.ghtml>. Disponível em: 08 ago. 2021.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em: 07 set. 2021.

SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO NO BRASIL, 2006. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233892.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

SILVA, Daniel. História da Declaração Universal de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm>. Acesso em 25 ago. 2021.

UNODC. II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de pessoas, 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Folder_IIPNETP_Final.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

UNODC. Quase um terço do total de vítimas de tráfico de pessoas no mundo são crianças, segundo informações do Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas 2016, 2017. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2017/03/quase-um-terco-do-total-de-vitimas-de-trafico-de-pessoas-no-mundo-sao-criancas-segundo-informacoes-do-relatorio-global-sobre-trafico-de-pessoas.html>. Acesso em 05 set. 2021.

INFANTICÍDIO INDÍGENA: ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO A CULTURA

AMANDA MEDEIROS NASCIMENTO:

Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário Fametro – CEUNI FAMETRO.

RESUMO: O infanticídio indígena é uma prática cultural que ocorre em algumas tribos indígenas brasileiras, a qual vitima crianças de várias idades, em busca da preservação cultural da etnia. O infanticídio indígena ainda é praticado por cerca de 20 etnias entre as tribos brasileiras, leva à morte não apenas de gêmeos, mas também filhos de mães solteiras, crianças com problema mental, físico, ou doença não identificada pela tribo. Há quem argumente que o infanticídio é parte da cultura indígena. Apesar da Constituição Federal garantir aos índios a proteção de seus costumes e tradições, a constituição também garante o direito à vida, que deve sobrepor à prática cultural. A mudança desse costume deve ser buscada pelo diálogo intercultural, acompanhada de políticas públicas de amparo às comunidades indígenas.

PALAVRAS-CHAVE: infanticídio indígena; direito a vida; direito a cultura; teoria universalista; teoria do relativismo

SUMARIO: 1. Introdução - 2. Infanticídio: 2.1 aspectos gerais; 2.2 a prática do infanticídio nas tribos brasileiras; 2.3 a proteção internacional dos direitos humanos dos povos indígenas; 2.4 declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas; 3. Direito a vida; 3.1 relativismo cultural e universalismo; 3.2 ponderando princípios; 4. Conclusão; 5. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O direito à vida e a cultura são direitos fundamentais da constituição federal de 1988, vamos abordar duas teorias sobre esse tema, alguns autores defendem a teoria do relativismo cultural e outros defendem a teoria universalista dos direitos humanos.

O Relativismo Cultural busca entender os valores culturais de uma sociedade a partir dos padrões vigentes neste grupo social. O relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades culturais visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura, pesa a si mesma e julga a si mesma.

A teoria Universalista dos direitos humanos defende a imposição da proteção aos direitos fundamentais do homem mundialmente, em nível global, não podendo haver escusas, sejam elas de ordem cultural, filosófica ou ideológica para que aconteça qualquer ato de desrespeito a esses direitos.

Nessa mesma linha de pensamento, não se pretende diminuir o valor da vida ou defender que as crianças devem estar completamente submetidas à vontade de seus genitores, mas fazer entender que até mesmo o direito à vida é relativo, ainda que os motivos que levam algumas etnias indígenas a permitir o assassinato deliberado de crianças sejam tidos como injustificáveis para a maioria da sociedade.

Sem dúvidas, o direito às manifestações de crença e de cultura não se sobrepõem ao direito à vida, mas o ponderamento desses direitos depende de parâmetros, os quais, portanto, devem ser aplicados segundo o referido nível de integração daquele indivíduo à comunhão nacional, pois não seria adequado fazer pesar nos autóctones os valores morais vigentes na sociedade brasileira, os quais são baseados em influências históricas e religiosas diversas.

Nesse sentido, a atuação do Estado em relação aos homicídios de crianças indígenas não deve ser no caráter de impor uma proibição ao ato, de punição os praticantes, nem mesmo de tentar inserir uma ideologia diferente para os nativos, mas oferecer proteção àqueles índios que não concordam com a prática e, por isso, não querem tirar a vida de seus descendentes. Portanto, se o que se deseja é a abolição do costume, é necessário que o movimento para isso venha dos próprios membros dessas etnias, pois só assim uma intervenção estatal para proibir essa ação será legítima.

2. INFANTICÍDIO

2.1 ASPECTOS GERAIS

A palavra infanticídio vem do latim *infans* (criança) e *caedere* (matar), como “dar morte a uma criança”. Previsto no artigo 123 do Código Penal, a mãe tira a vida do filho sob a influência do “estado puerperal” durante ou logo após o parto, tendo como pena de detenção de dois a seis anos. O Código delimitou o período do puerpério, sendo assim necessária para a consumação do crime de infanticídio que a morte ocorra durante o parto ou logo após. O estado puerperal seria uma alteração e transtorno mental, advindos de dores físicas do parto, capazes de alterar temporariamente o psiquismo da mulher previamente sã, levando-a a agir instintiva e violentamente contra o próprio filho durante o seu nascimento ou logo após o parto. O objeto jurídico do crime é o direito à vida tanto

do neonato como o do nascente, que são os sujeitos passivos. O neonato é o que acabou de nascer, e o nascente o que é morto durante o parto. É um crime próprio, pois só pode ser cometido pela mãe, exigindo assim uma qualidade especial do sujeito ativo, porém, não há impedimento de que um terceiro responda por infanticídio diante do concurso de agentes. De acordo com a Exposição de Motivos do Código Penal:

“O infanticídio é considerado um *delectum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. No entanto, esta cláusula, como é evidente não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica, é necessário que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de maneira a diminuir a capacidade de entendimento ou de autodeterminação da parturiente”

2.2A PRÁTICA DO INFANTICÍDIO NAS TRIBOS BRASILEIRAS

A prática do infanticídio nas tribos brasileiras, objeto deste estudo, é uma tradição milenar, razão pela qual se faz necessária a investigação de seus motivos e costumes. O termo “Infanticídio Indígena” é somente uma terminologia para dar nome aos costumes de algumas tribos. A jurisprudência e a doutrina tratam o infanticídio como um crime a ser cometido durante ou logo após o parto, o que muitas vezes não acontece nessas situações, já que há registros de crianças de 3, 4, 11 e até 15 anos, que são mortas pelas mais diversas causas. Ressalta-se que há dificuldade em fazer um estudo estatístico específico sobre o número de crianças indígenas que são vítimas dessa prática a cada ano. Muitas das mortes por infanticídio vêm mascaradas nos dados oficiais como morte por desnutrição ou por outras causas misteriosas, desse modo, muito do que se sabe sobre o assunto são relatos de missionários, ONGs e estudos antropológicos.

Primitivamente, o infanticídio não se constituía como crime, como expõe Vicente de Paula Rodrigues Maggio:

“Verifica-se que entre os povos primitivos da humanidade, a morte dos filhos e das crianças não constituía crime, nem atentava contra a moral ou os costumes, pois, as mais antigas

legislações penais conhecidas, não fazem qualquer referência a esse tipo de crime, concluindo ser, então, permitida a conduta hoje delituosa.”

2.3 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU – Organizações das Nações Unidas foi proclamada em 1948 cujo projeto foi elaborado por John Peters Humphrey, do Canadá juntamente com outros países (Estados Unidos, França, Líbano e China), delineando os direitos humanos básicos. Foi o primeiro instrumento jurídico relativo aos direitos humanos, é direcionada pelo princípio fundamental de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, acima de qualquer particularidade. Apesar de não ter uma obrigatoriedade legal, consiste em princípio geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como é base para outros tratados, de direitos humanos e normativos constitucionais.

Os direitos humanos não são concedidos ao homem, pois este já nasce com tais direitos, eles são reconhecidos na medida em que vêm da própria dignidade humana. Os direitos humanos e os direitos fundamentais são aqueles que nascem da própria condição humana e que são ou estão previstos na ordem jurídica internacional e no ordenamento constitucional, respectivamente. O rol dos direitos, além de conferir as garantias fundamentais à pessoa humana, define o rumo das organizações sociopolíticas a partir de então, visto que os direitos humanos, além de servirem aos indivíduos, também fundamentam o chamado Estado de Direito, que preponderam os valores de liberdade e democracia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é expressa, tanto em seu preâmbulo quanto na parte dispositiva, que a dignidade da pessoa humana é a premissa básica para o desenvolvimento da sociedade, visto que sem o respeito a valores básicos da pessoa humana, o Estado torna-se totalitário, restringindo as liberdades e garantias individuais. Desse modo, um ato lesivo aos direitos humanos é de tal gravidade que atinge todas as esferas da sociedade, seja política, social ou econômica. Conforme o artigo III da Declaração citada, a totalidade da espécie humana, sem distinção de raça, etnia, cor, sexo, sociedade e contexto cultural. Essa é a essência básica da tutela internacional dos direitos humanos, que confere aos direitos humanos universalidade e indivisibilidade. Ainda que a amplitude dos direitos da pessoa humana seja evidente, os artigos XVIII e XXVII dispõem que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, assim como

a liberdade de manifestar essa religião ou crença, tendo o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade. Os artigos abaixo descritos conferem direitos humanos indisponíveis aos indivíduos, como qualquer outro direito.

Artigo XVIII

“Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este 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 e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”

[...]

Artigo XXVII

“Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.”

2.4 DECLARACAO DAS NACOES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS POVOS INDIGENAS

Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas aborda tanto os direitos individuais e coletivos como direitos culturais, de identidade e outros. Afirma que os povos indígenas têm o direito de não serem forçosamente assimilados ou destituídos de sua cultura. No artigo 34 deste instrumento, está assegurado que os indígenas tenham o direito de manterem e desenvolverem seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, práticas, e ainda quando existam, seus costumes e sistemas de leis, desde que respeitem e estejam em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. É de suma importância o que está elencado nos artigos 18 e 19 desta declaração, que enfatiza o direito de participação desses povos na tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos e o dever do Estado em cooperar de boa-fé com os interessados, a fim de obter o consentimento prévio dos indígenas para adotarem e aplicarem medidas legislativas e administrativas que os afetem. Com isso, a Declaração condena a

discriminação contra os silvícolas, promovendo sua efetiva e plena participação em todos os assuntos relacionados a eles, assim como o direito de manter sua identidade cultural e tomar suas próprias decisões nos assuntos que lhes são pertinentes.

O posicionamento brasileiro foi favorável, declarando que este instrumento internacional era uma reafirmação do compromisso da comunidade internacional com os direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, ressaltando que o exercício desses direitos é consistente com a soberania e integridade territorial dos Estados em que residem. Dentre os dispositivos da presente declaração, cumpre ressaltar:

Artigo 1

“Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.”

Artigo 2

“Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

Apesar de ser um instrumento de direitos humano”

3.DIREITO Á VIDA

O direito à vida é o principal direito garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção, sendo este o mais importante, já que sem ele os demais ficariam sem fundamento.

Na conceituação de Moraes:

“o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais”.

Desde o início dos tempos o homem vem refletindo os aspectos vinculados sobre a existência da sua pessoa no que se refere a vida em sociedade individual, tais aspectos evoluíram e inovaram com o passar dos tempos, sempre se sujeitando a mudanças estabelecidas por diversas gerações e diferentes povos e culturas.

O termo vida possui inúmeros significados, podendo dizer também que é tudo aquilo que ocorre entre a concepção e a morte, sendo muitos os direitos que por ela nos garantem, estando expresso nas leis, princípios e doutrinas.

Dallari (1998) assevera que o direito à vida é:

“o direito primeiro; primeiro não só em seu sentido cronológico, mas, sobretudo em seu sentido axiológico”. É cediço que, ao passo que se compreende tal afirmativa, visualiza-se também a universalidade deste valor, sobretudo pela complexidade e dinamismo apresentado pela vida.

No mesmo sentido, Masson (2016) também entende que a vida humana se apresenta como o bem jurídico mais importante dentre os direitos constitucionalmente tutelados e, por conseguinte, deve ser assegurada a fim de possibilitar o acesso aos demais direitos.

O direito à vida é o principal direito garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção.

Segundo Alexandre de Moraes:

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.”

3.1 RELATIVISMO CULTURAL E UNIVERSALISMO

O relativismo cultural é uma teoria que apresenta a necessidade de entender a variedade cultural e a respeitá-la, devendo-se considerar que em cada cultura há uma singularidade e especificidade. Por tal concepção, cada traço cultural pode ser compreendido, haja vista que as diferenças devem ser estudadas conforme as regras e orientações daquele determinado grupo social.

Nesse sentido, a ideia é que os aspectos culturais dos diferentes povos devem ser analisados pelo olhar do sujeito inserido naquele contexto, de forma a desconstituir do observador qualquer bagagem preconceituosa ou carregada de valores que não fazem parte, não são aplicáveis ou são desconhecidos por aqueles a quem se observa.

Por conseguinte, para o relativismo cultural não há verdades universais, visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro.

De acordo com Ronaldo Lidório:

“O relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades culturais visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura, pesa a si mesma e julga a si mesma.”

A tese do Universalismo Cultural consiste na defesa de que todo ser humano possui um valor intrínseco, corolário justamente de sua condição de pessoa humana, que é inalienável e de aplicação universal.

Dentre as críticas apontadas pelos relativistas à proposta universalista dos direitos humanos está no fato de que essa visão universal dos direitos humanos é fundamentada em uma ideia antropocêntrica do mundo, que não é compartilhada por todas as culturas.

A tese da universalidade dos direitos humanos foi adotada pela ONU através da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sendo posteriormente reafirmada através da Declaração de Viena, de 1993.

“A importância da busca de um valor ou crença comum que possa ser fonte de um eventual conceito de direitos humanos repousa em uma verdade simples: a própria ideia de direitos humanos significa nada se não significar direitos humanos universais. O objetivo das normas internacionais de direitos

humanos é estabelecer padrões que desconsiderem a soberania nacional para proteger indivíduos de abuso. Ter direitos humanos significa dizer que existem certos padrões sob os quais o Estado ou sociedade alguma pode ir, independente de seus próprios valores culturais.”

Portanto, as teorias universalistas e relativistas surgem como teorias polarizantes, e os debates e as críticas apontadas entre ambas parecem estar longe de um denominador comum.

Segundo Patrícia Jerônimo:

“Aos olhos universalistas, o relativismo cultural mais não é do que um exercício frívolo e intelectualmente irresponsável. Um exercício falacioso, porque toma como validade das práticas próprias das diferentes culturas como um dado, colocando o “ser” antes do “dever ser.”

No que diz respeito à diversidade cultural, Bonavides (1999) assevera que:

“Este direito se estabelece como sendo uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, de modo que ninguém pode ser coagido a deixar suas próprias tradições ou até mesmo a assentir aos costumes de outrem.”

O Brasil é um país que reconhece variadas manifestações culturais existentes e confere autonomia aos grupos sociais. Em seu artigo 3º, inciso IV, dispõe que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para dar ênfase a essa disposição constitucional o artigo 5º, incluído no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais dispõe 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[...].”

Na Constituição Federal de 1988, consagrou-se aos indígenas um capítulo inteiro, o Capítulo VIII, que dispõe sobre seus direitos. É o caput do art 231.:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

O direito indígena foi uma das grandes inovações da Constituição de 1988, entretanto, o novo dispositivo é utilizado como um escudo para forjar a responsabilidade estatal no tocante ao tema do infanticídio indígena. Outro aspecto constitucional relevante, e da mesma forma utilizado para mascarar responsabilidades, é a proteção à manifestação cultural indígena constante no art.215 que estabelece:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

Pela teoria relativista, o infanticídio indígena pode ser cabalmente justificado, haja vista que a negação à prática não estaria representando uma tentativa de salvaguarda das crianças, mas um ato de preconceito aos costumes indígenas, considerando-se que no olhar daquele povo o homicídio de crianças em determinadas situações é admitida pelas crenças e ordenanças locais. Diferentemente, a teoria universalista se apresenta em sentido abnegatório à singularização dos povos, sendo que estabelece a necessidade de proteção e universalização das garantias de reconhecimento da dignidade humana considerando-se apenas a condição de humano da pessoa, independentemente de seu lastro cultural.

3.2 PONDERANDO PRINCÍPIOS

Embora não haja hierarquia entre os princípios constitucionais, há patente colisão entre dois deles, o direito à vida e o direito à proteção cultural. Por este motivo é imprescindível realizar a análise de relevância através da ponderação dos princípios, de forma a verificar o que mais se adequa ao caso do infanticídio indígena.

Nesse sentido, Dworkin (1985) apud Bonavides (2015), diz que:

“ somente os princípios possuem dimensão de peso, importância ou valor. Nesse seguimento, quando em

determinado caso, constatar-se um conflito, considerando que a hierarquia dos princípios é a sua relevância, um deles deverá ser escolhido por mais se adequar ao caso concreto.”

Pela teoria de Robert Alexy (1993):

“Em toda e qualquer ponderação deve-se, antes, identificar os princípios em conflito e apresentar o maior número de elementos para subsidiar o sopesamento e, em seguida, atribuir peso a esses princípios os quais se coloca em xeque, para, finalmente, decidir a prevalência de um em relação ao outro.”

Já no entendimento de Sarmiento (2002) Caldas (2011):

“No momento do conflito, o que deve ser verificado é o peso genérico de cada princípio em embate, sendo que, logo em seguida, cabe ao intérprete do direito observar seu peso específico. Isto é, em um momento imediato, analisa-se a relevância geral daquele princípio. Após tal definição, o que deve ser verificado é seu destaque naquela relação.”

Conforme já demonstrado, tanto o direito à vida quanto a proteção à cultura são princípios constitucionais e inerentes a todo e qualquer sujeito. Destarte, é possível submetê-los à análise de relevância em relação ao infanticídio indígena.

Já foi relatado sobre a inviolabilidade e as demais características do direito à vida, nesse sentido, quanto ao peso genérico deste princípio, é possível mensurá-lo como sendo algo universal e que deve ser buscado e protegido por todas as formas disponíveis. Em relação à cultura, por sua vez, têm-se como um princípio abrangente, cuja dimensão resulta na impossibilidade de consideração do sujeito sem os aspectos e características adquiridas no seu meio cultural.

Ressalta-se que, embora moralmente aceito dentro do contexto de algumas etnias, deve ser realizada uma reflexão ética acerca do infanticídio indígena, haja vista que recai sobre a cultura indígena a igualdade posta como fundamental na Constituição Brasileira, de forma que, assim como o tratamento preconceituoso em face destes indivíduos é inaceitável, a ordenança de respeito à vida que opera em toda a sociedade, também deve ser buscada pelos autóctones.

Ora, a dignidade da pessoa humana que fundamenta o estado brasileiro deve ser analisada com base em todas as possibilidades que permeiam o assunto. O ato de preferir o direito à vida, não retira do sujeito as características que lhe foram inseridas por meio de sua cultura, nesse aspecto, a utilização de ferramentas para a proteção do nascituro indígena, cujos atributos não são aceitos em dada etnia, não fere a dignidade dos povos adeptos ao infanticídio.

Esclarece-se que ambos princípios apresentam relevância, principalmente por serem fruto do constituinte originário. Outrossim, não está a negar a capacidade de autodeterminação do indígena, lado outro, reconhece-se seu direito de decidir qual caminho trilhar na própria vida. Todavia, quando este direito influencia na existência de outrem, medidas devem ser adotadas por parte do Estado.

É nessas considerações que se encontra o amparo para tratar o direito à vida em prevalência à proteção cultural. Especificamente no âmbito do infanticídio indígena, os argumentos favoráveis à manutenção da vida das crianças indígenas se enaltecem perante a necessidade de garantia de continuidade da cultura infanticida. Isto porque, a noção de dignidade da pessoa humana se mostra mais apropriada quando busca o fortalecimento de direitos essenciais à vigência de outros, como é o caso do direito à vida.

Ademais, a defesa de padrões culturais que desestimulem a evolução dos direitos básicos do indivíduo não é plausível, principalmente se considerar que em muitos casos de infanticídio ocorre a prevalência da vontade da tribo em eliminar a criança em face do desejo da mãe de cuidá-la.

Portanto, no embate entre o direito à vida e a proteção à cultura, no contexto do infanticídio indígena, mostra-se plausível sobrelevar o valor e relevância do primeiro direito em face do segundo.

4. Conclusão

O tema do infanticídio indígena apresenta relevância no momento em que podemos analisar dois princípios constitucionais, o direito à vida e o direito de proteção à cultura. Sem dúvidas, a cultura é essencial à formação do humano, pois com ela o indivíduo orienta-se na vivência e observação do mundo.

Porém, ficou demonstrado que os direitos culturais não devem ser tratados de forma ilimitada, em consideração a outros direitos básicos do ser humano, dentre os tais, o direito à vida. As limitações para o exercício da cultura aparecem quando são colocados

em debate princípios como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, visto que a diversidade cultural também deve estar pautada no respeito à vida humana.

É preciso analisar o problema do infanticídio indígena considerando as condições nas quais as tribos nativas estão submetidas. Grande parte dos povos isolados sequer têm acesso a saúde básica ou assistência social, de forma que a sua interação em sociedade fica prejudicada. Nesse sentido, não basta simplesmente instituir medidas punitivas aos adeptos do infanticídio, mas estabelecer meios para que as crianças potenciais vítimas do infanticídio tenham o mínimo de dignidade.

Mudanças de atitude e pensamento certamente podem ocorrer, mas não de uma hora para outra, principalmente tratando-se de uma cultura antiga e com costumes já enraizados. O que deve ser promovido, em relação aos povos indígenas, é a implementação de medidas estruturais a fim garantir o acesso dos povos à saúde e educação. Além disso, deve-se introduzir, através do diálogo, a visão de que o infanticídio não é mais uma prática necessária e essencial à continuidade de sua cultura. Por fim, em último ensejo, após o insucesso das tentativas de aceitação por parte dos genitores, que as crianças desprezadas possam ser resgatadas pelo Estado e postas sob os cuidados de famílias substitutas.

5. REFERÊNCIAS

Disponível

em <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5142/1/RA20553722.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

LIDÓRIO, Ronaldo. **Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre o infanticídio indígena no Brasil**. Revista Antropos, 2007.

BOAS, Márcia Cristina Altvater Vilas. ALVES, Fernando de Brito. **Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas**. Artigo publicado no XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza.

Declaração universal sobre a diversidade cultural. Disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_20/IIIIPAG3_20_3.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

Declaração universal dos direitos humanos. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e direitos humanos.** In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. Iniciação à bioética. Brasília: CFM, 1998.

DERZIÉ, Renata Carvalho. **Direitos humanos, o confronto entre o universalismo e o relativismo cultura.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-o-confronto-entre-o-universalismo-e-o-relativismo-cultural/>>

Prova EsPCEx 2020 (1º Dia). Indagação, 2021. Disponível em <<https://www.indagacao.com.br/2021/10/o-infanticidio-indigena-e-uma-pratica-cultural-ainda-corrente-entre-alguns-povos-nativos.html>>

OS IMPACTOS DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA NA DESIGUALDADE SOCIAL

FERNANDO HENRIQUE ARCANGELO PEREIRA:

Bacharelado do Curso de Direito do Cento
Universitário UNA Contagem.

RENATA APARECIDA BORGES PEREIRA DA SILVA ASSUMPÇÃO⁵

(coautora)

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE SILVA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo apresentar os impactos ocasionados perante a Reforma Previdenciária no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, em especial quando à possibilidade de redução salarial, bem como sua compatibilidade com os princípios basilares constitucionais como o da Dignidade da pessoa humana e o da Isonomia. No tocante ao aspecto econômico e de subsistência dos indivíduos, o artigo trará inúmeras críticas exemplificadas desfavoráveis a reforma previdenciária, visto claramente, de um aspecto totalmente social. Os problemas da pesquisa encontram-se no entorno das seguintes questões: O valor estipulado para o salário-mínimo é mesmo suficiente para uma pessoa viver de forma digna? Iremos viver apenas para contribuir e viver nessa bolha chamada “capitalismo”? nesse ciclo incansável? Percebe-se que a “Reforma” é fruto de interesses políticos, privados, capitalistas e mercadológicos que sobrepõem aos interesses sociais, restando-se como solução a aplicação do olhar constitucional sob as normas vigentes da CLT, com o intuito de amenizar os prejuízos advindos da nova legislação, principalmente no tocante as minorias.

Palavras-chave: Reforma. Previdência. Impactos. Desigualdade social.

Abstract: This scientific article aims to present the impacts caused by the Social Security Reform in the context of the Brazilian legal system, especially regarding the possibility of salary reduction, as well as its compatibility with the basic constitutional principles such as the Dignity of the human person and that of Isonomy. Regarding the economic and subsistence aspects of individuals, the article will bring numerous exemplified criticisms that are unfavorable to social security reform, clearly seen from a totally social aspect. The research problems lie around the following questions: Is the value stipulated for the minimum wage really enough for a person to live with dignity? Are we going to live just to contribute and live in this bubble called “capitalism”? in this tireless cycle? It is perceived

⁵ *Bacharelado* do Curso de Direito do Cento Universitário UNA Contagem

that the "Reform" is the result of political, private, capitalist and market interests that overlap with social interests, leaving as a solution the application of the constitutional look under the current rules of the CLT, in order to alleviate the resulting damages. new legislation, particularly with regard to minorities.

Keywords: Reform. Pensions. Impacts. Social inequality.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, é notório o grande crescimento na expectativa de vida da população Brasileira, o que acabou resultando em uma população predominantemente idosa. Consequentemente o ocorrido, acabou gerando um déficit enorme nas contribuições previdenciárias, visto que, devíamos ter um grupo jovem, contribuindo na mesma proporção da população idosa do país para trabalhar e contribuir efetivamente para o INSS (Autarquia previdenciária), e assim manter o giro de numerários.

No entanto, é claro, que apesar do avanço na expectativa de vida não temos garantido atualmente, uma qualidade de vida favorável para nossos idosos, que demonstram o qual faz necessário e essencial o benefício da aposentadoria, para garantir o básico para viver.

De acordo com o artigo 8º da Lei 10.741, o envelhecimento como direito personalíssimo é essencial para resguardar a dignidade das pessoas idosas e garantir igualdade.

A reforma previdenciária foi elencada pela PEC nº 06/2019 e promulgada pela emenda nº103 de 2019, trouxe a modificação do parágrafo **7º artigo 201** da **Constituição Federal** que dispõe sobre a aposentadoria por tempo de contribuição. Com a reforma previdenciária, teremos fortes impactos financeiros na vida de toda a população Brasileira e principalmente da população idosa.

Sendo assim, o trabalho fará uma análise crítica ao aumento da desigualdade social e a grande instabilidade financeira causada pela reforma, onde os impactos serão devastadores. Apontando uma revisão estrutural econômica acerca do sistema capitalista.

Desta forma, é importante a devida compreensão dos princípios vigentes no nosso ordenamento jurídico, e sua aplicabilidade diante esta situação, buscando analisar a constitucionalidade da referida reforma.

1. O SURGIMENTO DA PREVIDÊNCIA

A previdência surgiu em 1824, quando houve a primeira previsão constitucional neste sentido. Nesse âmbito, primeiro surgiu o chamado “Mongeral” em caráter privado e posteriormente foi possível constatar a Constituição de 1891 com regras claras em defesa da seguridade social aos funcionários que estão a serviço da nação, dando surgimento a primeira regra no que diz respeito a aposentadoria por invalidez. (IBRAHIM, 2006)

Após, a criação da Constituição Federal de 1981, foi necessário o início do surgimento de instruções normativas infraconstitucionais, ou seja, toda lei; norma que 19 estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, cujo objetivo seja discorrer sobre determinado tema de forma mais profunda e objetiva, impedindo que se formem brechas na lei e que estejam sempre em concordância com a Norma geral e superior.

Houve, ainda, a criação do decreto 9.284/1911 para desenvolver então a Caixa de Pensão do Operário da Casa da Moeda e em consonância, temos o Decreto 3.274/1919, que regularizou as obrigações dos acidentes de trabalho, dando início a uma melhor tentativa de proporcionar a dignidade humana para os cidadãos. Com o desenvolvimento desse direito previdenciário, ficou objetivado que não se tinha a finalidade de trazer uma indenização para o trabalho prestado, mas sim de alívio mínimo as necessidades sociais básicas (JÚNIOR, 2005).

Neste momento, houve então, um cenário onde podíamos observar a ajuda dos mais jovens para com os mais velhos, simplesmente para o sustento da família, e elaboração de direitos mínimos que hoje são mais desenvolvidos e garantidos devido a essa forte evolução histórica.

De acordo com Santos (2017) a história do sistema previdenciário no Brasil pode ser dividida em três fases. O começou no início da década de 1920 e é caracterizado pelo sistema de aposentadoria e Fundos de Pensão (CAP's), criados no âmbito de empresas públicas e privadas.

A segunda fase começou no final da década de 1920 e tomou forma durante a década de 1930 e Década de 1940 com a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPS) que estavam vinculados às categorias profissionais.

A terceira fase do sistema previdenciário no Brasil teve início em 1966 e é caracterizada pela extinção de vários IAP's e sua unificação em um único público organização de pensões. O sistema de CAP's que ficava restrito ao grande público privado e empresas, tinha, em 1937, cerca de 200 entidades em funcionamento. As contribuições estavam chegando de três fontes: os empregados, os empregadores e o governo federal.

A administração incluiu representantes dos empregados e empregadores. O CAP's sistema de pensões deveria ser totalmente capitalizado e os benefícios baseados nos retornos de os investimentos. Os CAP's, além da aposentadoria por tempo de serviço e por forneceu os seguintes serviços aos seus membros: médico e hospitalar serviços, assistência farmacêutica, empréstimos para aquisição de casa própria, assistência funeral e pensão para herdeiros. A precariedade do plano financeiro dos CAP's, devido ao número reduzido de segurados e recursos insuficientes para cumprir suas obrigações; extinção do sistema.

Sobre as reformas da previdência de acordo com Teixeira (2019), geralmente aumentaram as idades de aposentadoria, prolongaram os períodos de contribuição e, muitas vezes, incorporaram mecanismos automáticos (fatores de sustentabilidade) para colocar os sistemas em um caminho mais sustentável. As reformas também visavam melhorar a justiça, corrigindo vários problemas de design que proporcionavam grandes benefícios aos trabalhadores que contribuía pouco e levaram muitos a reivindicar benefícios antecipadamente. Ao mesmo tempo, a maioria das reformas protegeu as pensões para aqueles com rendimentos mais baixos ao custo de enfraquecer a ligação entre contribuições e benefícios, mas infelizmente a nova reforma sancionada não condiz com esse objetivo, como será visto nos próximos capítulos.

2. AS MUDANÇAS OCASIONADAS PELA REFORMA

De acordo com Cunha (2019) a reforma da Previdência no Brasil foi uma proposta do governo brasileiro para alterar a Constituição para a reforma do sistema de seguridade social do país. Ao mudar a constituição do país, ele teve que ser aprovado nas duas casas do Congresso Nacional por maioria absoluta. A reforma foi criada para combater o gigantesco déficit do sistema previdenciário, de mais de R \$ 194 bilhões em 2018, e o rápido envelhecimento da população brasileira.

O texto original foi entregue pelo Presidente da República Jair Bolsonaro ao Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia em 20 de fevereiro de 2019 para iniciar o rito jurídico. A proposta de reforma foi aprovada pelo Senado Federal em 22 de outubro de 2019, tornando-se lei e entrando em vigor automaticamente.

Até a reforma ser aprovada em 2019, outros governos tentaram aprovar suas propostas. Na história mais recente do Brasil, o país vem debatendo a reforma previdenciária a cada dez anos, em alguns casos as propostas foram simplesmente arquivadas como extremamente impopulares, em outros foram feitas minirreformas, mas com efeitos nulos de longo prazo, e em Num caso, a reforma foi rejeitada pela Câmara dos Deputados por apenas um voto.

Já na década de 1990, as primeiras tentativas de reforma previam que, com o envelhecimento da população brasileira nos próximos 20 anos, o atual sistema previdenciário se tornaria insustentável, o que se comprovou nos últimos anos, com o déficit aumentando a cada ano.

Reformas da previdência são mudanças na operação de um determinado sistema previdenciário.

Com o objetivo de reduzir o número de indivíduos dependentes da assistência governamental, manter os sistemas de previdência acessíveis e ajudar os beneficiários se tornarem autossuficientes. Liberais e conservadores clássicos, geralmente argumentam que o bem-estar e outros serviços financiados por impostos reduzem os incentivos ao trabalho, exacerbam o problema do carona e intensificam a pobreza. Por outro lado, os socialistas geralmente criticam a reforma da previdência porque geralmente minimiza a rede de segurança pública e fortalece o sistema econômico capitalista. A reforma da previdência é constantemente debatida por causa das opiniões divergentes sobre o equilíbrio determinado do governo entre fornecer benefícios de bem-estar garantidos e promover a autossuficiência. (MARQUES 2018 p.22).

Para Silva (2017) em primeiro lugar, é preciso lembrar que o sistema previdenciário público no Brasil é o responsável por fazer da pobreza na velhice um problema residual. Existem correções importantes a serem feitas, especialmente no que diz respeito às pensões dos funcionários do serviço público, como os militares, mas uma mudança radical para um modelo de capitalização pode ter efeitos distributivos importantes, incluindo o aumento da pobreza.

Cunha (2019) cita que além disso, é necessário compreender o déficit fiscal brasileiro no contexto das maiores crises da história recente do país, onde as medidas de austeridade tiveram um papel importante. A seguridade social não é responsável pela queda acentuada das receitas devido à crise, ao aumento do desemprego e à informalidade. A restauração de um cenário normal de crescimento e aumento do emprego são importantes para um ajuste fiscal saudável. Portanto, deve-se pensar no impacto das medidas de ajuste fiscal sobre o crescimento, além do seu impacto distributivo. Nesse contexto, uma reforma previdenciária equilibrada e voltada para a redução de privilégios pode trazer importante

contribuição fiscal no médio prazo, mas não é a solução de curto prazo para a economia brasileira.

Para Cassar (2017) o mercado quer que o brasileiro trabalhe mais e ganhe menos com os planos de previdência do governo. A economia do Brasil está virando a esquina e os investidores adoram isso. Os políticos podem achar que escaparam de uma recessão prolongada. Em caso afirmativo, sem uma crise econômica pairando sobre suas cabeças como a última grande reforma, onde estão os incentivos para os políticos reduzirem seus benefícios novamente? "Ou eles vão perder ou vão inventar algo que preserve o que eles ganham agora". Um dos principais pontos é aumentar a idade de aposentadoria de homens e mulheres para 65 e fazer com que os servidores públicos tenham que trabalhar 40 anos para receber sua pensão integral, acrescentando 10 anos para as mulheres e 5 para os homens pela legislação em vigor. A questão é se Bolsonaro teve apoio no Congresso para fazer isso. Enquanto o governo considera a reforma essencial para que a economia brasileira retome o crescimento, os críticos dizem que os trabalhadores nem mesmo poderão usufruir da aposentadoria como nas regiões mais pobres, a expectativa de vida não ultrapassa os 65 anos.

Algumas pessoas argumentam que o déficit previdenciário não existe - ou que é resultado de desonerações fiscais - outras, que não só existe, mas é uma realidade de longa data que supera inclusive a crise econômica em curso no país (Fatorelli, 2019). Apesar da análise contrastante, fatores como o envelhecimento da população parecem aumentar a pressão no sentido de uma reforma responsável por choques políticos, demográficos e econômicos. No entanto, mesmo entre aqueles que concordaram com a necessidade de mudança, não houve consenso sobre como a reforma deveria acontecer.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE

Uma lei é inconstitucional, quando se mostra incapaz resguardar o direito adquirido do cidadão, bem como as garantias fundamentais, previstas no artigo 5º da Constituição Federal/1988 e, ainda, ferir claramente princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico. Não obstante, a Emenda. 103/2019 elenca em seu artigo 25, § 3º: "pelo seguro obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias".

Ou seja, buscando assolar as aposentadorias daqueles já assegurados, que já haviam sido concedidas com contagem especial de tempo. Além disto, os princípios norteadores do nosso ordenamento foram infringidos e desrespeitados, senão vejamos:

Para Junior (1999) primeiramente, temos o princípio da Isonomia, que se caracteriza por: "Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades". A ONU (2017) no mesmo tocante, temos ainda, o princípio da Dignidade da pessoa humana, que posiciona: "O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor universal da Constituição do Estado Democrático de Direito, assegurando que todas as pessoas são iguais perante a Lei".

Considerando o teor dos princípios apontados, levanta-se a seguinte indagação; quando realizamos uma reforma previdenciária, que muda toda a expectativa dos cidadãos frente ao contexto social e econômico do país estamos dando a todos um tratamento igualitário e assegurando o direito de todos, conforme aponta os princípios vigentes?

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019 podemos observar que a resposta para o questionamento anterior é, não. Há, inclusive, inúmeras críticas e questionamentos em desfavor desta.

Podemos mencionar aqui a "ADI 6367, proposta pela Unafisco Nacional, onde em seus pareceres elencavam a total ausência de consonância da EC 103/2019 com os princípios que regem nossa Constituição Federal. A ADI 6367 ainda está instruída com o parecer do professor livre-docente pela Unicamp Pedro Paulo Zahlut Bastos, que demonstrou cabalmente a inconsistência das argumentações do governo federal no sentido de que há desequilíbrio econômico-financeiro prévio à edição da EC103/2019, a justificar a reforma da Previdência."

4- OS REFLEXOS DA REFORMA NA DESIGUALDADE SOCIAL

Na visão de Teixeira (2019) levando em consideração as reflexões anteriores, parece claro, sob nossa visão, que a questão moral de 'como a sociedade deve recompensar seus empregados?' deve estar alinhado com estes três princípios:

1. Garantir proteção com cobertura adequada, sem deixar ninguém para trás.
2. Garantindo um nível de suficiência dos benefícios concedidos.
3. Moldar um sistema financeiramente sustentável.

Ignorar qualquer um deles criaria um desequilíbrio e, em última análise, todo o objetivo de conceder proteção social se esvai. Reparar falhas mecânicas sem ligar o motor, no caso do Brasil, significava chegar a esse desequilíbrio. Repensar e redefinir os marcos institucionais - como o do Chile parece estar caminhando para - e não isolar o trabalho

dos lucros da empresa e os gastos públicos da realização dos direitos são partes necessárias da longa jornada que temos pela frente (Hernandez et al, 2019).

Pinto (2019) menciona que um dos motivos contra a reforma está na proposta de um novo cálculo para o "salário de benefício". Basicamente, esse é o cálculo inicial para a grande maioria dos benefícios da previdência social - ou seja, vai influenciar a renda final que o trabalhador receberá. Assim, enquanto na regra atual o cálculo do salário médio usa as maiores contribuições dos trabalhadores de 80% desde julho de 1994, pela regra proposta pela PEC o cálculo do salário médio seria de todos os salários dos trabalhadores desde 1994. Isso significa que haveria um risco que a média seria "puxada para baixo" ao não excluir as contribuições menores. Ainda assim, pela proposta, a aposentadoria integral só seria possível para as mulheres após agregar 35 anos de contribuição e para os homens após completarem 40 anos de contribuição.

De acordo com Vianna (2018) aqueles contra o Novo Bem-Estar argumentam que a reforma não acabará com os privilégios que promete. Isso porque se argumenta que as novas taxas não atingem de fato os mais ricos. No setor privado, pretende-se ampliar as faixas de renda e aumentar as contribuições. Isso significa que entre R \$ 3.000 a R \$ 5.839,45, a última faixa de renda imporá uma alíquota parcial de 14% em vez de 11% sobre todo o salário. Em termos reais, como mostra a calculadora da taxa federal, quem ganha R \$ 5.839,45 pagaria uma taxa efetiva de 11,69% - ou seja, R \$ 682,55 - pela proposta de reforma. Pela regra atual, quem ganha R \$ 5.839,45, paga 11% de contribuição - R \$ 642,34. Assim, aqueles que se opõem à reforma argumentam que tais mudanças não afetariam os verdadeiros privilégios do Brasil - ou seja, os super-ricos. Nas mudanças no setor público.

Para os que se opõem à reforma da Previdência, a proposta do governo de estabelecer a idade mínima como único critério para a aposentadoria desconsidera as diferentes expectativas de vida no Brasil. Por exemplo, enquanto estados como São Paulo, Distrito Federal, Espírito Santo e Rio Grande do Sul têm expectativa de vida média de 77 anos, em outros estados como Rondônia, Roraima, Alagoas, Piauí e Maranhão a média é de 70 anos. Nesse sentido, a idade mínima de 62 anos para as mulheres e 65 para os homens proposta pelo atual governo é muito alta e próxima da expectativa média de vida de alguns estados. Além disso, aumentar o tempo mínimo de contribuição para 20 anos para os homens é desconsiderar a realidade brasileira - marcada pelo trabalho informal, principalmente para pessoas com menor escolaridade e renda - e dificultar o acesso à aposentadoria.

Para Franco (2019) hoje outro argumento contra a reforma da previdência também é uma questão de desigualdade de gênero. Ao contrário do que se afirma, aumentar a idade mínima de aposentadoria das mulheres é desconsiderar a jornada dupla - até tripla - que enfrentam. Como regra geral, a idade mínima das mulheres aumentaria de 60 para 62 anos. Para os trabalhadores rurais, a idade mínima mudaria de 55 para 60 anos. Ainda, nas categorias de professores, a proposta da Previdência Social aumenta em sete a idade mínima das mulheres. Segundo o IBGE, em 2018, as mulheres trabalhadoras gastavam em média 8,2 horas semanais a mais do que os homens no trabalho doméstico. Além disso, de acordo com dados da Pnad do quarto trimestre de 2018, 47% das mulheres no mercado de trabalho não estão cadastradas - o que dificulta as contribuições previdenciárias.

Esses problemas financeiros são ainda mais intensificados pelos generosos benefícios concedidos a pessoas físicas no setor público. O sistema previdenciário brasileiro tem dois regimes diferentes: um para funcionários do setor privado e outro para ex-funcionários do setor público. Em 2016, embora apenas 3,2 por cento de todos os beneficiários de pensões fossem ex-funcionários do setor público, eles representavam 34 por cento do déficit total. Em média, aproximadamente um milhão de pensionistas do setor público recebiam R \$ 8.695 por mês, enquanto 30 milhões de pensionistas do setor privado recebiam R \$ 1.339 por mês, uma disparidade significativa. Além disso, esse sistema beneficia desproporcionalmente a elite brasileira e a classe média alta, uma vez que os beneficiários dos fundos de pensão do setor público incluem ex-políticos, militares e funcionários do governo. Um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) mostrou que 63% dos entrevistados concordam que os funcionários públicos e privados devem ser regulamentados pelas mesmas leis.

Nesse sentido, Cassar (2017) cita que a desconsideração dessas desigualdades também repercute em outro ponto crítico da reforma: a idade mínima. Ao afirmar que os trabalhadores urbanos devem contribuir pelo menos até os 65 anos, no caso dos homens, e 60, no caso das mulheres, fica claro que o componente da desigualdade social foi deixado de lado. Só para ilustrar a profundidade do problema, dentro de São Paulo - a cidade mais rica do Brasil, capital do seu estado mais rico - a idade média de morte na Cidade Tiradentes, um bairro pobre, é de 57,3 anos, enquanto em Moema, uma das mais ricas, é 80,57 (Rede Nossa São Paulo, 2019).

A distância física entre os bairros é inferior a 30 km. Além do evidente absurdo da defasagem de mais de 23 anos, esses números nos mostram que a maioria da população de Cidade Tiradentes não conseguirá se aposentar, mesmo que tenham trabalhado desde

a infância. Essas perspectivas são ainda mais dramáticas quando enfrentamos cidades pobres em regiões pobres.

Nesse sentido, a desconsideração dessas desigualdades também repercute em outro ponto crítico da reforma: a idade mínima. Ao afirmar que os trabalhadores urbanos devem contribuir pelo menos até os 65 anos, no caso dos homens, e 60, no caso das mulheres, fica claro que o componente da desigualdade social foi deixado de lado.

Com essas informações, uma conclusão é clara: aumentar o tempo mínimo de contribuição sem novas políticas para transformar essa realidade significa uma exclusão ainda mais profunda (e desigual) dessa medida de proteção social. A grande questão da extrema ortodoxia e da agenda de austeridade é que, quando alguém tira tijolos defeituosos de uma parede sem a cautela de substituí-los, eventualmente tudo desmorona.

5- MÉTODO PREVIDENCIÁRIO DE OUTROS PAÍSES

Na maioria dos países, as regras que regem os sistemas previdenciários públicos e privados são diferentes, assim como os procedimentos de contratação e os contratos de trabalho. Os mandatos dos funcionários públicos são mais longos e seus salários, em geral, mais altos. Nesse sentido, as reformas previdenciárias afetarão não apenas a decisão de deixar a força de trabalho, mas também a escolha de qual setor trabalhar.

Na Europa, o envelhecimento da população tem pressionado os gastos com pensões, ameaçando a sustentabilidade dos sistemas de pensões. Os países responderam e responderam com vigor. Nas últimas três décadas, as reformas previdenciárias sistêmicas foram introduzidas gradualmente em muitos países, incluindo Itália (1995), Suécia (1998), Áustria (2005) e Finlândia (2005). Ainda assim, foi a crise global que desencadeou uma avalanche de reformas. Enquanto no início da Crise Global os gastos com pensões na Europa já estavam projetados para aumentar em cerca de 4% do PIB a longo prazo, a Crise Global e a crise da dívida europeia tornaram os desequilíbrios nos sistemas de pensões mais evidentes e urgentes levando a triplicar o número de medidas tomadas em relação às duas décadas anteriores (Carone et al. 2016).

É importante ressaltar que as reformas não trataram as gerações de maneira equitativa, muitas vezes reduzindo os direitos de aposentadoria para as gerações mais jovens, ao mesmo tempo que poupava as que estavam dentro ou perto da aposentadoria.

Quando os efeitos da Crise Global e da crise da dívida europeia se dissiparam, as reformas perderam força. As pressões políticas aumentaram para não 'seguir o discurso

anterior', levando a reversões de políticas em muitos países, desfazendo parcialmente os ganhos anteriores (OCDE 2019). Essas reversões podem ser facilitadas por longos períodos de transição característicos da maioria das reformas que podem sufocar a implementação (Kohli e Arza 2011). A reversão do ímpeto das reformas também se reflete nas projeções do Relatório de Envelhecimento de 2021 (Comissão Europeia 2021), onde em vários países as mudanças relacionadas às políticas contribuem para um aumento nos perfis de gastos.

A pandemia COVID-19 aumentou os riscos de sustentabilidade dos sistemas de pensões e ampliou ainda mais os desequilíbrios geracionais ao afetar desproporcionalmente a população jovem e em idade ativa em comparação com os aposentados - um padrão que repete a experiência de períodos de crise anteriores (Chen et al. 2018). Esse ambiente socioeconômico em mudança exige um diagnóstico claro da sustentabilidade e da equidade das pensões de acordo com as políticas atuais e exige mais do repensar do desenho e da combinação dos sistemas de pensão e de bem-estar.

Em um estudo recente (Fouejieu et al. 2021), propomos uma estrutura que permite a avaliação das reformas previdenciárias com foco na sustentabilidade, justiça e equidade intergeracional. A peça central é a medida de proporcionalidade (PM), motivada por Knell (2005), que permite comparar a relação entre o valor presente dos benefícios de pensão e o valor presente das contribuições de pensão ao longo do tempo para cada coorte. Ao definir a taxa de desconto igual ao crescimento do PIB, o PM pode ser expresso como a razão (não descontada) da soma dos benefícios para a soma das contribuições, ambos como porcentagem do PIB.

Definido dessa forma, o PM é um medidor de justiça atuarial, comparando as contribuições feitas durante a vida ativa e os pagamentos recebidos na aposentadoria. Para uma coorte, um sistema de pensões atuarialmente justo produziria um PM igual a um, ou seja, os benefícios são totalmente compensados por contribuições, enquanto um PM acima de um refletiria um sistema que fornece mais benefícios do que o que recebe em contribuições. Um sistema seria sustentável se o valor atual descontado das contribuições fosse pelo menos igual ao valor atual descontado dos benefícios em todas as coortes, o que se mantém quando o PM é menor ou igual a um.

O PM também vincula a sustentabilidade do sistema de pensões à equidade ao longo das gerações. Uma PM constante entre as coortes sinaliza um sistema de pensões em que todas as coortes são tratadas igualmente, garantindo assim a equidade intergeracional.

Aplicamos essa estrutura a três safras das projeções do *Aging Report*: a safra de 2009, que exclui extensas reformas implementadas após a Crise Global; a safra de 2018, que em grande parte capta o impacto dessas reformas; e a safra 2021, que nos permite discutir as reversões das reformas nos anos mais recentes. Antes da Crise Global (com base no Relatório de Envelhecimento de 2009), os sistemas de pensões na Europa não eram atuarialmente justos nem sustentáveis: uma PM média da ordem de dois para os aposentados atuais e futuros indica que os aposentados recebiam benefícios equivalentes a cerca de duas vezes as suas contribuições em termos de valor presente.

A PM média estimada usando as projeções do Relatório de Envelhecimento de 2018 cai para quase 1,5 no longo prazo, embora permaneça praticamente inalterada para os aposentados atuais, um testemunho do impacto das reformas adotadas após a crise global, que trouxe as pensões a meio caminho de alcançar a sustentabilidade de longo prazo. Por último, o PM médio de longo prazo com base nas projeções do Relatório de Envelhecimento de 2021 é de 1,7, apontando para o impacto das reversões juntamente com outros fatores que deterioraram a sustentabilidade em comparação com 2018, incluindo reversões de aumentos anteriores na idade de aposentadoria, suspensões de fatores de sustentabilidade, e o papel crescente dos sistemas públicos de pensões na Europa emergente.

No futuro, as reformas devem ter como objetivo mais progresso em direção à sustentabilidade e não apenas às custas das gerações mais jovens. Apelar para princípios compartilhados de justiça e equidade entre as gerações, espalhar o ajuste de forma mais equitativa por todas as gerações é fundamental para promover uma maior aceitabilidade política (Kohli e Arza 2011).

As reformas devem observar longos períodos de integração progressiva que, ao mesmo tempo que dão aos indivíduos e famílias tempo para se adaptarem, aprofundam as divisões intergeracionais, apresentando riscos para sua implementação futura. O fortalecimento das ligações entre as contribuições e os benefícios, por exemplo, estabelecendo ajustes de benefícios ou contribuições em níveis atuarialmente neutros, também minimizaria as distorções no trabalho à medida que os mercados de trabalho continuassem a se recuperar. Onde as pensões sociais, básicas, mínimas ou outras pensões específicas estão em vigor para fornecer alívio da pobreza,

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo mostra que a reforma previdenciária retira direitos sociais e concentra renda no Brasil, um dos países mais desiguais do mundo. Uma das regras dessa reforma é

elevantar o tempo mínimo de contribuição de 15 para 25 anos, o que retirará o acesso à previdência pública de grande parte da população que trabalha parte da sua vida no mercado informal. Por fim, as reformas não visam recuperar a economia, mas transformar o Estado brasileiro, retirando sua capacidade de promover políticas sociais e de induzir o crescimento. É uma nova onda de neoliberalismo, com a diferença que o 'consenso neoliberal' acabou, e as medidas agora estão sendo impostas de forma autoritária.

O Brasil está atravessando um período de crescente autoritarismo, e a reforma da previdência pública se insere nesse contexto. Um governo ilegítimo apresentou um conjunto de reformas não apenas impopulares, mas antidemocráticas, pois desmonta o pacto social firmado na Constituição de 1988. Esse conjunto de reformas atende às demandas de uma minoria da população, cujos interesses são defendidos pela mídia e por um pequeno grupo de economistas que buscam criar falsos consensos.

As desigualdades sociais devem ser trazidas para o centro do debate não só para garantir um sistema mais sustentável, mas para lembrar a base fundamental do regime de pensões de velhice: garantir o bem-estar das pessoas que atingiram a velhice após uma vida inteira de trabalho. Além disso, o único caminho para alcançar um sistema de pensões justo e inclusivo é concebê-lo sob a perspectiva dos direitos.

Além do absurdo de aprofundar a exclusão em vez de mitigá-la, a reforma, em si mesma, insustentável. Ampliar o número de idosos que não terão seguro do Estado significará um aumento drástico da dependência, uma "passiva social" com dois caminhos prováveis: ou se tornará à força um "passivo financeiro", e o Estado terá que moldar programas de assistência, ou haverá "convulsão social".

REFERÊNCIAS

CARONE, G, P Eckefeldt, L Giamboni, V Laine e S Pamies Sumner, (2016), **Reformas das pensões na UE desde o início de 2000: Conquistas e desafios à frente**, European Economy Discussion Paper 42, Comissão Europeia.

CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CHEN, T, JJ Hallaert, A Pitt, H Qu, M Queyranne, A Rhee, A Shabunina, J Vandenbussche e I Yackovlev (2018), **Desigualdade e Pobreza entre Gerações na União Europeia**, Nota para Discussão da Equipe do FMI 18/01

CUNHA, Ana Rita. **A Situação da Previdência Social em 6 Gráficos**. Aos Fatos, São Paulo. 2019, p 2. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/noticias/a-situacao-daprevidencia-social-em-6-graficos/>. Acesso em: 29 de set. 2020.

FOUEJIEU, A, A Kangur, S Romero Martinez e M Soto (2021), **Pension Reforms in Europe: How Far Have We Come and Gone?** Documento Departamental do FMI 21/16.

FRANCO, Alex Pereira. **Reforma da Previdência Social: O Estado Contemporâneo e a Reconfiguração do Sistema Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2019.

HERNANDEZ, D. e Gigova, R. (2019) **Chile deposita esperanças em uma nova constituição '100% democrática' para acabar com protestos mortais**, CNN. 15 de novembro de 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2006.

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. 5ª ed. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2005.

JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KOHLI, M e C Arza (2011), **The Political Economy of Pension Reform in Europe**, em RH Binstock e LK George (eds), Handbook of Aging and the Social Science, 7ª ed., Academic Press.

MARQUES, João Pedro. **Dano estético e responsabilidade civil**. Ed. Constante. Rio de Janeiro 2018.

OCDE (2019), Pensions at a Glance 2019: OCDE and G20 Indicators , OECD Publishing.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 25 Agosto 2021.

PINTO, Sabrina Bonfim de Arruda. **Direito Previdenciário: Argumentos Econômicos e Sociais no Âmbito do Direito Fundamental à Previdência Social**. Curitiba: Juruá, 2019.

SANTOS, C. H. M., et all (2017). **A dinâmica do déficit dos regimes próprios de previdência dos estados brasileiros nos anos 2006-2015**.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social.** Leme: Imperium, 2019.

VIANNA, M. L. W. (2018). **A nova política social no Brasil: uma prática acima de qualquer suspeita teórica.** Praia Vermelha, Rio de Janeiro, (18), 120-144.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RESSIGNIFICAÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

AISLAN ARLEY PEREIRA DE ALVARENGA:

Graduado em Direito pela PUC/MG, pós-graduado em Direito Notarial pela Universidade Gama Filho/RJ, ex-Procurador do Município de Contagem/MG, Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal.

Resumo: O presente ensaio realiza breve análise acerca do papel do Supremo Tribunal Federal como árbitro federativo e a importância da atuação da Corte na definição dos contornos da federação brasileira. Examina-se a alteração jurisprudencial, no contexto da pandemia da Covid-19, da orientação da Corte na direção a uma maior descentralização federativa e pontua-se a necessidade de se proceder, ao longo dos próximos anos, ao acompanhamento dos julgados da Corte em conflitos federativos a fim de se aferir, se após a pandemia, a Corte tenderá a uma maior descentralização federativa.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. COVID-19. Federalismo. Conflitos Federativos. Descentralização.

I - INTRODUÇÃO

“Lembro à Nação que, por decisão do STF, as ações de combate à pandemia (fechamento de comércio e quarentena p. ex.) ficaram sob total responsabilidade dos governadores e dos prefeitos”. Estas são palavras do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, publicadas em 8 de junho de 2020, em sua conta oficial do Twitter⁶, que demonstram a compreensão do chefe do Poder Executivo acerca das decisões da Suprema Corte brasileira que reconheceram a autonomia dos entes subnacionais para a implementação de ações relacionadas ao enfrentamento da pandemia.

Segundo avaliação da Organização das Nações Unidas - ONU (2020), a pandemia da Corona Virus Disease 2019 (COVID-19), declarada em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde - OMS, trata-se da crise mais desafiadora que o mundo enfrenta desde a Segunda Guerra Mundial. Embora a ciência ainda não tenha logrado definir a origem real do vírus causador da síndrome respiratória (Sars-COV-2), a cidade chinesa de Wuhan foi apontada como o primeiro local de reporte do surto, em

⁶ BOLSONARO, Jair M. “Lembro à Nação que, por decisão do STF, as ações de combate à pandemia (fechamento de comércio e quarentena p. ex.) ficaram sob total responsabilidade dos governadores e dos prefeitos.”. Disponível em: <https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1269942255298777095?s=20.08> de junho de 2020. Acesso em: 14 maio 2021.

dezembro de 2019. A partir de então, a disseminação mundial se deu em escalada desenfreada⁷.

Lilia Schwarcz (2020, p. 13) aduz que o século XXI começa, de fato, nesta pandemia⁸. O ano de 2020 precipitou uma ruptura na dinâmica de funcionamento das sociedades contemporâneas, de forma que mudanças que as sociedades levariam décadas para implementar tiveram que ser praticadas em meses. Ao se observar a tendência de mudanças decorrentes da pandemia - o que se convencionou a nominar de 'novo normal' -, percebe-se que tais alterações também podem ser constatadas na própria dinâmica das instituições públicas brasileiras.

Neste período de pandemia, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a julgar diversas demandas relativas ao enfrentamento da crise sanitária, assumindo papel central de mediador de conflitos políticos e jurídicos. Conforme dados da Corte (2021) constantes do Painel de Ações da COVID-19, até 14 de maio de 2021, o Tribunal recebeu 8.476 ações relacionadas ao tema e proferiu 10.583 decisões referentes à pandemia. Dentre as causas julgadas, destacam-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI's 6341, 6343 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 672 (BRASIL, 2020a, 2020b, 2020c), nas quais, o STF9, em oposição à sua predominante jurisprudência de centralização federativa, assegurou a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a execução de medidas relacionadas ao combate do novo coronavírus.

A federação brasileira¹⁰, formada a partir da desagregação de um Estado unitário (movimento centrífugo), em sua arquitetura constitucional vigente, atribui à União

7 Conforme dados de 14 de maio de 2021, o mundo conta com 156.077.747 infectados e 3.256.034 mortos; e o Brasil com 15.433.989 infectados e 430.417 mortos (GOOGLE NOTÍCIAS, 2021).

8 Neste ponto, cabe rememorar o pensamento do historiador britânico, Eric John Ernest Hobsbawm, que, em sua obra *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*, semelhantemente, propôs como início do século XX a eclosão Primeira Guerra Mundial (HOBBSAWM, 1995, p. 14).

9 Com relação à atuação do STF no cenário da pandemia, durante debate promovido pela TV Conjur, do sítio Consultor Jurídico, manifestou o Ministro Alexandre de Moraes que "[...] o Supremo Tribunal Federal se coloca como um obstáculo a mais contra eventual desrespeito ao federalismo brasileiro [...]". (EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO, 2020).

10 Segundo Baracho (1986, p. 13), o federalismo, como conceito ou forma de organização, nasceu com a Constituição norte-americana de 1787. Sua teorização é atribuída a James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, autores de *The Federalism Papers*. O Federalismo expressa-se na livre unificação de totalidades políticas diferenciadas, fundamentalmente, com os mesmos direitos, que são unidas para colaboração comum (HESSE, 1998, p. 180-181). Georg Jellinek define o Estado federal como um Estado soberano, composto por uma pluralidade de Estados cujo poder estatal é proveniente de seus Estados-membros unidos em uma unidade estatal (JELLINEK, 1949, p. 290). Bonavides, por sua vez, ensina-nos que a autonomia dos entes e a participação na formação da vontade federal são elementos indissociáveis a qualquer sistema federativo (BONAVIDES, 2000, p. 224). A multiplicidade de Federações existentes

significativo número de competências exclusivas e privativas, evidenciando o caráter centralizador do federalismo nacional (SOUZA, 2008, p. 815). A Constituição Federal (CF) de 1988, embora tenha tentado promover maior descentralização, conservou nas mãos da União a maior parte das competências e dos recursos necessários à concretização da autonomia (MORBIDELLI, 1999, p. 177).

O desenho federativo - se mais ou menos centralizado -, para além da divisão constitucional de competências, depende da linha e dos padrões seguidos pela Suprema Corte no exercício de sua função de "guarda da Constituição" (DALLARI, 2019, p. 43). Para Kenneth Clinton Wheare (1953, p. 62), de tempos em tempos, as Cortes ou instituições que decidem os conflitos federativos são apontadas como fomentadoras do poder central. No caso brasileiro, o STF, de acordo com o que indicam a quase totalidade¹¹ dos estudos realizados acerca do tema, tende a adotar postura centralizadora quando do julgamento de conflitos federativos¹². Os próprios ministros da Corte, por várias vezes, em votos ou manifestações públicas, reconhecem a inclinação jurisprudencial centralizadora e apregoam a necessidade de uma alteração do posicionamento do Tribunal, de modo a revalorizar a autonomia dos entes subnacionais¹³.

dificulta a tarefa de elencar as características essenciais do Estado Federal, porém é possível identificar, ao menos, quatro atributos basilares: i) repartição de competências; ii) autonomia política das unidades federadas; iii) participação dos membros nas decisões da União; e iv) atribuição de renda própria às esferas de competência (LEWANDOWSKI, 2018, p. 18). Barroso (2006) destaca que os entes federativos estabelecem entre si relações que não têm a marca da hierarquia, mas, sim, do desempenho por legitimação própria das funções constitucionalmente assinaladas. Ainda na caracterização da federação, cabe mencionar a necessidade da existência de um Tribunal que possa dirimir os conflitos federativos (TOCQUEVILLE, 2005, p. 169). Nas palavras de Kelsen: "[...] não é excessivo afirmar que a ideia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional [...]" (KELSEN, 2003, p. 182). No caso brasileiro, a Constituição Federal, no art. 102, I, f, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a função de árbitro federativo.

¹¹ Letícia Antunes Tavares (2019, p. 235), em artigo "A tendência contemporânea do federalismo no Brasil de acordo com o Supremo Tribunal Federal", com base no julgado da ADI 4060, aponta tendência do STF em abandonar sua jurisprudência predominantemente centralizadora.

¹² Dentre os estudos que apontam a postura centralizadora do STF, destacam-se: (HORNBACH, 2003, p. 02-12); (MAUÉS, 2005, p. 65-85); (RANIERE, 2008, p. 183-202); (MARTINS, 2019); (BENVINDO; COSTA, 2016); (BERCOVICI, 2008, p. 1-18); (BZDERA, 1993, p. 03-29); (MACEDO, 2018); (CANELLO, 2016); (OLIVEIRA, 2009, p. 223-250).

¹³ A título de exemplo, no julgamento da ADI 4060 (BRASIL, 2015), o Ministro Luiz Fux, em seu voto, asseverou que "[...] a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, muitas vezes, beirando o federalismo meramente nominal [...]" (p. 7-8), sendo, segundo o Ministro, um dos fatores para tanto, "[...] a contundente atuação do STF ao exercer o controle de constitucionalidade especialmente aquele inspirado no princípio da simetria e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União [...]" (p. 8). Em outras oportunidades, manifestaram-se acerca da postura centralizadora do STF:

II - O STF COMO ÁRBITRO FEDERATIVO E SUA ATUAÇÃO NO CONTEXTO DA PANDEMIA

O STF ocupa um papel primordial no federalismo brasileiro ao julgar conflitos constitucionais entre entes federados, nos quais está em jogo a adjudicação de limites aos poderes da União, dos Estados e dos Municípios (OLIVEIRA, 2009, p. 225). O estudo e o acompanhamento da atuação da Suprema Corte na mediação de conflitos federativos, bem como a comparação com outras realidades constitucionais, mostram-se relevantes para a compreensão do funcionamento do sistema federativo brasileiro. Alterações no comportamento da Corte no julgamento de conflitos federativos impactam diretamente o arranjo federativo estatal (HORTA, 1990, p. 88-89).

Desde *The federalist papers* e as respectivas ponderações de Alexander Hamilton (arts. 78 a 83), já se vislumbrava a essencialidade da existência de uma Suprema Corte independente e imparcial para a preservação do texto constitucional e, conseqüentemente, para o resguardo e a conformação do arranjo federativo. Hamilton (1787) mencionava a importância do sistema de freios e contrapesos ao destacar que “[...] os Tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder [...]”.

Nicholas Aroney e John Kincaid (2016), em “*Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*”, examinam a realidade de treze Tribunais de federações distintas¹⁴, observando se as respectivas Cortes possuem inclinação à centralização ou à descentralização federativa e os fatores que induzem tais posicionamentos relativamente a cada um dos treze países estudados. Bernard Schwartz (1984), em “*O Federalismo Norte-americano Atual*”, enfatiza que as Cortes, como árbitros das disputas constitucionais, possuem papel potencialmente relevante a fim de fiscalizar a distribuição e partilha de poderes. Sustenta que, na medida em que os Tribunais são independentes e investidos do dever de preservar e aplicar a Constituição, são instados a manter a distribuição constitucional de poderes contra forças políticas empenhadas, alterando essa distribuição em uma direção mais centralista ou descentralista.

O Min. Luís Roberto Barroso, na ADI 3165; o Min. Ricardo Lewandowski, na ADI 3359; e o Min. Edson Fachin, na ADI 825.

¹⁴ Nicholas Aroney e John Kincaid (2016) analisam a atuação dos Tribunais dos seguintes países: Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Etiópia, Alemanha, Índia, México, Nigéria, África do Sul, Espanha, Suíça e Estados Unidos. Na referida obra, com relação a cada país trabalhado, são delineadas as principais características constitucionais, estruturais e históricas de seu sistema federal; explicado o status constitucional e institucional de seus sistemas judiciais; e discutida a jurisprudência do federalismo do respectivo Tribunal Superior.

Nas palavras de Vanessa Elias Oliveira “[...] importante questão vem escapando aos olhos dos estudiosos do federalismo, em que pese a sua relevância para a compreensão do funcionamento das federações: o papel do Judiciário nestes sistemas [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 225). Segundo a professora, observa-se da literatura jurídica nacional que o papel do Poder Judiciário na configuração do federalismo é tema pouco explorado academicamente.

Durante a condução da pandemia, houve no Brasil grande conflito de competências entre a União e os entes subnacionais com relação à escolha das medidas a serem adotadas para o enfrentamento da crise de saúde pública instalada. No âmbito das Américas, em especial, no México e nos Estados Unidos da América (EUA), de forma semelhante, vivenciou-se no período significativos conflitos entre o Poder Central e os entes federados relativamente às escolhas das políticas para a mitigação dos efeitos da pandemia¹⁵.

O STF, ao assegurar nas ADI’s 6341, 6343 e ADPF 67216 a autonomia das unidades federativas para a condução de ações ao combate à COVID-19, alterou o rumo de sua jurisprudência centralizadora. A partir das mencionadas decisões, o Presidente da República, por diversas vezes, manifestou-se no sentido de que a Suprema Corte brasileira o teria impedido de adotar medidas no combate à COVID-19 (PARAGUASSU, 2020; SOARES, 2021). No âmbito do direito comparado, merecem destaque as crises federativas ocorridas no México (NÁJAR, 2020) e nos EUA (ALONSO, 2020), onde governadores formaram alianças para adoção de medidas dissonantes das propostas pelo Poder Executivo federal. Vivemos em um período histórico que será objeto de inúmeros estudos pelas gerações que nos sucederão (SAYURI, 2020).

¹⁵ No caso brasileiro, desde o início da crise sanitária, o Poder Executivo federal adotou postura negacionista quanto à gravidade da pandemia, apostou em tratamentos precoces sem comprovação científica, criticou medidas de quarentena e isolamento social, o que gerou conflitos com vários governadores e prefeitos (G1, 2021). No México, os governadores componentes da ‘Alianza Federalista’ opuseram-se ao governo federal sob a crítica de o ente central conduzir unilateralmente à crise e não estabelecer ações substanciais para enfrentamento da pandemia (EL UNIVERSAL, 2020).

Nos Estados Unidos, durante o ano de 2020, o presidente em exercício, de forma semelhante ao ocorrido no Brasil, negou a gravidade da doença, e governadores deixaram de observar diversas recomendações da Casa Branca por reputar que colocariam vidas em risco (BRAUN, 2020).

¹⁶ Embora a Suprema Corte brasileira tenha julgado demandas posteriores relativas à pandemia, as primeiras decisões relevantes, proferidas no início da crise, que demonstraram a orientação do Tribunal, foram as proferidas nas ADI’s 6341, 6343 e ADPF 672, que resguardaram a competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para adoção de medidas de enfrentamento ao novo coronavírus (BRASIL, 2020a, 2020b, 2020c).

Por certo, o posicionamento da Suprema Corte - tão enfático e contrário à sua tendência histórica -, ao assegurar autonomia dos entes federativos para adoção de medidas de combate à crise deve ser observado e acompanhado em julgados futuros, a fim de se aferir se servirão como divisores de águas na jurisprudência, até então, centralizadora da Corte.

III - CONCLUSÕES

Diante alteração no entendimento centralizador da federação da Suprema Corte, merece atenta observação, além do contexto político em que foram proferidas mencionadas decisões, se, a partir delas, há tendência de mudança da jurisprudência centralizadora do STF. Em outras palavras, importante é o questionamento se a alteração do entendimento de centralização federativa do STF, durante a pandemia, foi apenas circunstancial ou se está diante de uma virada jurisprudencial?

Como respostas ou hipóteses para a discussão de tais indagações pode-se cogitar: i) O STF tende a alterar sua jurisprudência em conflitos federativos no sentido de maior descentralização, a partir da crise sanitária vivenciada; ii) O STF adotou uma jurisprudência circunstancial: alterou seu entendimento com o objetivo principal de fazer valer as políticas públicas das unidades federativas subnacionais que a Corte reputava mais adequadas que as propostas pelo governo federal; e, iii) O STF adotou uma jurisprudência circunstancial: alterou seu entendimento para frear a inclinação arbitrária e negacionista do Presidente da República, fazendo valer o sistema de freios e contrapesos nacional.

Todavia, a pertinente análise acerca da alteração da jurisprudência centralizadora deverá ser feita nos próximos anos por meio de estudos empíricos, porquanto, neste momento de concomitância da crise, inviável se torna a observância segura de tendências de alteração jurisprudencial da Corte. Por certo, mostra-se necessário um recorte temporal razoável após o término da crise sanitária, a fim de se aferir com maior segurança 'o que ficou' após a Pandemia. A observação - em futuro próximo - dos julgados da Corte em conflitos federativos, ao longo do tempo, será muito importante para a constatação de uma possível tendência a maior descentralização federativa pelo STF, no momento posterior à pandemia.

Referências

ALONSO, Lucas. Em conflito com governadores e especialistas Trump briga para reafirmar autoridade. Folha/UOL, São Paulo, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/em-conflito-com-governadores-e-especialistas-trump-briga-para-reafirmar-autoridade.shtml>. Acesso em: 14 maio 2021.

ARONEY, Nicholas; KINCAID, John. Introduction. In: ARONEY e KINCAID (Org.). Courts in federal countries: federalists or unitarists? Toronto, Canada: University of Toronto Press, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. Juliano. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 14 maio 2021.

BERCOVICI, Gilberto. O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. Revista Jurídica, v. 10, n. 90, p. 1-18, Ed. Esp, 2008.

BOLSONARO, Jair M. "Lembro à Nação que, por decisão do STF, as ações de combate à pandemia (fechamento de comércio e quarentena p.ex.) ficaram sob total responsabilidade dos governadores e dos prefeitos". Brasília, 8 de junho 2020. Twitter: @jairbolsonaro. Disponível em: <https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1269942255298777095?s=20>. 08 de junho de 2020. Acesso em: 14 maio 2021.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 6341/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da

República. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 mar. 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 6343/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro: Marco Aurélio, 24 mar. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 672/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República, Ministro de Estado da

Economia. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 8 de abril de 2020c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4060/SC. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - Confenem. Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina, Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux, 25 de fevereiro de 2015.

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8340395>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Painel de Ações Covid-19. STF, Brasília, 14 maio 2021. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 14 maio 2021.

BRAUN, Julia. Covid-19: governadores, comerciantes e até republicanos desafiam Trump. Veja, [São Paulo], 16 jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/covid-19-governadores-comerciantes-e-ate-republicanos-desafiam-trump>. Acesso em: 14 maio 2021.

BZDERA, André. Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Canadá, v. 26, n. 1. mar., p. 3-29, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

EL UNIVERSAL. 10 gobernadores amagan a AMLO con ruptura. *El Universal*, México, 27 out. 2020. Disponível em: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/10-gobernadores-amagan-amlo-con-ruptura>. Acesso em: 14 maio 2021.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Covid-19: Moraes diz que STF dificulta descumprimento do federalismo. Agência Brasil, Brasília, 18 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-05/moraes-diz-que-stf-e-obstaculo-ao-descumprimento-do-federalismo>. Acesso em: 14 maio 2021.

G1. Doria e Bolsonaro trocam acusações sobre colapso em Manaus. G1 SP, São Paulo, 15 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/01/15/doria-fale-em-genocidio-e-pede-reacao-do-congresso-contrabolsonaro-na-conducao-da-pandemia-de-covid-19.ghtml>. Acesso em: 14 maio 2021.

GOOGLE NOTÍCIAS. Coronavírus (COVID-19). Google Notícias, [s. l.], 14 maio 2021. Disponível em: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>. Acesso em: 14 maio 2021.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The federalist papers. Estados Unidos da América: Feedbooks, 1787. E-book. Disponível em: <http://www.feedbooks.com/book/2674/the-federalist-papers>. Acesso em: 14 maio 2021.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. HOBBSAWM, Eric. A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: Federalismo e repartição de competências. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 3, n. 2, p. 1-11, 2013. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2391/pdf_1. Acesso em: 14 maio 2021.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HORTA, Raul Machado. O Estado-membro na Constituição Federal Brasileira. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 69/70, n. 186, p. 88-89, 1990.

JELLINEK, Giorgio. La Dottrina Generale del Diritto dello Stato. Traduzione del Modestino Petrozziello. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1949.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. Intr. [à ed. brasileira] de Sérgio Sérulo da Cunha. Trad. do alemão de Alexandre Krug. Trad. do italiano de Eduardo Brandão. Trad. do francês de Maria Ermantina Galvão. Rev. técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MACEDO, José Arthur Castillo de. Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2018.

MARTINS, Francisco Jório Bezerra. O federalismo brasileiro na Interpretação do Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2019.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (org.). Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. Um novo pacto federativo para o Brasil. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

NÁJAR, Alberto. Coronavírus en México: ¿Por qué AMLO enfrenta una rebelión de gobernadores en la etapa crítica de la pandemia de covid-19? BBC, Cidade do México, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52900134>. Acesso em: 14 maio 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 78, p. 223-250, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n78/a11n78.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Chefe da ONU diz que pandemia é maior desafio que mundo enfrenta desde a Segunda Guerra Mundial. ONU News, [s. l.], 1 abr. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1708982>. Acesso em: 14 maio de 2021.

PARAGUASSU, Lisandra. Combate à epidemia é responsabilidade de governadores, diz Bolsonaro. Lisandra Paraguassu. Reuters, Brasília, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://cn.reuters.com/article/saude-coronavirus-bolsonaro-governadores-idBRKBN23F1RO-OBRDN>. Acesso em: 14 maio 2021.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Os estados e o direito à educação na Constituição de 1988. Comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MORAES, Alexandre de (org.). Os 20 anos da constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2008.

SAYURI, Juliana. Covid-19: como historiadores vão contar o que foi a pandemia. UOL. São Paulo, 12 maio 2020. Disponível em:

<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/12/covid-19-como-historiadores-va-ocntar-o-que-foi-a-pandemia.htm>. Acesso em: 14 maio 2021.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Quando acaba o século XX (Breve Companhia). 1. ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2020.

SCHWARTZ, Bernard. O federalismo norte-americano atual. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SOARES, Ingrid. "Eu tinha que estar na praia, tomando uma cerveja", diz Bolsonaro sobre STF. Correio Braziliense, Brasília, 15 jan. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/01/4900653-eu-tinha-que-estar-na-praia-tomando-uma-cerveja-diz-bolsonaro-sobre-stf.html>. Acesso em: 14 maio 2021.

SOUZA, Celina. Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. DADOS -Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 791-823, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dados/v51n4/01.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

TAVARES, Letícia Antunes. A tendência contemporânea do federalismo no Brasil de acordo com o Supremo Tribunal Federal. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Org.). Federalismo e Poder Judiciário. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América: Leis e Costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WHEARE, Kenneth Clinton. Federal Government. London: Oxford University Press, 1953.

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS MÍDIAS SOCIAIS DENTRO DO CONTEXTO ATUAL BRASILEIRO

JULIANA MARINHO CASTELO BRANCO MAUÉS:
Graduanda do curso de Direito na universidade Metropolitana Fаметro; Graduanda do curso de Administração na Universidade Federal do Amazonas - UFAM

RESUMO: O presente artigo aborda uma realidade atual da sociedade dentro das mídias sociais. Explana sobre a responsabilidade civil brasileira no âmbito das relações virtuais em redes sociais, bem como analisa a necessidade da adequação jurídica ao novo contexto social, destacado a reparação civil dos danos. Descreve constatações do âmbito civil brasileiro para aqueles que atacam virtualmente outrem, gerando um dano a integridade da vítima. Utiliza como base metodológica os métodos de pesquisa bibliográfica e pesquisa descritiva. Compõe um estudo de descrições, características, propriedades e relações existentes na comunidade, grupo ou realidade pesquisada em tela. Tirar conclusões da eficácia das utilizadas leis e também falta delas no atual contexto social brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Mídias Sociais. Responsabilidade Civil Brasileira. Relações Virtuais. Contexto Social. Ataques Virtuais. Realidade. Eficácia. Leis

ABSTRACT: This article addresses a current reality of society within social media. It explains the Brazilian civil liability in the context of virtual relationships in social networks, as well as analyzes the need for legal adequacy to the new social context, highlighting the civil reparation of damages. Describes the findings of the Brazilian civil scope for those who attack others virtually, generating damage to the integrity of the victim. It uses as methodological basis the methods of bibliographic research and descriptive research. It composes a study of descriptions, characteristics, properties and relations existing in the community, group or reality researched on screen. Draw conclusions about the effectiveness of the laws used and also the lack of them in the current Brazilian social context.

KEYWORDS: Reality. Social Media. Brazilian. Civil. Virtual. Relationships. Social Networks. Damages. Effectiveness. Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil no envio de mensagens lesivas nas redes sociais 3. Eficácia da lei no ordenamento jurídico brasileiro no envio de mensagens lesivas 4. Posicionamento jurisdicional no tocante às mensagens lesivas nas redes sociais 5. Consequências jurídicas aplicáveis ao infrator 6. Considerações finais. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

É inegável o desenvolvimento da vida em sociedade, do mundo real físico para o mundo virtual digital. Como em tudo no conviver das relações humanas, há um ponto de desentendimento e com isso, uma formação de desordem, tornando imprescindível a criação de soluções para as novas situações.

Como uma fundamentação base para a manutenção da vida em equilíbrio, se faz necessário a força matriz do ordenamento jurídico, de forma que assegure meios igualitários e adequados para tal convivência, administrando leis ao que se pede necessário e repreendendo quem não as cumprem.

O tema escolhido trata-se de uma realidade atual da sociedade dentro das mídias sociais, sendo para muitos, desconhecido, por ser um tema novo e ainda crescente. Deste modo, nota-se a necessidade de adequação jurídica ao novo contexto social, dando-se destaque à reparação civil dos danos.

A internet se modernizou e com sua popularização, ocorreu um aumento imensurável de ocorrências conflitantes no que tange a integridade dos indivíduos que utilizam as plataformas, fazendo assim, com que as mídias digitais ficassem fora de controle e com isso, revel a qualquer sanção punitiva.

Com diversos casos surgindo e assim, necessitado de normas legais para tratar dessas situações, falar sobre a responsabilidade civil no âmbito das relações virtuais em redes sociais é de grande importância para a sociedade brasileira, para comprovar e demonstrar que há regras, direitos, deveres e consequências dos atos praticados a outrem no ambiente digital.

Será tratado especificamente no presente artigo, como objetivos principais, a análise da responsabilidade civil nas relações virtuais em envios de mensagens lesivas nas redes sociais e seus danos. Verificando a eficácia da lei no ordenamento jurídico brasileiro no envio das mensagens lesivas. Tendo também o estudo do posicionamento jurisdicional e por conclusão, as consequências jurídicas aplicáveis aos infratores desses crimes virtuais.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ENVIO DE MENSAGENS LESIVAS NAS REDES SOCIAIS

É notável o grande aumento da migração da sociedade do mundo real físico para o mundo digital virtual. Da utilização de plataformas digitais de meados da última década para cá. O espaço em mídias sociais tem-se mostrado uma fonte gigante para o mercado nacional e internacional, e com isso, se desenvolvendo imensamente.

Segundo Tubella (2005, p.57, Apud, Castells, Apud, Cardoso) "as novas formas de interação social permitidas pela Internet obrigam a reconsideração de conceitos como comunidade e identidade". Defende, também, que "o principal impacto da Internet na

sociedade é a expansão cultural para além de barreiras geográficas, possibilitando a comunicação “from many to many” – sendo essa a relevante diferença entre a rede e os meios de comunicação.

Dentro desse espaço virtual, merece destaque a figura das redes sociais no processo de desenvolvimento da cidadania, mas também através dela é possível criar um lugar de medo e inseguranças, que cidadãos de diversas partes do mundo têm a dizer sobre eventuais acontecimentos da vida privada de determinada pessoa. Ademais, a rápida propagação de mentiras, calúnias e opiniões pelos mais diversos indivíduos só mostra que cada vez mais deva-se ter divulgação e propagação, da necessidade da criação de regras e leis para casos de danos à integridade do indivíduo.

Diniz (2012, p. 37) conceitua responsabilidade civil como sendo:

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

O espaço virtual passou a ser uma ferramenta indispensável à cidadania, mas também um local de abertura de crimes contra a honra e a integridade da pessoa humana. Nesse sentido, a Internet pode ser utilizada como um verdadeiro instrumento de maldade, crueldade e inverdades.

Os ataques em mídias sociais através de mensagens ofensivas à integridade da pessoa se tornaram um acontecimento recorrente e diário. Como se fosse uma atitude comum e sem repercussões de tais atos. Muitos desses agressores virtuais, não acreditam, ou não levam a sério que seus comportamentos, por serem mensagens e por serem de cunho virtual, não atingirão precisamente outrem.

Existem deveres, que são rotulados de “originários” ou “primários” e decorrem do ordenamento jurídico ou das relações negociais entre os sujeitos de direitos.

Tais deveres, são focados em não causar dano a outrem (*neminem laedere*), conforme diz Cavaliere Filho (2009, p. 1):

Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

Nos últimos anos, notou-se um aumento considerável de casos relacionados a ataques virtuais no Brasil. Como tudo, para se viver com harmonia e segurança em sociedade há a necessidade de regras e deveres, portanto, não seria diferente em plataformas digitais, onde também há responsabilidade civil tanto de quem divulga suas criações, como de quem as consome. Dos dois lados há responsabilidades. Não é por haver uma tela separando os indivíduos que não há consequências em se tratando de geração de dano.

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão do bem que trata sobre os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Continuando essa premissa, Cavalieri Filho (2009, p. 2) conceitua responsabilidade civil da seguinte forma:

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Portanto, nota-se que há uma necessidade de adequar leis para os casos surgidos em meios eletrônicos, especificamente no envio de mensagens lesivas, ensejando o tratando da violação ao direito da pessoa e não somente enquadrar em um único pressuposto, como se apenas houvesse danos preexistentes materiais e não sentimentais e psicológicos.

Com a velocidade das transformações no meio digital exige dinamismo, pois as leis precisam ser genéricas e flexíveis para abranger o máximo de situações possível, sendo o âmbito jurídico brasileiro o guardião para todos.

2. EFICÁCIA DA LEI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO ENVIO DE MENSAGENS LESIVAS

Com o aumento de casos no envio de mensagens lesivas nas redes sociais, o ordenamento jurídico brasileiro começou a sentir um pressionamento devido às mudanças

ocorridas na sociedade contemporânea atual. Estava por tanto, surgindo um ambiente digital, que também precisaria de ordem.

O enquadramento do regime de responsabilidade civil diante dos novos desafios tecnológicos é de importância crucial para a sociedade. Com isso, está havendo um impacto social com potencial inadequação nos regimes legais existentes na abordagem dos novos casos surgidos com essas modalidades sociais eletrônicas, podendo, portanto, comprometer os direitos legais esperados por um cidadão. (ROSENVALD, 2020)

A Constituição, como legislador de toda a ordem política e jurídica do Estado, acabou abarcando a responsabilidade de dar contornos jurídicos à nova realidade social, cultural e econômica que surgia. Conseqüentemente, a Lei Suprema estendeu laços protetivos aos novos bens e valores jurídicos, resultados da chamada revolução informacional. (MONTEIRO NETO, 2008, p. 9, Apud LIMA)

No decorrer de pesquisas para o artigo em tela, nota-se uma leve camada do direito penal quanto ao enquadramento de crimes virtuais, utilizados como fundamentação o primordial respaldo da constituição brasileira. No entanto, tais condutas, em sua maior parte, ainda se encontram ineficazes dentro do direito civil, ou não causam uma repressão suficiente para sanar os ataques virtuais no envio das mensagens lesivas.

O Código Civil, em parte, lida com determinados conflitos a respeito desse tema, no entanto, faltam normas específicas que assegurem uma boa utilização dentro da comunidade virtual. (VEDOVATE, 2005, p. 13).

Apesar de ser aparentemente fácil definir um conceito de nexos causal, grandes foram as dificuldades para encontrar o nexo de causalidade em casos que existam concausas sucessivas, onde se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. (GONÇALVES, 2012, p. 351)

Seguindo essa linha, Diniz (2012, p. 129) afirma:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

Como falar em eficácia do ordenamento jurídico brasileiro, se tais condutas se encontram com falhas, ou sem regulamentação em sua maior parte? É notória a falta de abrangência no ordenamento jurídico por se tratar de acontecimentos ainda novos e que só recentemente estão gerando repercussões.

Tanto o direito penal, quanto o civil, encontram empecilhos com a falta de uma regulamentação adequada para tratar as práticas de infratores virtuais. Encontra-se uma necessidade de regulamentação na internet, o que está sendo discutido pela sociedade atualmente, através do chamado Marco Civil da Internet.

Tal instituto consiste em uma espécie de constituição da internet contendo princípios que nortearão o correto uso da internet no Brasil, além de projetar diretrizes para o Poder Público no sentido de buscar o desenvolvimento saudável da internet no Brasil. (WANDERLEI, 2012, p. 38-39, Apud LIMA)

Sendo assim, o que nota é o aguardo de enquadramentos de médio a longo prazo da criação de leis brasileiras mais específicas no âmbito civil. Esse é o entendimento de Basso e Almeida (2007, p. 123), quando afirmam que

em vários casos, as leis existentes são também aplicáveis aos novos pressupostos do contexto virtual. Em outros, uma nova regulamentação é necessária para se ter mais segurança no emprego das ferramentas eletrônicas e maior certeza quanto a validade e eficácia das transações celebradas por meio eletrônico.

De fato, o risco à danos contra a integridade da pessoa humana é real, devendo haver uma mobilização mais afincada por parte do ordenamento jurídico brasileiro, por meio de suas instituições, para sanar a perpetuação desses ataques virtuais que geram danos imensuráveis à vida das vítimas.

O que existe atualmente é um conjunto reduzido de normas que tipificam somente algumas condutas. São tipos extremamente específicos, não sendo esse um óbice à produção de normas mais gerais. (MONTEIRO NETO, 2008, p. 93, Apud, LIMA)

Diante da problemática apresentada, é encontrado teorias que definem o nexo causal, como a teoria da equivalência das causas e equivalência dos antecedentes. Sendo aplicado ao direito penal, onde no art. 13 do Código Penal, dispõe que: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido"

Essa teoria não trata de distinção alguma entre a causa e a condição. Tendo, supostamente, várias situações que ocorrem onde há um mesmo resultado, por exemplo, uma pessoa envia diversas mensagens lesivas que afetam profundamente a vida de outrem, podendo correr consequências inimagináveis além de apenas uma ofensa a sua pessoa, não há o que dizer nesse caso, que todas equivale igualmente, possuindo o mesmo peso e valor. Não havendo, portanto, um aprofundamento se uma ou outra teoria foi eficaz para o resultado final.

No âmbito do direito civil ocorre a chamada teoria da causalidade adequada, no entanto, não há legislação civilista específica que trate da aplicação de tal teoria.

Sendo assim, se o ordenamento jurídico brasileiro for insuficiente ao lidar com danos causados por tecnologia digitais, as vítimas podem ser privadas de uma indenização, mesmo que uma análise possa ser feita, para justificar a compensação. Isto sem contar a inexorável presença das novas tecnologias em todos os aspectos da vida social e o efeito multiplicador com o alcance imenso que as mídias eletrônicas trazem, amplificando assim, significativamente os danos, ao ponto de que se tornem virais, rapidamente propagando em uma sociedade extremamente conectada e gerando danos profundos e talvez irreparáveis.

3. POSICIONAMENTO JURISDICIONAL NO TOCANTE ÀS MENSAGENS LESIVAS NAS REDES SOCIAIS

Por ser um tema recente, como constatado, o ordenamento jurídico brasileiro ainda está em desequilíbrio ao tratar de sanar as situações que pedem auxílio em casos extremos e não regulamentados no envio de mensagens lesivas.

Atualmente, existe a Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet. Foi produzida com intuito de sanar as lacunas do sistema jurídico brasileiro. A referida lei prevê como princípios que regulam o uso da internet no Brasil, focando na proteção da privacidade e dados pessoais, na inviolabilidade e sigilo de comunicações privadas, salvo por ordem judicial.

No entanto, tal lei não atinge os objetivos esperados, ocorrendo descaso aos princípios fundamentais e com penas brandas, não surgindo repressão suficiente aos infratores cibernéticos.

Encontra-se também leis que versem sobre os crimes virtuais, como por exemplo a Lei nº 12.735/2012 e Lei nº 12.737/2012. Essas leis tipificam condutas criminosas, de cunho invasivo à privacidade de outrem, tendo o intuito de obter vantagem econômica em cima de informações, causando medo e instabilidade na vida da vítima.

Porém, é uma lei que traz lacunas e dúvidas interpretações, pois dependendo da utilização do usuário em redes e também de sua inexperiência profunda sobre os meios de segurança dentro do ambiente digital, ficando à mercê de indivíduos maliciosos que utilizam de vírus e plataformas que solicitam senhas e informações pessoais, sendo essas condutas, não amparadas em legislação e até então, atípicas.

Houve em certo período, um projeto lei do Senado 481º, de 2011 que iria alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre os crimes de constrangimento e de ameaça praticados nas redes sociais que estejam

presentes nas redes municipais de computadores, porém esse projeto foi barrado, não sendo aprovado.

Para o deleito de novas mudanças e avanços futuros quanto a legislações no ambiente virtual, recentemente, a Câmara dos Deputados, aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/19, do Senado, que tratará da proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, sendo esse, um direito fundamental.

Segundo a reportagem de Eduardo Piovesan e Ralph Machado, publicada no site Agência Câmara de Notícias, a proposta caberá à União para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. “Todos nós aqui utilizamos sistematicamente aplicativos na internet, e o manejo desses aplicativos se dá a partir da oferta de dados pessoais, que, muitas vezes, é objeto de manipulação sem que cada um de nós saiba os riscos à nossa privacidade”, afirmou Orlando Silva.

Também recente, foi sancionando no Rio Grande do Norte, o projeto lei Lucas Santos que tem o intuito de proteger crianças e adolescentes com o objetivo de criar conscientização e prevenção à suicídios, voltada a violências mentais geradas na utilização das redes sociais. Será estudado meios de implementação nas escolas públicas e privadas através de projetos pedagógicos.

Com isso, é possível notar que o número de jurisdições e posicionamentos quanto ao tema em tela voltado para o âmbito jurídico civil brasileiro ainda é relativamente escasso.

Esse cenário instável de ataques virtuais, necessita, para manter o primado equilíbrio jurídico, fundamentações respaldadas pela responsabilidade civil brasileira. Nessa linha, afirma Venosa (2010, p. 2-3):

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

No direito penal, se encontra uma leva um pouco mais abrangente quanto as devidas infrações virtuais, no entanto, esse ramo também sente a necessidade de mais normas que tratem especificamente dos crimes virtuais.

No mais, se encontra o tratamento contra os ataques centrados em calúnia, injúria e moral, sendo utilizado parâmetros analógicos para sanar os casos que pedem

ajuda nos ataques virtuais que atingem profundamente a integridade da pessoa humana no envio de mensagens lesivas, muitas vezes até fatais.

Portanto, embora existam essas leis citadas, encontram-se ainda, ineficazes para deter os infratores cibernéticos deixando em aberto uma grande janela para ocorrer a insegurança jurídica.

4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS APLICÁVEIS AO INFRATOR

Já pontuado e analisado os acometimentos mais comuns no envio de mensagens lesivas dentro do meio digital a outrem, uma das consequências jurídicas existentes atualmente e que pode ser abordada ao infrator, é a teoria do risco, tendo o maior grau de aplicabilidade, sendo utilizada para sanar os problemas de reparação do dano onde a culpa não é o elemento indispensável em razão conjunta do princípio da equidade e do equilíbrio.

Ao tocante, Pinheiro (2009. p. 310) disserta:

Considerando apenas a Internet, que é mídia e veículo de comunicação, seu potencial de danos indiretos é muito maior que de danos diretos, e a possibilidade de causar prejuízos a outrem, mesmo que sem culpa, é real. Por isso, a teoria do risco atende às questões virtuais e a soluciona de modo mais adequado, devendo estar muito bem associada à determinação legal de quem é o ônus da prova em cada caso.

Vale destacar, as sanções dos delitos previstos na Lei 12.737/2012 in verbis:

Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Não podendo deixar de explanar sobre as três espécies de crimes mais frequentes e praticados no meio digital através das redes sociais, sendo eles: Calúnia, Difamação e Injúria.

Essas condutas ilícitas estão tipificadas no Código Penal, nos artigos 138, 139 e 140. Produzindo penas consideradas ainda, brandas, e quando interligadas ao ambiente virtual sua utilização se torna insuficiente por se tratar de casos cada vez mais diversos, porém, com peculiaridades, sendo prejudiciais, gerando consequências mais danosas.

Frisa-se, portanto, a necessidade em majorar leis e penas tanto no âmbito civil, como penal, que atinjam o objetivo de abraçar essas condutas ilícitas que tratem dos crimes cometidos nos meios digitais. Mantendo a sociedade em ordem e constituída da proteção jurisdicional brasileira.

CONCLUSÃO

Como tudo está em constante desenvolvimento, a evolução no mundo digital não está sendo diferente. A tecnologia viu-se obrigada a adequar-se à rápida multiplicação de informações e o sistema judiciário, por sua vez, também tem o dever e obrigação de acompanhar essa grandiosa evolução.

Notou-se uma falha no tratamento de casos tocantes à integridade da pessoa humana dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo constatado insuficiências ao lidar com danos causados por tecnologias digitais.

Sendo um grande desafio e um ambiente relativamente novo, o que se vê é o escoro de juízes no momento de lidar com novos casos voltados a mídias sociais, utilizando de normas antigas de forma analógica ao caso concreto, sendo necessária uma cruel e fiel interpretação social que adeque soluções ao mesmo passo que molde a sociedade. Desse modo, apesar de não haver entendimento jurisprudencial específico sobre o tema em tela, os limites da responsabilidade civil brasileira sobre o conteúdo se encontram no dever de variar e assim, percebemos que ela se porta aplicável à matéria digital, tendo, no entanto, que se atentar às particularidades do meio virtual.

É de extrema e fundamental necessidade que haja uma fiel interpretação que represente os casos de envio de mensagens lesivas nos meios digitais e que assim haja uma reflexão cultural nos consumidores virtuais.

Ante o exposto, dada a falta de legislação específica acerca do tema, por vezes os Tribunais nacionais pátrios podem se posicionar de forma contraditória. Portanto, é primordial que ocorra uma mudança de postura para que tenhamos uma sociedade digital segura. Caso contrário, colocar-se-á em risco o próprio ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara de Notícias Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/801696-camara-aprova-em-2o-turno-pec-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-na-constituicao/> Acesso em: 21 de out. 2021

AgoraRN Disponível em: <https://agorarn.com.br/ultimas/lei-lucas-santos-e-sancionada-no-rn-como-medida-de-prevencao-ao-suicidio-nao-vai-ser-em-vao/> Acesso em: 21 out. 2021

BASSO, M.; ALMEIDA, G. A. É preciso difundir mentalidade digital nas empresas. In: KAMISNSKI, Omar (Org.), op. cit., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 21 de out. 2021.

BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 28 out. 2021

_____. Lei. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm Acesso em: 15 out. 2021

_____. Lei 12.735, de 30 de novembro de 2012. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm Acesso em: 15 out. 2021

_____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2021

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4.

LIMA, Prado Simão. Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-virtuais-uma-analise-da-eficacia-da-legislacao-brasileira-e-o-desafio-do-direito-penal-na-atualidade/> Acesso em: 18 Out. 21

MONTEIRO NETO, J. A. Aspectos Constitucionais e Legais do Crime Eletrônico. Fortaleza, 2008.

NELSON, Ronsenvald, NETTO, Braga Felipe, CHAVES DE FARIAS, Cristiano. Manual de direito civil: volume único. Salvador, JusPODIVM, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUBELLA, Imma. Television and Internet in the construction of identity. Apud CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo, eds. The network society: from knowledge to policy. Washington, DC: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2005. Disponível em: <https://archive.transatlanticrelations.org/publication/the-network-society-from-knowledge-to-policy/> Acesso em: 15 Out. 21

VEDOVATE, L. L. V. Contratos Eletrônicos. INTERTEMAS. v. 10, n. 10. Presidente Prudente, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 4.

WANDERLEI, F. P. Crimes Cibernéticos: Obstáculos para Punibilidade do Infrator. Araguaína, 2012.

AUXÍLIO-DOENÇA E AS DIFICULDADES DE ACESSO À PERÍCIA MÉDICA NA PANDEMIA

ALESSANDRA DE LIMA OLIVEIRA:
Bacharelada do curso de Direito
no Centro Universitário Fametro

RESUMO: A pandemia da covid-19 trouxe consequências inegáveis ao desenvolvimento de inúmeras áreas do cotidiano. Isso porque devido as medidas de distanciamento social, foi necessário que os procedimentos se adequassem a esta nova realidade, uma vez que as medidas de distanciamento social eram – e ainda são – necessárias para conter o avanço do vírus. Ainda que a maioria dos procedimentos presenciais tenha sido readequado para a distância, alguns problemas foram oriundos desta dificuldade de encontro presencial e outros foram se tornando ainda piores devido a esta dificuldade imposta pelas medidas de contenção do vírus. O caso do acesso a perícia médica, nesse sentido, não foi diferente. Diante disso, questiona-se: a dificuldade de acesso a perícia médica, piorada com a pandemia da covid-19, pode ter implicado na piora na possibilidade de concessão do benefício auxílio-doença? No decorrer da pesquisa, verificou-se que a falta de perícia médica foi apenas um dos entraves sofridos pelos segurados, visto que muitos trabalhadores que deram entrada em pedidos de auxílio-doença – mesmo antes da pandemia – ficaram com o pedido em análise e, portanto, a solicitação permanecia sem o pagamento do benefício devido. Essa morosidade trouxe muitas dificuldades aos segurados, uma vez que alguns destes ficaram sem trabalhar e sem receber o auxílio-doença devido. Concluiu-se que, apesar de esforços do poder público para diminuir as dificuldades ocasionadas pela pandemia da covid-19 na concessão do auxílio-doença, a reação do Estado foi tardia e, por conta disso, prejudicou os segurados, que continuaram sem receber os valores a eles devidos.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19. Auxílio-doença. INSS. Morosidade. Perícia Médica.

ABSTRACT: The covid-19 pandemic brought undeniable consequences to the development of numerous areas of everyday life. This is because, due to the measures of social distancing, it was necessary that the procedures were adapted to this new reality, since the measures of social distancing were – and still are – necessary to contain the spread of the virus. Although most face-to-face procedures have been readjusted for distance, some problems arose from this face-to-face meeting difficulty and others became even worse due to this difficulty imposed by the virus containment measures. The case of access to medical expertise, in this sense, was no different. Therefore, the question is: could the difficulty of accessing medical expertise, worsened by the covid-19 pandemic, have resulted in the worsening of the possibility of granting the sick pay benefit? During the research, it was found that the lack of medical expertise was only one of the obstacles suffered by the insured, since many workers who filed for sick pay - even before the

pandemic - were left with the request under analysis and, therefore, the request remained without payment of the benefit due. This delay brought many difficulties to the policyholders, as some of them were left without work and without receiving the sick pay. It was concluded that, despite the government's efforts to reduce the difficulties caused by the covid-19 pandemic in the granting of sick pay, the State's reaction was late and, because of that, it harmed the insured, who continued to not receive the amounts owed to them.

KEYWORDS: Covid-19. Sick pay. INSS. Slowness. Medical expertise

INTRODUÇÃO

A pandemia da covid-19 trouxe consequências inegáveis ao desenvolvimento de inúmeras áreas do cotidiano. Isso porque devido as medidas de distanciamento social, foi necessário que os procedimentos se adequassem a esta nova realidade, uma vez que as medidas de distanciamento social eram – e ainda são – necessárias para conter o avanço do vírus.

Ainda que a maioria dos procedimentos presenciais tenha sido readequado para a distância, alguns problemas foram oriundos desta dificuldade de encontro presencial e outros foram se tornando ainda piores devido a esta dificuldade imposta pelas medidas de contenção do vírus.

O caso do acesso a perícia médica, nesse sentido, não foi diferente. Diante disso, questiona-se: a dificuldade de acesso a perícia médica, piorada com a pandemia da covid-19, pode ter implicado na piora na possibilidade de concessão do benefício auxílio-doença?

O presente trabalho utiliza como pergunta norteadora a seguinte: “É possível que as dificuldades de acesso a perícia médica, pioradas pela pandemia da covid-19, tenham impacto direto sobre o acesso a direitos como o auxílio-doença?”

Se apresenta a hipótese de que como a perícia médica é requisito necessário a obtenção do auxílio-doença, entende-se, a princípio, que o aumento de dificuldades para o seu acesso pode ser prejudicial a população, haja vista que tais dificuldades empatam a concessão do benefício a aqueles de direito.

1 POSSÍVEIS CAUSAS DA DIFICULDADE DE CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o instituto da Seguridade Social, assim definido por Torres (2012, p.1) como um conceito complexo, que abarca três pilares diferentes – a Saúde, a Previdência Social e a Assistência Social:

A seguridade social é o conjunto de ações e instrumentos por meio do qual se pretende alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Essas são diretrizes fixadas na própria Constituição Federal no artigo 3º. Ou seja, o sistema de seguridade social, em seu conjunto, visa a garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de sua existência, provendo-lhe a assistência e recursos necessários para os momentos de infortúnios. É a segurança social, segurança do indivíduo como parte integrante de uma sociedade.

No mesmo sentido, cabe citar o art. 194 da Constituição Federal, que ensina que “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Em se tratando da Previdência Social, Carvalho (2017, p.17) entende que este pilar do direito previdenciário brasileiro pode ser considerado como direito fundamental social, uma vez que o artigo 6º da Constituição Federal lista no rol de direitos sociais junto a outros como a educação, saúde e trabalho:

Os direitos relativos à Previdência Social fazem parte dos assim denominados direitos fundamentais sociais, os quais, de acordo com o disposto pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988, são os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

De acordo com o ilustre doutrinador José Afonso da Silva, segundo o qual os direitos sociais consistem em:

“Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”

Conceitualmente, Lima (2018, p.8) ensina que a Previdência Social pode ser definida como um conjunto de normas que organizam a proteção a um trabalhador quando há perda ou diminuição de capacidade laboral, o que influenciaria diretamente em sua subsistência e de sua família. Desta maneira, a autora sustenta, ainda, que a Previdência Social é presente em vários países na sociedade atual:

a Previdência Social é basicamente um conjunto de normas que organiza a forma de proteção do trabalhador quando este, por qualquer razão, perde ou diminuí a sua capacidade de trabalho, prejudicando a sua subsistência e a de seus familiares. Para Steenbock (2004) o sistema de previdência social que funciona bem é elemento básico em qualquer sociedade moderna. Além do controle das doenças transmissíveis, do analfabetismo, de problemas de infraestrutura, além de outros fatores clássicos de subdesenvolvimento, deve-se estar atento aos problemas surgidos com o número crescente de idosos e de pessoas incapacitadas, quer seja de maneira temporária ou permanentemente para suprir suas necessidades básicas de sobrevivência.

A Constituição Federal, por meio do artigo 201, define que a Previdência Social terá caráter contributivo e será de adoção obrigatória. Tal instituto atua por meio da cobertura de eventos como doença, invalidez, morte, idade avançada, incapacidade temporária ou permanente para o trabalho, proteção ao trabalhador, salário família e auxílio reclusão, entre outros:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Desta maneira, entende-se que o trabalhador terá direito ao auxílio-doença se contribuir com a previdência social e se tiver cumprido alguns requisitos pedidos por lei, conforme veremos a seguir.

A jurisprudência tem entendido que a concessão de benefícios previdenciários prescinde do cumprimento de três pré-requisitos para tal – a qualidade do segurado, o período de carência e a incapacidade para o trabalho:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS. INCAPACIDADE.

1. São três os requisitos para a concessão dos benefícios por incapacidade: 1) a qualidade de segurado; 2) o cumprimento do período de carência de 12 contribuições mensais; 3) a incapacidade para o trabalho, de caráter permanente (aposentadoria por invalidez) ou temporário (auxílio-doença).

2. O segurado portador de enfermidade que o incapacita para o trabalho em caráter temporário, tem direito à concessão do benefício de auxílio-doença.

3. Quanto à data de cessação dos benefícios por incapacidade, mesmo nos casos de benefícios concedidos após a vigência das normativas que alteraram a redação do artigo 60 da Lei n. 8.213, de 1991, cabe verificar sempre o caso concreto, com manutenção do benefício enquanto não constatada a recuperação da capacidade laborativa do segurado.

(TRF4, AC 5018715-02.2018.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 21/08/2018)

O presente trabalho pretende abordar a respeito do terceiro requisito – a incapacidade para o trabalho – e verificar de que maneira a pandemia provocada pela covid-19 implicou na maior lentidão para a concessão do auxílio-doença.

Entende-se que a incapacidade para o trabalho precisa ser comprovada, o que implica na necessidade de realização de perícias médicas com o objetivo de comprovar a incapacidade de caráter temporário

Nesse sentido, as medidas de distanciamento social impostas pelo Estado com o objetivo de frear a pandemia da covid-19 parecem ter contribuído para uma maior morosidade com a concessão do benefício.

Segundo Nocelli (2021, p.4), a pandemia da covid-19 criou entraves ainda maiores que os existentes anteriormente, ocasionando em estatísticas que indicam que quase metade dos pedidos do benefício foram negadas:

Mais de 4,6 milhões de brasileiros tiveram benefícios negados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em 2020. As negativas correspondem a quase metade (47,8%) do total de pedidos feitos no período, cerca de 9,3 milhões, segundo o Boletim Estatístico da Previdência Social. Em 2021, a situação não tem sido diferente, conforme relatos de quem precisou renovar ou solicitar um benefício pela primeira vez. Neste sentido, o auxílio-doença é um dos principais gargalos. Os indeferimentos e a morosidade das respostas têm deixado pessoas desamparadas no momento que mais precisam.

O INSS não informou os dados locais sobre solicitações e concessões de benefícios, mas a avaliação de quem trabalha na área é de que Juiz de Fora segue o contexto nacional. "A situação já era complicada antes da pandemia, e piorou muito agora. A nossa cidade está inserida nessa realidade e, infelizmente, quem mais precisa tem enfrentado muitas dificuldades", afirma a advogada e coordenadora de pós-graduação de Direito do Trabalho Previdenciário da Estácio JF, Paula Assumpção.

Ao falar das possíveis causas da dificuldade de concessão do auxílio-doença durante o período da pandemia da covid-19, é importante ressaltarmos a morosidade natural do INSS, que tem dificuldade em processar as demandas existentes desde muitos anos.

O Recurso ordinário abaixo, apesar de se tratar de questão trabalhista, demonstra como a morosidade do INSS pode ser danosa ao segurado, que se vê desamparado por conta desta situação:

RECURSO ORDINÁRIO DA DEMANDADA. SALÁRIOS E DEMAIS VANTAGENS DO PERÍODO DE AFASTAMENTO. MOROSIDADE DO INSS NA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. Considerando o princípio protetor que norteia o Direito do Trabalho e tendo em vista a situação de vulnerabilidade da empregada, principalmente em razão de sua gravidez, competia à ré garantir os salários da trabalhadora no período em que permaneceu aguardando a realização da perícia pelo órgão previdenciário. Sentença mantida. RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A reclamada agiu dentro dos limites legais ao encaminhar a trabalhadora ao INSS quando do seu retorno ao trabalho, em razão

de seu afastamento ter sido superior a 15 dias. Também não é possível identificar abuso de poder, ato ilícito ou perseguição da empregadora ao enviar correspondência à autora solicitando informações acerca de sua situação junto ao órgão previdenciário, considerando o lapso de quase seis meses desde a data de seu encaminhamento ao INSS. Por outro lado, não há como concluir que a troca de função ocorrida quando do retorno da reclamante ao trabalho resulte de perseguição pela empregadora ou meio de forçar a recorrente a pedir demissão. Diversamente, caracteriza-se como procedimento admissível, em face do período em que esta permaneceu afastada do trabalho. Ausente, pois, demonstração da efetiva ocorrência de danos à esfera de personalidade da acionante, mantém-se a decisão que rejeitou o pedido de reparação por dano moral. RECURSO ORDINÁRIO DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE AS FÉRIAS ACRESCIDA DE UM TERÇO. A lei 8212/91, em seu art. 28, §9º, d, exclui do salário de contribuição importâncias pagas a título de férias indenizadas com um terço. O Decreto 3048/99, em seu art. 214, §9º, IV, igualmente estabelece que as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional não integram o salário de contribuição. Considerando que, no caso, as férias com o acréscimo de um terço deferidas possuem caráter indenizatório, pois se referem ao período de afastamento da reclamante, não integram elas o salário de contribuição, conforme decidido na Origem. Apelo não provido.

O Recurso ordinário acima é de 2016, pelo menos 4 anos anterior a pandemia da covid-19. Dessa maneira, é incorreto afirmar que a morosidade excessiva para a análise e concessão de benefícios deve-se apenas aos problemas que a pandemia trouxe para o Brasil e para o mundo.

Existem ainda outros entraves para a concessão do benefício, como a fila de espera do INSS. Alegretti (2019, p. 2) afirma que o problema da fila do INSS já vem acontecendo a alguns anos e que, nos últimos tempos, a diferença é que a referida fila é virtual. O Instituto Nacional de Seguridade Social enfrenta inúmeras dificuldades para que a morosidade seja dissipada. Entre as dificuldades, estão a falta de funcionários para processar a quantidade de pedidos e a metodologia de análise dos pedidos de benefício:

O presidente do INSS, Renato Vieira, disse, em entrevista à BBC News Brasil, que o órgão investiu muito, nos últimos anos, em melhorar o atendimento ao público. Isso, contudo, não veio acompanhado de

investimento, na mesma medida, no processo de avaliar os pedidos de benefícios.

"Surtiu resultado e filas sumiram, mas passados dez anos esses avanços se perderam pelo aumento da demanda e perda de capacidade operacional. Esse represamento do atendimento voltou a acontecer, mas nas filas eletrônicas", afirmou.

Por volta de 2005, para atacar a dificuldade de o público conseguir marcar atendimento no INSS, ele diz que foram tomadas medidas como a criação de uma diretoria de atendimento, a expansão do número de agências e melhorias no sistema de atendimento pelo telefone.

Hoje, segundo Vieira, uma pessoa espera, em média, 14 dias entre a data do agendamento e o atendimento em si.

"No passado, a porta de entrada era do tamanho da porta de saída. O ritmo era o mesmo. Com todas essas medidas, a porta de entrada foi ampliada, e a de saída, não."

O antecessor de Vieira no cargo, Edison Garcia, atribuía o problema de acúmulo de processos não só à "metodologia" do trabalho, mas também à falta de funcionários.

Em setembro do ano passado, quando Garcia chefiava o órgão, o problema já existia: eram 720 mil pessoas com pedidos em atraso. Cerca de um semestre depois, o número dobrou.

Procurador federal da Advocacia-Geral da União que tomou posse como presidente do INSS em janeiro deste ano, Vieira diz que não dá para "colocar a responsabilidade e a solução apenas no serviço público".

"Não podemos nos tornar dependentes de forma analógica de trabalho. Se o INSS continuar fazendo o que já faz, com a mesma metodologia analógica, vamos ter que repor, duplicar e triplicar (a quantidade de funcionários). Não dá pra fazer trabalho manual de processo por processo. Precisamos de novas formas efetivas de trabalhar", disse.

Para além das dificuldades já citadas no presente tópico, um dos entraves para a concessão do benefício também pode ter sido a dificuldade de efetuar a perícia médica.

Dessa maneira, o presente trabalho explicará mais a respeito das dificuldades ocasionadas pela pandemia da covid-19 com relação a perícia médica e de que maneira essas dificuldades foram mitigadas pelo Poder Público.

2 DIFICULDADES OCASIONADAS PELA PANDEMIA DA COVID-19 COM RELAÇÃO À PERÍCIA MÉDICA

A pandemia da covid-19 instituiu exigências que foram cumpridas a duras penas pelas empresas e pelo Poder Público, na medida em que era necessário tentar frear a propagação da doença pelo país.

Com a imposição das medidas de distanciamento social, o funcionamento das repartições públicas foi reduzido a atendimento online, o que não é adequado a todos os casos, como o ocorrido com o fechamento das agências do INSS, por exemplo.

É que com a utilização de atendimento online, muitos trabalhadores que deram entrada em pedidos de auxílio-doença – mesmo antes da pandemia – ficaram com o pedido em análise e, portanto, a solicitação permanecia sem o pagamento do benefício devido.

Ocorre que isso prejudicou muito os segurados, haja vista que alguns deles tiveram que voltar a suas funções sem ter conseguido efetuar a perícia médica pelo INSS,

Segundo Santos e Castro (2020, p.2), essa situação foi sofrida por muitos brasileiros, que tiveram que contar com alternativas para o problema da falta de atendimento do INSS. Em um momento de crise econômica, permitir que os trabalhadores fiquem sem trabalhar e sem garantir seu sustento devido a falta de pagamento é um atentado a dignidade humana:

Trabalhadores que foram afastados por problemas de saúde antes ou durante a pandemia de Covid-19 estão enfrentando problemas com o INSS. Muitas pessoas entraram com pedido de auxílio-doença e, depois de meses, a solicitação continua sem pagamento e segue em análise.

Além do não pagamento, os trabalhadores reclamam que precisam voltar para suas funções, mas não conseguem fazer a perícia médica do INSS.

A técnica em enfermagem Graziella Carvalho Ferreira foi diagnosticada com Covid-19 e precisou se afastar do INSS porque a doença evoluiu para uma pneumonia. Sem resposta do processo na

internet, ela contou que voltou a trabalhar com um laudo de um médico particular.

“Queria uma ajuda, saber como que eu faço e o INSS só põe que está em análise e o tempo está passando, assim como todo mundo está necessitando, eu também necessito dos meus benefícios, porque eu contribuo todo mês”, disse Graziella.

A recepcionista Josilaine Rocha disse que o trabalho só autoriza ela a voltar para as atividades com um parecer do INSS. Enquanto aguarda, a recepcionista está sem receber nada e dependendo da ajuda de parentes.

“Nós estamos sem trabalhar, sem receber na crise que estamos. Querendo voltar ao trabalho e o INSS não nos dá nenhuma posição. Nós entramos todos os dias no aplicativo e está lá análise, análise. Nós estamos aptas, nós não queremos ficar afastadas”, afirmou Josilaine.

As agências do INSS estão fechadas desde o dia 23 de março e a reabertura está prevista para o dia 19 de junho. Segundo o INSS, o atendimento é feito pelo telefone 135 ou pelo aplicativo “Meu INSS”.

Para Nocelli (2021, p. 8), os segurados têm tido vários problemas no que diz respeito ao acompanhamento de suas demandas pelo INSS. O prazo de espera tem sido maior que 6 meses em alguns casos, com a marcação da perícia para meses após a entrada do pedido. Em determinado caso

Quem buscou o INSS confirma a situação. Em setembro do ano passado, uma leitora que preferiu não se identificar, 53 anos, deu entrada no pedido de auxílio-doença após ser afastada do trabalho para realizar o tratamento contra o câncer. Mais de seis meses depois, ela ainda não recebeu o benefício.

A trajetória tem sido desgastante. “O pedido foi feito on-line. Em dezembro, consegui marcar a perícia para fevereiro deste ano, já com atendimento presencial”, relembra. “O perito me disse que a resposta seria dada no mesmo dia, o que não aconteceu.”

Desde então, ela fez várias ligações para o canal 135 em busca de resposta. “É muito triste porque não te dão uma posição. Contribuí com o INSS durante 30 anos, e no momento mais difícil da minha vida, na hora em que mais precisei, não tive esse suporte.”

Por meio de uma amiga, ela conseguiu ajuda especializada e, enfim, obteve a informação de que o benefício será pago no final de abril. “O tratamento é caro, doloroso e prolongado. É muito humilhante em meio a tudo isso ter que ficar pedindo algo que é um direito seu. A minha sorte foi que tinha uma reserva financeira e contei com ajuda de familiares.”

Siqueira (2020, p.10) explica que o INSS gerou várias dificuldades para os brasileiros que necessitaram da concessão de benefícios entre 2020 e 2021, uma vez que houve mudanças na legislação do auxílio-doença, cancelamento da antecipação, a retirada – em dezembro de 2020 – da possibilidade de concessão do benefício a partir da presença de atestados médicos no sistema do Instituto Nacional de Seguridade Social, entre outras dificuldades:

O Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) tem gerado muitas dificuldades para todos os brasileiros neste ano de pandemia. Quem precisou da Previdência Social e seus serviços, passou por inúmeros “perrengues”, incluindo os advogados que conhecem o sistema e a legislação.

A afirmação é da advogada previdenciária Caroline Centeno, que participou nesta sexta-feira (11) do programa Giro Estadual de Notícias, do Grupo Feitosa de Comunicação. A advogada ainda comentou sobre o fim da possibilidade de antecipação do auxílio-doença, que permitia ao segurado do INSS enviar o atestado médico pela internet, e sobre os trabalhadores estão tendo dificuldades para agendar as perícias médicas presenciais.

“Tivemos problemas de todos os tipos. Eles mudaram a legislação do auxílio doença, cancelamento da antecipação, etc. Quando começou a pandemia, o INSS possibilitou que os segurados anexassem atestados médicos no sistema, seja no aplicativo ou no site. O benefício era de um salário mínimo. Quem tivesse direito a mais só receberia isso até que INSS começasse a pagar diferenças, o que começou no final de ano. Mas agora a medida terminou no dia 30 de novembro. Este prazo foi renovado várias vezes, mas acabou em novembro. No entanto as agências do INSS não retornaram com os serviços de perícia e é grande a dificuldade que o INSS está impondo ao segurado. Algumas agências não fazem perícia e os segurados ficaram no limbo em que não conseguem anexar atestado no sistema e não marcam perícia”, contou a advogada.

Diante desta situação ela diz que muitos estão ligando no 135 e ficam pendurados no telefone por horas. "O INSS tem falta de servidores. Teve concurso, mas não chamaram e temos 2 milhões de processos parados no órgão e empobrecimento da população de forma geral, de quem precisa do benefício para viver", acrescenta Caroline.

3 A MOROSIDADE NO ACESSO À PERÍCIA MÉDICA E SUA RELAÇÃO COM DIFICULDADES PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A partir da análise feita anteriormente, foi possível verificar que a morosidade da reação do Poder Público, representado no momento pelo INSS, foi motivo de diversos problemas aos segurados, que tiveram problemas desde a análise do pedido a marcação da perícia médica pelo Instituto Nacional de Seguridade Social.

Segundo Vinhas (2021, p. 56) a pandemia da covid-19 influenciou no aumento de pedidos e na demora da análise, além dos vários problemas que o órgão enfrentou desde o início da pandemia, como a análise de diversos pedidos de benefícios e paralisação das perícias. O tempo de espera para análise dos benefícios requeridos pelos segurados subiu para uma média de 102 dias em Abril, o que representa mais do dobro do prazo legalmente estabelecido. A partir do acordo entre INSS, MPF e DPU, os prazos subiram para 90 dias, porém seguem sendo desrespeitados pelo órgão em alguns casos:

O agravamento da pandemia de covid-19 influenciou diretamente no aumento de pedidos e na demora na análise, avalia o advogado Ruslan Stuchi, especialista em direito previdenciário e sócio do Stuchi Advogados. Ele explica que houve aumento do tempo de espera da análise de benefícios em esfera administrativa pelo INSS.

"Esse aumento se deu novamente pela análise de vários benefícios por meio de laudos médicos e da paralisação parcial que ocorreu novamente dos peritos do INSS para a análise de benefícios por incapacidade como o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, pleitos nesse sentido nos quais é necessária a perícia administrativa. Houve esse retardamento", avalia Stuchi.

Em janeiro de 2019, o número de espera chegou a 2,03 milhões e, em fevereiro de 2020, caiu para 1,86 milhão. Até então os números vinham diminuindo.

Durante o ano passado, as agências ficaram fechadas de 18 de março a 14 de setembro, quando foram reabertas gradativamente, por causa das medidas de contenção à covid-19. O atendimento foi

realizado, neste período, apenas de forma remota, pelo site Meu INSS. Praticamente todos os serviços atualmente podem ser realizados de forma digital, sem precisar comparecer a uma agência.

O tempo de espera pelos benefícios também aumentou neste ano e chegou a 102 dias em abril. No fim do ano passado o prazo médio de concessão dos benefícios era de 66 dias.

O prazo máximo previsto em lei é de 45 dias, mas, com o acordo entre o INSS, MPF e DPU homologado pelo STF, novos prazos foram estabelecidos e passarão a vigorar a partir de 10 de junho deste ano. O acordo prevê que todos os prazos não devem ultrapassar 90 dias e podem variar conforme a espécie e o grau de complexidade do benefício.

Com o objetivo de diminuir os problemas ocasionados pela dificuldade nas perícias realizadas pelo INSS no contexto da pandemia, diversas saídas foram pensadas. Entre elas, a que mais se destacou foi o projeto de lei 4708/20 que foi aprovado em Junho de 2021.

Segundo a Agência Câmara de Notícias (2021, p. 1), em junho de 2021 houve a aprovação de projeto de lei que visa obrigar o INSS a pagar o auxílio-doença, no valor de um salário-mínimo, caso não haja a realização da perícia em 60 dias. Seria necessário que o segurado cumprisse certos requisitos especificados e que houvesse a apresentação do atestado médico:

A Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados aprovou nesta quarta-feira (23) o Projeto de Lei 4708/20, que obriga o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a pagar o auxílio-doença, no valor de um salário mínimo (R\$ 1.100, atualmente), se a perícia médica não for realizada em 60 dias.

Segundo o texto aprovado, o pagamento será feito desde que o segurado cumpra os requisitos de carência mínima exigida e apresente o atestado médico.

Relatora no colegiado, a deputada Tereza Nelma (PSDB-AL) concordou com os argumentos do autor, deputado Domingos Sávio (PSDB-MG), e apresentou parecer pela aprovação da proposta, que altera a Lei de Benefícios da Previdência Social.

A deputada argumenta que o projeto torna permanente a regra prevista atualmente na Lei 14.131/21 que, por conta da pandemia de Covid-19, já permite o acesso do segurado do INSS ao benefício

auxílio-doença sem a necessidade de perícia médica presencial, bastando a apresentação de atestado médico e outros documentos que comprovem a doença causadora da incapacidade.

“A medida assegura o recebimento de um salário-mínimo mensal enquanto o segurado aguarda a realização de perícia médica, mesmo no período após a situação de calamidade pública que vivemos”, destaca a relatora.

A proposta prevê que o auxílio-doença poderá ser cancelado após a realização da perícia, cabendo ao segurado recorrer.

Perceba-se que, apesar da boa ideia do Projeto de Lei, o próprio Poder Legislativo peca em demorar demais para analisar um projeto que terá muita relevância no período de pandemia atual, vez que as perícias demoram a ser marcadas no momento presente.

É um projeto de lei que foi proposto ainda em 2020, mas que apenas agora, em Junho de 2021, houve a apreciação e aprovação da Comissão responsável. É necessário que o Poder Legislativo possa apreciar tal proposta de maneira mais célere, porque o Segurado – a pessoa física necessitada de proteção e auxílio do Estado – sofre com a demora da concessão do benefício a ele devido.

De maneira um pouco menos morosa, houve a sanção da lei 14.131 que autoriza que o INSS conceda o auxílio-doença de forma remota, sem a necessidade *de* perícia, apenas mediante a análise de documentos médicos como o atestado, por exemplo:

Foi sancionada nesta quarta-feira (31/3) a Lei nº 14.131, que autoriza o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a conceder o auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) de forma remota, mediante a análise de atestado e outros documentos médicos, sem a necessidade de perícia presencial. Além disso, a norma prorroga o prazo da ampliação da margem de crédito consignado de 35% para 40%. O prazo máximo de duração do benefício será de 90 dias, não sujeito à prorrogação.

Ato conjunto da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho e do INSS disciplinará os requisitos para apresentação e a forma de análise do atestado e dos documentos médicos.

De acordo com o INSS, todas as medidas administrativas necessárias foram adotadas para o retorno gradual e seguro do atendimento das Agências da Previdência Social. No entanto, é necessária uma nova estratégia para os locais em que o serviço da Perícia Médica Federal

está suspenso ou com sua capacidade reduzida, bem como para a diminuição no tempo de concessão do benefício nas regiões em que o período de agendamento do serviço está elevado. (BRASIL, 2021)

CONCLUSÃO

A morosidade no atendimento de maneira geral do Instituto Nacional de Seguridade Social foi um dos vilões para a população nos últimos dois anos. Apesar de já contar com uma morosidade natural, esta foi piorada pela pandemia da covid-19, que teve início ainda em 2020.

Ocorre que inúmeros pedidos de auxílio-doença – requeridos até antes deste meio tempo – tiveram seus pedidos negados de maneira não tão clara pelo INSS, uma vez que não havia justificativa quanto ao motivo da negativa pelo órgão.

Além desse problema, surgiu outra situação igualmente preocupante: não havia possibilidade de marcação de perícias médicas, condição até então necessária para a concessão do auxílio-doença.

O segurado, que já estaria em dificuldades devido a natural demora do INSS para analisar os pedidos, viu-se com um problema ainda maior: havia uma dificuldade em obter a resposta do seu requerimento a partir do aumento da fila provocada pela demanda da covid-19 e da dificuldade de acesso as perícias médicas, que foram paralisadas por algum tempo devido a pandemia.

Ou seja: nesse aspecto, o trabalhador ficaria sem receber o salário da empresa, devido as faltas decorrentes da doença adquirida, e sem receber do INSS, uma vez que não havia ainda sido realizada a análise da concessão do benefício requerido.

Diante desse impasse, questiona-se: a dificuldade de acesso a perícia médica, piorada com a pandemia da covid-19, pode ter implicado na piora na possibilidade de concessão do benefício auxílio-doença?

No decorrer da pesquisa, verificou-se que a falta de perícia médica foi apenas um dos entraves sofridos pelos segurados, visto que muitos trabalhadores que deram entrada em pedidos de auxílio-doença – mesmo antes da pandemia – ficaram com o pedido em análise e, portanto, a solicitação permanecia sem o pagamento do benefício devido. Essa morosidade trouxe muitas dificuldades aos segurados, uma vez que alguns destes ficaram sem trabalhar e sem receber o auxílio-doença devido.

A fila de espera do INSS já era de mais de 2 milhões de pedidos de análise de benefícios em 2019, o que demonstra que não se trata de problema novo. O órgão se queixa da falta de funcionários e da metodologia adotada na análise dos pedidos de

benefício, que atrasariam ainda mais na realização das análises dos muitos pedidos processados pelo órgão.

Como vimos, o Poder Público tentou mitigar os efeitos da morosidade das análises de benefícios pelo INSS, como com a apreciação de projeto de lei que visa obrigar o INSS a pagar o auxílio-doença, no valor de um salário-mínimo, caso não haja a realização da perícia em 60 dias. Para que pudesse gozar desta faculdade, seria necessário que o segurado cumprisse certos requisitos especificados e que houvesse a apresentação do atestado médico.

Além disso, houve também a sanção da lei 14.131 que autoriza que o INSS conceda o auxílio-doença de forma remota, sem a necessidade *de* perícia, apenas mediante a análise de documentos médicos como o atestado.

Concluiu-se que, apesar de esforços do Poder Público para diminuir as dificuldades ocasionadas pela pandemia da covid-19 na concessão do auxílio-doença, a reação do Estado foi tardia e, por conta disso, prejudicou os segurados, que continuaram sem receber os valores a eles devidos em muitos casos.

É necessário que o Instituto Nacional de Seguridade Social trabalhe em mais inovações tecnológicas e de processos para que a realidade da fila para análise de benefícios possa diminuir o mais rápido possível, visando a concretização de princípios de funcionamento da própria Administração Pública, como o princípio da economicidade e da eficiência, por exemplo.

Por fim, a concessão dos benefícios por parte do INSS é maneira de concretizar direitos constitucionalmente assegurados, além de permitir que as famílias brasileiras possam exercer suas vidas com mais dignidade.

REFERÊNCIAS

AGENCIA CAMARA DE NOTICIAS. **Comissão aprova projeto que obriga INSS a pagar auxílio-doença após 60 dias sem perícia.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/776596-comissao-aprova-projeto-que-obriga-inss-a-pagar-auxilio-doenca-apos-60-dias-sem-pericia/>

ALEGRETTI, Laís. **O drama de 1,4 milhão de brasileiros na fila do INSS que ninguém vê.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48186756>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 18 jun 2021

BRASIL. **Lei autoriza concessão do auxílio-doença sem necessidade de perícia médica presencial.** Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/marco/lei-autoriza-concessao-do-auxilio-doenca-sem-necessidade-de-pericia-medica-presencial>

CARVALHO, M M C. **O sistema da previdência social no Brasil e no mundo.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/o-sistema-da-previdencia-social-no-brasil-e-no-mundo/> acesso em 18 jun 2021

LIMA, A R. **As acepções da previdência social no Brasil.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/as-acepcoes-da-previdencia-social-no-brasil/> acesso em 18 jun 2021

NOCELLI, G. **Dificuldade de acesso ao auxílio-doença deixa população desamparada.** Tribunal de Minas, online, 11 de abril de 2021. Disponível em: <https://tribunademinas.com.br/noticias/economia/11-04-2021/dificuldade-de-acesso-ao-auxilio-doenca-deixa-populacao-desamparada.html> acesso em 18 jun 2021

SANTOS, Edvaldo; CASTRO, Nathália. **Afastados por problema de saúde têm dificuldades para receber pagamento do INSS na pandemia.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/10/afastados-por-problema-de-saude-tem-dificuldades-para-receber-pagamento-do-inss-na-pandemia.ghtml>

SIQUEIRA, Rosana. **INSS trouxe dificuldades para quem precisou de benefícios neste ano de pandemia.** Disponível em: <https://www.acritica.net/videos/inss-trouxe-dificuldades-para-quem-precisou-de-beneficios-neste-ano-de-pandemia/2026/>

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. **Seguridade social: conceito constitucional e aspectos gerais.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/seguridade-social-conceito-constitucional-e-aspectos-gerais/> acesso em 18 jun 2021

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO TRT-4. **Recurso Ordinário: RO 0020347-21.2016.5.04.0531.** Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439955921/recurso-ordinario-ro-203472120165040531>

VINHAS, Ana. **Fila por benefícios sobe para 1,9 milhão e INSS terá novos prazos.** Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/fila-por-beneficios-sobe-para-19-milhao-e-inss-tera-novos-prazos-03062021>

CRIMES DE CONTRABANDO E DESCAMINHO E SUAS APLICAÇÕES NO DIREITO PENAL ADUANEIRO

MATHEUS DE SANTANA CHAVES:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)

BRUNO VINICIUS NASCIMENTO OLIVEIRA

(Orientador)¹⁷

RESUMO: O trabalho versa sobre o Direito Penal aduaneiro que concerne na legislação sobre a importação e exportação de mercadorias de um espaço delimitado com entrada e saída controlada por um Estado. O principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa, envolve a premissa de aplicação do princípio da insignificância ou bagatela nos crimes de contrabando ou descaminho. O objetivo geral do trabalho abordar as atuais aplicações no Direito Penal Aduaneiro, mais especificamente sobre os delitos de contrabando e descaminho, na busca por um melhor aprendizado sobre as divergências de entendimentos doutrinários dos Tribunais Superiores. Dentre os resultados encontrados, verifica-se que embora existam decisões conflitantes sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho e contrabando, tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça asseveram no sentido de assentir que a aplicabilidade do princípio da insignificância deve abranger a aferição do resultado material da conduta, a reincidência do agente, tendo em vista que esses elementos precisam ser considerados. Portanto, conclui-se sobre a compreensão dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da incidência do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho, tem-se que existem decisões conflitantes sobre tal premissa, por parte do STJ e do STF e esse embate reflete nos entendimentos proferidos pelos demais tribunais brasileiros, a essa questão precisa ser decidida de modo a definir um posicionamento pacífico sobre o tema.

Palavras-chave: Delitos de Contrabando e Descaminho; Entendimentos Doutrinários e Jurisprudenciais. Princípio da Insignificância ou Bagatela.

ABSTRACT: The work deals with the Customs Criminal Law which concerns the legislation on the import and export of goods from a delimited space with entry and exit controlled by a State. The main question that we intend to answer during the research involves the premise of applying the principle of insignificance or trifle in crimes of smuggling or embezzlement. The general objective of the work is to approach the current applications

¹⁷ Especialista. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

in Customs Criminal Law, more specifically on the crimes of smuggling and embezzlement, in the search for a better learning about the divergences of doctrinal understandings of the Superior Courts. Among the results found, it appears that although there are conflicting decisions on the possibility of applying the principle of insignificance in crimes of embezzlement and smuggling, both the jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Court of Justice assert that the applicability the principle of insignificance must cover the measurement of the material result of the conduct, the recurrence of the agent, considering that these elements need to be considered. Therefore, it is concluded that the understanding of doctrinal and jurisprudential understandings about the incidence of the principle of insignificance in smuggling and embezzlement crimes, there are conflicting decisions on this premise by the STJ and the STF and this clash reflects on the understandings given by other Brazilian courts, this issue needs to be decided in order to define a peaceful position on the subject.

Keywords: Offenses of Smuggling and Embezzlement; Doctrinal and Jurisprudential Understandings. Principle of Insignificance or Trifle.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica possui como temática crime de contrabando e descaminho e suas aplicações no direito penal aduaneiro. Sendo assim, o trabalho versa sobre o Direito Penal aduaneiro que concerne na legislação sobre a importação e exportação de mercadorias de um espaço delimitado com entrada e saída controlada por um Estado.

Diante disso, o principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa envolve a seguinte indagação: Nos crimes de contrabando ou descaminho é cabível a aplicação do princípio da insignificância? Esta pesquisa se justifica importante no meio acadêmico pelo fato de que trata-se de divergências doutrinárias entre o STF e o STJ além de exceções da regra na aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando. Justifica-se, ainda, no âmbito social, em função de que em consequência ao aumento de casos de descaminho no território brasileiros, os Tribunais Superiores juntamente com alguns doutrinadores passaram a delimitar alguns requisitos para a utilização do Princípio da Insignificância, sendo a maior contrariedade discutida voltada ao seu real valor, por fim, o presente estudo contribuirá para que restabeleça assim a segurança jurídica processual e a diminuição de recursos reduzindo o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal.

O objetivo geral do trabalho abordar as atuais aplicações no Direito Penal Aduaneiro, mais especificamente sobre os delitos de contrabando e descaminho, na busca por um melhor aprendizado sobre as divergências de entendimentos doutrinários dos Tribunais Superiores. Já acerca dos objetivos específicos, elenca-se: a) analisar o princípio

da insignificância e seus critérios para sua aplicação nos crimes de contrabando e descaminho; b) debater a punibilidade dos crimes de contrabando e descaminho através do princípio da insignificância; e por fim, c) compreender os entendimentos doutrinários e dos Tribunais Superiores sobre o assunto.

Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho será voltado para a explanação dos crimes de contrabando e descaminho em específico, diferenciando-os e fundamentando-os. O segundo capítulo atentarà a explicação do princípio da insignificância para melhor compreensão, evidenciando a possibilidade da extinção da punibilidade. Coadunado assim o terceiro e último capítulo será dedicado à tentativa de demonstrar as hipóteses de incidência à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores e os entendimentos majoritários e minoritários.

Para alcançar esse fim, a presente pesquisa utiliza a metodologia dedutiva jurídica com o intuito de alcançar entendimento pacífico para a consolidação da aplicação do princípio da insignificância, visto que há inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicação. Sucederá assim, por meio de pesquisa exploratória, em análise qualitativa baseadas em pesquisas bibliográficas de doutrinas, como dos renomados doutrinadores Rogério Greco, Cleber Masson e Rogério Sanches Cunha, jurisprudências e legislações, com uma análise qualitativa buscando o melhor resultado e quantitativa para que aborde as maiorias dos entendimentos e teorias. O resultado a ser apresentado na presente pesquisa busca-se a contribuição de conhecimento para o âmbito jurídico e social, com o intuito de explicar as devidas divergências sobre o tema para alcançar um entendimento pacífico.

2 DOS DELITOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO

Acerca da evolução histórica dos delitos de contrabando e descaminho. Voltando para os primórdios da civilização, observa-se que a troca de produtos e serviços sempre esteve presente nos diferentes povos, o que, por conseguinte, passou por aperfeiçoamento na própria esteira do tempo. Diante da proporção que essas trocas foram tendo, houve a necessidade de regulação, pois o mundo foi caminhando para um mercado sem fronteiras, o dito "globalizado".

Observa-se que durante o Brasil Colonial, oriundos das Ordenações Manuelinas e Filipinas, existia aperfeiçoamento de uma estrutura acerca do crime de contrabando e descaminho, originário em meados dos anos 1700 d.c, sem, no entanto, adequá-las à realidade do Brasil à época (BRONDANI, 2012).

Somente com o advento da Independência do Brasil em 1822, fora editado o Código Criminal do Império do Brasil em 1830 vislumbrando tal situação, apesar de referir

apenas ao contrabando, mas o diferenciando, por conseguinte do descaminho. Tal regulação encontrava-se no art. 177 do Capítulo III:

Art. 177. Importar, ou exportar gêneros, ou mercadorias proibidas; ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação, ou exportação.

Penas – perda das mercadorias ou gêneros, e de multa igual à metade do valor deles.

Fato curioso que se observa é que além da primeira parte do *caput* acima, trazer uma abordagem quanto ao contrabando, enquanto na segunda parte temos o descaminho, as sanções (pena) à conduta criminosa eram de cunho patrimonial, e não restritiva de direito ou privativa de liberdade. Segundo Brondani (2012, p. 10):

Muito diferente do que ocorria na Idade Média, onde esta e muitas outras condutas possuíam previsão punitiva muito mais gravosa, chegando muitas vezes na aplicação da pena capital. A preocupação dos governantes sobre a entrada e saída de mercadorias nas suas fronteiras sempre existiu, pois atinge diretamente a economia interna do Estado.

Um pouco adiante, inspirada na Constituição dos Estados Unidos, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil promulgado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890, foi o primeiro código penal da República do Brasil, composto por quatro livros contendo 412 artigos.

Art. 265. Importar ou exportar, gêneros ou mercadorias proibidas; evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias, e por qualquer modo iludir ou defraudar esse pagamento.

Pena – de prisão por um a quatro anos, além das fiscais.

No que diz respeito à sanção penal, nota-se que a pena passou do aspecto unicamente patrimonial, através da perda de mercadorias e multa, ao caráter privativo de liberdade 4(quatro) anos além das sanções fiscais.

Somente com o advento do “atual” Código Penal Brasileiro, datado de 1940, é que houve uma distinção mais incisiva entre os crimes de contrabando e descaminho, conforme disposto no artigo 334 do referido diploma legal.

Para uma melhor compreensão, é necessária a distinção entre contrabando e descaminho, levando em conta que o Código Penal não restringe à administração pública apenas como um conjunto de entidades, órgãos e agentes públicos que exercem uma função administrativa estatal (em sentido estrito), mas leva em conta o conjunto de órgãos do governo, que exercem funções políticas de governabilidade em conjunto com os órgãos administrativos subordinados, que exercem funções administrativas (sentido amplo) (CARVALHO, 2017).

Nesta perspectiva do bem comum, contrabando e descaminho são ilícitos penais com previsão expressa no artigo 334 do Código Penal, no Capítulo II (Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral) do Título XI (Dos crimes contra a Administração Pública), veja-se:

Descaminho

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

- I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;
- II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;
- III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;
- IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;
- V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Nota-se, portanto, que segundo o Código Penal, por contrabando:

É o comércio de mercadorias proibidas pela legislação. É o caso de drogas, armas, alguns tipos de medicamentos e outros produtos que sejam proibidos de serem comercializados no país. À luz do direito, contrabando é um crime contra a administração pública, com o

objetivo de introduzir ou retirar mercadorias proibidas entre Países. (CPB, Artigo 334-A, 1940)

Enquanto por descaminho, o mesmo diploma legal define:

O descaminho consiste em não pagar total ou parcialmente as obrigações ou impostos devidos pela entrada, saída ou pelo consumo de mercadorias. Não se trata de mercadorias proibidas. Pela definição do direito, descaminho é uma espécie de fraude fiscal, consistente no não pagamento de tributo. Semelhante ao contrabando, pois a forma como mercadorias são comercializadas ou introduzidas no País é ilegal, no descaminho a diferença é de que as mercadorias são legais. (CPB, Artigo 334, 1940)

Embora as modalidades apresentam certa sinonímia, não se confundem, pois, as práticas de contrabando se diferem das quais resultam em descaminho. Nesta medida, enquanto no contrabando a mercadoria entra no país sem ser declarada, no descaminho percebe-se que ela é declarada, o que ocorre é que o valor a ser cobrado em função de impostos é alterado, geralmente um valor menor. Assim como explica Carvalho (1988, p. 4):

Enquanto o descaminho, fraude ao pagamento dos tributos aduaneiros é, grosso modo, crime de sonegação fiscal, ilícito de natureza tributária, pois atenta imediatamente contra o erário público, o contrabando propriamente dito, a exportação ou importação de mercadoria proibida, não se enquadra entre os delitos de natureza tributária. Estes, precedidos de uma relação fisco-contribuinte, fazem consistir, o ato de infrator, em ofensa ao direito estatal de arrecadar tributos. Em resumo, tem-se o preceito contido nas normas tipificadas dos delitos fiscais acha-se assentado sobre uma relação fisco-contribuinte, tutelando interesses do erário público e propondo-se com as sanções respectivas, a impedir a violação de obrigações concernentes ao pagamento dos tributos. Por consequência, já o preceito inerente à norma tipifica Dora do contrabando visa a proteger outros bens jurídicos, que, embora possam configurar interesses econômicoestatais, não se traduzem em interesses fiscais. Inexiste uma relação fisco-contribuinte entre o Estado e o autor do contrabando. Assim sendo proibida a exportação ou importação de determinada mercadoria, o seu ingresso ou a sua saída das fronteiras nacionais configura um fato ilícito e não um fato gerador de tributos.

Mas esse descompasso, como mencionado no tópico anterior, ocorre desde a gênese, haja vista que o crime de contrabando sempre apresentou uma modalidade que se refere à importação e à exportação de mercadorias proibidas, e outra modalidade que se relaciona com a fraude fiscal.

Segundo Japiassú (2000, p. 70):

Isso se deveu, ao fato de que ambos os casos referiam-se a um nome genérico que os caracterizava: “fraudatum vectigal” ou o imposto defraudado nas transações da ordem internacionalmg. É, por esta razão que, em muitos países, ainda hoje, o termo contrabando refere-se à sonegação do imposto alfandegário, em vez de se utilizar o termo corrente no Direito Brasileiro, descaminho

Assim, conforme a legislação e os apontamentos da doutrina, tem-se que o contrabando é um crime pluriofensivo, visto que ofende mais de um bem jurídico: ato atentatório ao erário público, além de ofensa à higiene, moral ou segurança pública, sendo idônea ainda a potencialmente prejudicial a indústria nacional. Enquanto o descaminho, por ser essencialmente ilícito de natureza fiscal, ofende apenas o bem jurídico do erário público, indo além, a economia nacional.

Japiassú (2000), esses delitos penais se amoldam nos chamados “delitos aduaneiros”, que por sua vez, se situam na categoria dos “delitos econômicos”. Estes por sua vez, violam a noção de ordem econômica, pretendendo desrespeitar as normas elaboradas pela Alfândega, fazendo traspasar ilicitamente as fronteiras de determinado Estado.

Por excelência, são crimes tipicamente econômicos, pois baseiam na violação de normas de importação e exportação que o ente estatal apresenta. O bem jurídico tutelado é o próprio interesse estatal no que se refere ao erário público.

Por não exigir um sujeito determinado, qualquer pessoa, até mesmo um funcionário público pode praticar os delitos de contrabando e descaminho. Indo além, pode ser praticado por um grupo ou até mesmo em quadrilha, respondendo os coautores em concurso pelos crimes. Enquanto no polo passivo, figura a administração pública ou o Estado, cuja pretensão é a repressão ao indevido comércio exterior.

Uma distinção importante, é que no contrabando, necessita verificar se os gêneros e mercadorias são proibidos, seja relativa ou absoluta, levando em conta a natureza da mesma, mas que se distingue quanto ao tempo e à forma. Ou seja, a exemplo de um tóxico, em relação ao tempo, se nacionalmente o mesmo estiver escasso, a exportação pode ser proibida por um certo lapso temporal, enquanto em relação a forma, pode se condicionar

a entrada da mercadoria no país a um determinado tipo de embalagem, protegendo-se assim a proteção da indústria nacional. Já no que diz respeito ao descaminho, a verificação dos impostos, taxas ou tributos realmente devidos pelo fisco, ficam comprometidos no ato da declaração. Literalmente consiste em iludir, burlar, enganar, fraudar o pagamento, seja ele parcial ou total dos tributos devidos pela entrada, saída ou consumo de mercadoria.

Em relação à consumação, o mesmo é de consumação imediata, instantânea e material, a partir do momento em que o sujeito ativo, que pode ser qualquer um, frustra a atividade dos agentes fiscais, autorizando a entrada ou a saída de mercadoria proibida. Se a posse ou a guarda ainda esteja com as autoridades fazendárias, não há que se falar em consumação do delito, visto que o mesmo se consuma a partir do momento da liberação pela autoridade ou transposta a zona fiscal. Todavia, a realidade fática nos mostra que a grande maioria dos casos, a mercadoria proibida entra ou sai do país de origem por algum meio que não utiliza a alfândega, o dito "contrabando sigiloso ou oculto". Nestes casos, consuma-se o delito com a entrada no território nacional ou dele se afaste. Admitindo-se a tentativa em ambos os casos, uma vez que o iter criminis é fracionável (JAPIASSÚ, 2000, p. 68).

Neste contexto, segundo dados divulgados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual tem jurisdição sobre os estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, os crimes de pequena corrupção, como o contrabando e descaminho, é que tomam conta do dia a dia da Justiça Federal no Sul do país, somado a outros tipos penais que envolvem servidores públicos de baixa escala e somas financeiras que, individualmente não se revelam vultuosas.

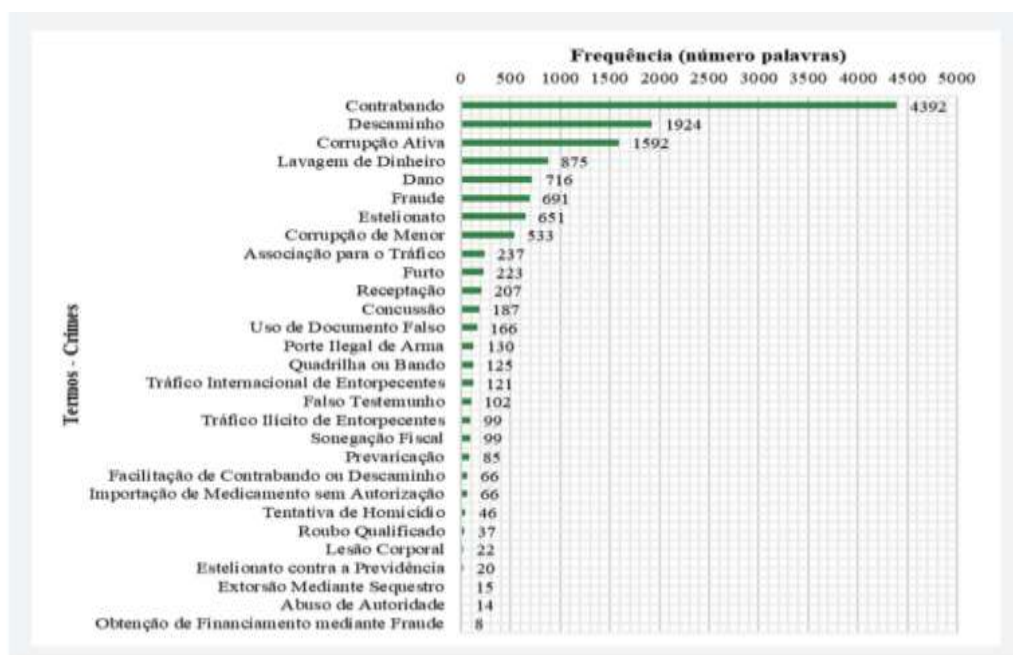


Tabela 1: Ocorrência e frequência dos crimes na análise por dicionário

Fonte: Madeira; Geliski (2019).

Assim, a história do contrabando e descaminho nas fronteiras de Mato Grosso com a Bolívia e o Paraguai permeia a própria história da formação dessa região (MOTA, JOSÉ, 2014).

Com isso, pela previsão a expressão do artigo 334 do CP, existe os casos de contrabando e descaminho por “assimilação”, previsto no §1º do citado artigo, quando o sujeito ativo pratica navegação de cabotagem, ou seja, aquele tipo de navegação dentro do país entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando-se da via marítima ou esta e as navegáveis interiores. Ainda o §2º do referido artigo, existe uma ampliação do conceito de atividade comercial pelo legislador, de forma a considerar que não é ela exercida apenas pelo comerciante registrado e matriculado em estabelecimento apropriado, mas também aquele que se entrega ao comércio irregular e clandestino (BIANCA MAZUR, 2001).

Diante de todo exposto, percebe-se que há uma grande preocupação do legislador em tipificar as condutas denominadas de contrabando e descaminho, pois impacta diretamente na economia do país e conseqüentemente na projeção do bem comum. Indo além, o propósito do direito penal, é justamente impedir que aquelas condutas reiteradas perpetuem, pois o que não é proibido é permitido.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: CAUSA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE MATERIAL

Fazendo breve relato histórico e conceito do princípio da insignificância. Inicialmente, cumpre mencionar que o princípio da insignificância também é conhecido como princípio da bagatela. No que tange à origem desse há divergências, pois parte da doutrina afirma que sua gênese ocorreu no direito romano, enquanto a outra parte entende que esse princípio é ligado a legalidade, considerando que na maior parte o direito romano versava sobre direito privado.

Segundo Ackel Filho (1988, p. 73), que é adepto da primeira corrente “No tocante à origem, não se pode negar que o princípio já vigorava, no Direito Romano, onde o pretor não cuidava de modo geral, de causas e delitos de bagatela, consoante à máxima contida no brocardo mínima *non curat praetor*.”

Enquanto Lopes (2000, p. 41) que é adepto da segunda corrente defende que no direito romano predominava o direito privado, assim como a falta de legalidade do período, embora considere a possibilidade do princípio em análise ter sido usado. Veja-se:

O Direito Romano foi notadamente desenvolvido sob a óptica do Direito Privado e não do Direito Público. Existe naquele brocardo menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado vez ou outra a situações de Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade? Ao que me parece, se não nenhuma, uma, mas muito limitada, tanto que não se fez creditar aos romanos a herança de tal princípio.

Coadunando com essa corrente doutrinária Silva (2011, p. 95) afirma que “A segunda corrente doutrinária que nega a origem Romana do Princípio da Insignificância pode ser dividida em duas vertentes de entendimento, que tem respectivamente como representantes Mauricio Ribeiro Lopes, de um lado, e José Luis Guzmán Dalbora, de outro.”

O princípio da insignificância começou a ganhar maior proporção depois das guerras mundiais, que incidiram em mudanças consideráveis para o mundo. Capez (2021, p. 49) entende que, em 1964 Claus Roxin inseriu o referido princípio no sistema penal:

a) Insignificância ou bagatela: originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal.

Em que pese a divergência supra exposta, pode-se concluir que há vestígios do princípio da bagatela desde o tempo dos romanos. Para Greco (2021, p. 99):

Em que pese haver divergência doutrinária quanto às origens do princípio da insignificância, havendo quem afirme que ele já vigorava no direito romano, a “criminalidade de bagatela” surge na Europa, como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial. Após a segunda grande guerra, houve um notável aumento dos delitos de caráter patrimonial e econômico, marcados pela característica de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de “criminalidade de bagatela”.

Roxin contribuiu para chegar a aplicação principiológica atual, consoante Roxin (1998) *apud* Rebêlo 2000, p. 30) afirma:

Para Roxin, há necessidade de atualizar a função maior da lei penal, valorizando-se adequadamente a sua natureza fragmentária, de

forma que se estenda dentro do âmbito da punibilidade somente o que seja indispensável para a efetivação do bem jurídico. Através desse princípio geral do direito, permite-se, na maioria dos tipos, excluir desde logo danos de pouca importância. Diz, ainda, que hoje em dia há de se partir da asserção de que uma conduta somente pode ser proibida com uma pena quando resulta de todo incompatível com os pressupostos de uma vida pacífica, livre e materialmente assegurada. O moderno Direito Penal não se vincula a uma imoralidade da conduta, senão ao seu potencial de dano social.

O princípio da insignificância consiste em impedimento para que ações irrelevantes, mesmo que ilícitas, tendo em vista que essas não prejudicam o bem legalmente protegido, sejam penalizadas. Do mesmo modo, Roxin (1998, p. 25 *apud* SILVA, 2011, n.p) pontua que:

Que propôs a restritiva interpretação aos tipos penais, com a supressão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais; contudo o legislador não possui envergadura para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas a bens jurídicos, deixando claro que a secularização já não é tão somente um fenômeno teórico, mas sim uma realidade, pois a punição pelo imoral já, de há muito tempo é descabida.

Queiroz (2020, p. 57) explica o princípio da bagatela como:

Um instrumento por cujo meio o juiz, em razão da manifesta desproporção entre crime e castigo, reconhece o caráter não criminoso de um fato que, embora formalmente típico, não constitui uma lesão digna de proteção penal, por não traduzir uma violação realmente importante ao bem jurídico tutelado.

Ressalte-se que condutas formalmente típicas que não lesionam significativamente um bem jurídico não requerem a incidência de penalidade prevista pelo direito penal, afastando assim a tipicidade penal e tornando a conduta atípica.

Grego (2021, p. 22) conceitua o princípio em comento como:

Princípio da insignificância Analisado em sede de tipicidade material, abrangida pelo conceito de tipicidade conglobante, tem a finalidade de afastar do âmbito do Direito Penal aqueles fatos que, à primeira

vista, estariam compreendidos pela figura típica, mas que, dada a sua pouca ou nenhuma importância, não podem merecer a atenção do ramo mais radical do ordenamento jurídico. Os fatos praticados sob o manto da insignificância são reconhecidos como de bagatela.

Coadunando com o exposto afirma-se casos que não apresentem perigo para a sociedade e ao bem jurídico tutelado não deve ser penalizado pelo direito penal, evitando assim o injusto penal. Com relação aos princípios que fundamentam a existência do princípio da insignificância, tem-se que, considerando que o princípio da insignificância decorre do entendimento de doutrinadores diante das normas que limitam o poder punitivo estatal, pois não está expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, há princípios que sustentam a existência daquele, conforme se verá a seguir.

O princípio da igualdade fundamenta o princípio da bagatela, pois preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Segundo Lopes (2000, p. 57) o princípio da igualdade reflete em três momentos, quais sejam, “um deles na fase cognitiva, outro na fase aplicatória e um terceiro quando do momento da execução da sanção penal.”

Inicialmente, no momento da isonomia formal verifica-se que há um juízo de tipicidade em condutas idênticas que preenchem a descrição legal do fato. Na fase cognitiva a regra que vigora é a mesma para todos, isto é, impessoal e igualitária. Enquanto na fase de aplicação da pena é função do juiz estabelecer os limites da isonomia. E, por fim, na fase de execução da pena, a imposição deve ser de acordo com cada sentenciado, respeitando as particularidades de cada indivíduo, mesmo que a pena imposta tenha sido a mesma.

O princípio da liberdade limita o poder estatal diante dos direitos do homem ou liberdades fundamentais, sendo, portanto, um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. Para Lopes (2000, p. 59-60), “há de revelar uma tendência ao estabelecimento de políticas criminais atenuadoras do cárcere através do incremento de modalidades alternativas e substitutivas para as penas segregacionistas e que conspiram contra a liberdade”.

Segundo o princípio da proporcionalidade a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito, pois conforme contextualiza Bitencourt (2020, p. 54) que “desde o iluminismo procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos”.

Lopes (2000, p. 421) explica que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor de delito têm de ser proporcionais à sua concreta gravidade).

Em seguida, há o princípio da legalidade, que visa estabelecer limites ao poder estatal, servindo como barreira a arbitrariedades e ilegalidades, haja vista que não há crime, tampouco pena sem lei anterior que o defina. Conforme afirma Prestes (2003, p. 53):

O Direito Penal dentro do Estado Democrático de Direito não pode conferir à reserva legal um aspecto meramente formalista, apegado a uma descrição de delito desprovida de qualquer conteúdo lesivo. As condutas legalmente descritas devem estar marcadas pela ofensividade a interesses de relevância primária para a sociedade. O Direito Penal evolui. A infração penal não é mais vista como a simples realização da figura típica descrita na lei penal à qual se aplica uma sanção, sem que haja qualquer menção de que a conduta lesiona um interesse juridicamente tutelado.

Considerando que, o princípio da insignificância também possui como fundamento princípios que não estão explícitos na Constituição Federal de 1988, por último, mas não menos importante ressalta-se o princípio da intervenção mínima do direito penal. Pode-se afirmar que, o princípio supramencionado trata da função do direito penal que consiste em limitar a atuação punitiva estatal, assegurando a efetivação de direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Segundo Masson (2019) o funcionalismo do direito penal, mormente, consiste em manutenção da paz social, desapego da técnica jurídica excessiva e prevalência do jurista sobre o legislador. Destacando duas teorias, quais sejam, funcionalismo teleológico ou moderado e funcionalismo sistêmico ou radical. Cunha (2016, p. 34) explica as referidas teorias:

Para o funcionalismo teleológico (ou moderado), que tem como maior expoente CLAUS ROXIN, a função do Direito Penal é assegurar bens jurídicos, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal. Já de acordo com o funcionalismo sistêmico (ou radical), defendido por GÜNTER JAKOBS, a função do Direito Penal é a de assegurar o império da norma, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado. Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema.

Por sua vez, a doutrina de Estefam (2021) sustenta que o princípio da intervenção mínima somente deve ser aplicado em situações de extrema necessidade (*ultima ratio* – última opção) por ser derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. E embora haja consenso a respeito desse princípio o legislador tem a tendência de promover o crescimento patológico da legislação penal, acarretando uma descredibilidade do sistema criminal, ao instituir que o direito penal como última premissa do controle social, sendo assim, na hipótese do Estado possui meios menos lesivos para assegurar a convivência pacífica em sociedade, deve utilizá-los, evitando o emprego da punição pelo viés criminal.

Ante a isso, com base no julgado transcrito abaixo, o Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar o princípio da insignificância, faz referência ao princípio:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 4º, IV, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. BENS AVALIADOS EM R\$ 13,00 (1,3% DO SALÁRIO MÍNIMO). ORDEM CONCEDIDA. 1. "A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 221.999/RS (Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/12/2015), estabeleceu que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a verificação de que a medida é socialmente recomendável" (AgRg no HC 623.343/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 25/05/2021). 2. Não obstante a reiteração delitiva do agente, deve ser acolhida a tese de atipicidade da conduta, consistente no furto de "dois bastões de cola, dois maços de baralho, quatro massas de modelar, uma bucha de banho, um pacote de absorvente, um gel fixador de cabelo, um gel cura tudo e um reparador de pontas, conjuntamente avaliados em R\$ 13,00", que foram restituídos

ao estabelecimento comercial "Shopping do 1 real", a autorizar, excepcionalmente, a incidência do princípio da insignificância. 3. "Os mecanismos de controle social dos quais o Estado se utiliza para promover o bem estar social possuem graus de severidade, constituindo o Direito Penal a ultima ratio, de modo que a sua aplicação deve obedecer aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade" (HC 363.350/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018). 4. Habeas corpus concedido. Afastamento da tipicidade da conduta. Incidência do princípio da insignificância. Restabelecimento da decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia (art. 395, III - CPP). (STJ-HC 678.090/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 11/10/2021)

Por todo o exposto acerca do referido princípio, conclui-se que, o direito penal não possui como única finalidade a imposição de punições aos indivíduos que praticam atos ilícitos, haja vista as funções expostas acima. Podendo-se inferir que uma das principais funções consiste em limitar a atuação punitiva estatal.

Assim, de acordo com os princípios supra descritos, embora não haja previsão legal do princípio da insignificância está fundamentado pelos princípios da igualdade, liberdade e proporcionalidade. Possibilitando maior efetividade e concretização dos direitos oriundos da dignidade da pessoa humana.

Tem-se pelo viés doutrinário e jurisprudencial que o princípio em comento é tradicionalmente reconhecido como causa excludente de tipicidade material. Embora a insignificância não seja causa extintiva da punibilidade, nos termos do artigo 107 do Código Penal (SOUZA; DE-LORENZI, 2017).

Mas, fazendo referência ao recolhimento do tributo sonegado como fundamento para extinção da punibilidade, conforme lei de crimes contra a ordem tributária, é importante discorrer sobre essa questão.

A respeito da consolidação (perante a doutrina e jurisprudência) do princípio da insignificância como causa de excludente da tipicidade. Souza e De-Lorenzi (2017, p. 17-21) apontam que:

(...) a punibilidade vem sendo considerada por alguns doutrinadores como uma categoria autônoma e/ou integrante da teoria do delito (para além de conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade), tendo como fundamento material os critérios/princípios do merecimento

de pena e/ou da necessidade de pena, contudo, alguns autores vêm sugerindo uma nova abordagem do princípio da insignificância, considerando-o como uma causa de exclusão da punibilidade com base no merecimento de pena e/ou na necessidade de penal.

Na visão do autor, o princípio da insignificância ao ser incluído na categoria de punibilidade pode possibilitar ou não punição do fato, ao analisar a falta de necessidade preventiva de pena no plano fático mesmo que ocorra uma ofensa ao bem jurídico (tipicidade material), essa premissa está coadunada a excludente de tipicidade material.

A composição do crime é premissa essencial para compreender a atipicidade do princípio da insignificância. Assim, o crime se compõe de elementos, quais sejam: o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade. Sendo o fato típico o primeiro requisito do crime, é crucial para o andamento do processo (MASSON, 2019).

Nesse aspecto, os crimes de bagatela possuem tipicidade formal e também material tendo em conta que na hipótese de ocorrência de uma lesão expressiva ao bem tutelado, acaba havendo a atipicidade por parte do agente. Embora o direito penal, conforme o princípio da intervenção mínima do estado deva ser aplicado como última opção, a insignificância deverá ser aplicada sempre que for demonstrado que a conduta, ainda que formalmente considerada típica, não possui o elemento material da tipicidade, pois é com isso que será possível definir se a conduta praticada merece destaque e o agente necessita de punição, levando ou não a inexistência do crime (TELES, 2018).

Continuando a discussão sobre o elemento da tipicidade material, este se caracteriza pela análise do fato praticado pelo agente como conduta típica ou não. Com isso, a utilização do direito penal para punição de condutas que não ocasionem em ofensas aos bens jurídicos é totalmente injusta, ainda que sejam definidas como formalmente típicas. Dessa forma, o princípio da insignificância é aplicado também nas condutas que não provoquem substancialmente lesão ao bem jurídico penal, ou seja, quando essa lesão ao direito penal for ínfima (SANTOS, 2018).

Gomes (2009) preconiza que a atipicidade material não deve ser confundida com exclusão da punibilidade, pois o princípio da insignificância é marcado pela própria tipicidade material e não como sendo causa excludente da punibilidade.

De acordo com Bitencourt (2020) ocorre à tipicidade penal quando há uma ofensa de alguma gravidade a um bem jurídico tutelado, cabendo salientar que nem sempre qualquer ofensa é suficiente para configurar um injusto típico. É necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da ação ou omissão que se pretende penalizar e a reprimenda da intervenção estatal. Assim, condutas que se amoldam ao tipo penal podem não apresentar nenhuma relevância material.

Verifica-se que a questão da insignificância como direito material, e caracterizada como excludente de tipicidade não é assunto pacífico nos entendimentos dos supramencionados autores mesmo que haja uma parte majoritária da doutrina e jurisprudência que qualifica o princípio em discussão como excludente da tipicidade, mas, na redação do artigo 107 do Código Penal o princípio da insignificância não está elencado no mencionado artigo que aborda as causas de extinção da punibilidade.

4 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Após a explanação geral e as peculiaridades dos delitos de contrabando de descaminho, bem como a abordagem histórica e conceitual do princípio da insignificância e os princípios que justificam a existência do princípio em comento. Neste capítulo será discutido sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância como afastamento da tipicidade dos delitos de contrabando e descaminho sob o viés. Com isso, destaca-se a Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça que determina que o princípio da insignificância não deve ser aplicado nos crimes contra a administração pública, *in verbis*:

Súmula 599 do STJ - O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.

Todavia, diante da disposição da Súmula 599 do STJ, abre-se brecha para um questionamento entre legislações, e também caso concreto, tendo em vista que os crimes de contrabando e descaminho estão incluídos no Capítulo II do Título XI do Código Penal que engloba os crimes contra a administração pública.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados admite o princípio em comento em sede dos delitos de contrabando e descaminho.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. INUTILIZAÇÃO DE UM CONE. IDOSO COM 83 ANOS NA ÉPOCA DOS FATOS. PRIMÁRIO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. **MITIGAÇÃO EXCEPCIONAL DA SÚMULA N. 599/STJ. JUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA.** RECURSO PROVIDO. 3. A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, **as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula**, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa

intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada. (STJ-RHC: 85.272/RS, Relator: Min. Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 14/08/2018, Data de Publicação: 23/8/2018) (grifo do autor).

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a atipicidade da conduta no Habeas Corpus nº 107370:

SUBTRAÇÃO DE OBJETOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, AVALIADOS NO MONTANTE DE R\$ 130,00 (CENTO E TRINTA REAIS). 3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, CONSIDERADOS CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. (SFT-HC: 107370 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Data de Julgamento: 26/04/2011, Data de Publicação: 22/06/2011).

Ante ao teor das decisões do STJ e STF, observa-se que a Cortes se pautam pela mitigação excepcional da Súmula 599 do próprio STJ, justificando a inaplicabilidade da Súmula nos crimes contra a Administração Pública na dignidade e moralidade das funções a serem exercidas pelo Estado. Assim, dispondo acerca da posição anterior consolidada pelo Supremo Tribunal Federal e também pelo Superior Tribunal de Justiça, não havia reconhecimento do princípio da insignificância, conforme se vislumbra na decisão abaixo disposta.

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO DE CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. POSSÍVEL REITERAÇÃO DELITIVA DO PACIENTE. NECESSÁRIA CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL NA ORIGEM. ORDEM DENEGADA. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como exame formal de subsunção de fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade é necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso, para verificação da ocorrência de lesão grave e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Impossibilidade de incidência, no contrabando ou descaminho de cigarros, do princípio da insignificância. **3. Possibilidade da contumácia delitiva do Paciente.** A orientação deste Supremo Tribunal, confirmada pelas duas Turmas, é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração delitiva. 4. Ordem denegada. (STF-HC 131205/MG, Relator: Min. Carmem Lúcia, Julgamento: 06/09/2016, Publicação: 22/09/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma) (grifo do autor).

Em relação a aplicação do princípio da insignificância em crimes contra a Administração Pública, paira sobre os critérios definidos para aplicação do princípio nesses casos. De acordo com Estefam (2021) o Supremo Tribunal Federal vem adotando critérios para verificação da possibilidade de aplicação do princípio no caso concreto, são eles: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de comportamento, e a inexpressividade da lesão provocada.

Além disso, menciona-se que o Supremo Tribunal Federal definiu no julgamento do Habeas Corpus nº 84.412, critérios para a aplicação do princípio da insignificância como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade, a redução do grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Nesse sentido também era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, veja:

RECURSO ESPECIAL. CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PROIBIÇÃO RELATIVA. CRIME DE CONTRABANDO E NÃO DE DESCAMINHO. Incidência do princípio da insignificância requer: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, circunstâncias não evidenciadas na espécie. (STJ - REsp: 1342262 RS 2012/0189045-7, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 15/08/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2013) (grifo do autor).

A respeito disso, Cavalcante (2014) dispõe sobre os requisitos para aplicação do princípio da insignificância, a saber: a conduta praticada deve ser relevante para o direito penal, devendo haver lesão ou ameaça de lesão e o fato precisa ser caracterizado como formal, material e típico, caso contrário, o réu é absolvido por atipicidade material com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Esclarece Greco (2021) que o princípio da insignificância possui como finalidade auxiliar o interprete da análise do tipo penal, excluindo a incidência da lei em questões consideradas como de bagatela. A respeito disso, surgem indagações em relação aos crimes de contrabando e descaminho, sobre valor permitido para aplicação do princípio na estimativa da jurisprudência e o fundamento utilizado para fixação desse teto para incidência do princípio da bagatela. A respeito disso, cita-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

(...) "Ainda que a incidência do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho, quando o débito tributário

verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00, tenha aplicação somente aos tributos de competência da União, à luz das Portarias n. 75/2012 e n. 130/2012 do Ministério da Fazenda, parece-me encontrar amparo legal a tese da defesa quanto à possibilidade de aplicação do mesmo raciocínio ao tributo estadual, especialmente porque no Estado de São Paulo vige a Lei Estadual n. 14.272/2010, que prevê hipótese de inexigibilidade de execução fiscal para débitos que não ultrapassem 600 (seiscentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs, podendo-se admitir a utilização de tal parâmetro para fins de insignificância" (STJ, HC: 535.063/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2020, DJe 25/08/2020).

Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é passiva em admitir a aplicação do princípio da bagatela no crime de descaminho previsto do artigo 344 do Código Penal, nos casos em que o valor do tributo não recolhido for igual ou superior a 20 (vinte) mil reais pelas disposições trazidas na Lei nº 10.522/2002. Nesse mesmo sentido, caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO ESTABELECIDO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, COM AS ATUALIZAÇÕES INSTITUÍDAS PELAS PORTARIAS 75/2012 E 130/2012, AMBAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. INAPLICABILIDADE AOS CASOS DE REINCIDÊNCIA OU COMPROVADA HABITUALIDADE DELITIVA: ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O agravante apenas reitera os argumentos anteriormente expostos na inicial do habeas corpus, sem, contudo, aduzir novos elementos capazes de afastar as razões expendidas na decisão agravada. II –A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o princípio da insignificância poderá ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações instituídas pelas Portarias 75/2012 e 130/2012, ambas do Ministério da Fazenda, ressalvados os casos de reincidência ou comprovada habitualidade delitiva, que impedirão a aplicação desse princípio, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente. III – Na espécie, o princípio da insignificância não foi aplicado ao caso

concreto, pois, contra a ré, foi reconhecida a habitualidade na prática do crime de descaminho, motivo suficiente para a manutenção dessa decisão, independentemente do valor do tributo sonegado ser inferior ao que determinado pelo art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações instituídas pelas Portarias 75/2012 e 130/2012, ambas do Ministério da Fazenda. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF-AgR HC: 174329 SC – 0027161-39.2019.1.00.0000, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 05/11/2019, Segunda Turma, Data de Publicação: 18/11/2019)

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal estabelecem que o princípio da insignificância poderá ser usado como alegação de defesa no crime de descaminho, sempre que o montante do imposto não ultrapassar a quantia de vinte mil reais, por ser um valor irrelevante para fins fiscais de acordo com o estabelecido na Lei nº 10.522/2002 em conjunto com as disposições das Portarias nº 75/2012 e nº 130/2012 ambas editadas pelo Ministério da Fazenda que orientam os Procuradores da Fazenda Pública Nacional no ajuizamento de execuções fiscais de crédito tributário ou não.

Em resumo, tem-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores consagrou o seu entendimento pautando pelo princípio da insignificância no crime de descaminho, acerca do valor fixado nas referidas Portarias nº 75/2012 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda Pública, pois o direito penal conforme o também princípio da intervenção mínima do estado, deve ser a última alternativa (*ultima ratio*) para resolução da lide em contexto social.

Desse modo, caso a Fazenda Pública Nacional não tenha interesse de executar o crédito na esfera cível (sendo o valor de vinte mil reais irrisório), essa cobrança também não é interessante para o âmbito penal, levando em consideração que direito penal somente deve ser aplicado quando os outros ramos do direito não conseguirem satisfazer a pretensão do Estado, por consequência, se na esfera cível que é menos onerosa essa obrigação não será provocada, da mesma forma, não existe justificativa de provocação perante a esfera criminal com vistas a aplicação da responsabilização criminal daquele agente sonegador de valor que esteja abaixo de vinte mil reais.

Por outro viés, o STJ e STF não admitem a aplicabilidade dos crimes de contrabando previsto no artigo 334-A do Código Penal, não importando o valor das mercadorias, embora o STJ tenha admitido a excepcionalidade do delito para uma pequena quantidade de remédios para uso pessoal.

Em meados de fevereiro de 2017 fora publicado pelo Superior Tribunal de Justiça um julgado da quinta turma do referido tribunal, abrindo exceção à regra, veja o julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO DE MEDICAMENTO PARA USO PRÓPRIO. QUANTIDADE PEQUENA. AUSÊNCIA DE DOLO E INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E, EXCEPCIONALMENTE, DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU, DA SÚMULA N. 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. Esta Corte de Justiça vem entendendo, em regra, que a importação de cigarros, gasolina e medicamentos (mercadorias de proibição relativa) configura crime de contrabando. 2. Todavia, a importação de pequena quantidade de medicamento destinada a uso próprio denota a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, tudo a autorizar a excepcional aplicação do princípio da insignificância (ut, REsp 1346413/PR, Rel. p/ Acórdão Ministra MARILZA MAYNARD - Desembargadora convocada do TJ/SE -, Quinta Turma, DJe 23/05/2013). No mesmo diapasão: REsp 1341470/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014. 3. De outra parte, é certo que o art. 334, primeira parte, do Código Penal, deve ser aplicado aos casos em que suficientemente caracterizado o dolo do agente em introduzir no território nacional mercadoria que sabe ser de proibição absoluta ou relativa. Não se pode olvidar, ainda, o princípio da proporcionalidade quando se constatar que a importação do produto se destina ao uso próprio (pelas características de quantidade e qualidade) e não é capaz de causar lesividade suficiente aos bens jurídicos tutelados como um todo. A análise de tais questões, contudo, compete às instâncias ordinárias, soberanas no exame do conjunto fático-probatória, e não ao Superior Tribunal de Justiça, órgão destinado exclusivamente à uniformização da interpretação da legislação federal. (REsp 1428628/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015). 4. Na espécie, as instâncias ordinárias reconheceram a inexpressiva lesão de duas caixas de medicamentos (uma para emagrecimento - 15mg - e uma para potência sexual - 50 mg), avaliadas em R\$ 30,00. Ausência de dolo. Princípios da proporcionalidade e, excepcionalmente, da insignificância. 5. Incidência da Súmula n. 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". 6. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1572314 RS 2015/0309249-1, Relator: Ministro

REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 02/02/2017,
T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2017)

Desse modo, a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.572.314-RS analisou um caso de contrabando de medicamentos de pequena quantidade de remédios para o uso pessoal, o Relator do caso o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em seu voto ponderou que a importação indevida de remédios caracterizava contrabando, entretanto, no caso em tela restou evidente que o uso desses medicamentos era pessoal e o acusado não fazia parte de nenhuma organização criminosa.

Desse modo, no caso em questão estava configurada a hipótese excepcional de aplicação do princípio da insignificância. Sendo assim, no mesmo diapasão, em conformidade com o preconizado pelo referido autor, cita-se o recente julgado do Tribunal Federal da 4ª Região que sustenta o seguinte entendimento:

PENAL. PROCESSO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. QUANTIDADE MÍNIMA. DANO À SAÚDE PÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. Em se tratando de contrabando, o reconhecimento da insignificância para fins de exclusão da tipicidade não ocorre na seara da ilusão tributária, mas na relevância ou não da prática delituosa para o direito penal. 2. A importação de 500 (quinhentos) maços de cigarros não é relevante para o direito penal, pois: (a) não representa perigo social; (b) não representa uma conduta de alto grau de reprovabilidade; (c) apresenta grau de periculosidade mínimo, e (d) causaria dano inexpressivo ou nulo à saúde pública, assim como a outros bens jurídicos tutelados pelo tipo penal. 3. Apelação criminal desprovida. (TRF-4 - ACR: 50026446020164047002 PR 5002644-60.2016.4.04.7002, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 07/02/2018, OITAVA TURMA)

Pela explanação do caso acima, julgado pelo Tribunal Federal da 4ª Região, tem-se que os crimes de contrabando e descaminho dependem de inúmeros requisitos para serem configurados, havendo aplicação do princípio da insignificância ao condicionamento desses requisitos como o teor das mercadorias e as circunstâncias do caso em análise, tendo em vista que o crime de contrabando previsto no artigo 334-A do Código Penal é uma norma penal em branco e depende de outras legislações para definição das mercadorias proibidas, bem como a anuência de diversos órgãos.

Contudo, em entendimento contrário, há decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto:

HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO PELO JUÍZO DE ORIGEM. NOVO TÍTULO PRISIONAL. PREJUDICIALIDADE. VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ARTIGO 20 DA LEI N.º 10.522/2002. PORTARIAS N.º 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. REITERAÇÃO DELITIVA. COMPROVAÇÃO. INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. O delito de descaminho reiterado e figuras assemelhadas impede o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que o valor apurado esteja dentro dos limites fixados pela jurisprudência pacífica desta Corte para fins de reconhecimento da atipicidade. Precedentes: HC 133.566, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia DJe de 12/05/2016, HC 130.489AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin DJe de 09/05/2016, HC 133.736 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 18/05/2016. 2. In casu, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, caput, §1º, alíneas c e d, do Código Penal, por ter recebido e mantido em depósito, no exercício de atividade comercial, mercadorias de procedência estrangeira, sem o pagamento dos tributos devidos, estimados em R\$ 14.752,46 (quatorze mil, setecentos e cinquenta e dois reais e quarenta e seis centavos). 3. A superveniência do julgamento do mérito da ação penal pelo juízo de origem torna prejudicada a impetração, considerando-se o advento do novo título prisional. Precedentes: HC 125.614, Primeira Turma, Relator Min. Rosa Weber, DJe 18/09/2015, Rcl 21.548 AgR, Segunda Turma, Relator: Min. Dias Toffoli, DJe 11/11/2015. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. Agravo regimental desprovido. (STF-HC 133958 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/09/2016, Publicado em 22-03-2017) (grifo do autor).**

Por sua vez, em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Min. Alexandre de Moraes, observa-se que os critérios para configuração do princípio da insignificância no contexto pratico são fundamentais para a promoção da harmonia

processual de forma a sistematizar que ações típicas com pequeno teor lesivo, passem a ser consideradas como imunes a repressão estatal.

Destaca-se o julgado da Suprema Corte:

*AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. 1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016). 2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrente. 3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal. 4. **NÃO HÁ COMO AFASTAR O ELEVADO NÍVEL DE REPROVABILIDADE NA CONDUTA, NOTADAMENTE POR SE TRATAR DE AGENTE QUE, ALÉM DE JÁ TER SIDO CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, PELO CRIME DE ROUBO, OSTENTA MAUS ANTECEDENTES POR ENVOLVIMENTO EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. EM CONSEQUÊNCIA, TAMPOUCO CABE FALAR EM MANIFESTA ATIPICIDADE A JUSTIFICAR A EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL.** 5. **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL** (STF - AgR HC: 142374 MG - MINAS GERAIS 0003303-40.2017.1.00.0000, relator: min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 23/03/2018, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-070 12-04-2018). (grifo do autor).*

Embora existam decisões conflitantes sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho e contrabando, verifica-se que tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça

asseveram no sentido de assentir que a aplicabilidade do princípio da insignificância deve abranger a aferição do resultado material da conduta, a reincidência do agente, tendo em vista que esses elementos precisam ser considerados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração da pesquisa objetivou um melhor entendimento sobre a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho, levando em consideração que o território brasileiro é bastante amplo e os crimes nas fronteiras são recorrentes, aumentam na mesma proporção do crescimento populacional, sendo os crimes mais comuns nas regiões aduaneiras o contrabando e o descaminho.

Nessa perspectiva, inicialmente, abordou-se sobre os aspectos gerais dos delitos de contrabando e descaminho, a evolução histórica ligada ao direito romano, embora observou-se que ocorre uma divergência em relação a origem do princípio da insignificância no direito por parte da doutrina, ademais, realizou-se a distinção entre contrabando e descaminho nos ditames do Código Penal brasileiro.

Sendo assim, evidenciou-se que em casos de delitos que não apresentem perigo à sociedade ou ao bem jurídico a lei penal não deve ser aplicada, evitando possíveis equívocos jurídicos e inibindo alegações eivadas de insegurança jurídica.

Em relação ao debate dos crimes de contrabando e descaminho através do princípio da insignificância, fora explanado um breve relato histórico e conceitual do princípio da insignificância, abordando também outros princípios norteadores do direito interligados ao princípio em comento como os princípios da igualdade, liberdade, proporcionalidade e a intervenção mínima do Estado. E por fim, acerca do princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade material na visão da doutrina majoritária e também com base nas decisões dos tribunais.

No que se refere à aplicação do princípio da insignificância este é permeado por muita polêmica perante o ordenamento, levando em consideração a vasta pluralidade de decisões e posicionamentos jurisprudenciais por parte dos Tribunais Superiores, já que existem juízes que aderem a aplicação do tal princípio em casos em que a lesão ao direito penal for ínfima, em contrapartida outros juízes aduzem não haver nenhuma excepcionalidade ao bem jurídico de caráter público.

Portanto, conclui-se sobre a compreensão dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da incidência do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho, tem-se que existem decisões conflitantes sobre tal premissa, tanto por parte do Supremo Tribunal e pelo Superior Tribunal Federal, esse embate reflete

nos entendimentos proferidos pelos demais tribunais brasileiros, para tanto, essa questão precisa ser decidida de modo a definir um posicionamento pacífico sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, abr-jun/1988.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014**. Dá nova redação ao art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –Código Penal e acrescenta-lhe o art. 334-A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm#art1. Acesso em: 07 out. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1572314 RS 2015/0309249-1**, Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Data de Julgamento: 02/02/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/428656385/andamento-do-processo-n-2015-0309249-1-agrg-recurso-especial-10-02-2017-do-stj>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. **Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012**. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=3763>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Portaria MF nº 130, de 19 de abril de 2012**. Altera a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37784&visao=anotado>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 599**. Julgado em 20/11/2017, Publicado em 27/11/2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub). Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 678.090 São Paulo**, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, Data de Julgamento: 05/10/2021, Data de Publicação: 11/10/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1296206121/habeas-corpus-hc-678090-sp-2021-0208306-6/inteiro-teor-1296206140>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 85.272**, Relator: Min. Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 14/08/2018, Data de Publicação: 23/8/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860214268/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-85272-rs-2017-0131630-4/inteiro-teor-860214278?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 174329 Santa Catarina – 0027161-39.2019.1.00.0000**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 05/11/2019, Segunda Turma, Data de Publicação: 18/11/2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/783009949/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-174329-sc-santa-catarina-0027167-3920191000000>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 535.063 São Paulo**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2020, DJe 25/08/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Voto%20Min.%20Reynaldo%20HC-535.063.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107370 São Paulo**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Data de Julgamento: 26/04/2011, Data de Publicação: 22/06/2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19845458/habeas-corpus-hc-107370-sp>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal: 50026446020164047002 PR 5002644-60.2016.4.04.7002**, Relator: João Pedro Gebran Neto, Data de Julgamento: 07/02/2018, Oitava Turma. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548993805/apelacao-criminal-acr-50026446020164047002-pr-5002644-6020164047002>>. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 131205 Minas Gerais**, Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgamento: 06/09/2016. Publicação: 22/09/2016. Órgão Julgador:

Segunda Turma. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur356738/false>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1342262 Rio Grande do Sul 2012/0189045-7**, Relator: Min. OG Fernandes, Data de Julgamento: 15/08/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2013. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24061779/recurso-especial-resp-1342262-rs-2012-0189045-7-stj>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84412 São Paulo**, Relator(a): Min. Celso De Mello, Julgamento: 19/10/2004, Publicação: 19/11/2004, Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95855/false>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 142374 MINAS GERAIS 0003303-40.2017.1.00.0000**, Relator: Min. Alexandre De Moraes, Data de Julgamento: 23/03/2018, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-070 12-04-2018.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383256/false>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 133958 Paraná**, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 06/09/2016, Publicação: 22/03/2017, Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364922/false>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRANDANI, Thiago Calil. **A aplicação do princípio da insignificância aos crimes de contrabando e descaminho**. Santa Catarina. Rio Grande do Sul, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Crimes de contrabando e descaminho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. São Paulo: Dizer Direito, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 23.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância:** atipicidade material não se confunde com exclusão da punibilidade. Jusbrasil, 04 junho 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1186065/principio-da-insignificancia-atipicidade-material-nao-se-confunde-com-exclusao-da-punibilidade>. Acesso em: 18 out. 2021.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O contrabando:** uma revisão de seus fundamentos teóricos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal:** análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MADEIRA, Lígia Mori; GELISKI, Leonardo. **O combate a crimes de corrupção pela Justiça Federal da Região Sul do Brasil.** Porto Alegre. Rio Grande do Sul, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal:** parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MOTA, José Cicero. **Contrabandos e descaminhos nas fronteiras de Mato Grosso:** um olhar da imprensa. Cuiabá, 2014.

PRESTES, Cássio Vinícius D.C.V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p.53.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal:** parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Jus Podium, 2020.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância:** interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey 2000.

SANTOS, Diemes Vieira. O princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade. **Revista Jus Navigandi**, 8 de agosto de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68354/o-principio-da-insignificancia-como-causa-de-exclusao-da-tipicidade>. Acesso em: 18 out. 2021.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Paulo Vinicius Spoerleder; DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Revista Jurídica Cesumar**, jan./abr. 2017, v. 17, n. 1, p. 213-233. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2017v17n1p213-233>. Acesso em: 18 out. 2021.

TELES, Eliane. Princípio da insignificância como excludente de tipicidade e sua aplicabilidade no Direito Penal. **Revista Jus Navigandi**, 6 de junho de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66960/principio-da-insignificancia-como-excludente-de-tipicidade-e-sua-aplicabilidade-no-direito-penal>. Acesso em: 18 out. 2021.

UMA ANÁLISE DA DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO NA ATUAÇÃO DOS JURADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI EM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO DO RÉU

ADONAI MONTEIRO DE SOUZA:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: Esta pesquisa tem por objeto a análise acerca do tribunal do júri, o qual se dá em relação com os princípios da ampla defesa e do contraditório do réu, traçando o estudo com a necessidade de motivação das decisões pelos jurados que compõem o conselho de sentença, levando em conta também o fato de o Tribunal do júri ser a instituição democrática e, sobretudo, constitucional assim como os princípios da ampla defesa e do contraditório, sendo todos previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto Direitos Fundamentais. Outrossim a partir dos postulados expostos acima que o tema é de total relevância já que são existentes as peculiaridades no Tribunal do Júri, a qual esta instituição é ferramenta de controvérsias tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito. Além de que são várias as consequências da desnecessidade de motivação dos jurados diante da ampla defesa e do contraditório, sendo as algumas delas expostas a seguir: o julgamento baseado na íntima convicção dos jurados, levando em consideração os aspectos de que poderá o jurado julgar baseado na cor da pele, na religião, sexo, ideologia, no gênero, não trazendo à baila as provas conforme expostas tanto pela defesa como pela acusação. Diante disso, o caminho do artigo científico fora traçado com os ideais constitucionais, vislumbrando o cenário atual e tirando conclusão acerca de que é legítimo e autêntico a instituição do júri, estando em conformidade com os basilares que integram o procedimento do tribunal do júri.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Direitos Fundamentais. Correlação dos postulados constitucionais. Desnecessidade de motivação. Ampla defesa e Contraditório. Conselho de Sentença.

ABSTRACT: This research aims to analyze the jury court, which is related to the principles of ample defense and adversary proceedings of the defendant, tracing the object that studies the need to motivate decisions by the jurors who make up the sentencing council. , taking into account also the fact that the Jury Court is a democratic institution and, above all, a constitutional one, as well as the principles of ample defense and contradictory, all of which are provided for in Article 5 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Therefore Fundamental Rights. Furthermore, based on the above postulates, the theme is of total relevance since there are peculiarities in the Jury Court, which this institution is a tool for controversies both for society and for the operators of Law. In addition, there are several consequences of the lack of motivation of the jurors in the face of the broad defense and the contradictory, some of which are explained below: the judgment based on the

inner conviction of the jurors, taking into account the aspects that the juror may judge based on in skin color, in religion, sex, ideology, in gender, not bringing up the evidence as exposed by both the defense and the prosecution. Therefore, the path of the scientific article was traced with the constitutional ideals, looking at the current scenario and concluding that the institution of the jury is legitimate and authentic, being in accordance with the foundations of the procedure of the jury court.

KEYWORDS: Jury court. Fundamental rights. Correlation of constitutional postulates. No need for motivation. Broad defense and Contradictory. Sentence Council.

INTRODUÇÃO

Este tema tem por finalidade trazer os aspectos que norteiam o tribunal do Júri, assim como mostrar as consequências da desnecessidade de motivação dos jurados diante da ampla defesa e do contraditório que se dá de uma problemática que vem se arrastando por muito tempo, inclusive, atualmente há essa omissão no momento do veredito, uma vez que cada jurado que compõe o conselho de sentença pode muito bem decidir de acordo com sua crença ou simplesmente por querer condenar ou absolver. Vale ressaltar a relevância do tema, vez que o Júri por se tratar de instituição constitucional, este está presente no cotidiano da sociedade e decidindo o rumo das pessoas que a ele são submetidas, levando em consideração o fator cultural, político e social.

Dessa forma, deve-se compreender, ao passo que, toda vez que um indivíduo é submetido ao Tribunal do Júri, este é julgado pela sociedade, já que assim prevê a constituição, contudo, sem motivação do conselho de sentença acerca da condenação ou absolvição, destacando o fato de que o jurado pode julgar de acordo com seu entendimento, ou seja, se ele quiser absolver ou condenar porque simpatizou com o réu, nada o impedirá, bem como poderá condenar pela raça, cor, sexo, religião, ideologia etc., já que o jurado não tem dever de motivar sua decisão.

O tema é de total pertinência e relevância em virtude das peculiaridades existentes no Tribunal do Júri, a qual é objeto de controvérsias tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, já que o Júri é cercado de grandes polêmicas, tendo os que defendem e os que são contra a instituição do júri como predito. Outrossim, analisemos o quão crucial é a instituição para o ordenamento jurídico brasileiro.

Salienta-se a necessidade de motivação dos jurados no momento do veredito, vez que assim, ficaria latente o motivo e a justificativa da condenação ou até mesmo da absolvição, tendo acesso ao menos as partes interessadas, para que assim pudessem discorrer e embasar seu recurso no contraditório e na ampla defesa daquela justificativa decidida por cada jurado do conselho de sentença.

São esses fatores que podemos revisar e abordar no procedimento do tribunal do júri para que consigamos alcançar o objetivo, que é justamente ter um processo justo, observando sempre o devido processo legal, sanando assim os anseios da sociedade.

1 OS PRINCIPAIS ASPECTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente, vejamos a seguir a posição do ilustre Norberto Bobbio:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização destes, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações (Norberto Bobbio, 1992, p. 13).

Com isso, podemos observar que não existe direito absoluto, inclusive, perante o ordenamento jurídico não existe direito mais ou menos importante que o outro, na medida que tudo é relativo, então diante do que fora dito e posicionado pelo ilustríssimo autor é bem sabido que os direitos fundamentais devem ser salvaguardados.

É cristalino também o fato de que os direitos fundamentais não são absolutos, ao passo que todos os direitos fundamentais são essenciais, inclusive seria um ponto ilógico dizer que existe o mais importante, sendo que quando estão em conflitos eles só podem ser solucionados de acordo com o caso concreto, tendo a nossa corte suprema esse entendimento prevalente. É bem sabido que estes possuem um conteúdo axiológico bem fortalecidos, outrossim de grande importância para o nosso ordenamento jurídico, passando a ter natureza de princípio pela forte influência que possuem na comunidade positivista, conforme o ilustríssimo Ministro da Suprema Corte e Professor Alexandre de Moraes leciona de forma objetiva e leal ao texto constitucional (2003, p.61) os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (Princípio da relatividade).

Passamos a compreender e lidar com cada caso concreto sem restringir os direitos fundamentais, já que somente a constituição pode fazer distinção, não cabendo

à lei ou a qualquer outro ato normativo, conforme o princípio da legalidade (reserva legal).

Assim também bem leciona o Ministro e Doutrinador Luís Roberto Barroso, vejamos:

Que há de novidade na moderna fase do Direito Constitucional não é, na verdade, a existência de princípios no texto constitucional, o “que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*” e conseqüentemente de sua força normativa imediata. Aqui, torna-se imprescindível, buscar compreender como esta força se desenvolve, para que seja aplicada da maneira correta, Barroso (2003, p. 29).

Portanto diante do que fora vislumbrado nos entendimentos dos renomados autores, podemos concluir que em virtude da relatividade é que são dosadas as colisões entre direitos fundamentais, assim como deverá ocorrer a ponderação acerca daqueles possíveis direitos fundamentais tratados no caso concreto, o que ensejará na solução mais adequada ao caso que for tratado.

Fica explícito o quão importante fora a instituição do júri no nosso ordenamento, buscando assim pelo contexto histórico, político e social, ao passo que é cabal para as civilizações que hoje são adeptas do Tribunal do Júri, já que esta é órgão popular, enquanto o julgamento é realizado pela sociedade, o qual é totalmente interessada, em virtude de que esta é ofendida de forma direta quando um de seus indivíduos é posto nessa situação difícil.

1.1 Conceito de tribunal do júri

O tribunal do júri é o órgão do poder judiciário tendo competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, ou seja, aqueles intencionais. Além disso, o tribunal do júri é cláusula pétrea, portanto, não pode ser abolido do ordenamento jurídico, ao passo que está previsto no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais. Ressalta-se que o procedimento adotado pelo júri tem duas fases: a 1ª fase se dá pelo juízo de acusação, o qual nessa fase o objetivo é identificar se o crime apontado na acusação deve ser julgado pelo tribunal do júri. O júri é um órgão colegiado, sendo heterogêneo e temporário, visto que fora instalado para aquela ocasião, constituído pelo juiz togado e vinte cinco jurados, dentre eles serão sorteados sete para compor o conselho de sentença e escolhidos que irão decidir sobre a condenação ou não do acusado, ressaltando o fato de que todos buscam um julgamento justo, sobretudo, no âmbito penal, contando que o procedimento tenha um trâmite legal, justo e pacífico na relação apresentada, respeitando o devido processo legal em cada caso concreto, contemplando os direitos fundamentais, dando ao

indivíduo a gama de direito que ele possui e fazendo cumprir o seu dever diante da sociedade para que assim possa retornar na comunidade ressocializado e prevenido esta de qualquer ameaça doravante.

Observando os aspectos que norteiam o tribunal do júri, é incerta a sua origem bem como fora inaugurado o seu procedimento, ao passo que alguns doutrinadores do Direito no mundo, arriscam-se em dizer que surgira na Grécia e em Roma, contudo, os conceitualistas preferem afirmar que surgira na Inglaterra, mas a verdade é que não se sabe nem o momento nem o seu berço. Passa-se a ponderar naquele contexto o misticismo religioso, onde se tem a relação íntima com Deus, tendo nexos com o julgamento conforme a vontade de Deus, contudo, seria algo inusitado de se pensar, já que o julgamento se dava pelos pares, no conselho de Anciãos, feito este em nome de Deus.

Suas raízes no Brasil se deram por volta de 1822, mais especialmente em junho, onde fora implantado através da lei daquele ano, ou seja, na época em que Brasil ainda era colônia portuguesa, pelo então Príncipe regente, Dom Pedro de Alcântara, influenciado por José Bonifácio de Andrada e Silva (MOSSIN, 1999, p.183).

Fora trazido e entranhado em nosso ordenamento com o intuito de justamente julgar a princípio os crimes de liberdade de imprensa, tendo competência para julgar tanto na esfera criminal quanto na cível.

Vale ressaltar, segundo Mossin (1999, p.183) que em 1824, que surgira a figura do jurado, estes se pronunciando sobre o fato, enquanto os juízes aplicavam a lei para aqueles fatos pronunciados pelos jurados. Surgindo poucos anos depois o conselho de sentença.

Assim como todo projeto é digno de uma técnica, não seria diferente o procedimento do júri, já que este está diante de um destino que será traçado e definido pela sociedade, havendo neste o encontro que lhe garanta de maneira fidedigna a aplicação das normas, fazendo extremamente necessária a presença dos princípios constitucionais penais, quais sejam: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, conforme prevê o art. 5º, XXXVIII, "a", "b", "c", "d", da Constituição Federal de 1988, além é claro dos princípios consagrados na própria Constituição, sendo o da ampla defesa e do contraditório, para que assim, o acusado possa usufruir de todo e qualquer recurso disponível para provar a sua inocência, segundo o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

1.2 Tribunal do Júri e os princípios do contraditório e da ampla defesa no Direito brasileiro

Os princípios da ampla defesa e do contraditório como predito são princípios jurídicos fundamentais, sendo derivado da frase latina Audi alteram partem (ou audiatur et altera pars), que significa "ouvir o outro lado", ou "deixar o outro lado ser ouvido bem".

Partindo da premissa de que é dever do Estado dá resposta a sociedade de forma mais pacífica e eficiente possível, sem qualquer deslize, devendo a lei organizar o procedimento, com fulcro no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. Sendo estes postulados constitucionais, ou seja, diante da situação em que o tribunal do júri tem esse ponto em dicotomia com os princípios do contraditório e da ampla defesa do réu, mas que se encontram em paridade em relação ao seu conteúdo e forma, visto partirem da norma constitucional.

Deve-se observar que o tribunal do júri e os princípios do contraditório e da ampla defesa estão estampados no rol dos direitos fundamentais, devendo ser interpretados de maneira vinculada ao caso concreto.

Conforme entendimento e bem ensina Peixinho:

O reconhecimento de tais preceitos como princípios constitucionais fundamentais são de extrema importância, eis que tais princípios dão fundamento a todo o conjunto de regras existentes no ordenamento jurídico, ou seja, os princípios fundamentais "traduzem valores superiores que vinculam o intérprete na aplicação do direito" (PEIXINHO, 2005, p. 173).

Direitos fundamentais são pilares que seguem uma sociedade justa, livre e solidária, ao passo que carregamos fatores históricos, axiológicos, políticos e sociais das lutas enfrentadas pela humanidade, inclusive levando com responsabilidade o lema da revolução francesa.

2 ANÁLISE DA DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DOS JURADOS EM DETRIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO DO RÉU

A desnecessidade de motivação na atuação do conselho de sentença é um dos pontos que muito se discute, levando em consideração o próprio dispositivo constitucional, mais especificamente a norma prevista no art. 93, inciso IX, que prevê o princípio da motivação das decisões judiciais, ou seja, é o primeiro ponto controverso. Enquanto o art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal leciona sobre a fundamentação da decisão, esta, conforme Nucci (2008, p.676), é o âmago da sentença, visto que o juiz aplicará o direito ao caso concreto, aclamando o Princípio da livre convicção motivada, o qual só é exigido ao juiz de direito.

Entretanto, deve-se analisar que tais dispositivos tanto da Constituição quanto do Código de Processo Penal versam sobre o mesmo conteúdo, que é a fundamentação, contudo, há essa dicotomia quanto ao Júri, apesar de que estamos falando de um conselho de sentença formado por cidadãos a princípio leigos, sem conhecimento jurídico, que julgarão conforme sua íntima convicção.

O princípio do contraditório e da ampla defesa têm fundamentos no texto constitucional mais especificamente no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Assim, é um dos basilares de todo processo, seja judicial ou administrativo.

Vejamos a seguir:

Na definição de Canuto Mendes de Almeida, é "*a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*", pelo que representa uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participarão da formação da convicção do juiz. De certa forma, pode ser dito, como bem lembra a melhor doutrina, que se encontra inserido no conjunto das garantias que constituem o princípio do devido processo legal. (Bonfim, 2009. 4. ed.)

De todo modo, são evidentes que estes princípios no procedimento do tribunal do júri são de total e cabal importância, levando em consideração o fato de o constituinte originário ter garantido no texto constitucional todos os meios necessários a plenitude de defesa.

2.1 Análise da Desnecessidade de motivação na atuação do conselho de sentença

Com relação à sentença proferida pelo Tribunal do Júri, há certa peculiaridade, visto que a decisão está diretamente relacionada com o veredicto dos jurados, os quais decidirão por sua livre convicção, ou seja, os jurados só precisam responder "sim" ou "não" aos questionamentos elaborados pelo juiz togado, dispensada qualquer fundamentação. (NUCCI, 2008, p.676).

A ratificar esse entendimento devemos levar em consideração a seguir:

respeito à positivação da Lei Natural, Finnis vale-se do pensamento de Tomás de Aquino para esclarecer que as leis positivas, são: "as implicações particulares partindo dos princípios morais mais elevados e gerais". Portanto, conforme o mencionado autor as leis são princípios que devem ser desenvolvidos com racionalidade, levando em consideração o bem comum da coletividade. (FINNIS apud CAMARGO, 2014, p.186-233.).

A partir disso, entendamos que a instituição do tribunal do júri não é uma afronta a Constituição Federal de 1988, e sim uma legitimação da sociedade em participar e manter seus princípios e valores.

Finnis na verdade quis explicar e deixar de maneira cristalina a possibilidade de coexistência de Direito Natural e Direito Positivo, ao passo que ambos constituem uma conjuntura essencial da identidade cultural, social e, sobretudo, moral da sociedade, tendo assim, essa prerrogativa de julgar conforme seu entendimento, mais especificamente a sua íntima convicção referente aos crimes dolosos contra a vida, fazendo com que tais valores sejam respeitados, não se submetendo a qualquer vício que queiram implantar no ordenamento, desvirtuando de cumprir o seu objetivo.

2.2 Correlacionar o tribunal do júri com os princípios da ampla defesa e do contraditório

Como dito anteriormente, o júri constitui um procedimento diferenciado. O qual, dá-se em virtude de denotarmos a falta de harmonia do hodierno procedimento adotado pela sistemática do tribunal do júri com os ditames constitucionais, conforme aludido, inclusive na própria constituição federal de 1988, mais especificamente no art. 93, IX, no qual é possível aduzir comentários referente ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, tendo essa diferença, já que no júri, os jurados quando estão atuando não são obrigados a fundamentar ou ainda, a motivar as suas respectivas decisões, seja condenando ou absolvendo o réu. Então a correlação do júri com os princípios da ampla defesa e do contraditório se dá exatamente no âmbito constitucional, o qual denota o sentimento de igualdade, visto estarem consagrados na norma constitucional.

Além do dispositivo constitucional temos também outros a saber do código de processo penal etc.

A relação dos postulados da ampla defesa e do contraditório com o tribunal do júri se dá com a posição da desnecessidade de motivação dos jurados, é possível analisar que essa correlação é um exemplo de aplicação do direito natural, sendo que é um ponto que deve ser observado, o qual pondera-se da motivação nas decisões dos jurados. Assim, os juízes togados, ao proferirem, ou seja, ao darem suas decisões, buscam os valores referentes a própria natureza.

A partir desse contexto é uma situação diferenciada, vez que a própria constituição previu que a organização do júri se daria por meio de legislação.

Outrossim, é conveniente informar que a fundamentação está umbilicalmente entrelaçada ao princípio do contraditório, pois, o acusado tem o direito de ter discernimento dos motivos de sua sentença, especialmente quando esta for de natureza

condenatória, posto que é imprescindível saber suas razões, até mesmo para a confecção de um eventual recurso. Neste interim, a fundamentação das decisões judiciais é inefável em prol da concretização do Estado Democrático de Direito, uma vez que sua ausência acarreta grande possibilidade de arbítrio por parte do julgador e, conseqüentemente, violação ao contraditório e ao devido processo legal, tornando a Constituição um mero texto formal, despido de eficácia material (Aury Lopes Jr., 2014, p.234):

A saber que deveras é crucial a motivação acerca de tal decisão seja favorável ou contra o réu, uma vez que nesse aspecto poderá rebater aquilo que fora motivado em um recurso formulado pela defesa.

O art. 5º, LV, garante aos acusados em sentido lato sensu, sobretudo no âmbito criminal, o contraditório e ampla defesa, ou seja, princípios cabais, e no mesmo art. 5º, XXXVIII, "a", assegura, no julgamento pelo Júri, a plenitude do direito de defesa, sendo ambos da CF/88. Então há relação entre o princípio da ampla defesa com o tribunal do júri, da forma que há a plenitude do direito de defesa assegurado ao réu, podendo este socorrer-se aos inúmeros recursos que possam provar sua inocência.

No tribunal do júri, porém, a constituição especifica maior cautela, ao passo que deve pôr medida em cada situação, o que pode ser feito em cada caso concreto, assegurando ao réu a plenitude de defesa, ou seja, dando a ele todos os meios necessários, consoante o art. 5º, XXXVIII, "a", da CF/88, nesse diapasão, o referido artigo verificamos ainda a presença do princípio da ampla defesa, levando em discussão para parte da doutrina que as expressões possuem o mesmo significado, o que não é algo relevante nessa pesquisa, ressaltando apenas os seus respectivos objetos em relação a ampla defesa e contraditório do réu.

Como fora dito anteriormente, é necessário utilizarmos dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, assim, Outrossim, neste prisma, preconiza Flávio Albernaz (1997, p.38):

Em primeiro lugar, porque trazido no seio constitucional, o dever de motivar se põe a salvo das vicissitudes e das inconstâncias da legislação ordinária, ao mesmo tempo em que exige que o intérprete o analise como princípio inserido no contexto das garantias fundamentais relativas à atividade jurisdicional. Em segundo, porque sendo a constituição a expressão maior da síntese e da harmonia dos interesses sociais, políticos e culturais vigorantes em uma determinada sociedade [...], torna-se nítido que os princípios por ela adotados [...], antes de constituir instrumentos técnicos voltados ao mero funcionamento interno do sistema a que servem, assumem natureza de instrumento social, destinados,

sobretudo, à comunidade sobre a qual produz efeitos o sistema (processual) de que fazem parte. Em terceiro lugar, porque a atenção dispensada pelo legislador constituinte ao princípio da motivação denota claramente a preocupação com a constituição a limitação do poder estatal de punir.

Contudo, a falta de motivação dos jurados no conselho de sentença não se torna um ponto negativo em si, ao passo que é composto por cidadãos e de maneira legítima, visto o conselho de sentença ser formado pela sociedade. A seguir podemos ratificar esse ponto:

Isso não faz com que o instituto do júri se torne contrário as disposições constitucionais. Pelo contrário, representa a própria liberdade e soberania dos povos, constituindo a legítima preservação da liberdade individual, em todos os Estados que aspiram à liberdade, consoante as lições de RUI BARBOSA apud REIS (2015).

Assim, é sabido que é constitucional e sábia a aplicação proporcional e razoável dos princípios do contraditório e da ampla defesa no tribunal do júri.

3 CONSEQUÊNCIAS DA DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DOS JURADOS DIANTE DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Com base no que fora levantado nessa pesquisa e nas grandes obras dos ilustríssimos doutrinadores acerca do júri, é possível fixar que são várias as consequências da desnecessidade de motivação dos jurados diante da ampla defesa e do contraditório, vejamos adiante: umas das grandes problemáticas do sistema do júri é de justamente o julgamento basear-se na íntima convicção dos jurados, levando em consideração os aspectos de que poderá o jurado julgar baseado na cor da pele, na religião, sexo, ideologia, no gênero, não trazendo à baila as provas conforme expostas tanto pela defesa como pela acusação. Dessa maneira, não será um julgamento fundado exclusivamente nas provas e fatos aludidos na sessão plenária do júri.

Ratifique-se que o tribunal do júri é legítimo e constitucional, contudo, devemos levar em consideração os aspectos procedimentais de seu julgamento e do conselho de sentença, ao passo que deveria ter a motivação por parte dos jurados diante da condenação e até mesmo da absolvição para que assim possamos ter harmonia bem maior entre os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Então é importante debater e colocar em voga essa temática para que seja cada vez mais aprimorada, refletindo de forma significativa na atuação dos jurados que compõem o conselho de sentença, já que será determinante a decisão seja ela qual for no destino

de um ser humano, pairando ainda se a decisão fora tomada exclusivamente na íntima convicção do jurado, sendo este leigo e sem nenhum conhecimento jurídico a princípio, o qual estará cumprindo com o seu objetivo, já que é um dos primeiros argumentos invocados pelos defensores do júri, ou seja, de que se trata de uma instituição democrática, formada por cidadãos para julgar segundo os princípios e valores da sociedade.

A confirmar essa visão acerca da temática abordada e o quão essencial esta é no direito brasileiro, que o nobríssimo Framarino Dei Malatesta discorre de maneira fantástica sobre o assunto, inclusive resguarda que esse convencimento deve ser exclusivamente racional, observando que as aflições e situações subjetivas podem abalancar de maneira desproporcional, causando assim um dano de difícil reparação, senão, vejamos:

O convencimento deve ser racionado, não determinando de que natureza devem ser as razões que legitimam o convencimento. E muitas vezes, as preocupações e prevenções subjetivas da pessoa dão um tal peso a motivos fúteis, que os fazem considerar-se como razões suficientes. Ora, é importante para a noção do convencimento judicial acrescentar que as razões que o determinaram devem ser de natureza tal que criem a convicção em qualquer outra pessoa razoável, a quem sejam expostas. O convencimento não deve ser, em outros termos, fundado em apreciação subjetivas; deve ser tal que os fatos de provas submetidos a seu juízo, se o fossem desinteressados ao de qualquer outro cidadão razoável, deveriam produzir, também neste, a mesma convicção que naquele. Este requisito, para mim importantíssimo, é que eu o chamo de sociabilidade do convencimento. (MALATESTA, 1996, p.51).

Por fim, no tocante a dimensão, observemos a legitimidade dos jurados já que estes são eleitos, ou ainda, sorteados, recordando que isso não é suficiente.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora pesquisado, apresentado e ponderado, por conseguinte existem vários debates acerca da instituição do júri, inclusive do seu procedimento inicial, ao passo que este tem um procedimento bifásico, o qual a primeira fase é preliminar dedicada a denúncia, assim como por consequência vem a segunda fase, esta é a fase definitiva, formada pela sessão plenária onde acontece o julgamento tendo as sustentações orais e logo em seguida os jurados, de maneira sigilosa manifestam as suas íntimas convicções sobre a causa. É válido comentar acerca do procedimento de forma pormenorizada porque é isso que faz ser a instituição democrática.

Partindo desse ponto que as conclusões trazidas do problema aqui apresentado são fundamentadas de forma positivada e principiológica, visto os anseios sociais prezarem pelo justo e correto, assim como pelo caráter límpido e condecorado de seu povo desde o início dos tempos. Mas assim, é possível firmar que existem consequências da desnecessidade de motivação dos jurados no conselho de sentença em relação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, neste momento presente, é bem revigorante as convicções de cada jurado, sabendo que estes, por não terem a obrigatoriedade de motivação de suas decisões, talvez se baseiam deveras nos elementos intrínsecos do julgamento, assim como podem se deixar levar por questões extrínsecas, ou seja, por fatores externos ao julgamento, a saber, questões ideológicas, religiosas, sociais, políticas, além da cor de pele, sexo, no gênero, não trazendo à baila os elementos técnicos do julgamento na sessão plenária. Então estes foram os pontos e conclusões arrecadadas das pesquisas realizadas.

Do mesmo modo o objetivo de demonstrar a origem, bem como a adesão e o papel histórico do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro fora recheado de conhecimento técnico, destarte, a situação que o país se coloca, tendo cotidianamente inúmeros casos levados a instituição do júri para que assim a sociedade possa solucionar, com base justamente em seus princípios e valores, o que deixa mais confortável este órgão tão importante no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem sua implantação pacífica e totalmente constitucional, tendo assim o papel crucial na comunidade brasileira, desde sua origem.

A Correlação do tribunal do júri com os princípios da Ampla defesa e do contraditório com a situação da motivação no processo judicial se dá em consonância com a norma constitucional, partindo do pressuposto que estes princípios estão presentes no procedimento do júri, o qual são cabais suas representações de maneira direta. Então passamos a compreender que tudo é necessário, sabendo apenas equilibrar e aplicar no caso concreto.

Portanto, o que fora investigado em relação a ausência de motivação na decisão dos jurados fora colocado de maneira íclita e legal no artigo ora tratado, com os dados e elementos suficientes de que na sociedade patriarcal trazida ainda de Portugal, o qual a coroa portuguesa nos colonizou e implantou no início de seu reinado, algumas diretrizes o qual posteriormente seriam leis de fato e de direito, o que na época já era motivado e fundamentando, mesmo que de forma simplória e imperiosa, mas era. Então temos de observar os diversos fatores que compõem a história do nosso povo para que assim tenhamos o sentimento de que estamos indo no caminho certo, e que possamos encontrar a justiça e paz. Com isso, a ausência de motivação e fundamentação por parte dos jurados na atuação no conselho de sentença é um item que deve ser analisado de maneira pormenorizada e com bastante cautela por nossos legisladores. Contudo, ao passo que a

nossa constituição garante essa prerrogativa ao conselho de sentença para que atuem de maneira livre e digna para que assim consiga o bem-estar social e os anseios da sociedade, fazendo aquilo que o constituinte originário lhe incumbiu. Dito isto, de fato o objetivo do artigo fora alcançado de maneira condigna com o tema proposto.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Flávio Boechat. **O princípio da motivação das decisões do Conselho de Sentença**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 5º, Vol. 19. 1997.

BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Org. Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950. 133p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. 8. ed. atual e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMARGO, João Gabriel Camilo de. **O Direito Natural em John Finnis: uma resposta jusnaturalista a falácia naturalista de David Hume**. *Sapientia Fidei*, v.1, n.1, p.186-233, 2014.

CAMPANHOLO, Adriano; CAMPANHOLO, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1994. 828p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARLOTTO, Daniele et. al. Um olhar sobre o Tribunal do Júri Norte-Americano. Disponível em Acesso em 25 fev. 2005.

CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no processo penal brasileiro. **Revista Ibero-americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, a. 3, n. 3, pp. 123-151, jan./abr. 2002.

DOTTI, René Ariel. Anteprojeto do Júri. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 83, v. 702, pp. 271-290, abr. 1994.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO-CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

- JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARREY, Adriano et. al. **Teoria e prática do júri**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 11^a edição. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri – crimes e processo**. São Paulo: Atlas, 1999.
- NASSIF, Aramis. **O Júri Objetivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- NASSIF, Aramis. **O Júri Objetivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- NETTO, Joaquim Cabral. **Instituições de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.2004.
- OLIVEIRA, Juarez de. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: editora saraiva, 1999.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- Reforma do Tribunal do Júri: quesitos. **Revista Doutrina – Instituto de Direito**. Rio de Janeiro, pp. 351-358, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri – símbolos e rituais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RAZOÁVEL DO PROCESSO: COLISÕES EXISTENTES ENTRE O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (ARTIGO 5º, LXXVIII, CF/88) E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, LV, CF/88)

ANTONIO CARLOS FURTADO FERREIRA:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO 18
(orientador)

RESUMO¹⁹: O objetivo deste trabalho foi analisar as possíveis colisões entre o princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/88) e os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF/88), explorar documentos indiretos, relacionados à pesquisa bibliográfica e documental por meio de leituras, análises e interpretação de textos legais e livros; construindo conhecimentos acerca das decisões jurídicas reais, envolvendo a competência da Justiça Comum e da Justiça Especializada (Juizados Especiais); discernindo sobre a busca para se efetivar a tutela jurisdicional, buscando garantir a segurança jurídica, evitando a existência de uma máquina judiciária intempestiva e inadequada. Por meio de um levantamento bibliográfico envolvendo vários autores que discorrem sobre este tema, viu-se que a celeridade é algo que deve ser buscado pelos que fazem parte do judiciário e pelas partes que o suscitam, destacando-se a contribuição determinada por lei para cada um. Constatou-se que o tempo considerado ideal para se solucionar um litígio passa por uma condição de pacificação social, ou seja, o processo é classificado célere quando respeita os prazos processuais, sem extrapolá-los.

Palavras-chave: Colisão. Princípios. Contraditório. Duração Razoável.

1 INTRODUÇÃO

A dinâmica dos fatos e da vida das pessoas em sociedade foi profundamente afetada pelo estado da arte da tecnologia, que permite a comunicação múltipla e

18 Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. *E-mail*: fabriciofcarvalho@gmail.com

19 Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 10 de setembro de 2021.

instantânea, além da locomoção de pessoas e mercadorias por meios eficientes e outros tantos avanços que definem o cotidiano contemporâneo.

Essa realidade se projeta para o Direito que regula tais relações e, conseqüentemente, para o processo, com especial foco no processo civil, consoante se depreende do mandamento constitucional prescrito no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 45/2004: a razoável duração do processo foi constitucionalizada. Entretanto, a busca da celeridade processual e da agilidade na solução dos conflitos pode conduzir à mitigação de direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito de ação ou acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa.

Tal movimento, que mesmo faz crer que os dias estão mais curtos, e cientificamente, há aqueles que assim sustentam, gera a necessidade da objetividade e da celeridade nas relações interpessoais, que se projetam para o processo, em especial, neste estudo, no processo civil. Para discutir adequadamente o problema que orienta esta pesquisa, foram traçados objetivos-meio, os quais podem ser divididos da seguinte forma: (A) os princípios, propriamente ditos, direito de ação ou acesso à justiça, da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa; (B) a ponderação destes princípios. O problema de pesquisa foi elaborado da seguinte forma: Como o Poder Judiciário deve lidar com casos de colisões existentes entre o princípio da duração razoável do processo e os princípios de contraditório e ampla defesa.

O objetivo geral deste trabalho é analisar as possíveis colisões entre o princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/88) e os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF/88). Para atingir o objetivo geral foram criados os seguintes objetivos específicos: Explorar documentos indiretos, relacionados à pesquisa bibliográfica e documental por meio de leituras, análises e interpretação de textos legais e livros; Construir conhecimentos acerca das decisões jurídicas reais, envolvendo a competência da Justiça Comum e da Justiça Especializada (Juizados Especiais); Discernir sobre a busca para se efetivar a tutela jurisdicional, buscando garantir a segurança jurídica, evitando a existência de uma máquina judiciária intempestiva e inadequada.

Por meio de um levantamento bibliográfico envolvendo vários autores que discorrem sobre o tema em questão, encontrados em livros, revistas, artigos encontrados na grande rede, entre outros, este trabalho discutiu as colisões existentes entre o princípio da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/88) e os princípios do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV, CF/88).

Analisar o princípio da razoável duração do processo, na atualidade, torna-se algo de grande pertinência, pois, levando em consideração a tradição, a tramitação dos processos decorre durante vários anos, com a apresentação de expedientes envoltos de forma exagerada procrastinatórios, dificultando o andamento satisfatório das questões judiciais, que se avolumam aguardando soluções. Essa morosidade desperta o interesse por meio de pesquisas visando buscar os desfechos judiciais mais adequados nesses casos.

Além do mais, a demora do Judiciário termina beneficiando somente o lado que não tem razão e que continua ileso no decorrer de toda a questão judicial, sendo que o real possuidor do bem jurídico reclamado é impossibilitado de seu exercício, da sua reparação ou da sua posse.

Atrasar ou adiar a tutela jurisdicional traz graves comprometimentos para a eficiência e a presteza referentes ao próprio Estado. Em razão disso, ao se aplicar o princípio da razoável duração do processo este tem se mostrado necessário para resolver problemas da sociedade, clarear estudos acadêmicos, além de ser envolto de importância para o curso de Direito do UNIFSA, tendo em vista converter-se em pontos mais relevantes dentro do campo jurídico.

Para melhor compreensão, este trabalho foi dividido em cinco capítulos. O capítulo de nº 1 é a Introdução, trazendo a apresentação e as impressões iniciais sobre o tema. O capítulo de nº 2 aborda as peculiaridades da Duração Razoável do Processo, tais como as considerações diretas e indiretas dos respectivos doutrinadores sobre o tema. Na sequência, no capítulo de nº 3, foi explanado sobre o princípio do contraditório e ampla defesa, que apesar de serem considerados muito semelhantes, parte da doutrina descreve estes princípios de forma distinta, como apresentado a seguir. No capítulo de nº 4 foi exposto o conflito existente entre os princípios da Duração Razoável do Processo, Contraditório e Ampla Defesa, ademais, é discorrido sobre o juízo de ponderação que deve ser adotado individualmente em cada caso concreto. Por fim, no capítulo de nº 5, tem-se a Conclusão, com as considerações finais e as sugestões acerca da temática abordada.

2 A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A Emenda Constitucional n. 45/2004, visando trazer garantia a todos acerca do direito fundamental à razoável duração do processo fez a inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, reafirmando preocupação vista há bastante tempo com a sua verdadeira efetividade.

Mesmo que a “razoável duração do processo” seja considerada como um termo subjetivo, haja vista a não possibilidade de previsão da exatidão temporal demandada por cada processo, existe a possibilidade de se extrair um sentido cercado de lógica para este princípio. Diz respeito ao corolário do princípio de acesso à jurisdição (art. 5º. XXXV), contemplando ainda o princípio da eficiência (artigo 37, caput), contidos estes na Constituição Federal de 1988, com garantia a todos da divisão de modo racional da duração do processo (MARINONI, 1997, p. 20, apud TUCCI, 2008, p. 433).

Analisar o princípio da razoável duração do processo converter-se, nos dias atuais, em algo pertinente e relevante, em virtude, de maneira tradicional, a tramitação dos processos chega a levar vários anos, com expedientes robustamente procrastinatórios, algo que traz dificuldade para a regularidade da máquina jurídica, apresentando avolumada de decisões que aguardam por soluções.

Ressalta-se também que a lentidão apresentada pelo Judiciário traz benefícios somente para as aquelas partes que não estão com a razão, continuando ilesas no decorrer de todo o processo judicial, ao passo que quem detém o real bem jurídico em reclamação é impedido de exercê-lo, de possuí-lo ou de repará-lo.

O retardamento ou procrastinação da tutela jurisdicional traz grave comprometimentos à eficiência ou à prestação ligadas ao próprio Estado. Em função disso, existe a necessidade de se aplicar o princípio da razoável duração do processo. Todavia, a luta em buscar soluções para o “tempo-inimigo” das tutelas processuais (DINAMARCO, 2004, p. 55-57, apud TAVARES et al, 2008, p. 146) não pode prescindir “da implementação dos direitos fundamentais, sem o que não se constrói um legítimo Estado de Direito Democrático” (TAVARES et al, 2008, p. 145). Esse processo de implementação acontece por intermédio de um processo que traga possibilidades de ampla defesa e do contraditório entre as partes (em situação isonômica de manifestação) envolvidas e que devem ser contempladas quando se der a decisão final, dentro de uma duração de tempo adequada que possibilite se a construção de modo participado dessa decisão, respeitando, sobretudo, as garantias constitucionais. (TAVARES et al, 2008).

Ressalta-se que não se tem a pretensão de apresentar aqui formulações definitivas, mas apenas de se teorizar a respeito do que venha a ser a “razoável duração do processo” em consonância com as garantias processuais da isonomia, contraditório e ampla defesa, dentro da constitucionalidade democrática.

Na atualidade, cresce a preocupação quanto ao tempo em que o processo durar. Intenta-se, nessa vertente, a definição ideal de qual momento o Estado-Juiz deveria fazer

o oferecimento do último provimento aos litigantes. Os defensores da teoria instrumentalista, a exemplo de Cândido Dinamarco, tendem a dar valor ao princípio da celeridade, destacando com a agilidade dos processos judiciais representaria a eficácia da própria tutela jurisdicional.

A célebre frase pronunciada por Rui Barbosa, a citar “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” faria a tradução adequada do pensamento defendido pelos instrumentalistas. Já os que defendem a teoria neo-institucionalista, os princípios que instituem o processo (isonomia, contraditório, ampla defesa) não podem, em circunstância nenhuma, serem retirados do processo, ainda que tragam prejuízo à celeridade, podendo tornar a decisão jurisdicional ilícita e ilegítima.

Os referidos princípios, inclui a nomenclatura “institucionais”, exatamente por se alicerçar, se instituir e criar o próprio significado de processo, não disponíveis e fundamentais a ele. (MADEIRA, 2007). Portanto, existe nessa teoria a preservação e a valorização dos princípios institucionais inseridos no contraditório, da isonomia e da ampla defesa, em benefício da razoável duração do processo.

Inegavelmente, apela-se muito para que se solucione a morosidade existente no Judiciário do Brasil. Não se pode falar em justiça de acesso a uma ordem jurídica quando o demandante é colocado em indefinido e infinito processo de espera para que o litígio que o envolve seja solucionado.

Pode-se conceituar a razoável duração do processo, como um princípio que garante um direito fundamental. Este princípio é estritamente relacionado aos do devido processo legal e do direito de ação, que visam assegurar aos jurisdicionados uma prestação da tutela jurisdicional adequada, útil e tempestiva. Alvim (2013, p. 34) afirma sobre o tema:

É preciso dizer que a ideia da razoável duração do processo é que este se inicie e termine de forma breve, porém eficaz. Isso porque a prestação da tutela jurisdicional de forma tardia pode fazer com que pereça o direito ao jurisdicionado ou que a utilidade deste fique esvaziada.

Além disso, segundo a doutrina contemporânea, os princípios não têm caráter programático, devendo ser aplicados de forma imediata para assegurar a todos os processos uma duração razoável. A jurisprudência internacional do Tribunal Europeu de Direitos Humano fixou três critérios para se aferir se houve ou não dilação indevida do processo, que são respectivamente:

A Corte Europeia de Direitos do Homem firmou o entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observadas três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional. (ALVIM, 2012, p. 35).

A esses critérios Nelson Nery Jr. Acrescenta um quarto: “a fixação legal dos prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa”. No mesmo está a Ministra Fátima Nancy Andrighi para quem o princípio em questão deve ser analisado no caso concreto:

Todavia, a rica experiência jurisprudencial da Corte de Estrasburgo, de indiscutível validade para os fins da interpretação do indeterminado conceito de “razoável duração do processo” e de aplicação dos mencionados critérios, nos leva a conclusão que o dado cronológico da duração do procedimento não tem valor absoluto, seja porque não existem parâmetros temporais preestabelecidos e uniformes, seja porque a razoabilidade ou excessividade da duração de um processo por si só não se prestam a uma rígida avaliação em abstrato, mas exigem uma específica apreciação a ser feita segundo as circunstâncias concretas de cada causa individual e à luz dos mencionados critérios de avaliação da “razoável duração do processo”. (NERY JR., 2008, p. 85).

Sendo princípio, este conceito tem alta indeterminação e só pode ser analisado no acaso concreto: em alguns processos pode se fazer necessária instrução probatória que demande um maior lapso temporal, diferente de outros feitos, em que é possível provar-se o fato por meio de prova documental pré-constituída, ou ainda, matérias controvertidas que envolvam apenas a inteligência do diploma legal envolvendo a questão.

A natureza jurídica da razoável duração do processo é de princípio e, também, de garantia e direito fundamental do indivíduo. Significa que a razoável duração do processo seja administrativa ou judicial (civil ou penal), passou a ser direito subjetivo e garantia fundamental assegurada a todo e qualquer pessoa pela Carta Magna.

Segundo Didier Jr. (2008, p. 28):

A discussão sobre a existência ou não deste direito fundamental acabou, tendo atualmente meramente histórica. AEC nº 45/2004, que reformou constitucionalmente o Poder Judiciário, incluiu o inciso LXXVIII No art 5º da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A mesma emenda constitucional acrescentou a alínea “e” no inciso II do art 93 da CF, estabelecendo que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

Assim, o princípio da razoável duração do processo pode ser concebido como um desdobramento do direito de ação, bem como uma decorrência do princípio do devido processo legal, e relaciona-se com outros princípios como já enfatizado no texto. Desse modo, a celeridade sempre deve ser observada em consonância com as garantias que decorrem do devido processo legal, como as garantias do contraditório, ampla defesa e o direito de produzir provas, os quais orientam a dinâmica processual:

A ação deve ser precipuamente considerada na sua dinâmica, ou seja, supondo-se a existência de um processo. A ação, como a totalidade dos institutos do processo, existe necessariamente limitada pelo tempo; existe para exaurir-se. Todo instituto do processo tem uma dimensão temporal; nasce, desenvolve-se e morre. Somente sobrevive ao processo a eficácia da sentença, quase sempre, a coisa julgada material, sobreposta à parte dispositiva da sentença, para resguardo do bem jurídico nela defendido. (DIDIER JR., 2008, p. 89).

O princípio da razoável duração do processo consta da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San da Costa Rica, artigo 8º. Assim, com a inclusão no texto constitucional, artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, segundo Stoco (2007), apenas tomou explícito norma que já existia implicitamente no ordenamento jurídico.

3 O PRINCÍPIO DO CONTADITÓRIO E AMPLA DEFESA

No século XX, houve uma importante mudança no significado de direito essencial do homem ao contato com a jurisdição. As ações adotadas para resolver litígios davam uma ideia individualista dos direitos, isso nos séculos XVIII e XIX, nos Estados com postura liberal. “Acesso à Jurisdição” tinha sentido de que o os cidadãos tinham os direitos formais

de entrarem com algum pedido no Judiciário, (CAPPELLETTI, 1988, p. 9), respondendo pelos elevados custos e saber lidar com a morosidade da resposta judicial.

Ao passo que a sociedade muda, em função do “colapso” do Estado tido com liberal que não resolver os problemas crescentes do meio social, aparece uma nova ideia, pela qual a sociedade exige do Estado não apenas que reconheça os direitos, mas, principalmente, que se garanta a sua efetivação.

Dessa forma, ganhou particular relevância o direito de se acessar a jurisdição, uma vez que não compõe mais o conjunto dos direitos considerados como essenciais ao homem, sendo reconhecido, possivelmente, como o mais essencial deles, pois é o que permite a sua materialização. (LAFER, 1988, p. 147). Portanto, o ordenamento deve cumprir o atendimento, de mais eficaz e na íntegra à solicitação daqueles que exercem os direitos que possuem à jurisdição, ou à maior extensão de defesa.

Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais [...]. Delineia-se inafastável, também, a absoluta *regularidade* deste com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo [...]. (TUCCI, 2008, p. 450).

Para que isso aconteça, existe a necessidade de o processo dispor de meios aptos para fazer de forma satisfatória a prestação jurisdicional, em outras palavras, trazer garantia ao jurisdicionado seu direito verdadeiro, consistente e no menor espaço de tempo possível, compreendendo-se esse possível tal qual um lapso temporal com razoabilidade. Não basta só a efetividade, é indispensável que a decisão aconteça tempestivamente.

O artigo 5º versa sobre o direito do acesso à jurisdição, destacando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse destaque na Constituição segue uma tendência de todo o mundo, com representação de vários tratados, bem como acordos internacionais, buscando assegurar efetivamente dentro do Direito uma tutela.

3.1 Contraditório

O princípio do contraditório é tradicionalmente expresso nas Constituições do Brasil, desde a Constituição do império de 1824, em seu artigo 179, inciso VIII, bem como nas subsequentes: CF de 1891, no artigo 72, § 16; CF de 1967, artigo 150, § 15; e, CF de 1969, artigo 153, § 15. Na Constituição de 1988 o dispositivo encontra-se previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV. Segundo Didier Jr (2008, p. 21):

O processo é um instrumento de composição de conflito – pacificação social – que se realiza sob o manto do contraditório. Contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão.

O princípio do contraditório reafirma o princípio da igualdade na medida em que garante, no processo judicial e no processo administrativo, a igualdade de armas, ou seja, as partes possuem o mesmo tratamento e as mesmas oportunidades, não só apenas de participação no processo, mas principalmente a faculdade de, por meio das suas manifestações, influir para a decisão final.

De acordo com Nery Jr. (2008, p. 80):

O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio de estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

Cumprido ressaltar que esta igualdade não deve ser uma igualdade meramente formal, mas sim uma igualdade de armas do ponto de vista substancial, ou seja, uma paridade fática efetiva (ou o mais efetiva possível) posta aos litigantes. O princípio do contraditório reflete a democracia, incluindo-se a reafirmação do Estado Democrático de Direito, como também uma democracia endoprocessual.

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder. (NERY JR, 2008, P. 81).

No mesmo sentido está Eduardo Arruda Alvim sustentando que “o princípio do contraditório apresenta-se como uma consequência natural do Estado de Direito. Assim, cabe ao legislador, ao elaborar as leis, assegurar a isonomia entre as partes para igual tratamento em processo, assegurar esta igualdade entre os litigantes.

Ao juiz cabe garantir aos litigantes igualdade de tratamento (artigo 125, inciso I do CPC) e, por consequência o contraditório. Ao juiz, como sujeito do processo, compete participação ativa na observância do contraditório, pelo que se pode concluir os litigantes tem a garantia, o direito ao contraditório, ao passo que o juiz tem o dever de lhes assegurar o contraditório. (NERY JR., 2008, p. 82).

Desse modo, o princípio do contraditório significa “a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.

3.2 Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa, assim como o princípio do contraditório, está expressamente previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. Ambos podem ser compreendidos como duas faces de uma mesma moeda, pois, para que a ampla defesa exista, o contraditório necessariamente também deve se fazer presente.

(...) são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, este se realiza através do contraditório.

Assim, a instrução de qualquer processo, inclusive na esfera administrativa, será necessariamente contraditória, com ampla defesa, e com os meios e recurso a isso inerentes.

De acordo com Nery Jr. (2010, p. 83):

Ampla defesa significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentam sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, trabalhista e eleitoral) e no processo administrativo, com conseqüente possibilidade de fazer prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e eleitorais.

Em sentido análogo, Didier Jr. (2008, p. 84) faz a seguinte afirmação: “Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é “direito fundamental de ambas as partes”, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório. Trata-se do aspecto substancial do contraditório”.

Assim, do direito à ampla defesa, intimamente ligado ao contraditório, também decorre o direito de produção das provas, uma vez que a produção de provas efetiva a ampla defesa: isso significa elencar o direito sem possibilitar meios à parte litigante para seu exercício, assim, o “direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável”.

A assistência jurídica, integral e gratuita, deve ser compreendida da forma mais ampla possível, inclusive com assistência extrajudicial. Assim, a assistência jurídica além de permitir o acesso à justiça, fortalece o princípio em questão, pois garante ao litigante carente a possibilidade não só de ingressar em juízo, mas ter assistência técnica gratuita permitindo que utilize os mecanismos de ataque e defesa previstos em lei, bem como que produza provas e tenha orientação técnica de como se portar perante o juízo.

É direito fundamental de todos o acesso à assistência jurídica integral que compreende não apenas a assistência, isto é, a defesa da pessoa em juízo – civil, criminal, trabalhista, eleitoral – cujo regulamento se encontra previsto na LAJ, como também a assessoria extrajudicial. (NERY JR, 2008, p. 84).

Neste contexto, destaca-se que, por outro lado, para garantir a ampla defesa é necessária a presença de profissional habilitado (um advogado) para assegurar todos os meios previstos em lei inerentes, necessários e imprescindíveis à defesa, ou seja, imperiosa se faz a capacidade postulatória.

A autodefesa nada mais é do que o direito da parte de presença, direito este de estar presente e tomar ciência os atos processuais desenvolvidos, bem como o direito de audiência, ou seja, de ser ouvido, possibilitando, assim, dar sua versão aos fatos, apresentando fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito ventilado pela parte adversa.

Por todo o exposto, conclui-se que o princípio da ampla defesa qualifica o contraditório, tomando-o efetivo, bem como a possibilidade de, por meio do seu exercício, assegurar a isonomia de tratamento bem como a isonomia entre as partes, assim, se passa a tratar da isonomia no próximo assunto de trabalho.

4 POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Observa-se que a necessidade e a vontade de solucionar conflitos em um tempo considerado curto derrubou a preferência antiga em função de processos repletos de formalidade e burocracia, com tramitação que duraram vários anos. De forma curiosa, ganhou espaço a Emenda Constitucional nº 45/2004, erigindo o “**princípio da razoável duração do processo**” à categoria de direito classificado como fundamental, bem como se fez inúmeras reformas processuais, por intermédio da Lei nº 10.444/2002, Lei nº 11.232/2005, Lei nº 11.280/2006, Lei nº 11.382/2006, Lei nº 11.419/2006, visando imprimir uma maior “celeridade” ao processo civil do Brasil. Todavia, o Conselho Nacional de Justiça deliberou acerca de várias sobre metas de modernização do Judiciário no que diz respeito ao seu próprio desempenho, objetivando, sobretudo, minimizar a quantidade de demandas.

O Direito apresenta-se com o objetivo principal de sanar conflitos no âmbito social, garantindo a justiça e fazendo prevalecer o convívio harmonioso e pacífico entre os cidadãos. Dessa forma, visando garantir tal intento, no decorrer dos séculos foram desenvolvidas teorias filosóficas com tendência a seguir o Direito, assegurando a tranquilidade da sociedade, a exemplo da teoria do jusnaturalismo, do positivismo jurídico e, de forma mais atual, teoria do pós-positivismo ou da normatividade dos princípios.

A mais antiga das teorias é a do jusnaturalismo, datada do século XVI, tendo como base a presença de um direito que se dá naturalmente, criado pela própria natureza, ligado, inevitavelmente, às leis e ao Direito. Neste contexto, Barroso (2004, p.318) faz a seguinte contribuição:

Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.

Isso quer dizer que essa teoria favorece a interpretação histórica, e não exclusivamente a atuação dos juízes e das leis. No decorrer do Estado Liberal consolidaram-se os ideais constitucionais que a crença nos direitos naturais do homem encontrou seu ápice e, da forma paradoxal, também a sua superação (BARROSO, 2004).

Alguns fatores levaram o jusnaturalismo à superação, entre eles o empenho pelo conhecimento científico, a busca pela objetividade e pela força coativa, abrindo espaço para o surgimento de uma segunda teoria filosófica, denominada de positivismo jurídico.

O positivismo jurídico tem várias especificidades, destacando como principal a função de aproximar o Direito com a norma, e ainda buscar sistematizar o ordenamento jurídico, com base na criação e validação de normas de conteúdo tanto direto quanto objetivo.

Porém, verifica-se na história que a lei não deve apresentar-se limitadamente, tal qual uma verdade com cunho absoluto imposta e que dever ser rigorosamente seguida. Sabe-se que muitas atrocidades acontecem destacando, com exclusividade, o nome da lei, a exemplo do que já aconteceu na Itália, correspondendo ao fascismo, e na Alemanha, identificando-se com o nazismo.

De acordo com Barroso (2004), a partir de meados do século XX, já não havia espaço para o positivismo jurídico. A quase absoluta aproximação entre Direito e norma com a seu rígido distanciamento da ética não tinham relação tanto com o estágio, bem como com o processo civilizatório e o que pretendiam aqueles que faziam o patrocínio das causas humanas. Em contrapartida, os discursos científicos envolviam plenamente o Direito. Quem operava o Direito não queria a volta pura e natural do jusnaturalismo, aos fundamentos considerados vagos, ou ainda abstratos ou metafísicos pautados por uma razão considerada subjetiva.

Surge, assim, a terceira teoria filosófica citada, denominada de pós-positivismo, que é a união do Direito e da Ética, com atribuição maior de normatividade aos princípios. (BARROSO, 2004). Os trabalhos dos promotores, dos juízes, dos advogados, bem como dos operadores do Poder Público em geral são influenciados pela essa destacada inovação quanto à interpretação do Direito, e também referente à ascensão dos princípios, pois conseguem produzir reações positivas acerca da realidade jurídica, funcionando como auxiliador levar mais justiça aos conflitos ora existentes.

Neste contexto, buscar solução para eficácia da celeridade sem ofender os princípios do contraditório e da ampla defesa é o principal objetivo do Estado Democrático de Direito, já que permite o uso e gozo dos direitos essenciais em debate, sem que se precise suprimir totalmente qualquer um deles. (TAVARES, 2007).

Na visão de Tavares (2007, p.116):

[...] não abriga espaço para se cogitar de sumarização da cognição, mas possível se falar em sumarização da técnica procedimental, como seria o caso da retirada do efeito suspensivo aos recursos, da excoutoriedade das sentenças sem novo "processo" (de execução, como já se processa pela Lei 11.232/05), das ações coletivas, e

sobretudo, da aplicabilidade da própria lei procedimental civil, no que concerne aos julgamentos conforme o estado do processo, quando as partes expressamente afirmam a desnecessidade da produção da prova em audiência, uma vez que o direito à prova é da parte, não se sujeitando ao (in)deferimento pela discricionariedade do órgão estatal judicial.

Assim, o autor retira o efeito suspensivo dos recursos, a aplicabilidade do denominado “cumprimento de sentença”, as ações coletivas e o julgamento antecipado da lide (artigo 330, incisos I e II, CPC) como medidas que destacam a brevidade processual. Cita-se, além dessas, as medidas de operacionalidade e gerenciamento da máquina judiciária no conhecimento e processamento dos conflitos, o que acontece, por exemplo, através do fim dos processos que se encontram grande espaço de tempo sem impulso (artigo 267, incisos I e II, do CPC). (TAVARES, 2007).

5 CONCLUSÃO

Verificou-se que os aspectos culturais aparecem como um o problema que mais se destaca, gerando morosidade ao Sistema Judiciário. Observa-se que no território brasileiro existe um número ideal de juízes, visando a promoção de respostas para as demandas existentes diante do judiciário. Todavia, nota-se a inexistência de gestão estratégica e melhor utilização do tempo, prologando-se os vínculos processuais com intenções distantes ao ideal, que é obter, incessantemente a justiça.

Dessa forma, afirma-se que, no Brasil, a morosidade processual percebida é oriunda de um conjunto de problemas, mas essas dificuldades vêm da ausência do planejamento, bem como da ausência de uma gestão eficiente e, sobretudo, pelos indivíduos que fazem parte do corpo do Poder Judiciário.

Notou-se que a efetividade do processo não tem origem somente no que diz respeito à obediência de maneira restrita ligada à celeridade, mas, sobretudo, em se observar conjuntamente todos os direitos, sejam eles fundamentais ou processuais, constantes do ordenamento jurídico do Brasil. Assim, tem-se que a conciliação da razoável duração do processo levando em consideração os princípios do devido processo legal é algo, de fato, repleto de complexidade, em virtude de requerer de forma individual cada caso, bem como que se aplique os princípios instrumentais, utilizando-se, ainda, das técnicas utilizadas pela Hermenêutica Jurídica, com ênfase para a teoria da ponderação

Conclui-se que a celeridade é algo que deve ser buscado pelos que fazem parte do judiciário e pelas partes que o suscitam, destacando-se a contribuição determinada por lei para cada um. Constatou-se que o tempo considerado ideal para se solucionar um litígio passa por uma condição de pacificação social, ou seja, o processo é classificado célere quando respeita os prazos processuais, sem extrapolá-los. Nas situações que não existe possibilidade de se cumprir os prazos definidos por lei considerando-se os atos imprescindíveis ao deslinde do processo, existe a necessidade de se atentar para o caso concreto, às especificidades contidas em cada demanda, definindo prioridades àquelas que não dispõem de muito espaço de tempo, bem como as que dizem respeito aos anseios das crianças, dos idosos, processos alimentares e que envolvam os direitos considerados fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Manual de processual civil direito**. 15. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Brasília, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. **Da Impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo**. In TAVARES, Fernando Horta (Coord). *Constituição, Direito e Processo. Princípios Constitucionais do Processo*. vol. 1. Curitiba: Juruá Editora, 2007.
- NERY JR., **Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos**. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NERY JR., **Soluções práticas de Direito**. São Paulo: Ed. RT, V, I, II, III E IV, 2010.

TAVARES, Fernando Horta. **Tempo e Processo**. In TAVARES, Fernando Horta (Coord). Urgências de Tutela. Processo cautelar e Tutela Antecipada. Reflexões sobre a efetividade do Processo no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Duração razoável do processo**. In JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Máira Terra (Coord). Processo Civil: novas tendências. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

O IMPACTO DO SARS-COV-2 NA LICITAÇÃO PÚBLICA E SEUS DESDOBRAMENTOS

JOÃO VITOR COUTINHO GOMES:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário São Lucas Ji-Paraná.

ELIANE SIQUEIRA DE MEDEIRO²⁰

(coautora)

RENATA MIRANDA DE LIMA²¹

(orientadora)

RESUMO: A pandemia do Sars-CoV-2 trouxe um evidente estado de calamidade pública que influenciou diversas modificações no contexto social, econômico e jurídico. Neste último caso, tem-se as inovações legislativas provocadas na Administração Pública, entre elas concede-se enfoque à dispensa de licitações estabelecidas pela Lei n° 13.979/2020 com a edição da Medida Provisória n° 926/2020 e, posteriormente, com o a Lei n° 14.133/2021. Objetiva-se, portanto, realizar uma breve abordagem acerca da Lei n° 8.666/1992 a partir de um comparativo com a dispensa prevista pela legislação atual, além de verificar a possibilidade e as hipóteses para aquisição de bens, insumos e serviços no enfrentamento da Covid-19 bem como verificar o papel do Poder Público na implementação da referida norma. Utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica. A inovação legislativa caracteriza-se como um novo mecanismo de combate à pandemia, sendo palco de constantes mudanças para moldar-se aos fenômenos do hodierno, sobretudo, por intermédio de medidas provisórias. Por fim, cabe salientar que, o diploma legal não possui doutrinas e jurisprudências concretas para delimitar os resultados ocasionados por este, necessitando-se assim, de maiores estudos sobre a temática em comento.

Palavras-chave: Pandemia. Sars-Cov-2. Licitações. Dispensa.

ABSTRACT: The Sars-CoV-2 pandemic brought an evident state of public calamity that influenced several changes in the social, economic and legal context. In the latter case, there are the legislative innovations brought about in the Public Administration, among them the focus is on the waiver of bids established by Law n. 13.979/2020 with the issuance of Provisional Measure n. 926/2020 and, later, with the a Law n. 14.133/2021. The objective's, therefore, to carry out a brief approach to Law n. 8.666/1992 based on a comparison with the exemption provided for by current legislation, in addition to verifying

²⁰ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

²¹ Bacharel em Sistemas de Informação (2010) pela Uneouro; Bacharel em Direito (2017) pela Ceulji-ULBRA; Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto (2019); Mestre em Direitos Humanos pela UNIR (2020).

the possibility and hypotheses for the acquisition of goods, inputs and services in dealing with the Covid-19 as well as verifying the role of the Public Authorities in the implementation of the referred standard. Legislative innovation is characterized as a new mechanism for combating the pandemic, being the stage for constant changes to adapt to current phenomena, above all, through provisional measures. Finally, it should be noted that the legal diploma does not have concrete doctrines and jurisprudence to delimit the results caused by it, thus requiring further studies on the subject under discussion.

Keywords: Pandemic. SARS-CoV-2. Bidding. Waiver.

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. Licitações: base legal, conceitos e fundamentos. 3. A pandemia e os impactos para a administração pública. 4. As alterações na lei de licitações. 4.1. A lei antiga (8.666/93) e a nova lei (14.133/2021). 4.2. A implementação da lei nº 13.979/2020 e a influência na dispensa de licitação. 5. O poder público e a aquisição de bens, insumos e serviços na pandemia. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

A pandemia do Sars-CoV-2 foi datada pela Organização Mundial da Saúde em março de 2020. Este vírus, potencialmente contagioso, rapidamente se alastrou por todos os continentes. Observado como um problema de saúde pública gravíssimo, ele foi responsável por unir os Estados em uma força tarefa para conter a disseminação, além de causar diversos impactos nos setores social, econômico e jurisdicional dos países no mundo.

Neste sentido, surge a necessidade de ressaltar as principais mudanças que estão ocorrendo no âmbito do Direito Administrativo, com destaque na contratação pública, que sofreu diversas alterações. Um dos objetivos dessas alterações é agilizar as contratações de bens, insumos e serviços necessários para o enfrentamento da crise causada pelo novo vírus.

A respeito da contratação pública, cabe destacar que estas não foram modificadas apenas pela Lei nº 13.979/20, responsável por determinar as medidas de enfrentamento da crise, mas também pelas regras estabelecidas nas Medidas Provisórias. O objetivo é aperfeiçoar o regime emergencial para conter efetivamente a pandemia e diminuir os impactos por ela causados.

Nesse passo, realizou-se uma busca verificacionistas acerca dos impactos financeiros que novo Coronavírus trouxera ao Poder Público. Posteriormente, foi necessário diferenciar a disposição do art. 24, inciso IV da Lei n. 8.666/93 em relação à dispensa de licitação, realizando uma busca comparativa com o art. 4º da Lei 13.979/2020,

para, por fim, demonstrar quais as finalidades da nova lei de licitações no Ordenamento Jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada é a bibliográfica, realizada por meio de pesquisas em legislações, jurisprudências, doutrinas, monografias e artigos científicos, por meio do qual, se analisou o regime excepcional de licitação e o contrato da Lei nº 8.666/93 em relação à contratação pública vigente no Brasil. Demais disso, se examinou o direito emergencial da Lei nº 13.979/20 e a interpretação adequada, visto que há um propósito de simplificação e celeridade.

A partir disso, tem-se sugestivos de que as medidas adotadas no enfrentamento do covid-19 podem ter influenciado indiretamente as contratações por dispensa de licitação, onde nota-se uma facilidade nem sempre utilizada sob os princípios da boa-fé, visto que a velocidade com que os fatos se sucedem e se modificam podem provocar situações peculiares, como fraudes em licitações e contratos administrativos.

Não obstante, com a flexibilização de algumas regras, cria-se um cenário mais propício a ocorrência de irregularidades, tais como o superfaturamento, direcionamento de contratações e desvio de recursos públicos destinado ao combate do novo Coronavírus, portanto, isto pode estar relacionado ao aumento dos riscos de corrupção e acarretando prejuízo ao erário público.

Observa-se a relevância social deste trabalho pela compreensão da Lei 13.979/2020 que dispõe acerca das medidas a serem adotadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública, com previsões normativas voltadas para a coletividade.

2. Licitações: base legal, conceitos e fundamentos

Inicialmente, se faz necessário compreender o que são licitações para, posteriormente, analisar as mudanças legislativas que ocorreram em razão à pandemia. Como um procedimento administrativo, a base legal para as licitações se encontra no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, que dispõe que: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...)" (BRASIL, 1988).

Já em relação à competência para legislar, a base legal se encontra no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988, pela qual se atribui tal poder à União (BRASIL, 1988).

Verifica-se através da doutrina administrativa a seguinte definição:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do procedimento licitatório aponta o futuro contratado (MEDAUAR, 2001, p. 212-213).

Nesse sentido, é importante entender que o Poder Público deve sempre se preocupar com o interesse da coletividade ao analisar as propostas licitatórias, isto significa que quando a Administração Pública avaliar as propostas dos licitantes, deve sempre prezar pela proposta mais vantajosa para administração pública, a igualdade entre os licitantes e o desenvolvimento nacional sustentável do país, sendo estes princípios norteados não somente pela questão econômica.

Deste modo a Administração Pública ao analisar a proposta mais vantajosa, deve optar pelo contratante que apresentar melhores condições para atender os interesses coletivos que motivaram a deflagração do certame, levando em conta todas as características previsíveis como: preço, capacitação técnica e qualidade.

No caso do desenvolvimento nacional sustentável o objetivo basilar é criar regras específicas por meio da Lei 12.349/2010, no qual se admite o favorecimento do mercado local. Como um método para permitir que os recursos públicos contribuam para o crescimento local do país, com a consequente geração de empregos e aumento do consumo do mercado interno.

O processo licitatório é dividido em duas fases, sendo que, na fase interna ocorre a identificação da necessidade até todo o planejamento do edital, sendo este, definido pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro como um "(...) ato pelo qual a Administração faz uma oferta de contrato a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas (...) deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade" (DI PIETRO, 2003. p. 332). Nota-se também, nesta fase, o planejamento orçamentário e a autorização da autoridade competente.

Na fase externa o edital já está finalizado, ocorre então a sua publicação para que os interessados manifestem suas propostas, e quando a melhor proposta para a Administração Pública for selecionada, haverá a homologação e a adjudicação do objeto.

Para desmiuçar melhor as fases do processo, é imprescindível consultar a Lei 8.666 de 1993, que divide as fases em habilitação, classificação, homologação e adjudicação. Nessas fases, são fixadas regras de cumprimento obrigatório tanto para os licitantes, que estão participando do edital, quanto para a própria administração.

Na habilitação há a averiguação de todas as condições pessoais de cada um dos licitantes para o cumprimento das obrigações contratuais e podem ser observadas do artigo 28 ao 34 desta Lei, que se referem "(...) à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e ao cumprimento do disposto no inc. XXXIII do art. 7º da CF(...)" (ODETE MEDAUAR, 2018, p. 189).

A próxima fase após a habilitação, é a classificação, como define Odete Medauar (2018, p.191-192) trata-se da fase pela qual a comissão irá verificar se as propostas que foram habilitadas em fase anterior, seguem as especificidades e requisitos do edital ou instrumento, sendo que, a abertura dos envelopes que contém as propostas será realizada em ato público. Portanto, é nesta fase onde serão analisados os critérios de julgamento, dispostos no artigo 45 da Lei 8.666 de 1993. Em casos de desempate se consulta o parágrafo 2º do mesmo artigo que determina "(...) a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo."

Já na homologação, haverá a confirmação ou não da legalidade dos atos realizados nas etapas anteriores. Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

Uma vez homologados o resultado e a própria licitação, presume-se que a Administração tem interesse na atividade a ser contratada. Desse modo, é correto considerar-se **que o vencedor tem inafastável direito à adjudicação** e, conseqüentemente, ao próprio contrato (FILHO, 2015, p. 302) (grifou-se).

Como consequência jurídica da homologação, vem, portanto, a adjudicação, onde há a entrega do objeto da licitação, que ainda segundo Filho (2015, p. 303) "(...) não se caracteriza como ato discricionário, mas sim vinculado (...)".

Em relação aos fundamentos da licitação, estão presentes dois princípios basilares: o da indisponibilidade do interesse público, que foi tratado anteriormente, e o princípio da igualdade dos administradores, aplica-se aqui um outro princípio, o da isonomia, uma vez que a Administração Pública deve oferecer oportunidades iguais para aqueles interessados a participar do certame licitatório, um entendimento também do Tribunal de Contas da União (TCU) que defendeu esta abordagem como uma forma de "(...) assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes (...)" (TCU, 2010. p.19).

Quanto a aplicação do princípio da igualdade no tramite licitatório, pode-se observar a preocupação do legislador em inserir a isonomia²² em sua aplicação, uma vez que, as licitações públicas tem como princípio expresso a igualdade entre os licitantes, e a Lei Complementar nº123/06, que se refere ao “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, estabelece regras que implicam na preferência de contratação em favor de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), conforme dispõe o art. 44, da LC 123/06:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

Compreendendo o que são licitações e como a Administração Pública trata o certame licitatório, torna-se pertinente analisar quais foram as mudanças que ocorreram no âmbito legislativo com o advento das novas leis de licitações, sendo elas, a Lei nº 13.979/2020 e a Lei nº 14.133/2021, e porque razão houveram essas mudanças durante a pandemia no Brasil, além de esmiuçar as suas causas, um assunto a ser tratado no próximo tópico.

3. A pandemia e os impactos para a Administração Pública

Norteadas por conflitos socioeconômicos, a pandemia oriunda do vírus Sars-Cov-2, agente etiológico da COVID-19, foi identificada a princípio em 31 de dezembro de 2019 na China onde posteriormente, observou-se uma grande preocupação no âmbito internacional devido a sua proeminência em causar danos. No Brasil da desigualdade e precariedade, após o primeiro caso registrado em 26 de fevereiro de 2020 (Ministério da Saúde, 2020), houve desdobramentos que influenciaram inúmeras esferas na sociedade, característica esta que fomenta o entendimento da pandemia como sendo um novo fato social total. (MARCEL MAUSS, 1990).

Salienta-se que a Organização Mundial da Saúde estabeleceu o vírus como sendo de caráter emergencial em 11 de março de 2020, assim reconhecendo a amplitude em nível mundial (REYMÃO, ASSUNÇÃO, FARO, 2020; BAR-YAM, 2020). Em seguida, na data de 20

²² Trata-se da preocupação em, para atingir a igualdade em sua “totalidade”, tratar iguais de maneira igual e desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades.

de março, o Brasil determinou o estado de calamidade pública mediante ao Decreto Legislativo nº 6, adotando políticas como método de conter o avanço do contágio.

É de suma importância compreender que a pandemia que aflige a sociedade em tempos modernos caracteriza-se, sobretudo, como uma crise extrema com potencial de gerar impactos significativos no âmbito sócio financeiro. Assim sendo, são vislumbrados por uma crise tripla, conforme expõe Conti (2020), sendo elas: comportamental, sanitária e econômica.

A crise comportamental, relaciona-se diretamente com a mudança dos indivíduos quanto aos seus hábitos sociais que são diretamente influenciados pelo isolamento (REYMÃO, ASSUNÇÃO, FARO, 2020). Mudanças na rotina que envolvem a higiene e o contato físico foram aplicadas, no entanto observou-se crises precursoras de consequências na vida da população mais vulnerável devido ter motivado o desemprego e a redução salarial.

Desemprego é o problema. Vários moradores com os aluguéis atrasados, falta de gás de cozinha, contas de água e luz atrasadas. Faltam alimentos, produtos de higiene pessoal e de proteção individual como máscaras, álcool gel e outros. Mães com crianças pequenas precisando de leite e fraldas. (Rede de Pesquisa Solidária, 2020. Liderança do Jardim da Conquista, Diadema – SP)

No que tange a crise sanitária, se concedeu em decorrência do colapso no sistema de saúde brasileiro tendo em vista facilidade de propagação do vírus conjuntamente a gravidade. A ausência de profissionais, mortes e o alto número de internados, colapsaram o sistema de saúde similarmente com a crise pandêmica ocorrida no século XX, conforme dispõe Adriana Goulart (2005, p.106):

A assistência pública não servia para nada, era apenas figurativa. Caso alguém passasse mal no meio da rua ficava dependendo ou da ajuda dos transeuntes, ou passava a vergonha de ser socorrido ou pelo camburão da brigada policial, ou pelo rabeção de alguma funerária. A epidemia só fez explodir uma raiva acumulada durante anos contra as instituições de saúde e o desmazelo que o governo tinha para com a saúde de um modo geral. A espanhola veio, com certeza, tornar imperativo a melhoria da estrutura de saúde da cidade.

Quanto a crise econômica, encontra-se associada com a dificuldade imposta pelos sujeitos ao manterem relações com o comércio e investimentos ao mesmo tempo que buscam evitar a contaminação (CONTI, 2020). Cabe ressaltar a sua influência em alterações no ordenamento jurídico, a título de exemplo tem-se a Lei de Licitações – Lei nº14.133/21.

Destarte, a Administração Pública do Brasil esteve apta a adotar medidas restritivas de modo que contivesse a disseminação do vírus no país. A privação das liberdades individuais, tais como: locomoção, religiosa etc., tornou-se necessária para amparar o interesse coletivo, por isso a importância do isolamento social tendo em vista o foco no direito fundamental estabelecido na Constituição Federal de 1988: a saúde.

Este entendimento apresenta-se em consonância com o previsto por Saulo Bahia (2020, p. 56):

As imposições só poderão ser consideradas compatíveis com a Constituição se forem essenciais, adequadas e proporcionais, objetivando restringir o direito de locomoção para proteger o bem maior que é a saúde pública e a vida de todos brasileiros. As medidas de isolamento social sempre deverão ser justificadas, em termos de necessidade e razoabilidade.

Nesse contexto, publicou-se a Lei Federal nº 13.979/2020 onde a gestão pública instaurou diligências visando um novo cenário para o Brasil em virtude do contexto emergencial, além de outras deliberações, como a Medida Provisória nº 926 de março 2020 que alude a respeito da aquisição de bens, serviços e insumos na pandemia. A implementação destas normas no ordenamento jurídico, são notórios impactos que ensejaram mudanças na atuação da Administração Pública.

4. As alterações na Lei de Licitações

No que cerne as alterações na Lei de Licitações durante o contexto pandêmico no Brasil, observa-se a implementação de duas leis extremamente importantes para a Administração Pública, a Lei nº 13.979/2020, responsável pelas medidas de enfrentamento ao Sars-CoV-2, e a Lei nº 14.133/2021, que se preocupou em trazer modificações tanto nas Leis de Licitação quanto nos Contratos Administrativos. Importante observar que modificações essas novas leis trouxeram para as licitações para se compreender se foram mudanças positivas para a Administração Pública.

Neste sentido, o primeiro subtópico irá traçar uma busca verificacionista a fim de descrever quais mudanças se pode observar da Lei nº 14.133/2021 em relação a Lei nº 8.666/93. No segundo subtópico, se objetiva analisar a Lei nº 13.979/2020 e a sua influência na dispensa de licitação.

4.1 A Lei Antiga (8.666/93) e a nova Lei (14.133/2021)

As alterações da lei de licitações compõem um dos mecanismos utilizados pelo Estado Federal para contornar os desdobramentos da pandemia. Entre as principais modificações da lei antiga Lei antiga (8.666/93) para a nova Lei (14.133/2021), constam: a

inversão de fases; orçamento sigiloso; compliance; PNCP; agente de contratação; atualização dos valores de contratação direta; alteração nos percentuais dos valores nos seguros e; diálogo competitivo (BRASIL, 2021).

Na lei antiga, as fases do processo eram, respectivamente: edital; habilitação; julgamento; homologação e adjudicação. Sendo que, antes do julgamento se analisava toda a documentação dos licitantes em etapa anterior. Com a nova lei, a regra passou a ser a inversão de fases, inspirada na experiência do pregão e do RDC (Regime Diferenciado de Contratação), adequando-se da seguinte forma: edital; lances ou propostas; julgamento; habilitação; recurso e; homologação (CADIP, 2021).

Quanto ao orçamento, na antiga lei não havia caráter sigiloso, e passou a ser facultativo para fins de permitir que os licitantes ofereçam propostas mais vantajosas. Destaca-se que tal fase não será sigilosa para os órgãos de controle:

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo; (BRASIL, 2021).

Em relação a compliance, não havia na antiga lei esta exigência, e passou a ser em relação as contratações de grande vulto. Como pontua Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior "A nova lei de licitações e contratos administrativos é forma eficaz de prevenção e combate à corrupção no setor público" (CADIP, 2021, p. 325).

A inserção da PNCP (Portal Nacional de Contratações Públicas), considerada como um sítio eletrônico das licitações, é constituída por representantes de diversos entes federativos que irão estruturar a Rede Nacional de Contratações Públicas, sendo que, a publicação no portal será condição de eficácia do contrato. O fim da publicidade das licitações em jornais levantou alguns questionamentos, vez que:

(...) Até então, a publicidade desses atos públicos pela publicação em jornais de grande circulação tinha como objetivo dar ampla transparência, além de contribuir para que o maior número possível de interessados pudesse concorrer. Com isso, aumentaria a probabilidade de a administração pública receber proposta vantajosa. Essas publicações também representavam verba para os jornais (CONJUR, 2021).

Já se tratando da regra na comissão de licitação, na antiga lei eram necessárias a presença de 3 servidores, modificado pela nova lei, uma vez que, haverá um contratado para ser o agente de contratação, se aproximando do pregão. Observa-se o empoderamento de um agente devidamente qualificado que prestará apoio à equipe (BRASIL, 2021).

Importante mencionar as mudanças na atualização dos valores de contratação direta, uma vez que houve ampliação dos valores. Com as mudanças o valor para serviços e compras passou a ser de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais), e para obras e serviços de engenharia ou de manutenção de veículos automotores R\$ 100.000 (cem mil reais). Pertinente pontuar que para casos de contratação com valores inferiores a R\$ 50.000 (cinquenta mil reais), há a dispensa de licitação (CAPID, 2021, p.12).

No que diz respeito a alteração nos percentuais dos valores nos seguros, a antiga lei estabelecia que o seguro é facultativo, sendo seu valor de 5%, podendo chegar a até 10% para contratações mais custosas e complexas. Com as novas alterações, poderá haver seguro, que continua facultativo, de até 30% do valor inicial do contrato para contratações de grande vulto, isto é, com valor superior a R\$ 200.000.000 (duzentos milhões de reais) (BRASIL, 2021).

Em relação à cláusula de *step in right*, estipulada também em caráter facultativo, que é aquela em que a seguradora, no inadimplemento da contratada, assume a execução e cumpre integralmente o contrato ajustado. Em relação à sua utilização, observa-se que:

O *step in right*, na teoria, será aplicado quando a administração do projeto falhou com seu dever de realizar uma boa gestão, e desta forma os financiadores, na situação de eventual inadimplemento, assumem o comando da administração do projeto, de modo a viabilizar e priorizar o pagamento do empréstimo (Sylvia Moreira F. Camarinha, 2017, p. 3).

Por fim, uma abordagem da nova lei afasta da modalidade de licitação o convite e tomada de preços, por outro lado, contempla o diálogo competitivo, que visa desenvolver uma solução responsável por atender as necessidades do órgão (CADIP, 2021, p 14).

4.2 A implementação da Lei nº 13.979/2020 e a influência na dispensa de licitação

Em razão do impacto causado pelo coronavírus, tornou-se essencial que o Ordenamento Jurídico adotasse novas medidas para reduzir, drasticamente, os riscos de contágio. Nesse sentido, instaurou-se a Lei nº 13.979/2020 de 6 de fevereiro de 2020, a qual é responsável por estabelecer melhores condições para o enfrentamento da

calamidade pública decorrente da pandemia, além de prezar pela proteção coletiva dos indivíduos.

A legislação prescreve diligências em um rol exemplificativo, destinadas a preservação da saúde dos cidadãos, podendo assim ser adotadas pelo governo brasileiro que concederá poder às autoridades. Tem-se, portanto, o art. 1º, § 1 onde aduz a preservação da coletividade que em concordância ao art. 3º, prevê as seguintes procedências:

Lei. 13.979/2020. 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:

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; (...) (BRASIL, 2020).

Visando diminuir o alastramento do Sars-Cov-2, o art. 5º da referida lei, tem como finalidade atribuir deveres ao colaborador para que este atue em parceria com as autoridades sanitárias por intermédio do informe de pessoas infectadas. Como vislumbra-se adiante:

Lei. 13.979/2020. Art. 5º Toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de:

I - possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus;

II - circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus. (BRASIL, 2020)

No que concerne a contratação pelo Poder Público, o art. 4º imputa que a dispensa de licitação possui efeito, unicamente, na aquisição de bens, serviços e insumos destinados

à saúde, observa-se como ressalva à regra geral prevista pelo art. 37, inc. XX da Constituição Federal/1988. Nas palavras de Diógenes Gasparini:

Licitação dispensada é a ocorrência na realidade da hipótese legal em que a Administração está liberada de licitar por expressa determinação dessa lei. Em tais situações, não cabe à Administração Pública qualquer ato, medida ou procedimento para liberar-se da licitação, pois essa lei já determina sua dispensa (GASPARINI, 2012, p. 506).

Cabe destacar que a própria legislação entende que a licitação é dispensada, se distinguindo da característica “dispensável”, implicando dizer que a Administração Pública não poderá licitar ante o exposto àquele sujeito que o contrato se encontra celebrado (NOBRE, AGUIAR, 2020; FURTADO, 2016). Ressalte-se que esta dispensa, destina-se para a condição atual que se encontra a sociedade em virtude da pandemia, assim como indica o art. 4º § 1º:

A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. (BRASIL, 2020)

Esta espécie de contratação se dá de forma direta, assim não obstante ao contexto que se encontra hodiernamente a promulgação da Lei nº 13.979/20, ressalte-se que esta sofreu modificações para adaptar-se as novas condições do âmbito jurídico. Assim, adentra-se nas medidas provisórias que se caracterizam como normas com forças de lei, capazes de alterar elementos da própria legislação.

Nesse sentido, tem-se a Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020 que modificou gradualmente a Lei nº 13.979/20 vez que delimita de forma excepcional e temporária, limites em rodovias, portos e aeroportos, com intuito de atribuir serviços públicos essenciais. Em suma, dispõe acerca de procedimentos quanto a compra de insumos, bens ou serviços para o enfrentamento do Sars-Cov-2 (BRASIL, 2020).

Também se modificou a lei consoante a Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020, estabelecendo disposições trabalhistas para o enfrentamento da calamidade pública validade pelo Decreto Legislativo nº 6 de março de 2020 (BRASIL, 2020). Há de se citar a Medida Provisória nº 928 de 23 de março de 2020, a qual revogou o artigo 18 da medida provisória anterior (BRASIL, 2020).

Embora as medidas provisórias supracitadas realizem mudanças na norma, concede-se ênfase a Medida Provisória nº 926/2020 posto que é nela que se baseia os principais fundamentos que tipificam as alterações feitas na licitação pública. Além disso, cinge-se às normais gerais em relação as licitações e contratos administrativos que estão previstas pela Lei nº 8.666 de 1993, observando-se que esta já demonstrava os indícios de licitação dispensável em seu artigo 24, inc. IV.

Lei nº 8.666/93. Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (BRASIL, 1993).

Desse modo, aduz a o entendimento de que a dispensa de licitação estava amparada por este artigo, sendo estendida para a situação emergencial atual, determinando a previsão da Lei nº 13.979/2020. Todavia, apesar de haver similitude entre ambos, não se confundir-se vez que a lei objeto deste estudo, oferece um preenchimento legislativo a ausência de procedimentos administrativos em causa de pandemia.

Lavrado pela Advocacia-Geral da União, o Parecer nº 0002/2020/CNMLC/CGU/AGU de Análise de Minutas para Contratações formada na Lei nº 13.979/2020, ratifica esta ideia:

Dessa forma, ainda que haja eventualmente similaridades, as hipóteses de dispensa são material e faticamente distintas, devendo ser tratadas de forma independente. Não há que se falar em arrastamento dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais relativos ao artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93 para as contratações destinadas ao atendimento da presente situação de emergência em saúde pública, tendo sempre em consideração esse caráter singular da contratação direta disciplinada pela Lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020).

Desse modo, a dispensa licitatória presente no art. 4º da Lei 13.979 em conjunto a redação dada pela Medida Provisória nº 926/2020, não devem ser compreendidas como

um obstáculo ao uso das circunstâncias delimitadas pelo art. 24 da Lei nº 8.666/93. Posto isso, a dispensa de licitação, prescrita pela lei anterior, ainda vigora tendo em vista que a Lei nº 13.979 refere-se à um adicional do rol estabelecido pelo art. 24. Assim sendo, é válido reiterar a natureza temporária, devido ser vigente durante o estado de emergência de saúde pública.

Em virtude das disposições apresentadas, sobretudo a adequação legislativa da licitação em período pandêmico, a seguir concede-se enfoque às disposições jurídicas delineadas pela Medida Provisória nº 926/2020, responsável por descrever sobre a contratação do Poder Público de bens, insumos e serviços para o combate ao Sars-CoV-2.

5. O Poder Público e a aquisição de bens, insumos e serviços na pandemia

A partir da Medida Provisória nº 926/2020, a redação inicial do art. 4º da Lei nº 13.979/2020 alterou-se, cabalmente, de “dispensada” para “dispensável” a licitação que visa obtenção de bens, insumos e serviços pela Administração Pública. Dessa forma, tornou-se admissível que objetos não somente restringidos a saúde, fossem contratados desde que se encontrem vinculados com a situação emergencial estabelecida pelo Sars-CoV-2, sendo habilitado para legitimar a dispensa de licitação, destituindo-se de clara fundamentação expressa que ensejou a exoneração. (NOBRE, AGUIAR, 2020; VILLAC, 2020).

Cabe enfatizar que a Medida Provisória nº 926/2020, acrescentou a dispensa de licitação para aquisição de serviços de engenharia, no entanto, não dispõe a respeito da possibilidade de adotar este regulamento às obras de engenharia. No que tange ao referido tema, o Parecer da Advocacia Geral da União, nº 0002/2020/CNMLC/CGU/AGU, compreende a inadmissibilidade de aplicar-se tal dispositivo à esta hipótese.

Ademais, houve a viabilização do estabelecimento de um contrato com empresas que apresentem inaptidão de participar de licitação, devendo assim concernir a uma fornecedora de espécie exclusiva (§ 3º ao art. 4º da Lei nº 13.979/2020). Convém mencionar que, este fato, não isenta a Administração Pública de fiscalizar as disposições jurídicas previstas pelo art. 37 da Constituição Federal de 1988, sendo de suma importância que se cumpra os princípios redigidos. Assim, esclarece Marçal Justen Filho:

A pandemia pode gerar situações de atendimento imediato, insuscetível de aguardar dias ou horas. Basta considerar hipóteses em que instalações ou serviços de terceiros sejam indispensáveis para tentar evitar o óbito de um sujeito ou para impedir a disseminação do vírus. É evidente que as regras constitucionais, que privilegiam o atendimento às necessidades coletivas e a realização do interesse público, impõem a adoção de medidas práticas e efetivas por parte

da Administração Pública, independentemente de formalização num procedimento administrativo burocrático (FILHO, 2020).

Como se observa no art. 4º-A, os bens adquiridos e os serviços contratados fundamentos pelo art. 4º, não estarão limitados a aparelhos novos desde que exista responsabilidade plena de fornecer boas condições de uso. De acordo com Teresa Villac (2020), este entendimento está interligado com o consumo sustentável o qual deve estabelecer cláusulas no contrato ou em outro instrumento que seja proporcional a este:

Importante inovação quanto ao consumo sustentável foi introduzida pela medida provisória e está prevista no artigo 4º-A a possibilidade de contratação de bens usados, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de funcionamento e uso. Assim, ainda que seja de pequeno valor a contratação, devem ser estabelecidas cláusulas sobre esta obrigação, seja em contrato ou instrumento equivalente (VILLAC, 2020).

Noutra vértice, tem-se as demais medidas tomadas pela Medida Provisória nº 926/2020 que possuem a finalidade organizar outras demandas referentes à saúde pública, sendo disponibilizadas pelos art. 4º-C e 4º-D. A título de exemplo, há a característica facultativa quanto a apresentação de estudos iniciais no Gerenciamento de Riscos da contratação, exigindo-se apenas no momento de executar o contrato, devendo também verificar qual empresa melhor se qualifica no desempenho de determinado objeto contratado para não haver o aumento da contaminação. (SANTANA, 2020).

No lastro do art. 4º-E, caput, encontra-se permitido que o possível contratado apresente um termo de referência assim como um projeto básico desde que esteja simplificado, assim se moldando aos requisitos prescritos pelo § 1º. Destaca-se que entre as exigências mencionadas pelo referido parágrafo, tem-se a estimativa de preços sendo que esta deve ser determinada com os pressupostos que o mesmo enumera, como o Portal de Compras Federal (art. 4-E, § 1º, VI), e contratações semelhantes com demais entes públicos.

Outro ponto importante que merece ser ressaltado é o projeto básico e o termo de referência, posto que se caracterizam como elementos essenciais da licitação pública. Como resposta a situação da Covid-19, o dispositivo 4º-E da Medida Provisória nº 926/2020 atenuou esta premissa. Para Edcarlos Alves Lima (2020), as exceções designadas pela Lei nº 13.979/2020, detém aplicabilidade a qualquer modalidade de contratação,

contato que visem o enfrentamento da calamidade pública disciplinada por este diploma legal.²³

Nesse ínterim, saliente-se o art. 4-F que explana a possibilidade de haver dispensa de apresentação de documentos em casos de restrição fornecedores e prestação de serviço sendo estes referentes à regularidade fiscal ou trabalhista, além de certos requisitos de habilitação mediante ao fundamento da autoridade hábil. Todavia, as exceções estipuladas não abrangem a comprovação de regularidade na Seguridade Social e as proibições resguardadas pelo art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, conclui-se a narrativa, expondo que a MP nº 926/2020, em seu art. 4º-G, caput, determinou a redução pela metade no que tange aos prazos de procedimentos licitatórios de espécie pregão eletrônico ou presencial. Desse modo, encontra-se previsto nos respectivos §§ 1º, 2º e 3º que os recursos apenas possuirão efeito devolutivo e que audiências públicas estabelecidas pelo art. 39 da Lei nº 8.666/93 estão exclusas dos procedimentos licitatórios constatados no caput.

Inferre-se do art. 4º - H da Lei nº 13.979/2020, que os contratos advindos dessa nova lei terão o prazo de até seis meses, podendo este prazo ser prorrogado se verificado a sua pertinência para o enfrentamento do Sars-CoV-2, diferente da antiga lei, que estabelecia o prazo de 180 dias (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93).

Observa-se, portanto, que diversas foram as mudanças que ocorreram no âmbito social e jurídico, e a adaptação à esta nova e singular situação vivenciada mundialmente se deu com urgência, assim como o momento atual, para justamente evitar maiores danos à sociedade e à Administração Pública. Resta claro, ainda, que o cenário pós pandêmico será marcado por novas modificações nas leis de licitações, sendo estas, obrigadas a se adequar a um novo "normal".

6. Conclusão

Inferre-se que as inovações legislativas que se deram através das Lei nº 13.979/2020 e Lei nº 14.133/2021 objetivaram traçar novos mecanismos para que a Administração Pública pudesse atuar de forma mais eficaz no que diz respeito aos assuntos que tratassem desta nova pandemia, seja pela dispensa de licitação, como se verifica no decorrer do trabalho, ou ainda, pela celeridade do certame licitatório.

²³ "Vale destacar que os procedimentos mencionados anteriormente, tais como apresentação simplificada de termo de referência e/ou projeto básico, assim como dispensa de estudos preliminares e obtenção de preços estimados, aplicam-se a quaisquer contratações, seja por dispensa ou licitação, para aquisição de bens e insumos ou prestação de serviços que tenham por objetivo o enfrentamento da emergência que trata a Lei nº 13.979/2020" (LIMA, 2020).

Tais inovações, enquanto perdurar este período endêmico e pandêmico, sofreram e tendem a sofrer novas alterações por meio das medidas provisórias, justamente para que a Administração Pública, por meio delas, se adequem à realidade, inclusive, posteriormente a pandemia. Ressalta-se que os prejuízos advindos da pandemia pelo Poder Público ainda não foram computados por completo, vez que a pandemia perdura há 2 (dois) anos e ainda não há previsão de cessação.

Em relação aos impactos dessas novas lei de licitações, cinge-se mencionar o surgimento de uma reflexão acerca de uma revisão concreta e não apenas provisória para o tramite das licitações para além deste momento, uma vez que elas resultaram em uma evidente celeridade e simplificação na atuação estatal, como se observa na dispensa de licitação, tratada pela Lei nº 13.979/2020.

Dito isto, observa-se que o novo coronavírus teve influência direta nas contratações por dispensa de licitação, com a flexibilização das regras do tramite licitatório, e mesmo que haja preocupações em relação a possíveis intercorrências, ou ainda, a possibilidade de uma empresa não utilizar do princípio de boa-fé, não se pode descurar da relevância social que as Leis nº 13.979/2020 e nº 14.133/2021 trouxeram, uma vez que foram necessárias para atender as necessidades no que se refere a saúde pública na pandemia do Sars-CoV-2, uma iniciativa da Administração Pública em prol da coletividade.

7. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 de agosto de 2021, horário: 15h33min.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 22 de agosto de 2021, horário: 14h17min.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 212-213.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21º ed. 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudências do TCU**. 4 ed. TCU: Brasília, 2010.

NOBRE, Emilly. AGUIAR, Simone. **Lei nº 13.979/2020 e o regime emergencial da dispensa de licitação do coronavírus.** Revista Controle: doutrina e artigos, 2020.

NETTO, Walter. **O sistema de controle na Administração Pública na pandemia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/walter-netto-control-administracao-publica-pandemia>. Acesso em: 22 de agosto de 2021, horário: 15h30min.

CADIP – Centro de Apoio ao Direito Público. **A nova Lei de Licitações Contratos Administrativos:** Lei nº 14.133/ 2021. 2º ed. São Paulo: CADIP, 2021.

JORNAL USP. **Pandemia e suas consequências estimulam violência e desesperança e comunidades carentes.** Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/pandemia-e-suas-consequencias-estimulam-violencia-e-desesperanca-em-comunidades-carentes/>. Acesso em: 23 de agosto de 2021, horário: 14h15min.

BIEHL, João. **Descolonizando a saúde planetária.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/mYh65g7LyMWLJhfp9XvcTnn/?lang=pt>. Acesso em: 17 de agosto de 2021, horário: 13h45min.

CONTI, Thomas V. **Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre as políticas públicas de combate à pandemia.** Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/pubs/coronavirus/>. Acesso em: 17 de agosto de 2021, horário: 14h 05min.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil confirma primeiro caso do novo coronavírus.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 15 de agosto de 2021, horário: 14h20min.

REYMÃO, Elizabeth. ASSUNÇÃO, Marcos. FARO, Roberta. **A pandemia de covid-19: reflexões à luz do direito ao desenvolvimento, direito à saúde e direito do consumidor.** Conpedi law review, 2020.

BAHIA, S. J. C. **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus.** São Paulo: Iasp, 2020.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CAMARINHA, Sylvia Moreira F.. **APLICABILIDADE DO MECANISMO DE STEP IN RIGHT NAS CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADA.** Projeto de Mestrado. São Paulo: FGV, 2017.

CONJUR. **Em nova lei, Bolsonaro impõe fim da publicidade das licitações em jornais.**

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-03/lei-licitacoes-desobriga-publicacao-editais-jornais>. Acesso em 10 de set. de 2021, horário: 11h51min.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 28° ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20trabalhistas,%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias>. Acesso em: 29 de agosto de 2021, horário: 16h38min.

BRASIL. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 30 de agosto de 2021, horário: 21h50min.

CAVALCANTE, Márcio. **Lei 13.979/2020: estabelece medidas para enfrentamento do coronavírus (atualizada)**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/03/lei-139792020-estabelece-medidas-para.html>. Acesso em: 29 de agosto de 2021, horário: 22h37min.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer nº 00002/2020/CNMLC/ CGU/AGU. Brasília, DF: AGU, 2020**. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46533>. Acesso em: 07 de setembro de 2021, horário: 16h20min.

BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. **Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 mar. 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-926-de-20-de-marco-de-2020-249094248>. Acesso em: 07 de setembro de 2021, horário: 14h25min.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 mar. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>. Acesso em: 07 de setembro de 2021, horário: 20h33min.

BRASIL. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2020/Mpv/mpv928.htm#:~:text=MPV%20928&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.979,22%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020. Acesso em: 07 de setembro de 2021, horário: 21h52min.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 24, inciso VI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 07 de setembro de 2021, horário: 21h25min.

VILLAC, T. **Atuação do direito administrativo em momentos de crise (Covid-19) (2): alterações na Lei 13.979/20 e recomendações oficiais aos contratos de serviços terceirizados**. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/03/23/atuacao-do-direito-administrativo-em-momentos-de-crise-covid-19-2-alteracoes-na-lei-13-979-20-e-recomendacoes-oficiais-aos-contratos-de-servicos-terceirizados/>. Acesso em: 21 de setembro de 2021, horário: 23h43min.

JUSTEN FILHO, M. **Efeitos jurídicos da crise sobre as contratações administrativas**. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2021, horário: 14h32min.

SANTANA, J. P. **Dispensa de licitação e a crise do coronavírus**. Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 25, n. 6114, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80383/dispensa-de-licitacao-e-a-crise-do-coronavirus>. Acesso em: 11 de outubro de 2021, horário: 16h25min.

LIMA, E. A. **Contratações públicas para o enfrentamento da situação de emergência**. In: Consultor Jurídico. São Paulo, 1º abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/contratacoes-publicas-para-o-enfrentamento-da-situacao-de-emergencia>.

<https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/opinioo-contratacoes-publicas-situacao-emergencia>. Acesso em: 11 de outubro de 2021, horário: 23h32min.

A VIABILIDADE DO INSTITUTO DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO NÚCLEO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LUIZ MIGUEL LIMA OLIVEIRA:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

MAÍRA BOGO BRUNO²⁴

(orientadora)

RESUMO: A presente tese tem por objeto o estudo da viabilidade do reconhecimento jurídico da família poliafetiva como núcleo familiar legítimo, que já vem sendo realidade há muito tempo, razão pela qual merece tutela do Estado. Pretende-se, por meio da metodologia da pesquisa jurídica, de cunho bibliográfico e documental, utilizando o método dedutivo e técnica de análise de dados com abordagem qualitativa, demonstrar que o conceito de família muda com o tempo, ao passo que a sociedade evolui e que o direito deve continuamente acompanhar essas mudanças, argumentar sobre a monogamia servir apenas como valor jurídico, não devendo ser considerada como um princípio fundamental e abordando o tipo penal da bigamia e porquê as famílias poliafetivas não antagonizam com essa norma penal. Ainda, busca-se discorrer acerca dos permissivos constitucionais que norteiam o direito de família atual e como eles amparam o reconhecimento de novas formas de família. Para isso, o estudo focou-se no princípio constitucionais da dignidade humana, que evidencia a importância da afetividade para o direito de família, no princípio da igualdade, garantindo tratamento igual ou desigual quando devido e no princípio da autonomia privada, proporcionando a liberdade ao indivíduo de criar sua família de sua própria forma. Assim, compete ao Estado apenas o dever de garantir a tutela e proteção à essas famílias.

Palavras-chave: Poliamor, Família, Princípios Constitucionais, Afetividade.

ABSTRACT: This thesis aims to study the feasibility of legal recognition of the polyaffective family as a legitimate family nucleus, which has been a reality for a long time, which is why it deserves protection by the State. It is intended, through legal research methodology, bibliographical and documentary, using the deductive method and data analysis technique with a qualitative approach, to demonstrate that the concept of family changes over time, while society evolves and that the law must continually monitor these changes, arguing about the monogamy serves only as a legal value and should not be considered a fundamental principle and addressing the criminal type of bigamy and why the

²⁴ Mestra em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

polyamorous families do not antagonize this criminal rule. In addition, it seeks to discuss the constitutional permissives that guide the current family law and how they support the recognition of new forms of family. For this, the study focused on the constitutional principle of human dignity, which highlights the importance of affection for the family law, the principle of equality, ensuring equal or unequal treatment when due, and the principle of private autonomy, giving the individual the freedom to create his family in his own way. Thus, it is the State's duty only to guarantee protection to these families.

Keyword: Polyamory, Family, Constitutional Principles, Affection.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o reconhecimento da união poliafetiva como núcleo familiar no Ordenamento Jurídico brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio de seu artigo 226, reconheceu diversas espécies de constituição familiar, além de garantir a proteção do Estado em favor desses entes familiares (BRASIL, [2021]). Orlando Gomes (1983) defendia que o regime legal da família não devia se restringir aos modelos antigos e tradicionais, mas sim que todas as formas de família fossem tuteladas, na medida do possível.

Baseado neste dever de proteção à família e na evolução social, foi reconhecida as uniões homoafetivas como núcleo familiar. Isto não se aplica, no entanto, às uniões poliafetivas. O Estado se recusa a reconhecê-las como entidade familiar, tanto que, em 2018, o Conselho Nacional de Justiça decidiu que cartórios não poderiam registrar uniões poliafetivas em escrituras públicas (CNJ, 2018).

Diante disso, o principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa é: Há na Constituição Federal de 1988 preceitos que viabilizam o reconhecimento das uniões poliafetivas como núcleo familiar?

O objetivo geral do trabalho é demonstrar que há princípios constitucionais e direitos que amparam as uniões poliafetivas como núcleo familiar, o que viabiliza o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Os objetivos específicos são: (i) compreender o conceito de união poliafetiva por uma ótica jurídica, de modo a teorizar acerca do seu reconhecimento como núcleo familiar; (ii) analisar os argumentos contrários ao reconhecimento do instituto da família poliafetiva e os permissivos legais que amparam o seu reconhecimento; (iii) discorrer sobre os principais permissivos, constitucionais e infraconstitucionais que amparam o reconhecimento dessas famílias.

Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho será voltado para discorrer acerca das múltiplas formas de constituição familiar tuteladas pelo ordenamento jurídico

brasileiro; bem como, dos argumentos contrários ao reconhecimento das uniões poliafetivas, onde será dado enfoque a decisões e leis que contrariam, direta e indiretamente, o reconhecimento de tais núcleos familiares.

O segundo capítulo será dedicado a relacionar os permissivos legais à um possível reconhecimento do instituto. Aqui serão discutidos os princípios constitucionais e direitos fundamentais que amparam a família poliafetiva.

Para alcançar seus objetivos, o presente estudo utiliza a metodologia da pesquisa jurídica, com técnica de coleta de dados bibliográfica e documental. Bibliográfica, porque, segundo Henriques e Medeiros (2017, p. 106), “Consiste basicamente em selecionar informações bibliográficas (livros, dicionários, artigos científicos, documentos) que possam contribuir para explicar o problema objeto da investigação”. E documental, porque, na concepção de Henriques e Medeiros (2017, p. 107), se assemelha à pesquisa bibliográfica, porém tem como alvo documentos de outro tipo, nesse caso, jurisprudências e a própria legislação brasileira.

O método utilizado é o dedutivo, que, segundo Bittar (2016, p. 34), corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. Por fim, é utilizada a técnica de análise de dados com abordagem qualitativa, sendo essa “um tipo de investigação voltado para as características qualitativas do fenômeno estudado, considerando a parte subjetiva do problema” (GERHARDT; SILVEIRA apud LOZADA; NUNES, 2019, p. 133).

Esta pesquisa se justifica no meio acadêmico pelo fato de que é necessário compreender a situação das uniões poliafetivas no âmbito jurídico, pelo ponto de vista jurisprudencial e doutrinário. Justifica-se, ainda, no âmbito social, em função do aumento do número de famílias poliafetivas, não reconhecidas pelo ordenamento jurídico, e sua necessidade de ter acesso aos seus direitos constitucionalmente assegurados.

2 VIABILIDADE JURÍDICA-SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Os modelos familiares alternativos percorreram um longo caminho até o seu eventual reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. O modelo patriarcal, vertical, monogâmico e matrimonial de família era o único considerado legítimo pelas cartas magnas anteriores à de 1988, que priorizavam a “entidade” em detrimento do “indivíduo”. O advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e a priorização do conceito de afetividade pelo direito de família, surgiu a possibilidade de se manter uma família fora desses padrões anteriormente impostos.

Dessa forma, será discutido nesse capítulo a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, desde o Código Civil de 1916 (CC/16) até a constituição de 1988, discorrendo, ainda, sobre poligamia e afetividade e como esses conceitos podem influenciar o reconhecimento de novos núcleos familiares destoantes dos tradicionais.

2.1 FAMÍLIA É FENÔMENO SOCIAL E CULTURAL

O conceito de família está em constante mudança, acompanhando as vontades da pessoa natural e suas necessidades. Fica clara a evolução social da família ao se observar as diferenças de como eram constituídas antigamente e comparar com as famílias contemporâneas. Como bem explicado por Luciano Silva Barreto:

A família contemporânea caracteriza-se pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. Dessa forma, a filiação também tem suas bases no afeto e na convivência, abrindo-se espaço para a possibilidade da filiação não ser somente aquela que deriva dos laços consanguíneos, mas também do amor e da convivência, como é o caso da filiação socioafetiva. (BARRETO, 2012, p. 4)

Assim, antes de se considerar a família como um instituto jurídico, é preciso compreender que a família existe antes mesmo do próprio ordenamento jurídico. Conforme lições de Fachin, "a família antecede, sucede e transcende o jurídico. Está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico" (FACHIN, 1999, apud FERRARINI, 2010, p. 60).

Dito isso, pode se observar a forma como essas mudanças sociais na constituição das famílias flui diretamente para o ordenamento jurídico, que se molda de para abranger todas as novas espécies de família.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 22925, categorizava o casamento civil como imprescindível para a constituição da família legítima, porém, não se mencionava o casamento religioso (BRASIL, [2000]). Segundo Viegas (2017, p. 63), o legislador almejava legitimar a família, deixando de lado as relações de fato, que já existiam naquela época. Este diploma legal ainda vedava o reconhecimento dos chamados "filhos incestuosos e adúlteros"²⁶, mesmo que isso prejudicasse apenas os filhos, privando-os de seus próprios direitos (BRASIL, [2000]).

25 Artigo 229 do Código Civil de 1916: Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (BRASIL, [2000]).

26 Artigo 358 do Código Civil de 1916: Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos (BRASIL, [2000]).

Com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, passou a se reconhecer o casamento religioso como capaz de produzir os mesmos efeitos que o civil, desde que cumpridos os requisitos previstos na redação de seu artigo 14627, porém, ainda ficava evidente interesse em manter a estrutura da família intacta, visto que o casamento era indissolúvel (BRASIL, [1934]).

Permitia-se o término da sociedade conjugal apenas por meio do desquite²⁸, que autorizava a separação dos cônjuges, porém não extinguia o vínculo matrimonial. Ademais, o desquite apenas era permitido em casos específicos: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal ou por mútuo consentimento dos cônjuges caso fossem casados por mais de dois anos, porém, mesmo com o desquite, a pessoa não poderia se casar novamente.

Somente com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 que se oficializou o reconhecimento da igualdade entre os filhos naturais e legítimos, que até então não possuíam os mesmos direitos. Essa mesma Constituição também reforçava a indissolubilidade do casamento (BRASIL, [1945]).

Em 1942, o Decreto Lei n. 4.73729 permitiu o reconhecimento dos filhos naturais após o desquite (BRASIL, 1942) e, em 1949, a Lei nº 883 permitiu, independentemente da espécie de dissolução da sociedade conjugal, o reconhecimento desses filhos³⁰ (BRASIL, [1984]). Ademais, o Artigo 51 da Lei nº 6.515/7731 permitia que qualquer dos cônjuges

27 Artigo 146 da Constituição Federal de 1934: O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento (BRASIL, [1934]).

28 Artigo 144 da Constituição Federal de 1934: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo (BRASIL, [1934]).

29 Artigo 1º do Decreto Lei n. 4.737: O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação (BRASIL, 1942).

30 Artigo 1º da Lei nº 883: Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação (BRASIL, [1984]).

31 Artigo 51 da Lei 6.515: A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações:

1º: Parágrafo único - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

reconhecesse o filho havido fora do matrimônio, desde que em testamento cerrado, além de proporcionar ao filho o direito de alimentos e herança (BRASIL, [1992]).

Em 28 de junho de 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 942, o divórcio foi oficialmente instituído. A Emenda trouxe mudanças para o Art. 175 da Constituição de 1967, acabando com a indissolubilidade do casamento, porém, ainda existia a restrição de apenas um divórcio. O divórcio foi posteriormente regulamentado pela Lei nº 6.515 do mesmo ano (BRASIL, [1992]).

Finalmente, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal em vigor, diversos núcleos familiares foram formalmente reconhecidos como legítimos, e o divórcio, como é conhecido hoje, foi concebido. A constituição adotava, então, uma ótica focada na afetividade e na proteção da família, em contraste com as anteriores, que priorizavam a manutenção do casamento (BRASIL, [2021]).

É simples de perceber as mudanças da sociedade permeando o ordenamento jurídico e flexibilizando-o, afinal, o Direito existe para regular a sociedade e para isso deve buscar acompanhar e se moldar aos seus anseios. As relações homoafetivas, por exemplo, até pouco tempo atrás eram consideradas um tabu, foram reconhecidas pelo STF, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF (BRASIL, 2011), e hoje são tuteladas e protegidas pelo Estado³².

Na contramão disso, as famílias que decidem por manter um relacionamento poliafetivo não disfrutam desse reconhecimento. Nos últimos anos tem ocorrido diversas discussões, doutrinárias e jurisprudenciais, sobre o assunto, como a seguinte decisão do Conselho Nacional de Justiça:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE.

2º: Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.

4º:Parágrafo único - Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação. (BRASIL, [1992])

32 Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2013)

INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO.

1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las.

2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.

3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes [...] (BRASIL, 2018, não paginado).

O relator João Otávio de Noronha ainda sumariza perfeitamente o conceito das relações poliafetivas:

[...] 4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.

5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor” [...] (BRASIL, 2018, não paginado).

O relator então finaliza argumentando que ainda falta o amadurecimento do debate para que se possa reconhecer o poliamor como instituidor de entidade familiar:

[...] 6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação

social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”.

7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.

8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.

9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem conseqüências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos [...] (BRASIL, 2018, não paginado).

Conclui-se desta decisão do CNJ que o judiciário está ciente da necessidade de abordar o tema, para que se possa tomar uma decisão a respeito, porém, por ainda ser uma discussão em sua infância, há um receio quanto aos reflexos jurídicos que uma família poliafetiva poderia ocasionar.

Apesar disso, a mera existência de discussões acerca do tema é uma boa notícia para as famílias que querem sua existência reconhecida pelo Estado, para assim terem acesso aos seus direitos.

2.2 MONOGAMIA É VALOR JURÍDICO E NÃO AFETIVO

A monogamia, em seu significado mais simples, é o regime social ou cultural segundo o qual uma pessoa pode ter apenas um cônjuge, enquanto estiver casada (2021).

Claúdia Mara de Almeida Rabelo Viegas (2017, p. 166) define a monogamia como “a condição daquele indivíduo que se relaciona afetiva e sexualmente com apenas um parceiro durante toda a sua vida”. Por sua vez, Letícia Ferrarini conceitua a monogamia como uma “característica histórico-sociológica” reconhecida como padrão de conduta socialmente institucionalizado da família ocidental, que gera estigma àqueles desviantes dos comportamentos que não se adéquam à orientação monogâmica (FERRARINI, 2010, p. 92).

Opostamente, pessoas que mantêm relações de fato com outro(s) companheiro(s) configuram concubinato. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

A expressão concubinato é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, também conhecido como adúlterino. Configura-se, segundo o novo código civil, quando ocorrem “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar. (GONÇALVES, 2013, p.609)

Assim, as famílias paralelas nascem de uma relação de concubinato, onde um dos cônjuges mantém relações com diversos parceiros e, por consequência, faz parte de diversas famílias. Tais famílias paralelas, decorrentes de concubinato, contrariam diretamente a monogamia.

Rodrigo da Cunha Pereira, defensor da monogamia como princípio jurídico, ao analisar um caso de união poliafetiva entre três mulheres concluiu que o princípio da monogamia não pode ser absoluto, devendo ser ponderado de acordo com o caso:

A monogamia funciona como um ponto chave das conexões morais de determinada sociedade. Mas não pode ser uma regra ou princípio moralista, a ponto de inviabilizar direitos. Por exemplo, se se constitui uma família paralelamente à outra, não se pode negar que aquela existiu. Condená-la à invisibilidade é deixá-la à margem de direitos decorrentes das relações familiares. O princípio da monogamia deve ser conjugado e ponderado com outros valores e princípios, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Qualquer ordenamento jurídico que negar direitos às relações familiares existentes estaria invertendo a relação sujeito e objeto, isto é, destituindo o sujeito de sua dignidade e colocando a lei como um fetiche. (PEREIRA, 2013, não paginado).

Dessa forma, um antagonismo entre o princípio da monogamia e as uniões poliafetivas não existe. A monogamia como princípio veda a existência de famílias

paralelas, no caso de dois casamentos, ao passo que, na família poliafetiva, só existe um núcleo familiar. Como bem explica Rodrigo da Cunha Pereira:

Em alguns casos tem-se uma família paralela, em outros apenas uma relação de amantes e da qual não há consequências jurídicas. Na união poliafetiva, todos os envolvidos sabem da existência das outras relações, e muitas vezes vivem sob o mesmo teto compartilhando entre si os afetos” (PEREIRA, 2015, p. 230)

Como explicado, o princípio da monogamia não pode ser tomado como um princípio fundamental, sob pena de ferir outros princípios que também norteiam o direito de família, como o princípio da afetividade. A afetividade atualmente é o princípio que move o direito de família atual. Não há o que se falar de família sem um vínculo afetivo, nas palavras de Ricardo Calderón:

O reconhecimento de que a afetividade é o novo vetor dos relacionamentos familiares leva à percepção da alteração paradigmática que está a ocorrer, não só no Direito, mas principalmente na realidade social, respingando também em outras searas. Em um curto período de tempo, para uma perspectiva histórica, houve alterações significativas na forma de viver em família, o que levou os teóricos a revisar seus conceitos sobre o tema. Inicialmente, importa destacar que a alteração despontou inicialmente na sociedade, como manifestação social. A partir disso, coube aos estudiosos compreender essas mudanças e reescrever seus conceitos.

A afetividade passou a prevalecer sobre os critérios econômicos, políticos, religiosos, sociais, de interesse do grupo familiar, enfim, preponderou sobre os demais fatores que influenciavam os vínculos familiares até então. O critério afetivo que figurava como coadjuvante no período da família clássica foi alçado à protagonista na família contemporânea, tanto para as suas relações de conjugalidade, como para as suas relações de parentalidade.

(CALDERÓN, 2017, p. 156)

Durante uma ação de guarda, foi proferido entendimento jurisprudencial pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal de que a afetividade é indispensável, quando se trata de relações familiares:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. PRETENSÃO FORMULADA PELA AVÓ PATERNA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. TIA MATERNA. FORTES LAÇOS DE AFINIDADE E AFETIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. As questões que envolvam guarda e visitas devem ser analisadas buscando o melhor interesse da criança.
2. O acervo probatório produzido nos autos demonstra que o núcleo familiar da tia materna possui fortes laços de afinidade e afetividade com a criança, que chama a tia e o tio, que cuidam dele desde que ele contava com 1 (um) ano de idade, de mãe e pai, sendo as principais referências para o infante.
3. Nesse contexto, para a atribuição da guarda a outra pessoa é imprescindível a comprovação de fato desabonador e prejudicial à saúde física, psíquica e à integridade da criança, o que não ocorreu no caso concreto.
4. Recurso conhecido e não provido. (DISTRITO FEDERAL, 2021, não paginado)

A monogamia, portanto, não passa de um modo de viver, não podendo ser considerada a “forma correta” de se formar uma família. Além de regras morais e religiosas, não existem institutos jurídicos que contrariam diretamente as relações poliamorosas, pelo contrário, analisando alguns institutos presentes no ordenamento jurídico fica claro que se faz necessário o reconhecimento destes núcleos familiares, sob pena de contrariar os princípios da afetividade, dignidade, igualdade, entre outros. Maria Berenice Dias sintetiza a o motivo do não reconhecimento:

Todas as formas de amar que fogem do modelo convencional da heteronormatividade e da singularidade são alvo de danação religiosa e, via de conseqüência, da repulsa social e do silêncio do legislador. Ou o silêncio ou a expressa exclusão de direitos. Nada mais do que uma vã tentativa de condenar à invisibilidade formas de amor que se afaste do modelo monogâmico (DIAS, 2016, p. 143).

O legislador brasileiro, que atualmente reconhece diversas formas de instituição familiar, se omite em reconhecer os direitos das famílias poliafetivas. O objetivo dessas famílias não é a criação de um Estado onde a poliafetividade seja a regra, mas sim o reconhecimento de seus direitos.

2.3 UNIÃO POLIAFETIVA NÃO É POLIGAMIA

Nas palavras de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas (2017), a poligamia dispõe sobre a possibilidade de uma pessoa se casar de modo simultâneo com várias outras pessoas e é vedada no Brasil, enquanto a poliafetividade, por sua vez, decorre do poliamor qualificado pelo objetivo de constituir família, ou seja, relaciona-se com a entidade familiar formada de três ou mais pessoas, que manifestam livremente a sua vontade de constituir família, partilhando objetivos comuns, fundada na afetividade, boa-fé e solidariedade.

A existência do artigo 235 do Código Penal³³ causa controvérsia em relação a legalidade das famílias poliafetivas, pois tal dispositivo criminaliza a conduta da bigamia, que pode ocasionar equívocos.

No entanto, ao se observar a redação do artigo em questão, pode se chegar à conclusão de que o legislador queria defender o casamento, mas não exatamente a monogamia. Como explicado anteriormente, a monogamia é, meramente a condição daquele indivíduo que se relaciona com apenas um parceiro durante toda a sua vida, já o tipo penal criminaliza constituir múltiplos casamentos.

Existe uma clara vontade de se proteger o casamento monogâmico por parte do legislador. Pode-se dizer que essa proteção do casamento monogâmico tem raízes na igreja católica, que a usava como forma de controlar os impulsos sexuais humanos. Como explica Arnaldo Wald: “por causa da influência da Igreja Católica, defensora do casamento monogâmico, surgiram muitas leis na tentativa de evitar o surgimento de novas relações familiares, sendo apenas tolerada a relação entre pessoas pelo casamento” (WALD, 2004, p. 21). Porém, cabe lembrar que a monogamia, como explicado anteriormente, está atrelada às regras morais, não tendo assim efeito de princípio norteador do direito. Como explica Maria Berenice Dias:

Não se trata (a monogamia) de um princípio estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado”. E prossegue: “Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla” (DIAS, 2011, p. 60)

O entendimento jurisprudencial majoritário acerca das famílias paralelas ao casamento é o do não reconhecimento, caso não seja provada a separação de fato:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONCUBINÁRIA – DE CUJUS QUE PERMANECEU

³³ Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

CASADO COM OUTRA MULHER – POLICIAL QUE REALIZAVA DILIGÊNCIAS NO INTERIOR DO ESTADO – RELACIONAMENTOS DIVERSOS, PÚBLICOS E DURADOUROS - NÃO COMPROVAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO – IMPEDIMENTO LEGAL - EXISTÊNCIA DE UM OUTRO CONCUBINATO NÃO RECONHECIDO EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO - FAMÍLIAS PARALELAS – IMPOSSIBILIDADE DE PROCEDÊNCIA - JURISPRUDÊNCIA NESSE SENTIDO – FUNDAMENTAÇÃO ESCORREITA – VALORAÇÃO DE TODAS AS PROVAS ANEXADAS - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - APELO CONHECIDO E IMPROVIDO – UNÂNIME.

- Resta assente na jurisprudência do STJ e do STF de que não pode ser reconhecida como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado, embora comprovadas as famílias paralelas. (SERGIPE, 2020, não paginado)

Em união poliafetiva, no entanto, não existem relações paralelas, tampouco múltiplos casamentos, existe somente uma única relação entre três ou mais indivíduos. Sobre isso, Paulo Roberto Lotti Vecchiatii explica:

Primeiro, há que se diferenciar a união poliafetiva das famílias paralelas. Famílias paralelas são aquelas formadas por diferentes núcleos familiares que têm ao menos um integrante comum mantendo comunhão plena de vida e interesses com estes distintos núcleos. Logo, trata-se de situação fática na qual uma pessoa forma mais de uma família conjugal por se relacionar com duas ou mais pessoas que não mantêm uma tal relação entre si. Já a união poliafetiva é aquela formada por três ou mais pessoas que mantêm uma comunhão plena de vida e interesses entre si (VECCHIATII, 2016, p. 2)

Para Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, as uniões poliafetivas não devem sofrer proibição legal, por não se enquadrarem na condição exposta pelo tipo penal do art. 235:

Bigamia é crime. O Código Penal no art. 235 tipifica com pena de reclusão aquele que contrair, sendo casado, novo casamento. A união poliafetiva não significa dizer que exista celebração de dois ou mais casamentos, o que existe é uma união, por opção, das pessoas que nela se inserem. (...) A poligamia pressupõe, portanto, o estado de

casado, ao mesmo tempo, com diversos cônjuges, o que não é, definitivamente, o fundamento da união poliafetiva. Tal distinção se impõe porque não há nessas uniões qualquer proibição legal. (VIEGAS, 2018, p. 43)

Caio Mário da Silva Pereira ainda diferencia essas famílias poliafetivas das relações concubinárias:

Embora se assemelhem, a união poliafetiva se distingue da união simultânea ou paralela, porque, nesta, nem sempre as pessoas têm conhecimento da outra relação, e geralmente acontece na clandestinidade, ou seja, uma das partes não sabe que o marido/esposa e companheiro (a) tem outra relação. Em alguns casos tem-se uma família paralela, em outras apenas uma relação de amantes e de qual não há consequências jurídicas (PEREIRA, 2016, p. 233).

Segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, mesmo que seja vedada a bigamia para casamentos paralelos, o mesmo não pode ser aplicado em todas as relações familiares:

Um direito de família plural e democrático é compatível com uma regra de monogamia imposta sobre o casamento, como vedação a mais de uma relação matrimonializada. Pode não sê-lo, porém, como uma vedação apriorística e absoluta que abarque situações familiares de fato que possam demandar o jurídico para a proteção da dignidade e da liberdade de seus integrantes (RUZYK, 2005, p. 05).

Conclui-se, então, que uniões poliafetivas não se confundem com a conduta delituosa descrita no código penal, por existir uniões paralelas, mas uma união formada por três ou mais pessoas. Portanto, assim como outros modelos familiares, devem ser protegidos pelo Estado.

3 PERMISSIVOS CONSTITUCIONAIS PARA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO DA POLIAFETIVA NO BRASIL

A poliafetividade ainda não está regulamentada como um possível núcleo familiar no Brasil, porém, existem diversos princípios constitucionais que corroboram o reconhecimento dessas famílias. Os princípios condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico e são dotados de força normativa, eles embasam o direito e servem como pilar para a construção e manutenção das normas jurídicas. Conforme acentua Celso Antônio Bandeira de Mello que:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a Tônica que lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2004, p. 451).

Assim, o foco desse capítulo é discorrer sobre alguns dos permissivos legais que amparam o reconhecimento das famílias poliafetivas, para sedimentar definitivamente sua viabilidade como um núcleo familiar legítimo.

3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DETERMINANTE DA PREPONDERÂNCIA DO AFETO NA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

O princípio da dignidade humana se trata de um dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. Previsto no art. 1º, III, da CF/8834, pode-se assegurar que tal princípio é igualmente importante para as famílias poliafetivas como é para todas as outras. O ministro Ayres Britto compreende que o graças ao princípio da dignidade da pessoa humana, todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento

Maria Berenice Dias destaca que a dignidade humana:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. [...] Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (DIAS, 2016, p. 61-62).

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito são resultados da evolução do pensamento humano e da sociedade em si. Em observância a esse princípio de que o ordenamento jurídico veio a reconhecer diversas formas de família. A ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/11, que tratou sobre o

34 Art. 1º da Constituição Federal da República: 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)

reconhecimento dos casais homoafetivos trouxe à tona discussão sobre a dignidade humana:

[...] TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. [...] (BRASIL, 2011)

Sob essa ótica de aceitação da diversidade, o STF reconheceu a importância da família como uma entidade necessária para a realização de direitos fundamentais ao ser humano e, por isso, o Estado não deveria delimitar sua formação, assim criando o precedente para o reconhecimento de outros núcleos familiares. Nessa mesma vertente, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior complementam:

Há que se compreender a proteção constitucional família como a mais abrangente possível. Despiciendo a forma da qual se valha, o único juízo que se admite fazer atine à preservação da dignidade e do livre desenvolvimento das pessoas que compõem o ambiente familiar. Constatado isso, toda e qualquer estrutura, toda e qualquer origem familiar, merece proteção jurídico-constitucional. [...] (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 45)

Como bem pontua Rodrigo da Cunha Pereira, para que o direito de família esteja de acordo com o princípio da dignidade humana, faz-se necessário que não existam relações excluídas da tutela do direito:

Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não-reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento. Como se vê, o Direito de Família está intrinsecamente ligado aos "Direitos Humanos" e à dignidade (PEREIRA, 2004, p. 71-72).

Como exemplo de aplicação do princípio da dignidade ao direito de família, o Tribunal de Justiça do Amapá, ao tratar de um caso de paternidade socioafetiva, proferiu a seguinte decisão:

DIREITO CIVIL E FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO PARCIAL DE REGISTRO CIVIL. AUSÊNCIA DE PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA.

- 1) O registro de nascimento não está sujeito a alterações, salvo quando comprovado o erro ou falsidade na realização do registro (art. 1.604 do CC).
- 2) A paternidade biológica não tem a capacidade de vincular, de forma inflexível, a filiação, porquanto o parentesco é natural ou civil (art. 1.593 do CC).
- 3) A ausência de vínculo biológico não assegura a procedência da ação negatória de paternidade, quando não comprovado o erro de vontade e houver estudo psicossocial que atestam a consolidação da paternidade socioafetiva. Precedentes.
- 4) A improcedência da ação negatória de paternidade baseada na consolidação da paternidade socioafetiva contempla o princípio da dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e a relevância do vínculo socioafetivo.
- 5) Apelo conhecido e desprovido. (AMAPÁ, 2020, não paginado)

Desse modo, resta claro que o princípio da dignidade da pessoa humana concede aos integrantes da família poliafetiva, bem como todas as outras espécies de família, o direito de serem respeitados pela sua livre escolha de constituição familiar, sem discriminação. A dignidade, então, caminha junto com o princípio da igualdade, para assegurar que todas as pessoas tenham seus interesses igualmente considerados.

3.2 IGUALDADE COMO INSTRUMENTO DE RECONHECIMENTO DAS DIVERSAS ESTRUTURAS FAMILIARES

A noção de igualdade é diretamente ligada à dignidade. Previsto na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 3º, inciso IV³⁵ e 5º³⁶, além da Declaração Universal de Direitos Humanos, no artigo II-1 e 237, o princípio da igualdade assegura que não haverá

35 Como colocado pelo Ministro Ayres Britto, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/11, o princípio da igualdade veda que o legislador e o intérprete confirmem tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele.

36 Art. 5º da Constituição Federal da República: 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)

37 Artigo II - 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou

distinção abusiva entre as pessoas, seja pela lei, pelo Estado ou por particulares. Este princípio, porém, não veda que a lei mantenha tratamento diferenciado quando a situação pedir por tal. Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca:

O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Vedam apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 243).

O princípio em questão nos traz o entendimento que a Lei deve tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, se adequando a situação quando necessário. Neste sentido, não há motivos para haver desigualdade no tratamento jurídico das diferentes modalidades de família.

Além disso, o princípio da igualdade ainda rege a relação interfamiliar dos membros dessa família poliafetiva. Maria Berenice Dias aduz que:

[...] a relação de igualdade nas relações familiares deve ser pautada não pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros, caracterizada da mesma forma pelo afeto e amor. A organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração (DIAS, 2016, p.12).

O Superior Tribunal de Justiça, ao tratar de uniões homoafetivas, prontamente aplica o princípio da igualdade:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO.

1. Recurso especial tirado de acórdão que, na origem, fixou a competência do Juízo Civil para apreciação de ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, em detrimento da competência da Vara de Família existente. 2. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas trouxe, como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro

território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

de uma união estável tradicional. 3. Apesar da organização judiciária de cada Estado ser afeta ao Judiciário local, a outorga de competências privativas a determinadas Varas, impõe a submissão dessas varas às respectivas vinculações legais construídas em nível federal, sob pena de ofensa à lógica do razoável e, in casu, também agressão ao princípio da igualdade.

4. Se a prerrogativa de vara privativa é outorgada ao extrato heterossexual da população brasileira, para a solução de determinadas lides, também o será à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que tenham similar demanda. 5. Havendo vara privativa para julgamento de processos de família, esta é competente para apreciar e julgar pedido de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, independentemente das limitações inseridas no Código de Organização e Divisão Judiciária local. 6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2013, não paginado)

De forma análoga, deve o Estado tratar as famílias poliafetivas em par de igualdade com as outras formas de constituição familiar. Assim, tal princípio se mostra fundamental para o reconhecimento dessas famílias, que no momento se encontram em uma situação de insegurança jurídica, sem acesso aos seus direitos.

3.3 AUTONOMIA PARA A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA QUE MELHOR CORRESPONDA AOS INDÍVIDUOS

Assim como os princípios mencionados anteriormente, a autonomia privada é de extrema importância para esse estudo. Viegas (2017, p. 92) classifica a autonomia privada “como o poder conferido ao indivíduo, de regulamentar os próprios interesses, dentro de determinados parâmetros que preservem a individualidade alheia”. Em sua essência, a autonomia privada existe para delegar liberdade ao indivíduo, agindo em conjunto com outros princípios para garantir direitos à pessoa natural. Esse também é o entendimento de Francisco Amaral:

O princípio da autonomia privada tem, como pressuposto, a liberdade individual, que, filosoficamente, é a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de não fazer, e sociologicamente, ausência de condicionamentos materiais e sociais. Do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei, e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos (AMARAL, 2008, p. 78).

A autonomia privada, portanto, delega ao indivíduo a liberdade de se autodeterminar. No âmbito familiar, a autonomia privada proporciona a escolha de como formar sua própria família. Taísa Maria Macena de Lima cita alguns exemplos da aplicação da autonomia privada:

A luta pelo direito de redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental, etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva de que para a paternidade apenas biológica, a união legal de pessoas do mesmo sexo, entre outras (LIMA, 2003, p. 48).

Assim, em respeito aos princípios da liberdade e autonomia privada, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou, de forma favorável, uma ação de conversão de união estável homoafetiva em casamento, reconhecendo a liberdade de orientação sexual e de constituição de família:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. ARTIGO 1.726 DO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. IGUALDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL. POSSIBILIDADE.

1 - Procedimento de jurisdição voluntária em que se pleiteia a conversão da união estável em casamento civil;

2 - O instituto da união estável, como modalidade de entidade familiar equiparada ao casamento, é possível desde que reconhecida a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, na forma do art. 226, § 3º da CRFB, regulamentado pelo art. 1º da Lei 9.278/96;

3 - Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão de julgamento da ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº 132/RJ, com efeitos vinculantes e erga omnes, reconheceu, por unanimidade, a união estável entre pessoas do mesmo sexo também como entidade familiar, tal como a união heterossexual;

4 - Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu quanto à possibilidade de casamento civil entre as pessoas do mesmo sexo quando do julgamento do REsp 1183378/RS;

5 - Uma vez reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, assegurando-lhes identidade de direitos e garantias conferidas aos companheiros de sexos opostos, há de se adotar também o entendimento conforme à Constituição quanto à possibilidade de conversão desta união estável homoafetiva em casamento, na forma do art. 1.726 do CC;

6 - Orientação sexual que não pode ser considerada como fator de distinção a justificar tratamento desigual pela lei, sob pena de discriminação infundada e atentatória ao princípio da isonomia, em afronta à garantia fundamental prescrita no art. 5º, caput, da CRFB. Direito à orientação sexual é decorrente da própria dignidade da pessoa humana, valor este de maior importância no sistema constitucional vigente, sendo também desdobramento do respeito à privacidade e vida privada. Liberdade sexual encontra-se situada no plano dos direitos fundamentais, de onde se extrai deva ser expurgada qualquer norma que não vá de encontro a tais garantias constitucionais;

7 - Inócuo o reconhecimento da igualdade entre casais homoafetivos e heterossexuais se não lhes forem assegurados o correspondente direito à formação de uma família, devendo ser esta interpretação não reducionista, e não outra, dos dispositivos do art. 1.723 e 1726 do Código Civilista à luz da Carta Constitucional, que traz o pluralismo como valor social e cultural. Reforma da sentença. Provimento do recurso. (BRASIL, 2014, não paginado)

Segundo o entendimento do Ministro Ayres Britto (2011, p. 9), “a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação”. Sendo assim, o princípio da autonomia privada em conjunto com os outros princípios já mencionados, habilita o reconhecimento do relacionamento poliafetivo como unidade familiar legítima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a poliafetividade como fato constitutivo de família e os permissivos que amparam seu reconhecimento no ordenamento jurídico

brasileiro. Para tanto, discutiu-se sobre a evolução social e jurídica do conceito de família, demonstrando a adequação do direito brasileiro às mudanças constantes na sociedade.

Seguindo esse contexto, demonstrou-se que a monogamia como princípio não veda a existência de famílias poliafetivas, pois o bem jurídico a ser guardado por dado princípio é o da fidelidade. A monogamia então, deve ser analisada em conjunto com outros princípios, de forma a dar a cada caso específico o tratamento devido.

Foi discorrido ainda sobre o tipo penal da bigamia, previsto no Artigo 235 do Código Penal Brasileiro, que criminaliza a conduta de manter múltiplos casamentos e como as famílias poliafetivas não se encaixam na descrição, assim, não podendo ser ignoradas como núcleo familiar legítimo.

Por fim, foram discutidos alguns permissivos constitucionais que amparam as famílias poliafetivas, e norteiam o direito de família como um todo.

O princípio da dignidade humana age dentro do direito, garantindo que não apenas o indivíduo, mas também suas escolhas e convicções sejam respeitados. Assim, a dignidade age, dando a devida importância para a família como instrumento para a realização de direitos, não devendo ser limitada sua formação desde que exista o afeto.

O princípio da igualdade prevê a igualdade e a possibilidade dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Esse princípio se mostra essencial para esse estudo, bem como para o direito de família em si, visto que ele promove a igualdade de tratamento entre as múltiplas formas de constituição de família.

O princípio da autonomia privada, por sua vez, decorre do princípio da liberdade e serve como forma de se autodeterminar. Dessa forma, a autonomia privada ampara a variedade de modelos de família, visto que esse princípio proporciona aos indivíduos a liberdade para formar a família que mais se adequa à sua vontade.

Ao se observar os princípios da dignidade humana, igualdade, liberdade e autonomia privada, chega-se à conclusão de que o Estado não pode negar proteção às famílias não-monogâmicas.

A conclusão, diante do quadro exposto, foi a de que o Estado, em respeito a Carta Magna, deve amparar todos os tipos de família, não se atendo somente a uma lista limitada. Assim, segundo os preceitos constitucionais estudados neste artigo, é plenamente viável o reconhecimento da união poliafetiva como núcleo familiar no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta, uma medida que se faz necessária para que os indivíduos inclusos nessas famílias tenham acesso aos direitos que lhes são devidos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução. 7. ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETO, Luciano Silva. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em: 10 set. 2021

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências Nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. Relator: João Otávio de Noronha. DJ 26/06/2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, [1945]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942.** Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4737.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.** Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 175 de 14/05/2013.** Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial Nº 1291924 RJ 2010/0204125-4.** Relator: Min. Nancy Andrighi. 28 de maio de 2013, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23356819/recurso-especial-resp-1291924-rj-2010-0204125-4-stj>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.277.** Relator: Min. Ayres Britto. 13 de outubro de 2011, Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. **Apelação Cível Nº 0037596-98.2016.8.03.0001.** Relator: Rommel Araújo de Oliveira. 18 de fevereiro de 2020, Macapá, AP: Tribunal de Justiça do Amapá, 2020. Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/823527028/apelacao-apl-375969820168030001-ap>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (8ª Turma Cível). **Apelação Cível Nº 0711927-48.2017.8.07.0003.** Relator: Eustáquio de Castro. 08 de julho de 2021, Distrito

Federal: Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2021. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1248337147/7119274820178070003-segredo-de-justica-0711927-4820178070003>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Cível). **Apelação Cível Nº 0464535-45.2012.8.19.0001**. Apelante: Jennifer do Carmo Ferreira. Apelada: Amanda Gomes Coelho Relator: Teresa de Andrade Castro Neves. 20 de agosto de 2014, Rio de Janeiro, RJ: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375696321/apelacao-apl-4645354520128190001-rio-de-janeiro-capital-vara-reg-publicos>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Sergipe. (1ª Câmara Cível). **Apelação Cível Nº 0004434-06.2013.8.25.0034**. Relator: Roberto Eugenio da Fonseca Porto. 03 de fevereiro de 2020, Sergipe: Tribunal de Justiça do Sergipe, 2020. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/806418964/apelacao-civel-ac-44340620138250034>. Acesso em: 11 out. 2021.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias. 11. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERRARINI, Letícia. **Família Simultânea e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, **Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. 10. ed.** — São Paulo: Saraiva, 2013.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica da pesquisa jurídica. 9. ed.** São Paulo: Atlas, 2017.

IBDFAM. **Monogamia, desejo e famílias paralelas**. Belo Horizonte: 2013, não paginado. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/4989/Monogamia,+desejo+e+famílias+paralelas>. Acesso em: 05 set. 2021.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina da Silva. **Metodologia científica**. Porto Alegre: Sagah, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONOGAMIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/monogamia/>. Acesso em: 13 ago. 2021

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Portal CNJ, 26 jun. 2018. Não paginado. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>. Acesso em: 21 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 set. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VECCHIATI, Paulo Roberto Lotti. **União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida**. Revista Libertas, 2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **FAMÍLIAS POLIAFETIVAS: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. 2017. 234 f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Minas Gerais, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ViegasCM_1.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **União Poliafetiva: uma entidade familiar constitucionalmente tutelada**. Jusbrasil, 15 ago. 2018. Não paginado. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/613129174/uniao-poliafetiva-uma-entidade-familiar-constitucionalmente-tutelada>. Acesso em: 27 ago. 2021.

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro: **O Novo Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PREDADORES SEXUAIS: O INTER CRIMINIS NO ÂMBITO DIGITAL

THARLLES DIAS DA SILVA

ANA PAULA DA SILVA

(orientadora)

RESUMO: De forma sintetizada o termo predador sexual é usado para descrever uma pessoa que, para sua satisfação sexual, prejudica, física ou mentalmente uma outra pessoa para obter ou tentar obter contato sexual com outros. A presente pesquisa retratará a ação dos predadores sexuais no meio digital, sendo apontados todos os caminhos do *inter criminis*. Interroga-se qual a melhor estratégia a ser usada pelo predador. Assim, prioriza-se realizar toda uma análise que descreva as ações dos predadores sexuais. Para realizar esse estudo, tem-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e na legislação brasileira. Nos resultados, mesmo sendo complexo definir um quadro sobre o perfil de vítimas, milhares de estudos já publicados mostram que as vítimas mais comuns são crianças, adolescentes e mulheres. Já os predadores sexuais procuram atividades que os deixem mais próximos de suas vítimas, sejam crianças, adolescentes ou adultas. Adquirem a confiança ou as atacam em situação de vulnerabilidade. Além disso, estão nos lugares que lhes dão acesso às vítimas, como hospitais, escolas, creches, atividades esportivas e espaços de fé.

Palavras-chave: Crimes Sexuais. Predador Sexual. Rede Social. Legislação.

ABSTRACT

In a nutshell, the term sexual predator is used to describe a person who, for their sexual satisfaction, physically or mentally harms another person in order to obtain or attempt to obtain sexual contact with others. This research will portray the action of sexual predators in the digital environment, pointing out all the paths of inter criminis. He wonders what is the best strategy to be used by the predator. Thus, it is prioritized to carry out an entire analysis that describes the actions of sexual predators. In order to carry out this study, bibliographic research is used as a methodology, based on books, scientific articles and Brazilian legislation. In the results, even though it is complex to define a framework on the profile of victims, thousands of studies already published show that the most common victims are children, adolescents and women. Sexual predators, on the other hand, seek activities that bring them closer to their victims, whether they are children, teenagers or adults. They gain trust or attack them in a vulnerable situation. In addition, they are in places that give them access to victims, such as hospitals, schools, day care centers, sports activities and spaces of faith.

Keywords: Sexual Offenses. Sexual Predator. Social network. Legislation.

SUMÁRIO: Resumo. Abstract. Introdução. 1 Os crimes sexuais: Aspectos Gerais 1.1 Os crimes sexuais na era Digital. 2 Caracterizando o Predador Sexual. 3 O Predador Sexual na era digital. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos tipos de crimes existente no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se os crimes sexuais, que possuem especial destaque em virtude das suas consequências jurídicas e principalmente sociais, uma vez que ferem diretamente a dignidade e a liberdade de cada indivíduo.

Tais crimes são entendidos como aqueles em que há uma ação voltada para satisfazer o próprio desejo ou de terceiros sem o consentimento da vítima. Nesse caso, a legislação penal traz em seu texto os tipos considerados como crimes sexuais, tais como: a violação sexual mediante fraude, o estupro e estupro de vulnerável, ato obsceno, importunação sexual e assédio sexual.

Em que pese os efeitos que esses crimes possuem para a vítima e para a sociedade, para melhor delimitar a discussão sobre esses crimes, este trabalho, irá focar-se na figura do predador sexual, que como bem descreve Alencar (2018) é o termo utilizado para caracterizar um indivíduo que, motivado unicamente em satisfazer seu desejo sexual, prejudica fisicamente e/ou mentalmente terceiro para conseguir ou tentar contato sexual sem consentimento.

O predador sexual pode ser encontrado em qualquer lugar ou contexto, não possui identidade de gênero específica ou nível de escolaridade e condição financeira, podendo, portanto, ser qualquer indivíduo, o qual utiliza múltiplos recursos e táticas para conseguir o que deseja. Estudos já realizados mostram que em sua maioria, o predador sexual utiliza sua posição de poder para subjugar a vítima, buscando uma rede de apoio social que no geral não está acostumada com as ações predatórias.

Como a sociedade atual está interligada pelos avanços tecnológicos, em especial pelas redes sociais, os predadores sexuais também se modernizaram a ponto de praticarem os abusos por meio de aparatos digitais. Isso mostra o quão necessário é entender e discutir essa realidade.

Frente a isso, a presente pesquisa tem como objetivo geral discorrer a respeito do *modus operandi* do predador sexual nos meios digitais. Nos objetivos específicos, busca-se estabelecer de que forma esses sujeitos praticam o crime sexual e os efeitos que podem surgir para a vítima e para o Direito, que sendo uma ciência social não pode abster-se desses fatos.

A problemática desse estudo se baseia na seguinte indagação: de que forma e quais os efeitos da prática dos predados sexuais nas redes digitais?

Para a realização do respectivo trabalho, a abordagem qualitativa de investigação foi utilizada neste trabalho, pois é a forma mais adequada para se entender a natureza de um fenômeno, sem técnicas estatísticas. O método da pesquisa utilizada no trabalho se pautou no indutivo (GIL, 2010).

Ainda na metodologia, foi feita uma revisão de literatura, constituída 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 ao tema.

A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os dias 10 a 23 de agosto de 2021. Os descritores foram: Crimes Sexuais. Redes Sociais. Predador Sexual. Legislação Brasileira. Consequências Jurídicas e Sociais.

1 OS CRIMES SEXUAIS: ASPECTOS GERAIS

Para discutir sobre o desenvolvimento das práticas sexuais realizadas pelos predadores é preciso estabelecer quais os crimes entendidos como aqueles que ferem a dignidade e liberdade sexual do indivíduo. Assim, nesse tópico será apontado de modo geral sobre os crimes sexuais.

Primeiramente é preciso entender o que seja um crime sexual. Na busca por esse conceito, encontra-se a visão de Sanches (2017) ao qual entende que o crime sexual é aquele delito que afronta a dignidade sexual e a moral do cidadão, além da sua própria honra, seu bem-estar e seu equilíbrio psicológico.

Nucci (2019) ao estabelecer tal conceito afirma que esse crime é um tipo específico de violência que se forma quando determinada pessoa força outrem a praticar qualquer tipo de ato sexual sem a sua vontade. O ato de forçar é caracterizado como a ação que vai contra a vontade explícita de terceiro, por meio de qualquer forma.

De maneira sucinta, Estefam (2019, p. 22) explica que o crime sexual “se configura na prática quando do ato sexual realizado, contra a vontade ou com o consentimento forçado de uma das partes envolvidas, decorrem danos físicos e/ou emocionais”.

O ato de desrespeitar e ferir a liberdade e dignidade do indivíduo por meio de atos sexuais não é uma ação na Era Moderna, mas é datada desde os primórdios da civilização.

Já na Antiguidade os crimes de cunho sexual eram amplamente condenados e reprimidos pela sociedade. A título de exemplo, no Direito hebraico, era normatizada a

pena de morte para aqueles que violassem a mulher desposada (prometida em casamento). No regimento egípcio a penalidade era de mutilação para o estupro. Do mesmo modo, em outros países o crime sexual era severamente punido (PORTINHO, 2019).

Nota-se que o crime de estupro, dentre os tipos de crimes sexuais, se tornou o primeiro a ser normatizado. Isso se explica pelo fato de que esse tipo de crime é considerado como hediondo, porque a violência sexual além de deixar as marcas físicas abala significativamente a psíquica das vítimas (ALMEIDA, 2017).

No Brasil, antes chamado de crime contra os costumes, atualmente desde a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009 o Código Penal denomina esses crimes de cunho sexual como Crimes Contra a Dignidade Sexual (Título VI do Código Penal).

Pela Lei nº 12.015/2009 foram reunidos os tipos penais do estupro e do atentado violento ao pudor (art. 213). Também fora implantado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A). Buscando ampliar os tipos penais dos crimes sexuais, visando se adequar as mudanças sociais que vem ocorrendo nos últimos anos, em 2018 adentrou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.718, que dentre outras mudanças nos crimes contra a dignidade sexual acrescentou os crimes de importunação sexual (215-A) e de divulgação de cena de estupro (218-C).

De todo modo, a legislação brasileira ao tratar sobre os crimes sexuais deixa evidente que a tutela do bem jurídico é a liberdade e a dignidade sexual de cada um. Ao mencionar sobre a liberdade sexual, Jorio (2019, p. 12) aduz que dispor de liberdade sexual implica manter o poder de decisão sobre como, quando e com “quem serão praticados atos de cunho sexual. Proteger a liberdade sexual, diante disso, significa assegurar o direito de que o titular desse bem jurídico possa determinar livremente sua sexualidade e seu comportamento sexual”.

Já a dignidade sexual ela é mais ampla do que a liberdade sexual, uma vez que todo indivíduo possui uma dignidade sexual – como parte de sua dignidade humana –, mas nem todos têm liberdade sexual, caso por exemplo dos vulneráveis (crianças ou pessoas portadoras de enfermidades mentais, por exemplo), donos de uma dignidade sexual inalienável e irrecusável, mas desprovidos da liberdade sexual (JORIO, 2019).

De todo modo, os crimes sexuais na legislação penalista brasileira são definitivamente reprimidos e penalizados, tendo sido pauta de avanços legislativos, que buscam acompanhar as mudanças sociais, dentre as principais, as que utilizam de meios digitais, conforme será analisado no tópico seguinte.

1.1 OS CRIMES SEXUAIS NA ERA DIGITAL

As mudanças sociais ocorrem o tempo todo. Nas últimas décadas, no entanto, o que se verificou foi uma mudança na maneira de se relacionar e de comunicação entre os indivíduos. Essa alteração se deu pela expansão das redes sociais. Exemplos como Facebook, Instagram, Twitter, dentre outros, são o atual reflexo de como a sociedade se comunica diariamente por meio das redes sociais.

Tanto para conversas entre familiares, discussões diversas e até mesmo influência política, os avanços tecnológicos trazidos pelas redes sociais (ou redes digitais) impactaram de tal forma, que as pessoas hoje estão totalmente entrelaçadas por elas.

Essa mudança social acabou por trazer também malefícios. No caso em específico, juntamente com os avanços tecnológicos, as práticas delituosas de natureza sexual acabaram por acompanhar essas mudanças. Com isso é possível verificar crimes sendo cometidos em redes de internet, celulares, dentre outros aparelhos que acabam servindo de objeto para a prática de crimes sexuais (SOUZA; HERREA; TEOTÔNIO, 2019).

O crescimento de uso de smartphones, das redes sociais e meios de comunicação como WhatsApp, Telegram, etc., fazem com que os crimes sexuais, que até pouco tempo eram direcionados apenas de modo "carnal" ou com contato humano, hoje podem facilmente ser realizado por meios digitais, sem a devida proximidade entre a vítima e o delituoso.

Na recente Lei nº 13.718/18 a inserção do delito de divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável, sexo ou pornografia veio em razão da crescente utilização de meios eletrônicos para a prática de crimes. Foi uma forma que a legislação penal brasileira encontrou de frear cada vez mais o avanço do cometimento de crimes em solo pátrio (ALVISI; RAVNJAK; DIAS, 2021).

Por conta disso, o legislador por meio dessa norma veio buscar penalizar aqueles que entre outras condutas venha a oferecer (propor para aceitação), trocar (permutar, substituir), disponibilizar (permitir o acesso), transmitir (remeter de um lugar a outro), vender (ceder em troca de determinado valor) ou expor à venda (oferecer para a alienação), distribuir (proporcionar a entrega indeterminada), publicar (tornar manifesto) ou divulgar (difundir, propagar), fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia (BRASIL, 2018).

Cunha (2018, p. 11) explica que nos últimos anos a sociedade brasileira presenciou um aumento de casos onde "pessoas famosas e anônimas se viram envolvidos na constrangedora situação de ter sua intimidade exposta virtualmente a bilhões de pessoas". Soma-se a esse fato ainda os casos de estupros registrados pelos próprios autores e depois divulgados, o que certamente acentua a já gravíssima ofensa à dignidade sexual da vítima.

Apenas por esses fatos, verifica-se que os meios digitais, principalmente as redes sociais, são na atualidade o principal mecanismo utilizado pelos delituosos para o cometimento de crimes sexuais, principalmente quando se tem a vaga ideia de que nesses locais exista uma “impunidade” ou impossibilidade de descoberta dessas práticas. A esses indivíduos, que nesse estudo são denominados como predadores sexuais, essas ferramentas se tornaram atraentes porque causa a esses indivíduos a falsa sensação de proteção. Sobre eles, apresenta-se a análise a seguir.

2 CARACTERIZANDO O PREDADOR SEXUAL

Nos tópicos anteriores, ficou claro de que os crimes sexuais estão sendo praticados por meio digitais. Tanto é que a legislação penal no Brasil vem editando normas que coíbam a prática desse delito no âmbito tecnológico. Para além dessa discussão sobre a importância e eficácia das normas sobre a presente matéria, é preciso analisar o principal agente causador desses crimes: o predador sexual.

Basicamente um predador sexual é aquele indivíduo que cometeu algum crime sexual. É aquele que age de forma instintiva e incisiva para que um terceiro realize o seu desejo sexual sem o devido consentimento. Importante destacar que dentro desse ideal o predador sexual não comete apenas o crime de abuso sexual, mas também a prostituição, o envio ou recebimento de conteúdo obsceno na forma de mensagens escritas, a agressão sexual, a violação, a zoofilia, o abuso sexual de menores, a mutilação genital, incesto, estupro, etc. Todos estes de algum modo são cometidos por abusadores sexuais (ZAMBAM; AQUINO, 2018).

Buscando traçar um perfil psicológico desse indivíduo, estudos apontam que os predadores sexuais possuem uma enorme eficácia em conquistar o controle sobre as suas vítimas. São no geral, indivíduos manipuladores, narcisistas e focados. São manipuladores porque eles conseguem convencer a vítima a realizar seus desejos, mesmo que elas não queiram; são narcisistas porque “acham” que jamais serão pegos e se sentem superiores ao conseguirem realizar seu objetivo e são focados, uma vez que ao escolherem a vítima tentam a todo custo praticar a violência sexual (PRADO, 2019).

A autora Anna C. Salter em sua obra *Predadores – pedófilos, estupradores e outros agressores sexuais* (2009) destaca que existem dois tipos comuns de predadores: o predador pela força e o predador pela persuasão. Fazendo referência ao reino animal, a autora nos explica que o predador pela força age como um urso, inequivocamente envolvido em seu ataque. Devido a isso, o predador não pode bater em retirada facilmente e dizer que se trata apenas de um mal-entendido. Em consequência, ataca só quando tem certeza de que irá levar a melhor (SALTER, 2009).

Já o predador pela persuasão é o mais comum de se encontrar. *In casu*, este tipo de predador vai em busca de uma vítima que esteja em estado de vulnerabilidade, ou seja, que será facilmente manipulada, ficando sob seu controle. Age como um tubarão, cercando uma presa em potencial, se aproximando lentamente e observando como as pessoas reagem a seus avanços. Ele começa um diálogo e, a cada resposta favorável que desperta, fecha mais o cerco. Faz um pequeno investimento inicial, uma estratégia de baixo risco que lhe permite testar as águas e seguir adiante sem ninguém perceber se as coisas não caminham direito (SALTER, 2009).

Apresentando um perfil sobre esse criminoso e seu *modus operandi*, importante destacar as seguintes palavras:

Os predadores sexuais – indivíduos com transtorno de comportamento antissocial e amoral – procuram atividades que os deixem mais próximos de suas vítimas, sejam crianças, adolescentes ou adultas. Adquirem a confiança ou as atacam em situação de vulnerabilidade. [...] Os predadores estão nos lugares que lhes dão acesso às vítimas, como hospitais, escolas, creches, atividades esportivas e espaços de fé, sem que isso retire a importância de todas essas atividades para a saúde física e espiritual dos seres humanos (HUMBERTO, 2020, p. 02).

Percebe-se que os predadores podem ser encontrados em todo lugar e em qualquer situação. Justamente por isso, eles são de difícil identificação imediata pelas vítimas e pela sociedade. A seleção de vítimas não possui um padrão único, ou seja, não existe um perfil de vítima definitivo. O predador pode ‘atacar’ qualquer pessoa, desde que tenha uma atração sexual e principalmente, que a vítima seja vulnerável, o que torna uma condição mais estimulante para esse criminoso (SALTER, 2009).

Mesmo sendo complexo definir um quadro sobre o perfil de vítimas, milhares de estudos já publicados mostram que as vítimas mais comuns são crianças, adolescentes e mulheres. Ou seja, são justamente o agrupamento de pessoas mais vulneráveis socialmente (RODRIGUES et al. 2021).

Já o perfil do predador, também inúmeros estudos publicados apontam que no geral esse indivíduo é do sexo masculino, de cor branca e com idade entre 25 e 45 anos (RODRIGUES et al. 2021).

Analisando um quadro geral sobre esse criminoso, é importante destacar a seguinte jurisprudência que mostra no seu *inteiro teor* como um predador sexual age. No caso abaixo, mostra um pai condenado por assediar e estuprar a própria filha, sobrinha e afilhada; vejamos:

[...]

36. As menores Bárbara, DD e CC, tendo em conta a sua idade, não compreendiam nem tinham discernimento para entender o alcance e o significado dos atos de natureza sexual que o arguido praticou consigo nem conseguiam autodeterminar-se sexualmente.

37. O arguido tinha perfeito conhecimento de que a BB e a CC eram suas filhas e que as mesmas, bem como a DD, tinham menos de 14 anos de idade, e que tais circunstâncias lhe agravavam a responsabilidade criminal em que sabia incorrer.

38. As ofendidas, apenas permitiram que o arguido levasse a cabo os atos acima referidos devido à sua ingenuidade, imaturidade, falta de experiência e incapacidade de avaliar as consequências dos aludidos atos em face da sua tenra idade, aproveitando-se o arguido de tal incapacidade de resistência das mesmas para dessa forma satisfazer os seus instintos libidinosos.

39. O arguido atuou da forma supra descrita, com o propósito concretizado de, por meio do corpo de cada umas das ofendidas, satisfazer os seus desejos libidinosos, bem sabendo que os sobreditos atos sexuais, que sabia e quis praticar, eram adequados a prejudicar o livre e harmonioso desenvolvimento da personalidade das suas filhas e da sua sobrinha e afilhada na sua esfera sexual, aproveitando-se da idade das crianças que as tornava incapazes de oporem resistência aos atos que levou a cabo, bem como da sua ingenuidade e inexperiência e da sua qualidade de pai e de tio e padrinho, assim as constringendo e perturbando e ofendendo os mais elementares princípios da moral sexual.

40. O arguido agiu em todas as circunstâncias atrás descritas voluntária e conscientemente, bem sabendo que a sua conduta era suscetível de por em causa o desenvolvimento, a formação e a liberdade de autodeterminação de cada uma das ofendidas, quer como pessoas quer como mulheres.

41. O arguido bem sabia ainda que todas as suas condutas o faziam incorrer em responsabilidade criminal.³⁸

³⁸ STF (Supremo Tribunal Federal). Processo nº 1205/15.5T9VIS.C1. S2. Recurso Penal. 3º Seção. Relatora: Rosa Tching. Data do Acórdão: 13/07/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/742B6CA27A7814A780258172004C906F>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

O caso descrito acima mostra bem a forma de agir do predador sexual. Ele aproveita uma situação favorável (aqui na condição de pai e de responsável pelas menores) e da vulnerabilidade das vítimas (todas menores de idade e sem entender o que se passava) para cometer, continuamente, os atos sexuais. Cabe destacar ainda que, geralmente todos os predadores sexuais possuem consciência de seus atos e pleno conhecimento de que suas condutas são repreendidas pela norma penal.

Humberto (2020, P. 10) cita que a confiança mal direcionada é o recurso mais “poderoso do predador e pode-se decidir dá-la ou não a ele. O predador em geral é egocêntrico e muitas vezes não aprende com a experiência, sendo incapaz de amar e de se relacionar com outras pessoas com laços afetivos profundos”.

As consequências para as vítimas são enormes, porque impacta de forma profunda a psíquica de cada um. Nesse sentido:

O abuso sexual representa uma verdadeira catástrofe na vida da vítima e produz uma devastação da estrutura psíquica que afeta seus distintos aspectos. Implica uma vivência de solidão extrema e constitui uma situação limite para a sustentação do funcionamento psíquico, enquanto afeta o núcleo mais pessoal e básico de identidade: o corpo. Nenhuma vítima que tenha sido sujeita a abuso sexual pode ultrapassar incólume psiquicamente (BARBERO, 2020, p. 13).

Soma-se a isso, tem-se como efeitos de algum crime sexual o surgimento da culpa, a ansiedade, a depressão, a vergonha, a baixa autoestima (que vem da ideia de que o abuso foi merecido), o isolamento e principalmente: a dificuldade de relacionamentos interpessoais e de controle dos afetos e em casos mais graves, pensamentos suicidas (BARBERO, 2020).

Com tais práticas e consequências, os predadores sexuais nos dias atuais têm-se utilizado de meios digitais para o cometimento de seus crimes, conforme se analisará a seguir.

3 O PREDADOR SEXUAL NA ERA DIGITAL

Como já citado anteriormente, a sociedade moderna tem feito uso constante das redes sociais e demais aparatos digitais. Para se ter uma ideia sobre o seu impacto, em 2019 a empresa de tecnologia americana Emarsys divulgou uma pesquisa que mostra que 3,2 bilhões de pessoas fazem uso de ao menos uma rede social, correspondendo a 42% da população mundial (MOHSIN, 2020).

Isso nos mostra o quanto as redes sociais, que de fato são a principal ferramenta de uso no cenário digital, estão presentes no dia a dia das pessoas. Em razão dessa utilização, abriu-se espaço para que os predadores sexuais pudessem realizar seus crimes nesses ambientes.

Os predadores sexuais online são os indivíduos que fazem uso da internet (encontrada em computadores, notebooks, aplicativos de celulares e demais meios eletrônicos) para explorar vítimas com propósitos abusivos ou sexuais. Assim como ocorre em outros meios, nesse cenário, crianças, adolescentes e mulheres também são as principais vítimas (RODRIGUES et al. 2021).

Barbosa (2018) acentua que os predadores sexuais de crianças, por exemplo, utilizam ambientes como salas de bate-papo e redes sociais para acessar vítimas potenciais. Corroborando com a retro citada autora, Olowu (2018) acrescenta que cada vez mais os predadores sexuais estão utilizando a internet para atrair e explorar sexualmente crianças e adolescentes.

O intuito do predador sexual em utilizar as redes sociais, por exemplo, como ferramenta para o cometimento de crime sexual é variado. Pesquisa exposta por Santos; Guedes (2020) apontou que nos 78% dos contatos, o principal objetivo era a obtenção de conteúdo pornográfico da vítima, enviado por aplicativos de conversas instantâneas. Em 7% dos contatos, além da obtenção de conteúdo pornográfico, também ocorre a extorsão, esta se caracterizando por pedidos de transferências financeiras, disponibilização de dados de cartão de crédito dos pais e pertences. Por fim, 5% buscam diretamente o contato pessoal com a vítima com a finalidade de consumir o abuso sexual.

Esse dado mostra que o predador sexual ao fazer uso do meio digital não tenciona unicamente a ter contato sexual com a vítima, mas também em ter ganhos financeiros indevidos e armazenamento de conteúdo pornográfico, em especial da vítima, o que já é caracterizado como crime pela atual Lei nº 13.718/18, por ora já mencionada.

O *modus operandi* dos predadores sexuais online é de difícil identificação, principalmente quando envolvem crianças e adolescentes. Para fundamentar essa informação, tem-se como base dois estudos publicados em 2021 que mostram a maneira de agir do predador sexual na internet.

O primeiro estudo é dos autores Rodrigues et al. (2021) que tinha como foco analisar os textos em português do Brasil para inferir a idade dos usuários. Para esse propósito, foi utilizada a ferramenta conhecida como LIWC (*Linguistic Inquiry and Word Count*) em sua versão do português do Brasil. O referido trabalho concentrou-se na análise de textos de adolescentes e homens entre 25 e 45 anos, por representarem a grande maioria dos predadores sexuais.

Nos resultados do supra citado estudo, foi possível observar que os predadores sexuais fornecem perfis falsos, se fazendo passar por criança ou adolescente, o que facilitaria o acesso às suas vítimas. Além disso, nas conversas, os predadores buscavam utilizar termos comuns entre as crianças e jovens, a fim de criar uma maior abertura para o aprofundamento da conversa (RODRIGUES et al. 2021).

O segundo estudo é de Santos; Guedes (2020), que teve como objetivo identificar predadores sexuais por meio de Redes Neurais Convolucionais. Para atingir o objetivo do estudo, foram considerados conversas provenientes de provas criminais disponibilizadas recentemente ao público.

No presente trabalho foi exposto algumas conversas consideradas culpadas, que são aquelas onde é contatada a presença de predadores sexuais conversando com outras pessoas, sendo essas menores de idade ou não, conforme mostra o exemplo abaixo:

```
<conversation id="1">
  <message line="1">
    <author>709916bfe16ef8cdd6102dc5453f302f</author>
    <text>Voce deita com migo na cama pelada</text>
  </message>
  <message line="2">
    <author>13f27f55ef3622f4e987aac6a57b1cc8</author>
    <text>Nao posso durmi ai</text>
  </message>
  <message line="3">
    <author>709916bfe16ef8cdd6102dc5453f302f</author>
    <text>Nao e pra dumir e so fica com migo ate as 3 horas da tardi</text>
  </message>
  <message line="4">
    <author>709916bfe16ef8cdd6102dc5453f302f</author>
    <text>Ai eu levo voce em bora</text>
  </message>
  <message line="5">
    <author>13f27f55ef3622f4e987aac6a57b1cc8</author>
    <text>Tah</text>
  </message>
</conversation>
```

IMAGEM 1 – Exemplo de conversa culpada entre o predador e a vítima

Fonte: Santos; Guedes (2020).

No trabalho de Santos; Guedes (2020) foi encontrado algumas informações úteis para caracterizar o modus operandi dos predadores sexuais no campo digital. Primeiramente eles usam métodos que possam conquistar a intimidade com a vítima e passar segurança, como o uso de frases como ("oi...seja bem vinda a meu face oficial, sou

eu [nome] vc tem que idade?"). Posteriormente, inicia-se um tom intimidatório, quando já existe uma intimidade desenvolvida. Há também o uso de *emoticons* que são figurinhas de vários tipos. As mais comuns são a de forma carinhosa ou alegre (😊 😄 😁 😂).

Os emoticons também são utilizados pelo predador sexual como uma tática de dessensibilizar o teor conversado, buscando amenizar o impacto negativo nas conversas, assim como ludibriar a vítima ("só uma pergunta, só pra sabe se posso dar em cima [emoticon]"). As menções a locais também foram encontradas no estudo de Santos; Guedes (2020). Nesse caso, o predador de forma simples indaga a vítima de que local está e se está sozinha (o).

Um dado importante detectado nos resultados do presente estudo é de que não foram identificados envios de áudios e fotos por parte do predador sexual. Esse comportamento reflete uma característica dos predadores sexuais que é o uso da anonimidade para a realização do crime (SANTOS; GUEDES, 2020).

Com os dois estudos apresentados, fica nítido observar que os predadores sexuais se aperfeiçoaram à Era Digital. Eles usam o espaço digital que a priori traz uma certa segurança quanto à sua identidade, além do uso constante das redes sociais por parte da população (em todas as idades e gêneros) para cometer os crimes sexuais.

Devido a essa realidade que tem se tornado cada vez mais presente, a jurisprudência brasileira tem adotado posicionamentos de repreensão e condenação desses criminosos. Seja nas redes digitais ou no meio da sociedade, os predadores sexuais encontrarão uma tipificação legal e a devida condenação.

No caso por exemplo de uma Sextorsão, termo utilizado para designar uma chantagem sexual em troca da não exposição de fotos ou vídeos íntimos. É uma chantagem, podendo ocorrer nos diversos tipos de redes sociais como o Facebook, o Telegram, o Whatsapp, e-mail ou outros aplicativos (AMARAL et al. 2018). Ainda que não tenha um tipo penal específico no regimento jurídico brasileiro, já há julgados que condenam essa ação, conforme a caracterização de cada caso, como se mostra a seguir:

PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DE DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS ÍNTIMAS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS. PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA

QUE VISAVA A DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 3. Comete os crimes de difamação e de injúria qualificadas pelo emprego de meio que facilita a sua propagação - arts. 139 e 140, c.c. 141, II do CP - o agente que posta na Internet imagens eróticas e não autorizadas de ex-namorada, bem como textos fazendo-a passar por prostituta. (TJ-PR - ACR: 7563673 PR 0756367-3, Relator: Lilian Romero, Data de Julgamento: 07/07/2011, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 681). (grifo meu)

Os predadores em alguns casos cometem importunação sexual, que como explica Bitencourt (2019) é aquele tipo de ato libidinoso que busca satisfazer lascívia sexual própria ou de terceiros (artigo 215- A). Lopes Junior (2018) acrescenta que nesse crime não há o emprego da violência ou grave ameaça, ou seja, a vítima não é constrangida a praticar ou permitir a prática de atos libidinosos com ela, o ato libidinoso é praticado pelo próprio agente.

Nesse caso, é possível encontrar a prática de importunação sexual nas redes sociais. Os predadores utilizam essa ferramenta para satisfazer a própria vontade sexual, sem a anuência da vítima, causando-lhe incomodo e desconforto. Novamente, a jurisprudência tem se posicionado nesses casos; a saber:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. IMPUTAÇÃO CONFORME O ARTIGO 65 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41. **ENVIO DE MENSAGENS ATRAVÉS DE PERFIL EM REDES SOCIAIS E IMPORTUNAÇÃO PESSOAL COM CUNHO SEXUAL.** POR ACINTE. RECEIO IMPOS À VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. Por mais que o apelante entenda que "tem o direito de conversar" com a vítima, seu direito termina onde começa a afetar a tranquilidade do outro. É preciso avisar que dizeres como "linda gatinha" "gostosa" e "danadinha", **quando ditos a quem não se tem liberdade podem acarretar o medo do assédio, do abuso, da violência sexual, gerando perturbação de tranquilidade.** [...] (TJPR – 4º Turma Recursal – 0000717-72.2017.8.16.0041 – Alto Paraná – Rel: Juíza Manuela Tallão Benke – J. 15.02.2019). (grifo meu)

Outro crime muito praticado pelos predadores sexuais no meio online é o de estupro virtual. Nesse caso, não se encontra a junção carnal entre o predador e a vítima, mas ela ocorre por meio digital. A jurisprudência brasileira já encontra casos onde foi possível

verificar a penalização de predadores que utilizaram os meios digitais para cometer estupro.

A título de exemplo, houve um caso concreto de um estudante de 24 anos, de Porto Alegre/RS, que mantinha uma comunicação com um menino de 10 anos, de São Paulo/SP, via internet. As conversas, conforme mostrou os laudos periciais, possuem conteúdo de natureza sexual, inclusive com imagens da vítima sem roupa. Além disso, durante a investigação foi encontrado milhares de imagens com conteúdo pornográfico infantil no software do predador (D'URSO, 2020, p. 02).

No processo, foi estabelecido a condenação e a fixação da pena de 12 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão. No voto da desembargadora Naele Ochoa Piazzeta. Piazzeta, pode-se extrair a seguinte situação:

Debruçando-me sobre os autos, deparei-me com um agente de extrema periculosidade, estudante de importante Universidade deste Estado, utilizando-se das redes sociais e de sua ardileza para atrair o impúbere e com ele praticar os atos descritos na exordial, ferindo gravemente sua dignidade sexual e existindo indícios da execução de outros delitos em circunstâncias semelhantes. (...) Diante de tais informações, existindo indícios de que se trata de verdadeiro predador sexual, em muito diferenciado dos demais casos que esta Corte costumeiramente examina, inviável cogitar da aplicação da atenuante da tentativa como forma de observar a proporcionalidade entre fato típico e sanção³⁹.

Diante dos casos apresentados, verifica-se que os predadores sexuais têm utilizado os meios digitais para continuar a cometer crimes sexuais. A sociedade vem se modernizando, e assim como ela, os predadores sexuais também. A legislação brasileira vem atendendo a demanda social que clama por leis mais rígidas e condenações adequadas. E isso vem ocorrendo, conforme se verifica com a Lei nº 13.718/2018 e com os julgados mostrados aqui.

Além do âmbito jurídico, a própria sociedade também pode implantar medidas que dificultem a prática do predador sexual. A título de exemplo, com crianças e adolescentes, o papel dos pais nesses casos é de suma importância. De acordo com Castilho (2019, p. 01) "a fiscalização dos pais, educadores e responsáveis é a maneira mais eficaz de evitar a ação de predadores que se utilizam de perfis falsos ou comumente conhecidos como fakes para violar a dignidade sexual dos jovens".

39 (TJ/RS 70.080.331.317)

Para esse autor, é preciso que os pais tenham uma senha compartilhada com seus filhos para acesso a qualquer rede social. E acrescenta:

A vigilância tem que ser integral, assim como a conversa permanente sobre os riscos na internet. Tem-se como modelo o exemplo da praça. O pai ou responsável não deixaria a criança sozinha na praça por um grande intervalo de tempo, e na internet precisa adotar o mesmo padrão. Explicar que as vezes ela está falando com um perfil falso, que pode ser de uma pessoa mais velha, é essencial. Também é importante saber e conhecer as redes sociais e aplicativos utilizados pelos filhos e restringir o acesso às informações para terceiros, por isso a senha compartilhada é fundamental (CASTILHO, 2019, p. 01).

Soma-se a isso o fato de que esses crimes, por serem de difícil apuração, necessitam de uma equipe multidisciplinar profissional não apenas para investigação, mas também para o combate. Cita-se como o trabalho realizado pela Divisão de Combate a Crimes Contra Direitos Individuais Praticados Por Meios Cibernéticos (DCDI), que são responsáveis por apurar o crime e identificar o predador sexual. No Estado do Tocantins existe a Divisão de Repressão a Crimes Cibernéticos (DRCC), que também investiga crimes dessa natureza.

Alguns estados brasileiros têm feito ações que visem trazer informações à sociedade a fim de prevenir que os crimes sexuais e, conseqüentemente a ação do predador sexual, sejam praticados.

Como exemplo, encontra-se o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) que, por meio da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, realizou em 2020 uma campanha nas redes sociais, em parceria com os órgãos de Segurança Pública e da Secretaria da Mulher do Estado da Paraíba, tendo por objetivo a divulgação de que as denúncias de crimes sexuais da internet podem ser efetuadas por boletins via on-line (QUEIROGA, 2020).

IMAGEM 1 - SLOGAN DA CAMPANHA REALIZADA PELO TJPB

Como enfrentar assédio e importunação sexual online

Mensagens indesejadas ou impróprias, compartilhamento não autorizado de fotos íntimas e chantagem são crimes e devem ser denunciados.



Fonte: TJPB (2020).

A coordenadora da Mulher em Situação de Violência do TJPB, juíza Graziela Queiroga (2020) ressaltou que “a informação tem sido a maior ferramenta para disseminar o conhecimento e prevenir violações de direitos. Saber quais são esses crimes, como identificar essas condutas e o que pode ser feito, é essencial para o enfrentamento”.

Em 2019, no Estado do Tocantins, o então vereador Rogério Freitas (MDB) foi autor de uma Lei que prevê a obrigatoriedade de as empresas de transporte público anexarem no interior dos ônibus em local visível um aviso informando “Abuso Sexual é crime”, além do número para denúncia. Tal projeto fora sancionado tornando-se na Lei Municipal nº 2.477/2019 foi sancionado pela então prefeita de Palmas Cinthia Ribeiro (PSDB).⁴⁰

A presente ação é importante porque gera maior circulação de informações sobre a prática de crimes sexuais, incluindo os realizados por meio digitais. Quanto mais se expõem informações sobre o combate e formas de auxílio, maiores são as chances de diminuição e coibição à prática dos predadores sexuais.

Nota-se com os exemplos mostrados aqui que, para coibir a ação dos predadores

⁴⁰ PREFEITURA DE PALMAS. **Lei municipal torna obrigatório a publicação de anúncio sobre a criminalização da prática de abuso sexual nos transportes coletivos.** 2019. Disponível em: <<https://www.palmas.to.gov.br/portal/noticias/lei-municipal-torna-obrigatorio-a-publicacao-de-anuncio-sobre-a-criminalizacao-da-pratica-de-abuso-sexual-nos-transportes-coletivos/24836/>>. Acesso em: 20 out. 2021.

sexuais, é preciso que haja uma rede de apoio entre a sociedade, famílias e órgãos públicos no intuito de inibir que tais atos delituosos sejam praticados. Não basta somente a legislação ser mais rígida, é necessário que todos se responsabilizem em realizar ações que dificultem a prática dos predadores sexuais, principalmente no meio digital, ambiente mais difícil de ser apurado.

Ademais, o que fica claro é que os predadores sexuais no âmbito digital não terão garantismo de impunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ações judiciais envolvendo crimes cometidos nas redes sociais estão se tornando mais frequentes, principalmente Facebook, Instagram e aplicativos como o WhatsApp. Neste meio encontram-se os predadores sexuais, os quais são pessoas que sofrem de transtornos de comportamento antissocial e moral e buscam atividades que os aproximem de suas vítimas (crianças, adolescentes ou adultos). Eles ganham confiança ou os atacam em situações de fragilidade.

De forma sintetizada, o termo predador sexual é usado para descrever uma pessoa que, para sua satisfação sexual, prejudica física ou mentalmente outra pessoa para obter ou tentar obter contato sexual com outros.

As redes sociais nos dias atuais se tornaram uns dos maiores portais para a circulação de informações, sejam elas profissionais ou pessoais. O uso de novas tecnologias não só aproxima usuários de diferentes regiões, mas também permite que eles compartilhem informações e interajam com absoluta rapidez e eficiência, o que beneficia não apenas os campos econômicos, social e cultural. Porém, vê-se que determinados usuários utilizam destas ferramentas para uso malicioso.

No caso do predador sexual, com o advento de novas tecnologias de informação, como a Internet, as práticas delituosas se aperfeiçoaram. A gestão de redes sociais, chats ou fóruns permite-lhe ligar-se a mais pessoas. O espaço em que eles se movem é fácil de selecionar vítimas, pode produzir mentiras razoáveis e é muito fácil de manter por meio dos métodos de contato usados.

Diante disso, o resultado trazido por esse estudo mostra que o campo para a predação sexual é fértil e amplo. Os predadores sexuais sempre buscarão meios de realizar as suas vontades sexuais. Seja na rua, no meio familiar, no ambiente de trabalho e agora no espaço digital, os predadores sexuais tentarão encontrar meios para obter êxito nos seus objetivos.

A legislação brasileira e a jurisprudência, conforme mostrado no decorrer desse estudo, tem se posicionado no sentido de penalizar esses criminosos, ampliando o rol de

tipos penais conforme os avanços tecnológicos e condenando-os, conforme o caso concreto, quando verificada o *modus operandi* do predador e os relatos das vítimas. Tudo isso mostra, que no Brasil, mesmo sendo uma prática complexa e de difícil identificação, a impunidade não deve ser ínfima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Sávio Silva de. **Para além da moral do macho: a dignidade sexual no código penal brasileiro**. Revista Gênero e Direito, v.6, nº 02, Paraíba, 2017.

ALVISI, Mateus Magalhães; RAVNJAK, Leandro Luciano Silva; DIAS, Lara Andrade. **Crimes contra a dignidade sexual e as alterações da Lei 13.718/18**. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.7, n.4, p. 42534-42552 apr. 2021.

AMARAL, Douglas; FRAGA, Lara; MELO, Maria Isabel; REZENDE, Renatiana; CORRÊA, Silvana; CARVALHO, Stéfane. **Adequações típicas da sextorsão na república federativa do Brasil**. JusBrasil, 2018.

BARBOSA, A. F. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: Tic kids online Brasil 2017**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018.

BARBERO, Lucia. **Consequências para as vítimas de abusos sexuais**. 2020. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf//742B6CA27A7814A780258172004C906F>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 4. 13ª ed. (no prelo), São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.015, 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: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CASTILHO, Ivan. **Fiscalização dos pais é a melhor maneira de evitar o abuso de predadores da internet**. 2019. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/fiscalizacao-dos-pais-e-a-melhor-maneira-de-evitar-oabusodepredadoresna-internet>>. Acesso em: 20 out. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.718/18: Introduce modificações nos crimes contra a dignidade sexual**. 2018. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/140afc83-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

D'URSO, Adriana Filizzola. **Sextorsão e estupro virtual: novos crimes na internet**. 2020. Disponível em: <<http://durso.com.br/sextorsao-e-estupro-virtual-novos-crimes-na-internet/>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

DUARTE, Marcella. **Abuso pela internet, estupro virtual entra na mira da polícia no Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/tag/estupro-virtual/?print=pdf-search>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

HUMBERTO, Claudio. **Predadores sexuais**. 2020. Disponível em: <<https://diariodopoder.com.br/opiniaopredadores-sexuais>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

JORIO, Israel Domingos. **Crimes Sexuais**. 2º ed. Revista, ampliada e atualizada. Editora JusPodivm. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury et al. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo. (SP). Ed. Método, 2018.

MOHSIN, Maryam. **10 estatísticas das redes sociais mais usadas em 2021**. Disponível em: <<https://www.oberlo.com.br/blog/redes-sociais-estatisticas>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de Direito Penal vol. III**. Rio de Janeiro. (RJ). Ed. Forense Ltda, 2019.

OLOWU, Daniel. **Obscenidade cibernética e exploração sexual de crianças pela internet: implicações para a África**. In African Cyber Citizenship Conference, 2018.

PORTINHO, João Pedro de Carvalho. **História, desenvolvimento e violência: análise dos crimes contra a liberdade sexual para uma melhor saída humanitária**. 2019. Disponível em:

<<https://www.carvalhoportinoadogados.com.br/blog/historiadesenvolvimentoeviolencia-analise-dos-crimes-contra-a-liberdade-sexual-paraumamelhorsaidahumanitaria>>.

Acesso em: 20 ago. 2021.

PRADO, Luís Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. Parte especial (arts 129 a 249 C.P). Rio de Janeiro. (RJ). Ed. Forense Ltda, 2019.

QUEIROGA, Graziela. **TJPB participa de campanha nas redes sociais de combate aos crimes sexuais na internet**. 2020. Disponível em: <<https://www.tjpb.jus.br/noticia/tjpb-participa-de-campanha-nas-redes-sociais-de-combate-aos-crimes-sexuais-na-internet>>.

Acesso em: 20 out. 2021.

RODRIGUES, Rafael Guimarães; PEREIRA, Wladimir Wanderley; BEZERRA, Eduardo; GUEDES, Gustavo Paiva. **Inferência de idade utilizando o LIWC: identificando potenciais predadores sexuais**. 6º BraSNAM - *Brazilian Workshop on Social Network Analysis and Mining*. 2021.

SALTER, Anna C. **Predadores – pedófilos, Estupradores e Outros Agressores Sexuais**. M. Books do Brasil Editora LTDA; São Paulo: 2009.

SANCHES, Rogério. **Código penal para concursos**. 10 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2017.

SANTOS, Leonardo Ferreira dos; GUEDES, Gustavo Paiva. **Identificação de predadores sexuais brasileiros em conversas textuais na internet por meio de aprendizagem de máquina**. *ISys - Brazilian Journal of Information Systems*, 13(4), 22–47. 2020.

SOUZA, Gabriel Vinicius de; HERRERA, Larissa; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. A contemporaneidade e a tipificação dos crimes sexuais. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76335/a-contemporaneidade-e-a-tipificacao-dos-crimes-sexuais>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Sextorsão**. Revista Liberdades, São Paulo, n. 21, jan.-abr. 2018.

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **A teoria da justiça em Amartya Sen**: temas fundamentais Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

O CENÁRIO BRASILEIRO ACERCA DO ESTADO DE VULNERABILIDADE CRIADO ATRAVÉS DO FENÔMENO DOS CRIMES VIRTUAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

CAROLINE VICTÓRIA PEREIRA DE OLIVEIRA:
Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário FAMETRO

RESUMO: Os crimes virtuais são crimes ou ações praticadas através do uso indevido das redes de dados no qual podem gerar prejuízos para aqueles que são acometidos com tal ato. O objetivo deste trabalho é fazer uma discussão referente aos principais aspectos dos crimes virtuais no Brasil, mais especificamente no cenário da pandemia da COVID-19. Além disso, o trabalho busca fazer um levantamento histórico sobre a expansão da internet no Brasil e como vem se estabelecendo no cenário da pandemia, descrevendo os principais conceitos e requisitos dos crimes virtuais e sua influência na sociedade. O trabalho será definido como de caráter investigativo e bibliográfico, no qual se utilizará de referências por meio de livros, periódicos e outras plataformas digitais para a busca do tema abordado. Como resultado, notou-se que os crimes virtuais devem ser mais discutidos no âmbito do poder legislativo e do poder judiciário com o intuito de propor ações mitigadoras ou políticas públicas que possam reduzir ou frear a prática de forma eficaz e promovendo a impunidade para os que praticam.

Palavras-chave: crimes virtuais, impunidade, internet, pandemia.

ABSTRACT: Cybercrimes are crimes or actions committed through the misuse of data networks, which can generate losses for those who are affected by such acts. The objective of this paper is to discuss the main aspects of cybercrime in Brazil, more specifically in the scenario of the COVID-19 pandemic. Moreover, the work seeks to make a historical survey of the expansion of the Internet in Brazil and how it has been established in the pandemic scenario, describing the main concepts and requirements of virtual crimes and their influence on society. The work will be defined as investigative and bibliographic, in which references will be used through books, periodicals and other digital platforms for the search of the approached theme. As a result, it was noted that cybercrimes must be further discussed within the legislative and judicial powers in order to propose mitigating actions or public policies that can reduce or curb the practice effectively and promote impunity for those who practice it.

KEYWORDS: Cybercrime. Impunity, Internet, Pandemic.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contexto Histórico da Tecnologia; 3 Crimes Virtuais; 3.1 Conceitos e disposições; 3.2 Tipos de crimes cibernéticos e Impunidade; 3.3 A tecnologia

no período de pandemia e a intensificação dos crimes virtuais; 4. Conclusões; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As formas de comunicação e de trabalho ganham espaço no aspecto de desenvolvimento tecnológico e no período da pandemia notou-se a relevância desses recursos para a realização de diversas tarefas realizadas no cotidiano dos indivíduos. Dentre elas têm-se o trabalho remoto, aulas remotas, compras, transações bancárias e outras atividades que podem ocorrer apenas com o uso de recursos digitais.

A internet revolucionou as maneiras de comunicação entre os seres humanos. O desenvolvimento dessa tecnologia de informação e a sua vasta amplitude, tem como vantagem um espaço para que o homem consiga além de se conectar, externalizar pensamentos e opiniões (SILVA et al., 2011).

No entanto, apesar das inúmeras vantagens é sabido que, o uso da internet também está relacionado com impactos negativos tanto em um aspecto individual, quanto coletivo. Um desses impactos, por exemplo, são os ataques cibernéticos, que conforme Siponen, Mahmood & Pahnla, (2014), são originados por pessoas internas à uma determinada organização (*insiders*) e que representam um grande risco para as grandes empresas.

A prática desse e de outros crimes ocorre através de um dispositivo eletrônico e/ou vinculado à internet, esse tipo de prática ocorre também através das redes sociais, seja Facebook, Instagram ou Twitter, que se vinculam cada vez mais, aos crimes de ódio e estando associados à uma das maiores influências na vida de pessoas que utilizam a internet como espaço de trabalho e/ou de distração.

É de grande importância discutir e investigar os casos decorrentes dos crimes virtuais na atual situação em que se encontra o mundo. Um período em que as pessoas são acometidas pela COVID-19, que estão lidando com o distanciamento social, utilizando com maior frequência as redes sociais e por consequência, suscetíveis a esse tipo de crime. A justificativa da escolha deste tema se dá não somente pela grande relevância a conhecimento do social sobre tal prática, mas para além disso, pela necessidade de obter informações concretas sobre como solucionar esses problemas com legitimidade.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma discussão a partir de uma revisão bibliográfica norteadas por livros manuais e periódicos publicados em bibliotecas digitais, o histórico da expansão da internet, bem como, o surgimento dos crimes virtuais, seus conceitos, requisitos e disposições, definidos dentro do âmbito do direito como crimes cibernéticos, além da influência da legislação frente à esta prática.

A discussão deste artigo é feita em tópicos definidos da seguinte forma: Evolução tecnológica, onde são feitas algumas reflexões sobre o processo de expansão da internet, seguindo de uma apresentação bibliográfica sobre esse processo de expansão da evolução tecnológica, mais especificamente no Brasil.

Os tópicos seguintes referem-se a questões que envolvem as categorias conceituais para a definição a respeito de crimes virtuais, tipos de crimes cibernéticos e impunidade, aplicabilidade da tecnologia na pandemia, além do papel dos três poderes frente ao combate desse tipo de crime.

Para o desenvolvimento da metodologia de pesquisa, será utilizado os nortes da metodologia do trabalho científico, através de uma revisão bibliográfica que conforme Severino (2016), que destaca o trabalho de pesquisa como devendo dar conta de elementos necessários para o desenvolvimento de um raciocínio demonstrativo, recorrendo assim a um volume referências e fontes suficientes para cumprir o objetivo proposto, seja ele relacionada com o levantamento de dados empíricos, com ideias presentes nos textos, ou com as intuições e raciocínio do próprio pesquisador.

Assim, o trabalho finaliza a discussão com uma breve reflexão sobre a importância de uma maior visibilidade sobre os crimes virtuais e suas consequências para aqueles que são acometidos com essas ações, além de demonstrar o papel do poder legislativo frente ao seu combate.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DA TECNOLOGIA

As diferentes trajetórias e os padrões de crescimento que ocorrem de longo prazo e que são observados na economia mundial são o resultado de um processo cíclico e evolutivo das inúmeras mudanças tecnológica e estrutural, na qual o papel das instituições é essencial para dar suporte à geração, à difusão e à exploração do conhecimento tecnológico, assim como à implementação de mudanças organizacionais e de estratégias das firmas (CONCEIÇÃO; FARIA, 2003).

Ainda segundo os autores supracitados, o modo como a tecnologia evolui, pode ser uma forte ferramenta para compreender como a tecnologia e a economia se influenciam mutuamente através do processo de inovação e dos processos de concorrência. Essa perspectiva tem profundas implicações na compreensão do aprendizado, no âmbito microeconômico, da dinâmica industrial e do processo de crescimento econômico (CONCEIÇÃO; FARIA, 2003).

De acordo com Miskolci (2016), as tecnologias as quais conhecemos e utilizamos hoje em dia foram desenvolvidas, em sua grande maioria, a partir dos estímulos estatais durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e, após seu fim, durante o auge da

chamada Guerra Fria, o período em que Estados e União Soviética disputavam pela liderança política em termos globais. Compreende-se que a criação de tecnologias impulsionadas pelo Estado a partir de objetivos bélicos, além de disputas políticas e estratégicas.

Nas concepções de De Lima e Pinto (2019), o histórico de desenvolvimento das indústrias, por exemplo, teve início no século XIX com o surgimento da energia elétrica, que possibilitou uma produção em massa nas linhas montagens, trabalho que foi ganhando espaço e que foi objeto de uso e popularização. Essas características foram se fortalecendo e se instalando assim, na segunda revolução Industrial com o uso e desenvolvimento dos computadores.

Em um contexto histórico, os processos de desenvolvimento que ocorreram durante a revolução industrial geraram um profundo impacto na vida da população, isto porque, atividades foram geradas de forma mais intensa havendo a necessidade de maiores números de trabalhos, questões que alavancaram o desenvolvimento do país. Todo esse impacto gerou mudanças sociais que são consideradas significativas e que abastecem até hoje a indústria do consumo e do capital (OLIVEIRA, 2016).

O uso de recursos tecnológicos foi ganhando espaço em todas as áreas da vida do ser humano, na área do trabalho, incluindo campos administrativos, do Direito, da Saúde e da Educação, por exemplo, são exemplos de que, a tecnologia se faz presente podendo prover benefícios aos seus usuários.

Esse histórico de expansão e uso da internet de acordo com Fiorillo e Conte (2016), surgiu na década de 90 como um marcante pelo fenômeno da globalização e de seus reflexos frente à sociedade, haja vista das suas inúmeras vantagens e de seu potencial alcance por todo o território mundial, o que para aquele momento se fazia necessário para o mercado.

Conectar indivíduos de diversas áreas do planeta através de uma comunicação em rede poderia transformar o mercado local em um mercado global, beneficiando muitos empresários da época. O trâmite do século XXI iria trazer uma mudança radical para o meio virtual, ao passo de se transformar em uma grande escala de tecnologias com proporções inimagináveis, vista facilmente nos dias de hoje.

3. CRIMES VIRTUAIS

3.1 Conceitos e disposições

As condutas ilícitas que ocorrem nas redes podem acontecer de diversas formas, como por exemplo, a prática de *cyberbullying* (ataques pessoais na internet com a intenção de denegrir a honra e a imagem), a pedofilia (transtorno de preferência

sexual por crianças e adolescentes), a pornografia infantil (fotos ou vídeos de crianças e adolescentes com conotação sexual)¹, sexting (troca de mensagens com conotação sexual via comunicadores digitais como celulares e computadores), entre outras, que geram impactos profundos na vida dos indivíduos que foram acometidos com tais ações (Moreira et al., 2019).

Entende-se por crimes virtuais ou cibernéticos atividades e ações criminosas que utilizam um ou mais elementos, como as redes de computadores, para atingir um determinado alvo do meio social. Esses crimes variam de especificidade, podendo ser crimes de ódio em geral, com ações direcionadas contra a honra, a religião e *bullyng*), crimes de invasão de privacidade e de intimidade, crimes de estelionato, que ocorrem com a intenção de enganar alguém para lhe tirar vantagem, crimes de pedofilia, entre outros.

De acordo com Atheniense (2000), os crimes virtuais podem ser definidos como qualquer ação em que o computador seja o instrumento ou o objeto do delito, ou pode se dar também através de qualquer delito que esteja ligado ao tratamento de dados. Distinguem-se entre delitos, os crimes virtuais informáticos impuros, são os que podem ser cometidos também fora do universo do computador, já existindo definições no sistema punitivo atual, e os delitos informáticos puros, que são, aqueles que só podem ser desenvolvidos em face de um sistema informático, ainda não tipificado na legislação brasileiro.

Para Jesus e Milagres (2016), no texto apresentado em “Manual de Crimes Informáticos” os crimes virtuais são fatos típicos e antijurídicos cometidos por meio da ou contra a tecnologia da informação, ou seja, um ato típico e antijurídico, cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou redes de computadores.

Em um contexto histórico, Albuquerque (2006) diz que os primeiros casos de crimes virtuais ocorreram e foram descritos na década de sessenta. Nesses casos, usava-se computadores como forma de cometimento do crime virtual, como o estelionato. Na referida década foi que começaram a ser relatados pela imprensa os primeiros casos de crimes cibernéticos, a partir da década de setenta, começaram os primeiros estudos empíricos sobre a criminalidade cibernética.

Nessa mesma perspectiva, Garcia (2017), relata que em 1970 surgiram as primeiras definições para *Hackers* e que nessa década a figura do *Hacker* já era citada com o advento de crimes virtuais, mas foi em 1980 que houve uma maior propagação dos diferentes tipos de crimes como por exemplo, a pirataria, a pedofilia, a invasão de sistemas, a propagação de vírus, surgindo então com isso a necessidade de se despender maiores preocupações com a segurança virtual que exigia uma atenção especial para identificação e punição dos responsáveis, que a essa altura estão em todos os lugares do mundo.

Considerando aspectos conceituais, como apresentado no CGI – BR: Comitê Gestor da Internet no Brasil. Na Internet, vige o regime de uma livre iniciativa e de uma total inovação, isto é, não é necessária uma autorização para se criar um novo serviço ou sua aplicação, desde que sejam seguidas todas as normas e recomendações técnicas do IETF - *Internet Engineering Task Force*. As redes de telecomunicações já existentes em seus determinados países são definidas como alternativas de suporte para o funcionamento da “rede geral” dita como “rede das redes”, como chamamos comumente de “internet”.

Vale a ressalva da sigla IoT que em português significa A Internet das Coisas (Em inglês, *Internet of Things*). De acordo com Chicarino et al. (2017), a internet da coisa está associada principalmente ao processamento de dados e a comunicação entre dispositivos que são caracterizadas por plataformas e capacidades diferentes de forma autônoma, sem que haja intervenção humana. Nas últimas décadas esse termo despontou como uma evolução da internet e um novo paradigma tecnológico, social, digital e também cultural.

Ainda, segundo os autores (Chicarino, 2017, p. 4) a IoT possui uma característica única que é possível considerá-la:

[...] extensão da internet atual, pois proporciona aos objetos do dia-a-dia (eletrodomésticos, meios de transporte e até acessórios, como por exemplo, óculos e relógios) com capacidade computacional e de comunicação a se conectarem à Internet. A conexão com a rede mundial de computadores viabiliza o controle remoto dos objetos e permitirá que os próprios objetos sejam acessados como provedores de serviços, tornando-os objetos inteligentes ou *smart objects*. Os objetos inteligentes possuem capacidade de comunicação e processamento aliados a sensores.

É possível perceber que a internet mudou e tem mudado cada vez mais o modo da sociedade se comunicar. Utilizamos seus serviços diariamente, seja por meio de mensagens em aplicativos, redes sociais ou outros aspectos que utilizam produtos, elementos e atividades *on-line* nas mais diversas áreas do nosso dia a dia. Observa-se que mediante a esse fácil acesso, dá-se espaço também para inúmeras questões, sejam de benefício individual ou coletivo, como mais informação, facilidade de interação e afins, porém acarretando alguns problemas simples e até mais graves.

Conforme apresentado por Jordão (2016), quando os dispositivos ainda não haviam sido produzidos, os ataques cibernéticos ocorriam de forma menos frequente já que, só eram possíveis serem disseminados através do computador. Com o desenvolvimento em larga escala de aparelhos móveis, e com essa era moderna e de inovação, esses ataques podem ocorrer através de inúmeros recursos, como os Smartphones.

Conforme o autor, quanto maior número de dispositivos que estiverem conectados a uma rede, mais vulneráveis eles estarão. Um exemplo disso, no último trimestre de 2016 foi registrado um ataque massivo que não foi realizado por computadores, mas sim, por câmeras IP.

A internet com o tempo e com o seu rápido desenvolvimento derrubou a barreira do isolamento e escancarou uma porta pela qual dados entram e saem das máquinas em questão de segundos. Dentre suas desvantagens e seu lado perigoso, é que, essa mesma porta, por onde passam a disponibilidade de informação, de conhecimento, de educação e entretenimento, serve também como caminho para invasões, fraudes, extorsões e para a propagação de vírus que utilizam artigos (GIL & COSTA, 2020).

Conforme Brasil (2016), as redes apresentam característica que possibilitam disponibilizar fartamente uma gama de serviços para aqueles que pretendem se beneficiar indevidamente da atividade praticada pelos operadores do *"Cyber crime"* São ofertas de criação de documentos ou certificados de conclusão de cursos falsos, por exemplo, venda de dinheiro falso e prestação de serviços de modificação ilegal da velocidade de conexão à internet provida pelas prestadoras de telecomunicações.

3.2 Tipos de crimes cibernéticos e Impunidade

Para falar de crimes cibernéticos, é importante mencionar o que chamamos de recursos tecnológicos, que variam de acordo com suas especificidades. Dentre essas especificidades dizemos que um recurso pode ser tangível, como notebooks ou intangíveis, como um aplicativo de celular. Todos esses elementos têm em comum cumprir o seu propósito de funcionamento e para isso, muitos desses recursos precisam de uma rede a qual chamamos de internet.

Stoco e Bach (2018), a internet pode ser considerada como uma importantíssima ferramenta do mundo moderno que com o decorrer do tempo, modificou a forma pela qual as pessoas vivenciam suas experiências pessoais, isto porque, através da internet diminui distâncias e 'aproxima" pessoas on-line quando não há possibilidade da presença física, possibilitando a troca de informações por meio de texto, voz, fotos e vídeos de forma instantânea e veloz, o tempo e a comunicação. Porém, segundo os autores e reforçando a ideia dos inúmeros pontos negativos da internet, já que:

[...] o seu uso indevido pode dar azo ao cometimento de delitos. Não é por acaso que, a cada dia, aumenta a ocorrência de crimes praticados no meio virtual, porquanto sua prática independe da presença física do agente, tampouco exige violência ou grave ameaça. Ademais, traz a (falsa) sensação de impunidade, uma vez que

o agente se esconde atrás da tela, por meio do anonimato (STOCO E BACH, 2018, p. 680).

Para De Jesus (2016) a internet mudou a comunicação em todos os cantos do mundo e está cada vez mais presente no cotidiano dos indivíduos. O uso desse recurso pode trazer inúmeros benefícios, e de modo geral, pode-se dizer que a internet influencia a vida da sociedade em diversos contextos, como, aspectos político, econômico, lazer, investigação, comércio e serviços *on-line*, educação, enfim, nas mais diversas áreas de nossa sociedade.

No entanto, ainda que sejam vastas as possibilidades para o uso positivo da internet ou de quaisquer outros recursos tecnológicos, ressalta-se que, os impactos negativos são agravantes e que têm se tornado cada vez mais comuns. Salvio (2019) ao discutir sobre a popularização da internet, afirma que as informações geradas pela sociedade hoje têm um amplo alcance e circulam de forma incrivelmente rápida. Na realidade atual e com esses inúmeros dispositivos que são elaborados e reelaborados na era digital, crianças têm um fácil acesso às tecnologias e à internet. É totalmente possível ver crianças e adolescentes utilizando redes sociais e como forma de entretenimento sem que haja um controle dos pais e/ou responsáveis.

Segundo a autora supracitada Salvio (2019), é de extremamente necessário o conhecimento sobre as ferramentas disponibilizadas e um comportamento preventivo em relação aos perigos ocultos da exposição excessiva na rede. A internet, por exemplo, mudou e tem mudado cada vez mais o modo da sociedade se comunicar.

Nesse mesmo horizonte, Santos (2020) ressalta que o acesso a dispositivos tecnológicos por crianças é cada vez mais corriqueiro em nossa realidade, e que frente a vulnerabilidades destas, é cada vez mais comum crimes como ciberpedofilia, estupro virtual e sextorsão, reforçando a necessidade de um conhecimento sobre o uso dessas ferramentas (SANTOS, 2020).

Utilizamos seus serviços diariamente, seja por meio de mensagens em aplicativos, redes sociais ou outros aspectos que utilizam produtos, elementos e atividades *on-line* nas mais diversas áreas do nosso dia a dia. Observa-se que mediante a esse fácil acesso, dá-se espaço também para inúmeras questões, sejam de benefício individual ou coletivo, como mais informação, facilidade de interação e afins, porém acarretando alguns problemas simples e até mais graves, como os crimes virtuais ou crimes cibernéticos.

Para Paesani (2014) o processo de desenvolvimento e de articulação do uso da internet colocou o conceito de privacidade em discussão hoje, temos um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em bancos de dados.

Os crimes virtuais ou cibernéticos podem ser crimes próprios ou impróprios, cada um apresentando sua característica e disposição dentro do poder legislativo. Os crimes virtuais próprios, segundo de Silveira (2015), no qual destaca o artigo 154-A, utiliza-se do conceito com o que "chega-se ao bem jurídico tutelado como sendo a liberdade individual, à privacidade e à intimidade das pessoas como um todo".

Martins (2012, p. 78) afirma que:

Destarte, o mundo cibernético tem sido alvo da atuação crescente de criminosos, que encontram na internet um meio fácil de cometer crimes, muitas vezes, aproveitando-se do anonimato, o que é vedado pela Constituição Federal, e dá falsa impressão de que são impunes, ou pela falta de legislação específica, ou pela dificuldade na investigação criminal em encontrar os autores. É importante ressaltar que os usuários facilitam muito a prática destes ilícitos, tornando-se presas fáceis, pois ao acessar informações bancárias utilizando dados sigilosos, bem como a exposição da imagem, sem os devidos cuidados, acabam por favorecer a criminalidade cibernética.

Dentre os tipos de crimes, caracteriza-se o de Pornografia infantil. Que conforme a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008).

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Outro exemplo seriam os crimes contra honra e de difamação, que também podem acontecer no âmbito virtual. Para essa designação de crime, o art. 138 do atual Código Penal legislativo:

O art. 138 do atual Código Penal legisla: Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º

- É punível a calúnia contra os mortos. Exceção da verdade § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - Se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - Se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - Se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível (BRASIL, 1940).

O Código Penal emite em seu art. 139 o seguinte dispositivo legal:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Exceção da verdade Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. (BRASIL, 1940).

Crimes de violência psicológica, e para isso e como forma de combater os crimes virtuais e punir os seus realizadores, a legislação brasileira apresenta alguns tipos penais previsto, como por exemplo a aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006), uma vez que seu artigo 7º prevê como espécie de violência a violência psicológica que pode acontecer no mundo virtual.

As fraudes virtuais também se configuram nesse contexto. Um exemplo disso seriam os plágios, que segundo Costa (2016), podem ser cometidos em diversas áreas da produção artística e cultural, como por exemplo, o plágio de música, uma literatura, uma fotografia, moda, publicidade, entre outras. No ramo científico, esse crime é muito discutido, o qual se caracteriza no âmbito das instituições de ensino e pesquisa e que consiste no uso indevido de uma produção textual.

Ainda segundo a autora:

O ramo do Direito denominado Direitos Autorais tutela a autoria, estipulando os limites do direito de autor e buscando o equilíbrio entre os interesses públicos (divulgação do conhecimento) e os privados (direitos do autor). Os direitos autorais protegem a forma de expressão das ideias e sua materialização. Os direitos autorais integram o conjunto de direitos protegidos sob o título de Propriedade Intelectual, no qual também se inserem os direitos industriais (COSTA, 2016, p. 189).

Referente aos crimes contra a propriedade intelectual, sendo este, um elemento que está relacionado com a utilização de recursos criados por outros, é também dentro da legislação, um tipo de crime virtual. De acordo com Silva (2016) A evolução da legislação internacional e da legislação brasileira, assim como seus efeitos sobre a proteção dos programas de computador, por exemplo, revelam que as mudanças nas tecnologias da informação vêm levantando dilemas complexos no âmbito legal em todo o mundo.

O autor diz ainda que, para entender o atual sistema de proteção à propriedade intelectual adotado no Brasil, é necessário analisar tanto sua origem, como a influência dos sistemas adotados nos outros países, e que influenciaram e serviram de inspiração para o modelo adotado no Brasil.

Em relação aos crimes de violência financeira, é possível categorizar o estelionato também como um crime virtual, que conforme descrito por Alarcon et al. (2020) o estelionato é uma ação na qual um indivíduo se beneficia de maneira ilícita sobre outros, levando ao prejuízo alheio, induzindo ou mantendo o terceiro em erro a partir de artifício ardil ou qualquer outro meio.

O crime de discurso de ódio também segue na perspectiva dos crimes virtuais e como descritos por Silva et al. (2011), esse tipo de crime se estrutura através de dois elementos básicos, sendo a discriminação e externalidade. A internet é um espaço para que os indivíduos possam expor suas opiniões. O discurso de ódio tem uma ideia de manifestação segregacionista, que é baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor.

Considerando que a legislação brasileira apresenta medidas punitivas para os autores de crimes virtuais, o Estado, devido ao aumento da prática, notou que o uso dos recursos digitais são inúmeros e constataram que não estava necessariamente preparado para julgar e punir usuários potencialmente criminosos, cujas ações atingem a honra, o decoro e a dignidade de terceiros (SILVA; BEZERRA; SANTOS, 2016).

3.3 A tecnologia no período de pandemia e a intensificação dos crimes virtuais

Conforme apresentado pelo OPAS (Organização Pan-Americana de Saúde), a COVID-19 é caracterizada como um uma doença infecciosa que é causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2) e tem como principais sintomas a febre, o cansaço e tosse seca.

Segundo (LIMA et al, 2020, p. 7).

No Brasil, o primeiro caso da doença foi confirmado em São Paulo, em 26 de fevereiro, mas a pandemia havia exigido ações de repatriação de 34 brasileiros que estavam na China e regressaram ao

país quinze dias antes. No dia da declaração da pandemia, 11 de março, o Brasil contava com 52 casos confirmados e 907 suspeitos. A curva da pandemia no Brasil evoluiu rapidamente: de acordo com o Observatório Covid-19 BR, o número de mortes em meados de abril dobrava a cada 9 dias e 14 horas (PIERRE, 2020); em 24 de abril, havia 3.365 óbitos no país e mais de 50 mil casos.

No período da Pandemia, muitos são os cuidados tomados para que esses ambientes cibernéticos não sejam burlados e/ou danificados, já que, carregam informações fundamentais sobre o contexto vivenciado. Em 05 de fevereiro de 2020, por exemplo, foi aprovado o Decreto nº 10.222, que estabeleceu uma Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, chamada de E-Ciber.

O decreto informa que o governo federal havia dado início ao projeto de Estratégia de Segurança da Informação e Comunicações e de Segurança Cibernética da Administração Pública Federal em 2015, com validade até 2018. Segundo o documento, tratava-se de “um importante instrumento de apoio ao planejamento dos órgãos e entidades do governo, cujo objetivo foi melhorar a segurança e a resiliência das infraestruturas críticas e dos serviços públicos nacionais” (BRASIL, 2020, s. p.).

Dentre os crimes mais cometidos nesse período, muito se falou sobre as notícias falsas (*Fake News*) que eram transmitidas através de aplicativos ou redes sociais. De Carvalho e Kanffer (2018) lecionam que a disseminação de notícias falsas é uma atividade antiga, embora a questão tenha alcançado especial importância com o uso frequente da internet e de seus recursos, em especial no popular ambiente das redes sociais.

Segundo Recuero e Gruzd (2019, p. 32) “A fake news, assim, não se trata apenas de uma informação pela metade ou mal apurada, mas de uma informação falsa intencionalmente divulgada, para atingir interesses de indivíduos ou grupos”.

Outro aspecto que tem ganhado visibilidade nesse contexto da pandemia é o movimento antivacina. De acordo com Moraes et al. (2018) esse movimento antivacinação (MAV) tem se disseminado de forma rápida através do uso da internet e das redes sociais, como facebook, whatsapp, instagram e Twitter. Os indivíduos que se utilizam dessas redes para passar as informações, usam pseudocientíficos questionando a eficácia e segurança de diversas vacinas, já comprovadas quanto sua eficácia por órgãos e instituições como a Organização Mundial de Saúde e Fiocruz.

É importante ressaltar que, os movimentos antivacinas apresentam um contexto histórico, mas que são reforçados principalmente com essas ações de disseminação de

notícias falsas. Sobre os grupos antivacinas Shimizu (2018, p. 89) diz que eles se fortaleceram e ganharam mais espaço na mídia em 1998, quando foi publicado um artigo fraudulento na revista britânica *Lancet* pelo médico Andrew Wakefield.

De acordo com a autora, o artigo fazia uma relação da síndrome de espectro do autismo com a vacina tríplice viral contra o sarampo, caxumba e rubéola. Essa publicação e divulgação da notícia gerou na população além de medo a falta de confiança na comunidade médica. Esta relação foi descartada pela comunidade científica em novos estudos, mas o dano já havia sido feito; o boato de que a vacina tríplice viral causa autismo dura até os dias atuais e é um dos discursos que circulam nos grupos antivacinas.

2.2 Papel do Legislativo ao combate dos crimes cibernéticos

O conceito de responsabilidade pode abranger diversas nuances. Para área do Direito, atribui-se a responsabilidade ao poder pelo qual se estabelecem as leis para reparar possíveis eventos e punir infratores e responsáveis por determinadas ações as quais são descritas como criminosas.

Stoco (2014, p.114) diz que:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

O poder legislativo e judiciário tem a obrigação de decidir claramente em casos em contextos relacionados aos crimes virtuais, haja vista sua interferência em tomadas de decisões. A legislação pátria necessita reestruturar no sentido de se adequar a essa nova tendência mundial, haja vista com o crescimento exponencial do uso da internet durante a pandemia da COVID- 19 para não mais depender de analogias jurídicas realizadas pelos magistrados realizadas para a adequação delituosa do criminoso “virtual”, e por último, os usuários, precisamos conhecer mais sobre esses novos crimes, sua metodologia e sua prevenção.

A obrigatoriedade de mudanças que precisamos nos submeter para que o combate aos crimes virtuais é uma luta antiga, porém durante a pandemia do COVID-19 se tornou urgência, isto porque, todos passamos a adotar a internet para além de se comunicar, realizar trabalhos e comprar aos mercados, No Brasil, alguns projetos de leis

foram criados estabelecendo punições para crimes virtuais, contudo, segundo Lucchesi e Hernandez (2018, p. 14):

Não se discute o suficiente a respeito da superexposição virtual da privacidade alheia no ordenamento jurídico brasileiro. Nestes casos, bem como os crimes de extorsão e de conotação sexual, aplica-se a lei civil, com indenizações morais e materiais, e penal, tipificados como crimes contra a honra, e menor escala, na Lei Maria da Penha e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dentre alguns dos projetos, destaca-se o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, no qual se trata de definições e dos tipos de crimes virtuais:

Em 27 de junho de 2012, o anteprojeto que propõe a reforma do Código Penal foi entregue ao presidente do senado. A proposta foi elaborada por juristas e tramita no congresso nacional como PLS n. 236/2012. o Anteprojeto foi apresentado ao então presidente do senado José Sarney e foi fruto de sete meses de discussões de uma comissão de juristas. Apesar da ampla discussão, ainda assim é considerado um projeto repleto de falhas, o que indica que longe está de aprovação. Durante o trâmite, o projeto já recebeu mais de 30 mil sugestões de setores da sociedade civil e entidades, tendo ainda recebido mais de 350 emendas. Não restam dúvidas de que a discussão só está começando, de maneira que é muito precoce para tratarmos seus reflexos em relação aos crimes cibernéticos. A despeito deste fato, é possível já visualizar os pontos que a reforma do Código Penal traz em relação aos crimes 32 cibernéticos. Muitas das propostas em relação a cibercrimes são incompatíveis considerando as leis já existentes, outras ainda carecem de maiores estudos, pois são genéricas e com possibilidade de amplas interpretações (Jesus, Damásio de; 2016, p. 182).

O primeiro projeto no Brasil foi a Lei 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, na qual tem como principal objetivo, estabelecer, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (BRASIL, 2014).

Conforme Brambilla (2015), no ramo do Direito Civil, houve a promulgação do Marco Civil da internet, lei criada pelo Poder Legislativo com o objetivo de regular o uso da internet por todo o Brasil, sob alguns princípios, garantias e direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, para os usuários da rede de computadores, inclusive esse marco estipulou um norte para a atuação do Estado em caso de lesão que venha de atos praticados pelo uso da internet.

Em paralelo à apresentação desses dois exemplos de projetos de Leis, ressalta-se a competência do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar ações ligadas a todos os tipos de crimes. Os crimes virtuais, por exemplo, estão presentes no Decreto-Lei Nº 2.284 de 1940 (Código Penal) com um arsenal de cumprimentos e deveres para o combate aos crimes eletrônicos.

De acordo com Távora (2018, p. 387) “a competência passa a ser um critério legal de administração eficiente da atividade dos órgãos jurisdicionais, definindo previamente a margem de atuação de cada um, isto é, externando os limites de poder”.

Diante do que é apresentado no artigo 109, incisos IV e V, da Constituição Federal, Masso (2014, p. 317):

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente..

No que se refere, por exemplo, à disseminação de notícias falsas, o artigo 19 da Lei do Marco Civil da Internet traz que:

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.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o , poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Alguns autores consideram que as leis brasileiras não são suficientes para combater os crimes cibernéticos, ainda que dispostos em inúmeros registros do Código Penal. Nessa conjuntura, Mendes e Vieira (s.d, s.p), a punição para os crimes cibernéticos ocorre porque em alguns casos, ou em sua grande maioria, a conduta do agressor praticada é aquela já tipificada pelas nossas leis, e o que muda é o meio, o instrumento utilizado na conduta criminosa: a informática, o computador ou qualquer outro recurso. Para isso, faz-se necessário que este tema seja sempre abordado a fim de manter os indivíduos cientes acerca de tais crimes.

CONCLUSÃO

Devido a evolução tecnológica e conseqüentemente a utilização dos meios de comunicação, nota-se que, há na atualidade uma facilidade para a ocorrência de crimes virtuais, no qual estão se tornando cada vez mais frequentes em nosso país, e, lastimosamente, existe um atraso com relação a esse assunto tanto do poder do poder legislativo em tipificar essas modalidades de crimes como do poder judiciário em com agir perante a lei já existente.

Passando a consolidação de que na internet toda e qualquer ação pode ser realizada e que não há leis que possam punir a autor do crime, os crimes seguem realizando suas ações, haja vista que, sabem que suas identificações são quase impossíveis e mesmo que estes sejam identificados, a lentidão do judiciário ao punir essas condutas cria um clima de impunidade e exaustão por parte das vítimas lesionadas.

A complexidade dos crimes virtuais é parcialmente apresentada neste trabalho, envolvendo questões que ainda estão em desenvolvimento e que norteiam a discussão do assunto. Considera-se que, abordar sobre esse tema permite um crescimento não só individual enquanto futuro profissional do âmbito do Direito, mas também, para

conhecimento do coletivo enquanto sociedade sobre os constantes crimes cibernéticos ocorridos com o avanço da tecnologia/internet, como se prevenir e como entender as penalidades previstas.

Desta forma, e como fechamento e conclusão desta pesquisa é importante compreender como esse fenômeno ocorre, quais ações podem e devem ser tomadas mediante esse tipo de ação, como e a quem recorrer. Assim, e para mais adiante na escrita do artigo científico, será realizada neste artigo uma discussão sobre questões necessárias, como ações de prevenção para evitar este tipo de fenômeno. Serão destacados aspectos indispensáveis como estratégias de organização para diminuir ou frear os inúmeros problemas ocasionados pelos crimes cibernéticos.

REFERÊNCIAS

ALARCON, M. F. S et al. Violência financeira: circunstâncias da ocorrência contra idosos. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, v. 22, 20.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A Criminalidade Informática**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 264p, 2006.

ATHENIENSE, A. Crimes virtuais: soluções vigentes e projetos de lei. Disponível.

BRASIL. Câmara dos Deputados – **CPI dos Crimes Cibernéticos**, de 04 de maio de 2016. Disponível em: <<https://url.gratis/DmUzwR>> Acesso em 04 mar. 2021.

BRASIL. Código Penal 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

_____. Artigo 19 da Lei nº 12.965 de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27363750/artigo-19-da-lei-n-12965-de-23-de-abril-de-2014> . Acesso em 02 nov. 2021.

_____. Artigo 138 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10622974/artigo-138-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em 02 nov. 2021.

_____. Lei 12.965/2014. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 09 jun. 2021.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 02 nov. 2021.

CASSANTI, M. de O. **Crimes virtuais, vítimas reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CGI-BR. Comitê Gestor da Internet no Brasil. Contribuição do Comitê Gestor da

CHICARINO, V. R. et al. Uso de blockchain para privacidade e segurança na internet das coisas. **Livro de Minicursos do VII Simpósio Brasileiro de Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais. Brasília: SBC**, v. 28, 2017.

CONCEIÇÃO, CS., and FARIA, LA. Padrões históricos da mudança tecnológica e ondas longas do desenvolvimento capitalista. In: DATHEIN, R., org. Desenvolvimentismo: o conceito, as bases teóricas e as políticas [online]. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003.

Correio Braziliense. (2020). Registros de golpes na internet crescem 310% no DF durante a pandemia. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/cidades-df/2020/08/4868977-mais-golpes-na-pandemia.html>. Acesso em: 10 jun. fevereiro 2021.

DE CARVALHO, G. A. C. L; KANFFER. G. G. B. O tratamento jurídico das notícias falsas (fake news). 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/61CC2C822E99EA_tratamento-juridico-noticias-f.pdf. Acesso em 02 de nov. 2021.

DE LIMA, A. G; PINTO, G. S. INDÚSTRIA 4.0. Revista Interface Tecnológica, v. 16, n. 2, p. 299-311, 2019.

DE SOUZA BRAMBILLA, G. CRIMES VIRTUAIS. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 11, n. 11, 2015.

FIORILLO, C. A. P; CONTE, C. P. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GIL, A. M; COSTA, L. A. A PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL NA ERA DIGITAL. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 16, n. 16, 2020.

Internet no Brasil à regulamentação da Lei. 2015. Disponível em: <<http://cgi.br/media/docs/publicacoes/4/contribuicao-do-comite-gestor-da-internet-no-brasil.pdf>>. Acesso em 04 mar. 2021, p. 01.

JESUS, D. de; MILAGRE, J. A. **Manual de Crimes Informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

JORDÃO, F. **Segurança: um enorme desafio para IoT**. Canaltech: Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/seguranca-um-enorme-desafio-para-iot-86152/> 2016. Acesso em: 2 nov. 2021.

LIMA, et al . **Emergência de saúde pública global por pandemia de COVID-19: desinformação, assimetria de informações e validação discursiva**. 2020 Disponível em:

https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/43910/2/Emerg%c3%aanciaSa%c3%badeP%c3%bablica_P_49_REPRINT.pdf Acesso em: 02 nov. 2021.

LUCCHESI, A. T; HERNANDEZ, E. F. T. CRIMES VIRTUAIS: cyberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium: estudos de direito**, v. 1, n. 1, p. 2, 2018.

MARTINS, S. C. C. M. Estelionato Eletrônico: a (des) necessidade de uma tipificação legal 2012. Disponível em: <https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2819/2/Luis%20Guilherme%20de%20Matos%20Feitoza.pdf> Acesso em: 19/04/2019.

MASSO, F. Del. ABRUSIO, J. FILHO, M. A. F. Filho. Marco Civil da Internet – lei 12.965/2014. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

MISKOLCI, R. Sociologia Digital: notas sobre pesquisa na era da conectividade. **Contemporânea-Revista de Sociologia da UFSCar**, v. 6, n. 2, p. 275-275, 2016.

MORAES, L. R. de M. et al. Eventos adversos de vacinas e as consequências da não vacinação: uma análise crítica. **Revista de Saúde Pública**, v. 52, p. 40, 2018.

MOREIRA, R. P et al. Prevenção de crimes virtuais contra crianças e adolescentes. **Interfaces-Revista de Extensão da UFMG**, v. 7, n. 2, 2019.

OLIVEIRA, E. Expansão da Internet das Coisas muda a rotina de pessoas e indústrias. FOLHA DE S. PAULO 2015. Disponível em: < <http://temas.folha.uol.com.br/futuro-digital/consumo-e-sociedade/expansao-dainternet-das-coisas-muda-rotina-de-pessoas-e-industrias.shtml> >. Acesso em: 02 nov. 2021.

RECUERO, R.; GRUZD, A. Cascatas de Fake News Políticas: um estudo de caso no Twitter. Galáxia (São Paulo), p. 31-47, 2019.

PAESANI, L. M. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

PINHEIRO, P. P. **Direito Digital**, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

SALVIO, R. Projeto caiu na rede—orientação para alunos da rede pública de ensino do município de Campos do Jordão sobre segurança na internet. **Revista Compartilhar-Reitoria**, v. 3, n. 1, p. 82-86, 2018.

SANTOS. E. L. R Dos. Fenômenos criminológicos decorrentes da pandemia covid-19. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84677/fenomenos-criminologicos-decorrentes-dapandemia-covid-19>>. Acesso em 02 nov. 2021.

SEVERINO, A.J. **Metodologia do Trabalho científico**. 24. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Cortez, 2016.

SHIMIZU, N. R. Movimento Antivacina: A memória funcionando no/pelo (per)curso dos sentidos e dos sujeitos na sociedade e-urbana. **Revista do EDICC-ISSN 2317-3815**, v. 5, 2018.

SILVA, A. C. Q; BEZERRA, M. D; SANTOS, W. T. Relações Jurídicas Virtuais: Análise de Crimes Cometidos com o Uso da Internet. **Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**, v.21, n.1, p. 7-28, jan./jun. 2016.

SILVA, E. A. da. O Uso de Dispositivos Tecnológicos na Educação: concepções dos licenciandos para a prática pedagógica. 2015. 107f. Dissertação (Mestrado em Educação).

SILVA, N. G. de. A et al. Mecanismos de proteção à propriedade intelectual para software. 2016.

SILVA, R. L. da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista direito GV**, v. 7, p. 445-468, 2011.

STOCO, I. M; BACH, M. A mulher como vítima de crimes virtuais: a legislação e a jurisprudência brasileira. **Caderno PAIC**, v. 19, n. 1, p. 679-698, 2018.

STOCO, R. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 10^a ed. São Paulo Editora. **Revista dos Tribunais**, 2014.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. Bahia: JusPodivm, 2017, pág. 387.

MEDIDA DE SEGURANÇA: ANÁLISE SOBRE O PRAZO MÁXIMO DE INTERNAÇÃO

LORENA FRANCO MORAES.

Bacharelada em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

JOSÉ ALVES MACIEL⁴¹.

(Orientador)

RESUMO: Buscando enquadrar penalmente aqueles indivíduos que possuem doença mental e que cometem determinados crimes, foi criado o instituto da medida de segurança, aos quais são constituídos de dois tipos: a internação e o tratamento ambulatorial. Tais medidas possuem prazos subjetivos, que compete a cada caso concreto a sua aplicabilidade, não devendo em hipótese alguma configurar em 'prisão' perpétua. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo discorrer a respeito da medida de segurança no que tange ao prazo máximo de duração. Busca-se analisar a constitucionalidade dos prazos estipulados nas medidas de segurança conforme a legislação e jurisprudência. A metodologia empregada neste estudo baseia-se em referências bibliográficas, com base em artigos científicos, livros, reportagens, leis e julgados dos Tribunais, sobretudo STJ e STF.

Palavras-chave: Medida de Segurança. Prazo. Duração. Legislação.

ABSTRACT: Seeking to criminally frame those individuals who have mental illness and who commit certain crimes, the institute of security measure was created, which are made up of two types: hospitalization and outpatient treatment. Such measures have subjective deadlines, which it is up to each concrete case to apply, and should not under any circumstances constitute 'lifelong imprisonment'. Therefore, this study aims to discuss the safety measure regarding the maximum duration period. It seeks to analyze the constitutionality of the deadlines stipulated in the security measures according to legislation and jurisprudence. The methodology used in this study was based on bibliographical references, based on scientific articles, books, reports, laws and judgments of the national courts. In the results, it was clear that the legislator needs to create more specific laws thinking about these specific cases, so that the judiciary can take special care of them, thus protecting society.

Keywords: Security measure. Deadline. Duration. Legislation.

⁴¹ Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. Especialização: Direito Processual Civil- Universidade Tiradentes, Direito Penal e Processual Penal- Centro De Ensino Superior de Jataí.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Medida de Segurança: Aspectos gerais. 3.1 Medida de Segurança e pena: distinções. 4. Requisitos de Aplicabilidade e prazo da Medida de Segurança. 5. Do limite máximo de duração: aspectos jurídicos 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As medidas de segurança encontradas nas normas brasileira são decorrentes de uma série de movimentos sociais que ocorreram no século XIX e seguintes, e que fomentaram discussões acerca das ações que o Estado deveria ter com as pessoas com sofrimento psíquico.

A medida de segurança é um instrumento a mais (se tratando de pena) que o Estado utiliza em resposta à violação da norma penal incriminadora. Ela é aplicada aos inimputáveis que tenha cometido fatos penalmente puníveis. O foco então, seria

Submeter esses agentes a um adequado tratamento em prol da recuperação da sua saúde mental, e com um fator bastante importante à segurança da sociedade.

Diante disso, foram criadas leis presentes no texto penal, dentre outras, que buscaram enquadrar penalmente aqueles indivíduos que possuam doença mental e que cometem crimes. Dessa forma, encontram-se presente dois tipos de medidas de segurança: a internação e o tratamento ambulatorial.

O presente trabalho, ao seu turno tem como objeto a realização de uma análise crítica sobre a duração da medida de segurança, especialmente no que tange a inexistência de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro do seu prazo máximo de duração da medida de segurança.

No campo legislativo, no que se refere a esse tema, possui uma lacuna quando se refere ao prazo máximo de cumprimento da medida de segurança pelo agente. Afirmando que sua extinção só poderá ocorrer por perícia médica e até a cessação da sua periculosidade.

Com essa lacuna deixada pelo legislador há uma discussão acerca do prazo máximo da medida de segurança. Principalmente nos casos de internação, tendo em vista que a carta magna, proíbe sanção de caráter perpétuo (art. 5º XLVII, "b").

Frente a isso, apresenta-se esta análise atual e moderna a respeito da medida de segurança, que vem se tornando de suma importância a sua discussão, principalmente na

execução da mesma, encontrando na realidade brasileira o seu principal obstáculo para a sua efetivação.

Com base nisso, a problemática dessa pesquisa se baseia na seguinte questão: de que forma pode-se estabelecer os limites máximo do prazo de cumprimento de medida de segurança?

2. METODOLOGIA

Na metodologia, foi utilizada a abordagem qualitativa de investigação, a qual analisa o fenômeno estudado de forma a não medir seus dados, mas sim, procurar identificar suas naturezas, de forma a privilegiar contextos. Com isso, para discutir a temática proposta, faz-se necessário compreender o contexto em que o assunto é inserido (GIL, 2010).

Ainda na metodologia, 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 ao tema.

A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os dias 10 de agosto a 29 de setembro de 2021. Os descritores foram: Medida de Segurança. Prazo. Jurisprudência. Legislação Brasileira.

3. MEDIDA DE SEGURANÇA: ASPECTOS GERAIS

Antes de adentrar na discussão principal desse estudo é preciso contextualizá-lo. Para isso, nesse tópico serão apresentados os principais aspectos envolvendo o instituto da medida de segurança. Diante de muitas divergências doutrinárias e jurídicas, o fato é que a Medida de Segurança é previsto no texto legal e amplamente efetuado pelo Judiciário.

A medida de segurança está diretamente ligada à periculosidade do agente. *A priori*, as medidas de segurança “eram utilizadas como meio preventivo às ações dos menores infratores, ébrios habituais ou vagabundos, e constituíam-se em um meio de defesa social contra atos anti-sociais” (MACHADO, 2014, p. 20). Assim, as medidas de segurança eram aplicadas a qualquer cidadão que representasse perigo à sociedade.

Foi no século XIX que as medidas de segurança começaram a ganhar natureza jurídica diversa do que lhe era conferida. Nesse período, o Estado juntamente com os avanços sociais começou a entender que no meio social existiam agentes que por serem considerados “fora da normalidade humana” praticam crimes. Por conta disso, o Estado não poderia “deixar de punir alguém por não possuir consciência nem capacidade para responder por seus atos” (FEITOSA, 2016, p. 02).

Da mesma forma, “o Estado não poderia aplicar a mesma pena que aplicaria a uma pessoa com consciência normal a uma pessoa considerada inimputável, há que se observar o grau de sanidade da pessoa que cometeu o crime” (FEITOSA, p. 2016, p. 02). Daí surgiu dois valores relevantes: “a impossibilidade de punir igualmente quem não possui consciência de seus atos e a necessidade de se responder estes atos com punição estatal” (FEITOSA, 2016, p. 02). Foi com a observância desses valores que se criou a medida de segurança para que o Estado possa punir àqueles que não possuem consciência de seus atos que estão praticando.

O grande feito do positivismo criminal foi haver imposto à consideração do direito penal a realidade humana; haver feito do delito um ato do homem, sujeitos às leis do seu comportamento; foi por fim, haver lançado, como fundamento do fenômeno do delito, um estado de desajustamento social de suas causas antropológicas (FERRARI, 2015, p. 157).

Diferente do sistema que era aplicado anteriormente, a aplicação da medida de segurança possui origem nos métodos prevenção, que visa o tratamento do delinquente e também a sua recuperação. Segundo Queiroz (2016, p. 418) “a aplicação das medidas de segurança tem uma finalidade exclusivamente preventiva, visto que, por meio delas, pretende-se evitar que o inimputável que tenha cometido um injusto penal volte a repeti-lo”.

Conceitualmente, as medidas de segurança “são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientada por razões de prevenção especial” (PRADO, 2014, p. 688). Para Ribeiro (2018, p. 39) “a medida de segurança é uma reposta criminal sancionatória a certas categorias de delinquentes sem a capacidade de censurabilidade”.

Em outro conceito, as medidas de segurança:

[...] são sanções penais destinadas aos autores de um injusto penal punível, embora não culpável em razão da inimputabilidade do seu agente. Tais medidas, para serem aplicadas, exigem o concurso simultâneo de todos os requisitos e pressupostos do crime, como exceção, unicamente, da imputabilidade do seu autor (QUEIROZ, 2016, p. 417).

Nesse mesmo sentido, tem-se:

[...] uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a

cometer outro injusto e receba tratamento adequado (NUCCI, 2017, p. 479).

No entendimento de Lopes (2015, p. 252) “é o meio empregado para a defesa social e o tratamento do indivíduo que comete crime e é considerado inimputável”. Já para Marques (2017, p. 29) “é a providência ditada pela defesa do bem comum baseada no juízo de periculosidade, que, no tocante aos inimputáveis, substitui o juízo de reprovação consubstanciado na culpabilidade”.

Ademais, Machado (2014, p. 15) entende que “a medida de segurança é uma sanção penal com finalidade preventiva e de caráter terapêutico, visando o tratamento de portadores de periculosidade, evitando assim futuras infrações penais”. Em contraponto a essa definição, muito se discute a respeito da pena e da medida de segurança. Sobre esse aspecto, apresenta-se o tópico a seguir.

II MEDIDA DE SEGURANÇA E PENA: DISTINÇÕES

A pena é uma consequência jurídica do crime. A prática de qualquer ato ilícito, no ordenamento jurídico brasileiro, deve gerar uma sanção, sob pena de nenhuma pessoa ser desestimulada a delinquir.

O Estado tem o dever/poder de aplicar a sanção penal ao autor da conduta ilícita e culpável como forma de retribuição do mal provocado por tal conduta, “castigando” o agente da conduta criminosa, e com a finalidade de evitar que novos crimes possam ser cometidos.

Com isso, a pena possui a finalidade de ser retributiva (retribuição do mal injusto praticado pelo criminoso), preventiva (impedir que se venha praticar novos delitos) e ressocializadora (reeducá-lo para que no futuro, possa reingressar ao convívio social).

Num conceito mais amplo, tem-se:

A pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos (JESUS, 2015, p. 563).

Já em relação a Medida de Segurança, Segundo Dower (2000, p. 122) “a medida de segurança não é pena. A pena é uma sanção baseada na culpabilidade do agente. O louco age sem culpa. Portanto a medida de segurança se fundamenta na periculosidade do agente”. Em posição oposta Pierangeli; Zaffaroni, (2017, p. 29) sustentam “ser a medida de segurança uma forma de pena, pois sempre se retira a liberdade do homem, por uma conduta por ele praticada, na verdade o que existe é uma pena”.

Num posicionamento mais flexível, encontra-se:

Como a pena, e a medida de segurança sanção penal. Bem sabemos que esta concepção não é pacífica, mas ontologicamente, para nós, elas não apresentam distinção. São outras diferenças que as caracterizam, e de natureza quantitativa antes que de qualidade. Na pena prevalece o cunho repressivo, ao passo que na medida de segurança predomina o fim preventivo; porém, como já se fez sentir, a prevenção também não é estranha à pena (NORONHA, 1987, p. 298).

De fato, “o objetivo da pena é a readaptação do criminoso diante da sociedade, por vez que na medida de segurança, a proteção da sociedade contra possível reincidência é o bem jurídico em questão” (MACHADO, 2014, p. 19).

Num contexto mais específico, Cezar Roberto Bittencourt (2020) explica as principais diferenças entre a pena e a medida de segurança; a saber:

- a) As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva.
- b) O fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade.
- c) As penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente.
- d) As penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de especial tratamento curativo.

(BITERN COURT, 2020, p. 44)

Para aplicação da medida de segurança é necessário observar determinados princípios. Dentre os vários presentes na norma constitucional e infraconstitucional, os destaques, a início é o da legalidade. Encontrado no art. 5º, XXXIX da Carta Magna, “o princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da ciência jurídica que obedece a exigências da justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado” (BITENCOURT, 2020, p. 279).

Nesse sentido, “a exemplo das penas, as medidas de segurança também são submetidas ao princípio da legalidade, onde não poderá ser considerado crime, um ato que não tiver sua previsão legal nem tenha sua determinação taxativa de crime” (PRADO, 2014, p. 688).

Tem-se também o princípio da anterioridade, onde “a medida de segurança só poderá ser aplicada se de sua cominação legal preceder à prática de delito, ou seja, se anterior ao ato delituoso já existir uma legislação que condene o ato e o puna com a medida de segurança” (FEITOSA, 2016, p. 05).

Por fim, o princípio da jurisdicionalidade, onde “a medida de segurança só poderá ser aplicada respeitando o *'due process of law'*, também, a competência funcional onde, somente o juiz investido de jurisdição poderá estabelecer e exigir a aplicabilidade da medida de segurança” (FEITOSA, 2016, p. 05).

Passados esses dados preliminares acerca da medida de segurança, necessário tecer alguns comentários a respeito dos requisitos para a sua aplicação, os agentes destinatários da medida e principalmente a respeito do seu prazo. Sobre essas questões apresenta-se o tópico seguinte.

4 REQUISITOS DE APLICABILIDADE E PRAZO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

No tópico anterior, verificou-se o que seja uma Medida de Segurança. No texto legal, os artigos 96 a 99 traz as denominadas medidas, que são formas de tratamento compulsório para indivíduos que cometeram delitos, mas que devido ao fato de possuírem doenças ou problemas em saúde mental, não podem sofrer as penas cabíveis (COSTA, 2021).

Com isso, os indivíduos aos quais são destinadas as medidas de segurança são os inimputáveis e semi-imputáveis dotado de periculosidade. O indivíduo inimputável é aquele que não possui “condições de autodeterminação no momento da ocorrência do crime, ou seja, não possuía a plena capacidade de entender o que estava fazendo e nem compreensão do caráter ilícito do fato” (JUNCAL, 2021, p. 30).

De acordo com Carvalho (2020) os inimputáveis são aqueles incapazes de entender seus atos, de saber que o ato é uma infração penal, seja de maneira absoluta ou relativa. Por essa razão, esses indivíduos não podem responder pelo que fizeram e são excluídos penalmente. Entretanto, ficam sujeitos ao cumprimento medidas de segurança estabelecidas na lei.

Importante mencionar que, em determinadas situações, o agente mesmo não possuindo uma doença mental, mas somente uma perturbação psicológica, ainda assim o exame psiquiátrico poderá ser pedido em qualquer momento do procedimento, quando o

magistrado entender que será útil. *In casu*, os indivíduos que não possuem uma doença mental total e sim parcial, são denominados de semi-imputáveis (BRANCO, 2018).

Continuando, a medida de segurança possui dois tipos: a internação em hospital psiquiátrico ou estabelecimento equivalente (natureza detentiva) e o tratamento ambulatorial (natureza restritiva).

Insta salientar que no caso de internação em hospital psiquiátrico, as internações são legisladas pela Lei nº 10.216/2001, a Lei da Reforma Psiquiátrica. Dentro dessa norma se encontra as formas de internações. Assim, cabe destacar o presente artigo que traz essas formas; *in verbis*.

Art. 6º. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

(BRASIL, 2001)

Para que ocorra internação hospitalar além de atender aos requisitos previstos no art. 4º da Lei de Reforma Psiquiátrica, onde se deve verificar a impossibilidade de tratamento por outros métodos terapêuticos. A internação deve ser precedida de laudo médico, evidenciando-se a necessidade da medida. Neste laudo, devem ser indicados os motivos de ordem comportamental, de ordem clínica, necessidade de medicação, a existência de perigo para integridade física do paciente, entre outros fatores (MACHADO, 2015).

No que tange a internação de forma voluntária, não existem maiores discussões a serem apontadas, apenas a pessoa internada deve emitir uma declaração de sua vontade, no momento da internação. O seu término ocorre por solicitação escrita do paciente ou por determinação de médico que assiste o paciente (MACHADO, 2015).

Quanto às estas internações involuntárias, merece maior atenção ao tema. A internação involuntária existe porque tal capacidade de discernimento, por vezes, falta ao paciente.

De acordo com a Lei da Reforma Psiquiátrica, em seu art. 8º, o familiar pode solicitar a internação involuntária, desde que o pedido seja realizado por escrito e devidamente aceito pelo médico psiquiatra. Nestes casos, a lei determina que a internação e os motivos devem ser comunicados, pelos responsáveis técnicos do estabelecimento de saúde, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, ao Ministério Público Estadual, devendo tal comunicação também ocorrer na alta. Esta determinação tem por objetivo evitar que a internação seja utilizada como forma de cárcere privado (BRASIL, 2001). Já o término da internação involuntária se dá por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

Voltando às medidas de segurança, para a sua aplicabilidade é necessário observar os seus pressupostos, quais sejam: a prática de fato definido como crime, a periculosidade do agente e a prática de fato típico punível (CARVALHO, 2020).

Sobre o prazo, tema central desse estudo, pelo art. 97 § 1º será por tempo indeterminado, até que cesse – via perícia médica – a periculosidade. O prazo mínimo nesses casos é de 1 (um) a 3 (três) anos (BRASIL, 1940). É o que acentua a presente jurisprudência:

MEDIDA DE SEGURANÇA. PEDIDO DE DESINTERNAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA INTERNAÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR OU OUTRA MEDIDA CAUTELAR. EXAME PSIQUIÁTRICO DO IML. PERICULOSIDADE DO AGENTE. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES. 1 - A internação ou tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. 2 - Não caracteriza constrangimento ilegal a exigência de exame psiquiátrico do IML antes de se deferir a desinternação ou a transferência para clínica particular, sobretudo se os crimes pelos quais internado o paciente ocorreram no âmbito doméstico e familiar e há conflito entre os interesses do paciente - interdito - e de sua curadora e filha. 3 - Medida de segurança é espécie de sanção penal destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis (CP, art. 96). Não se substitui por prisão domiciliar ou outra medida cautelar. 4 - Ordem denegada. (TJDFT Processo nº 07061188120208070000 - (0706118-81.2020.8.07.0000 - Res. 65 CNJ). 2º Turma Criminal. Relator: JAIR SOARES. Data de julgamento: 02/04/2020. Publicado no PJe: 20/04/2020). (grifo meu)

Ademais, importante citar que com o advento da reforma no Código Penal, no ano de 1984, passou-se a admitir, em nosso ordenamento jurídico, o sistema vicariante, que consiste na impossibilidade de o Juiz aplicar, cumulativamente, ao sentenciado, uma pena privativa de liberdade e uma medida de segurança. Assim, expungiu-se, do nosso ordenamento o sistema do duplo binário (JUNCAL, 2021).

5. DO LIMITE MÁXIMO DE DURAÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS

Dentro da temática envolvendo a Medida de Segurança, um dos principais debates que se tem é em relação a duração da medida. Ainda que, como citado anteriormente, o art. 97 § 1º afirma que este será por tempo indeterminado e que o prazo mínimo é de 1 (um) a 3 (três) anos, o que se discute é o seu tempo máximo.

Contextualizando: como no regimento jurídico brasileiro não há cumprimento de prisão perpétua, como fica aqueles que ingressados em regime de internação ou tratamento ambulatorial, não cessam a sua periculosidade em tempo razoável? São questionamentos como esse que ainda é discutido na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Como bem acentua Dias (2019) o estado de insanidade de um indivíduo pode ter duração eterna, ou seja, durante toda a sua vida, o que impede de ele sair de uma medida de segurança, o que por outro lado, configuraria uma prisão perpétua, que é proibida conforme expressado na atual Carta Magna em seu art. 5º, XLII, b.

Diante desse embate, ao qual o direito brasileiro ainda não possui uma decisão única, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência em estabelecer o que seria viável a uma penalização máxima para esses casos. De um lado, encontra-se o entendimento de que o § 1º do art. 97 do Código Penal, que aduz que o prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança deve perdurar até a cessação da periculosidade do agente, é o posicionamento correto, haja vista que essa ação teria duração até o fim da doença ou perturbação da saúde mental do agente, quando o mesmo estará apto a viver em sociedade (DIAS, 2019).

Nesse grupo, encontra-se como defensores o doutrinador Fernando Capez (2010) e Guilherme de Souza Nucci (2010). Para Capez (2010, p. 321) "o prazo nesses casos será por tempo não determinado, o que será sanado, apenas por meio de exame médico, comprovando a cessação da periculosidade do agente".

Do mesmo modo, Nucci (2010, p. 462) afirma que "apesar de seu caráter de sanção penal, a medida de segurança não deixa de ter o propósito curativo e terapêutico. Ora, enquanto não for devidamente curado, deve o sujeito submetido à internação permanecer em tratamento, sob custódia do Estado".

Prado (2010) corrobora com o entendimento acima descrito. Para esse autor, a medida de segurança não pode ser vista como uma pena, mas sim uma alternativa proposta pelo Estado em fazer com que os inimputáveis e os semi-imputáveis venham a cumprir o senso de justiça social por meio de medidas que adaptem à sua integridade. Busca-se, sobretudo, que ela venha a eliminar a periculosidade do agente. Portanto, a medida de segurança deve ser indeterminada no tempo, não excluindo a possibilidade de ela durar a vida toda do condenado, objetivando que o mesmo não venha a cometer novos delitos.

Em outra corrente, a presente medida deve ter um prazo já estabelecido previamente, caso contrário seria considerado como uma prisão perpétua, o que não é permitido em solo jurídico brasileiro.

Nessa seara, o que se compreende é que não se deve afastar a proximidade entre a medida de segurança e a pena, porque ambas privam a liberdade de outrem devido ao cometimento de um fato típico e ilícito; assim como ambas possuem a finalidade retributiva e preventiva. Ou seja, da mesma forma que existe os limites constitucionais e legais previstos à pena também incidam nas medidas de segurança.

Uma vez estabelecido o entendimento de que a medida de segurança deve ter um prazo estipulado, discute-se qual o critério utilizado para a sua aplicação. Nesse sentido, cabe salientar que dentro dessa corrente existem duas vertentes: a primeira defende que a medida de segurança terá o prazo limite de 30 anos (como normatiza o art. 75 do código penal) e a segunda corrente entende que o limite a ser implantado tem como base a pena em abstrato cominada do delito praticado.

Vale lembrar, que o legislador ao votar na lei 13.964/2019 conhecida pelo Pacote Anticrime, inseriu importante alteração no código penal. A nova redação elevou o teto de cumprimento de pena privativa de liberdade de 30 anos para 40 anos. Ficando o artigo com a seguinte redação.

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo

A respeito dessa questão, encontra-se os posicionamentos jurisprudenciais, que assim como há na doutrina jurídica, também possui entendimento diversos. A priori, o Superior Tribunal de Justiça já vem afirmando entendimento de que a pena imposta para o presente caso é determinada conforme o delito praticado. Essa posição tem como base

a Súmula nº 527, que estabelece: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Como exemplo, cita-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE PERTURBAÇÃO DA SAÚDE MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Consolidou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que a medida de segurança prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal é aplicada quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que a sanção é substituída pela medida de segurança, **que deve perdurar pelo período de cumprimento da reprimenda imposta na sentença penal condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada**. 2. Na hipótese vertente, ficou devidamente comprovada a perturbação da saúde mental do sentenciado, conforme laudo apresentado por Junta Médica Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, registrando-se que “o periciando [...] possui perturbação da saúde mental codificada por Depressão recorrente (CID-10: F.33)”. Também possui diagnósticos de Hipertensão arterial (CID-10:1.10) e Apnéia obstrutiva do sono (C1D-1(I: G.47.3). Hipoxemia. Consta dos autos, outrossim, relatório médico subscrito por psiquiatra forense, atestando a gravidade do quadro psiquiátrico do ora paciente, com recomendação de sua internação hospitalar, ocasião em que o referido profissional relatou, inclusive, risco de suicídio. 3. Assim, impõe-se, efetivamente, a conversão da medida de segurança por internação em hospital psiquiátrico. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 531.438/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020). (grifo meu)

Para entender o posicionamento desta Corte, cita-se:

A conclusão do STJ é baseada nos princípios da isonomia e proporcionalidade (proibição de excesso). Não se pode tratar de forma mais gravosa o infrator inimputável quando comparado ao imputável. Ora, se o imputável somente poderia ficar cumprindo a pena até o máximo previsto na lei para aquele tipo penal, é justo que essa mesma regra seja aplicada àquele que recebeu medida de segurança (CAVALCANTE, 2019, p. 22).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem julgando no sentido de que a pena imposta no caso de medida de segurança não pode exceder 30 anos (art. 75, do CP); a saber:

PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I – **Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado.** II - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/2001, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente. (STF - HC: 107432 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/05/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011). (grifo meu)

Em que pese a diferenciação dos entendimentos das Cortes brasileiras, para fins desse estudo, o posicionamento do STJ nos parece mais viável e justo. Isso é fundamento pelo fato de que na linha de entendimento do STF, pode ser possível levar um indivíduo, que caso tenha praticado um crime de furto qualificado (pena máxima de 8 anos), por exemplo, a um período de 30 (trinta) anos de medida de segurança. Essa situação mostra um flagrante desrespeito aos princípios da isonomia, proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso.

Por outro lado, o posicionamento do STJ é mais semelhante aos preceitos do texto constitucional brasileiro, porque traz a ideia de que a medida de segurança, não pode ser eterna, sendo, portanto, imposta conforme o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime, respeitando-se os princípios da isonomia e individualização da pena.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medida de segurança, presente no ordenamento jurídico brasileiro, busca aplicar a pena cabível àqueles que cometeram crimes dos quais não se pode ficar sem julgamento. São indivíduos que não possuem o discernimento necessário, no momento do delito criminal, para entender a sua ação delituosa.

Para esses, busca-se inseri-los nos estabelecimentos adequados, ao lado da família e com constante acompanhamento médico, para que o objetivo da pena – ressocialização e reintegração social – se torne efetiva, evitando novos cometimentos de delitos.

Ocorre que a legislação brasileira não tem dado um prazo específico para aqueles que são internados, ou seja, terão tempo indeterminado, evidenciando assim uma lacuna na legislação no que se refere ao prazo máximo de cumprimento da medida pelo agente.

A justificativa da escolha desse tema, se deu inicialmente por entender, em que pese a importância da medida de segurança, no que se refere ao prazo, a legislação brasileira ainda não encontra na lei o tempo determinado para o cumprimento da pena nesses casos. A lei não disciplinou e que tem

Desse modo, fica evidente constatar que é preciso que haja uma análise mais aprofundada sobre essa questão, embasando assim, novamente a importância em se discutir tal tema.

O que ficou claro no decorrer desse estudo é que a medida de segurança ainda é motivo de debates, encontrando posicionamentos diversos. Sem adentrar no mérito dessa discussão, já explanada no trabalho, o que se conclui é que a medida de segurança não deve ser convertida em uma prisão perpétua. Deve-se buscar um limite máximo para a sua duração.

Nesse ponto, fica-se apoiado o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao qual entende a pena imposta deva ser conforme o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime, respeitando-se os princípios da isonomia e individualização da pena.

Apesar de entender que essa corrente é a mais justa, fica ainda a crítica em relação a uma decisão única sobre a questão do prazo. Nesse sentido, a situação encontrada sobre essa matéria nos mostra que há uma urgência em ter mudanças, com a criação de uma legislação mais específica sobre esse assunto.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 4 - 14ª edição. Editora: Saraiva Jur, 2020.

BARBOSA, Adriano. **Modificações no Código Penal pelo “Pacote Anticrime” através da Lei 13.964/2019.** 2020. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/modificacoes-no-codigo-penal-pelo-pacote-anticrime-atraves-da-lei-13-964-2019/>>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das Medidas de Segurança no Brasil.** 2º Ed. Editora: Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal.** Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei De Execução Penal.** Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Lei Nº 10.216, de 6 de Abril de 2001. **Lei De Reforma Psiquiátrica.** Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro.** 3º Ed. Editora: Saraiva Jur, 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Tempo de duração da medida de segurança.** 2019. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/838e8afb1ca34354ac209f53d90c3a43>>. Acesso em: 28 set. 2021.

COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização.** 1º Ed. Editora: Conhecimento, 2021.

DIAS, Thiago Prats. **O prazo máximo da medida de segurança.** 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75647/o-prazo-maximo-da-medida-de-seguranca>>. Acesso em: 27 set. 2021.

FEITOSA, Isabela Britto. **A aplicação da medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2016. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5982>. Acesso em: 25 ago. 2021.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUNCAL, Regina. **Medida de Segurança: estudo sobre a superação da sanção penal fundamentada na periculosidade**. 1º Ed. Editora: Dialética, 2021.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Karina Arêa Leão. **Das Medidas de Segurança e da Lei da Reforma Psiquiátrica**. 2015. Disponível em: <<https://karinaarealeao.jusbrasil.com.br/artigos/203374050/das-medidas-de-seguranca-e-da-lei-da-reforma-psiQUIATRICA>>. Acesso em: 03 set. 2021.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. III v. 1ª ed. atual. Campinas: Millennium, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev. atual e. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. 1, parte geral: arts. 1º a 120. 3. Ed, ver. Atual. Ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. Ed. 04. Lumenjuris. 2016.

RIBEIRO, Patrícia Colombo. **A medida de segurança de internação no contexto do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Público, Londrina, v. 3, n. 3, set/dez. 2018. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/.../9633>. Acesso em: 29 ago. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

POLÍTICAS PÚBLICAS EXERCIDAS PELO BRASIL, PARA GARANTIR OS DIREITOS LGBTQIA+

VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica).

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo pretende discutir e compreender o importante papel das Políticas Públicas em um cenário de constantes violências sofridas nas últimas duas décadas pela população LGBTQIA+ no Brasil. Também, observar a relevância que o papel do Poder Público tem na sociedade, no sentido de monitorar ou garantir esses direitos para um melhor provimento da justiça e igualdade. As decisões garantem direitos, evitando uma discriminação social que já é bastante acentuada nessa população. É evidente que mais avanços no Brasil precisam ser discutidos, na condição de promover a eficiência e eficácia dos mesmos. A abordagem de pesquisa a ser trabalhada, será a pura e básica, de natureza descritiva e qualitativa. O estudo de tal tema é relevante para o âmbito acadêmico e jurídico de Direito, bem como para toda a coletividade da sociedade civil brasileira. Isto porque, nas duas esferas, visa trazer uma maior compreensão e dar ênfase em torno do importante assunto abordado com melhor clareza. É fato que houveram avanços significativos com relação as conquistas alcançadas pela comunidade LGBTQIA+, entretanto, isso não impede que novas sejam adquiridas. Reduzindo assim, os inúmeros casos de mortandade, preconceitos, abusos e violações, o que por sinal são bastante estarrecedores.

Palavras-chave: Movimento LGBTQIA+. Políticas Públicas. Poder Público. Estado.

ABSTRACT: This article intends to discuss and understand the important role of Public Policies in a scenario of constant violence suffered in the last two decades by the LGBTQIA+ population in Brazil. Also, observe the relevance that the role of the Public Power has in society, in the sense of monitoring or guaranteeing these rights for a better provision of justice and equality. Decisions guarantee rights, avoiding social discrimination that is already quite pronounced in this population. It is evident that more advances in Brazil need to be discussed, in the condition of promoting their efficiency and effectiveness. The research approach to be worked on will be pure and basic, descriptive and qualitative in nature. The study of this topic is relevant for the academic and legal scope of Law, as well as for the entire community of Brazilian civil society. This is because, in both spheres, it aims to bring greater understanding and to emphasize the important issue addressed with

greater clarity. It is a fact that there have been significant advances in relation to the achievements achieved by the LGBTQIA+ community, however, this does not prevent new ones from being acquired. Reducing the countless cases of mortality, prejudice, abuse and violations, which by the way are quite appalling.

Key-words: LGBTQIA+ Movement. Public Policies. Public Power. State.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONTEXTO HISTÓRICO DESENVOLVIDO PELO MOVIMENTO LGBTQIA+. 3. O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA GARANTIA DO ESTADO CIVIL DE DIREITO DOS LGBTQIA+. 4. A IMPORTÂNCIA DO PROVIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo nasce a partir da observância do movimento histórico e relevante desenvolvido nas últimas duas décadas pela população LGBTQIA+⁴², em constante luta pela garantia de políticas públicas, garantias do estado civil e sua cidadania na sociedade civil Brasileira. Observa-se também, o quão relevante é o papel do Poder Público, o guardião e garantidor dos direitos humanos e constitucionais, a quem está encarregado executar com eficiência e eficácia. Conforme relatórios de grupos ativistas, que serão abordados neste artigo, o Brasil é considerado como líder mundial em mortes violentas contra LGBTs. É necessário cobrar frequentemente o Estado brasileiro e os seus órgãos para o compromisso da garantia dos direitos humanos, especialmente, daquelas populações mais vulneráveis

A abordagem de pesquisa a ser trabalhada, será a pura e básica, de natureza descritiva e qualitativa. Consistirá não somente no sentido restrito da transcrição encontrada em livros bibliográficos, mas também, em estudos de artigos científicos, teses, revistas, jornais, websites, relatórios, e entre outros. O intuito desta abordagem é entender os motivos e comportamentos dos fenômenos, utilizando os métodos qualitativos que visam explicar o porquê das coisas. Nesse sentido, preocupa-se, com fenômenos da realidade que não podem ser quantificados, focando apenas na compreensão e na explicação da dinâmica das relações sociais.

Em suma, quando se fala em políticas públicas, nos remetemos ao bem-estar coletivo de uma determinada sociedade, visando a igualdade socioeconômica, política, cultural e religiosa entre eles, assim, mantendo uma justa convivência. As Políticas Públicas seriam o pontapé inicial muito importante para dar de fato uma maior visibilidade,

⁴² Para uma melhor compreensão da pesquisa, adota-se a sigla LGBTQIA+ pela qual se refere as pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais, Queers, Intersexuais, Assexuais e + (símbolo utilizado para representar qualquer pessoa que não se sinta incluída nas anteriores).

oportunidade e garantia dos direitos já reservados pelos LGBTs, uma minoria alvo da discriminação social.

Outro ponto a ser investigado por este artigo é o de questionar a importância que o papel das Políticas Públicas tem, e os seus reflexos voltados para a comunidade LGBTQIA+ no Brasil. E para responder esse questionamento, o objetivo deste artigo é compreender o conceito e funcionamento na prática de tal instituto. Também, relatar o contexto histórico em torno do movimento LGBTQIA+. Demonstrar a função do Poder Público como garantidor do Estado Civil de Direito dessa população. Por fim, destacar como essas Políticas Públicas devem e podem ser exercidas.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DESENVOLVIDO PELO MOVIMENTO LGBTQIA+

De acordo com uma afirmativa trazida por Maria Berenice Dias (2014), e atribuída por Goethe: *“a homossexualidade é tão antiga quanto a heterossexualidade”*. Pois se trata de uma realidade bastante presente e reconhecida desde as origens da humanidade. Nenhuma sociedade, de fato, jamais ignorou sua presença, ainda que na maioria das vezes não fosse aceita. E como nunca foi aceita, sempre foi tolerada.

As diversas culturas e civilizações encontraram formas de revelar sua existência, por meio de mitos, lendas, relatos ou encenações. Mutações de costumes e códigos sociais, bem como diferenças geográficas e temporais, sempre condicionaram a maneira de encarar o amor entre iguais. As restrições até hoje impostas às uniões homoafetivas dizem mais com sua externalidade, ou seja, é alvo de rechaço o comportamento homossexual, sua conjugalidade, muito mais do que sua prática. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.46).

É certo que, a estruturação do preconceito contra a homossexualidade advém das religiões. A cultura e religião estiveram frequentemente entrelaçadas, proibindo e censurando os chamados pecados da carne. Mesmo assim, há registros históricos entre as religiões, de que a homossexualidade era permitida. Nos grandes templos do Egito, Mesopotâmia, Fenícia e na Índia, faziam parte de cultos religiosos o ato sexual praticado com homens que eram devotos. Também, os grandes deuses e deusas das religiões politeístas tinham relações com ambos os sexos. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.49 e 50).

Porém, após o surgimento do cristianismo as coisas se converteram. A forte influência greco-romana que se dissipou e o mito Sodoma e Gomorra, principalmente nas religiões judaico-cristãs, fez com que se tornasse um dos principais argumentos daqueles que são contrários as práticas homossexuais. Pelo cristianismo, o sexo é enxergado como pecado, sendo admitido apenas no âmbito matrimonial e exclusivamente para procriação, tendo uma visão de formação familiar. Desta maneira, a monogamia e a virgindade

somente para as mulheres passam a ser valorizadas como o símbolo de virtude e de pureza. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.50).

Aqui no Brasil, durante Proclamação da República o cristianismo era a religião oficial. Desta forma, a Igreja Católica teve uma forte influência social do que as outras existentes. Na doutrina católica, só é aprovado as relações heterossexuais no matrimônio, classificando o amor livre e a homossexualidade como condutas desviantes e moralmente inaceitáveis. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.52).

É de notório saber que todas as religiões tem seu papel de cunho social e afetivo, pregando o amor ao próximo. A comunidade LGBTQIA+ são pessoas que só visam alcançar os seus direitos mais básicos, como o direito à cidadania, à inclusão social, e não menos importante, a sua integridade física resguardada. Assim como todas aquelas que buscam o direito de uma vida digna e feliz. Doutrinas ou convicções religiosas não poderiam ser cabíveis para inibir a busca de soluções e conflitos dentro do sistema jurídico. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.53).

O movimento LGBTQIA+, a nível internacional, teve o seu considerado marco na luta pela liberdade de identidade gay e na luta pelos seus direitos durante a Rebelião de Stonewall (*Stonewall Riot*). Em 28 de junho de 1969, no bar Stonewall Inn localizado em Greenwich Village, na cidade de Nova Iorque, lésbicas, gays, travestis e drag queens, durante uma semana fizeram protestos e brigaram contra a violência policial que era constante nos bares gays da cidade. Esta data se institucionalizou como o Dia do Orgulho Gay. (FRANCO, Lucas Nascimento, 2017, p.2).

Aqui no Brasil, o ponta pé inicial para o movimento a favor da igualdade de direitos aconteceu entre 1978 e 1983, com o surgimento do Grupo Somos de Afirmação Homossexual, em São Paulo, o Grupo Gay da Bahia em 1980, dentre outros grupos. (REIS, TONI, 2014, p.1). A literatura gay também era recente naquela época. O primeiro Jornal gay do Brasil foi fundado em 1978 por Darcy Penteado, o intitulado de *Lampião da Esquina*, tendo a sua circulação entre 1978 a 1981. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.56).

Outro grande avanço e conquista no Brasil, foi em 1985, feito pelo Conselho Federal de Medicina, com a retirada da homossexualidade do código 302.0 (desvios e transtornos sexuais) da Classificação Internacional de Doenças (CID). Assim, antecedendo em cinco anos outra aprovação em 17 de maio de 1990, desta vez feito pela Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), também com a retirada do código 302.0 da CID. (REIS, Toni, 2014, p.1).

Com o aumento desses movimentos libertários, com fortes estruturações de maneira articulada, vem nos trazendo uma aceitação dessa nova realidade, tendo como exemplo as paradas que são realizadas ao redor do mundo. Aqui no Brasil, o primeiro

movimento da parada gay, ocorreu em Copacabana, no ano de 1996. Atualmente, São Paulo e Rio de Janeiro são as cidades que realizam as maiores paradas do orgulho LGBTQIA+ do mundo. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.56).

E por fim, nos dias atuais, mais especificamente no dia 13 de junho de 2019, o movimento no Brasil teve uma das suas maiores conquistas alcançadas, com a criminalização da LGBTfobia. Um passo histórico alcançado pela comunidade na justiça, quando o Superior Tribunal Federal (STF) aprovava por 8 votos a 3 a criminalização da homofobia e da transfobia. Essa seria a primeira resposta ao avanço do conservadorismo que, infelizmente, ganhou espaço pelas ruas e na política nos últimos anos, tonando assim o Brasil reflexo da própria intolerância. (CATRACA LIVRE, 2020).

3. O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA GARANTIA DO ESTADO CIVIL DE DIREITO DOS LGBTQIA+

Conforme a nossa Constituição Federal, tem-se como objetivo principal da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceito de sexo. Também é previsto a proibição de qualquer discriminação em relação a salário, exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo⁴³. Em contrapartida, não há nenhuma menção ou referência quanto a discriminação pela orientação sexual. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.85).

Cabe ao Poder Legislativo exercer a obrigação de garantir e resguardar os direitos de todos os cidadãos, isto inclui, aqueles com maior vulnerabilidade, alvos fáceis do preconceito. A população LGBTQIA+, dentre todos, são os mais excluídos e são as maiores vítimas, por serem reféns não só do preconceito social, uma vez que são rejeitados até mesmo por seus familiares. Ficam totalmente sujeitos a um sistema opressor, de humilhação, silenciamento, marginalização e exclusão, por diversas formas de preconceito, discriminação e violências. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.91).

É válido ressaltar, que a nova Constituição de 1988, teve uma grande significância para o posterior avanço dos direitos humanos no Brasil, no período pós-ditadura. Vários dos Princípios Fundamentais e dos Direitos e Garantias Fundamentais, inseridos na Constituição de 1988 foi espelhada na Declaração Universal de Direitos Humanos. (REIS, Toni, 2014, p 2).

Dentre essas disposições, a Declaração Universal em seus artigos 1º, 2º, 3º e 7º, nos traz os seguintes entendimentos:

⁴³ CF, ART. 7º, XXX: Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Artigo 1 - *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade;*

Artigo 2 - *Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição;*

Artigo 3 - *Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal;*

Artigo 7 - *Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. (ONU, 1948).*

Já na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 3º, inciso IV e 5º, caput, estabelecem que:

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

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

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

Nesse contexto, Maria Berenice Dias, nos traz um entendimento essencial quanto a sexualidade:

Indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação

sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.120).

A laicidade do Estado, é outro princípio de fundamental relevância para tratar dos direitos humanos das pessoas LGBTQIA+, no sentido de haver separação entre o Estado e as religiões. A liberdade de crenças e cultos é assegurada pelo Estado laico. Entretanto, as religiões não devem ter cunho restritivo nas decisões governamentais. (REIS, Toni, 2014, p.3).

Por meio do Decreto nº119-A, de 7 de janeiro de 1890, foi estabelecido o Estado Laico. Por sua vez foi revogado pelo Decreto nº11, de 18 de 1991. E volta vigorar com a sanção do Decreto nº 4496, de 4 de fevereiro de 2002. (BRASIL, 1890; 1991; 2002 apud REIS, Toni, 2014, p.3). Essa separação entre o Estado e as religiões, são garantidas pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 19, inciso I:

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; (BRASIL, 1988).

A laicidade do Estado é de grande relevância, quando o assunto é sobre políticas públicas afirmativas voltadas para garantia os direitos humanos, bem como da população LGBTQIA+, pelo fato de que as doutrinas ou convicções religiosas se posicionam contrárias as manifestações de pessoas do mesmo sexo. Podemos pegar como exemplo ao extremo, países islâmicos onde a prática de atos homossexuais é punida com a pena de morte, e como exemplo moderado – porém prejudicial para avanços na garantia de igualdade dos direitos – o Brasil, nos debates do Congresso Nacional e na sociedade, referentes a criminalização da violência e discriminação LGBTfóbica. Os parlamentares, em sua maioria da bancada evangélica, que compõe a sede do Congresso tem sucessivamente impedindo aprovações de qualquer proposição voltada para a população LGBTQIA+, desde a constituinte. (REIS, Toni, 2014, p.3).

Por fim, tais princípios constitucionais, não devem ser desrespeitados pelo Estado, visto que para o ordenamento jurídico são os principais responsáveis pela unidade e coerência. Assim entende Maria Berenice Dias (2014):

O Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais; promete a promoção positiva de suas liberdades. Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à igualdade e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceito ou qualquer outra forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvo da exclusão social; tratamento desigualitário entre homens e mulheres; enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um país livre. (DIAS, Maria Berenice, p.122).

Nesse sentido, percebe-se a importância que tem o Estado para garantir o avanço dos direitos humanos e de igualdade, bem como da população LGBTQIA+.

4. A IMPORTÂNCIA DO PROVIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Necessário se faz, para efeito de compreensão, um estudo mais aprofundado acerca do tema quando for abordado. Tratando das políticas públicas, são vários os entendimentos existentes focados na compreensão de ações coletivas visando superar problemas de uma determinada sociedade.

Nesse sentido, para se discutir política pública, primeiramente é preciso compreender o conceito de "público". É denominado como público aquilo que está em oposição ao ideal do privado. Para o público é necessário um domínio de atividade humana conhecida para que haja uma intervenção governamental ou até mesmo para uma ação comum. A exemplo desse campo comum, utilizamos com frequência termos como: o interesse público, o setor público, a opinião pública, a saúde pública, etc. Denomina-se essa esfera comum, de propriedade pública, onde não pertence a nenhum sujeito em particular, sendo controlada pelo governo para fins públicos. (DIAS; MATOS, 2012, p. 11).

A posição da esfera pública é a condição de se tornar um objeto de política pública. É nesse meio que decisões são acatadas pelo público, para discutir conflitos que afetam o coletivo de uma sociedade ou comunidade. Ela pode ser menor que uma vila quanto gigantesca como um país. Independentemente da escala, políticas públicas referem-se a problemas públicos, em contrapartida do privado. (DIAS; MATOS, 2012, p.11).

Assim, surge a Administração Pública como instrumento do Estado para garantir os interesses públicos, ao contrário do privado. Entende-se que a administração pública seria a via ideal para promover o interesse público. O principal gestor dos recursos é o Governo, a ele fica incumbido o papel de garantidor da ordem e da segurança fornecidas pelo

Estado. Desse modo, cabe ao Governo atender e resolver conflitos garantindo o processo de planejamento, elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas de modo coordenado e permanente para a sociedade. (DIAS; MATOS, 2012, p11.).

Trazendo esse conceito aos olhos de uma minoria social, cujo a população LGBTQIA+ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros, pansexuais, queer, intersex, assexuais e +) está inserida, o papel das políticas públicas desenvolvidas pelo Governo, seria como entende Reinaldo Dias e Fernanda Matos (2012):

[...] estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana. [...] com a utilização de mecanismos legais e coercitivos, tornar possível que todos os cidadãos possam buscar a felicidade, sem que sejam prejudicados pelas ações de outros indivíduos ou organizações. (DIAS; MATOS, 2012, p.12).

E partindo dessa premissa, avanços muito significativos foram conquistados pelos LGBTQIA+, entretanto, isso não impediu inúmeras violações, abuso de direitos e o preconceito pelos quais ainda estão sujeitos em nosso país.

Conforme relatório do "Observatório de Mortes Violentas de LGBTI no Brasil", feito pela organização Acontece Arte e Política LGBTI+ juntamente com o Grupo Gay da Bahia (GGB) – grupo esse que coleta dados e informações sobre tais mortes há 41 anos – foram constatadas 237 mortes violentas de LGBTI+ no Brasil. Dessas vítimas, 224 (95,5%) foram por homicídio e 13 (5,5%) por suicídio. (ACONTECE Arte e Política LGBT+; GGB, 2021).

O relatório ainda traz um fator preocupante desse cenário. Tais mortes cresceram horripelantemente nas últimas duas décadas, quando 130 homicídios em 2000, saltou para 260 em 2010, batendo recorde com 445 vítimas em 2017, baixando para 329 mortes em 2019 e agora 237 em 2020. Apesar dessa queda registrada no ano de 2020, relativamente menor do que a de 2019, alertou-se quanto as subnotificações de dados causados pela pandemia do Novo Coronavírus (*SARS-CoV-2*), pela qual acentuou ainda mais o isolamento dos LGBTQIA+, considerando o impacto que essa população já enfrentava com a falta de sociabilidades, referências ou espaços. (ACONTECE Arte e Política; GGB, 2021, p.10 e 24).

Outra provável explicação para essa diminuição, deve-se aos constantes discursos LGBTfóbicos do atual Presidente da República e principalmente às mensagens de coerção e ódio aterrorizantes nas redes sociais nos últimos 3 anos, por seus seguidores

“bolsominons”⁴⁴, refletindo em uma maior cautela dos LGBTs evitarem situações de risco e possivelmente se tornarem vítimas, assim como foi com a epidemia da Aids e a adoção de sexo seguro por essa mesma população. (SILVA apud GGB, 2020, p.13).

A cada 36 horas um LGBTQIA+ é assassinado ou se suicida vítima da LGBTfobia, colocando o país como campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, informação essa, corroborada e inflacionada pelos estudos do próprio Ministério dos Direitos Humanos em relatório engavetado pelo atual Governo Federal, onde se estima que a cada 16 horas um LGBTQIA+ morre, entre 1963 e 2018. (PREITE, Sobrinho apud GGB, 2020, p.14).

Conforme as agências internacionais de direitos humanos, no Brasil, homossexuais e transexuais estão entre as maiores vítimas de homicídios do que nos 13 países do Oriente e África, países onde a pena de morte é aplicada à população LGBT. (WAREHAM, Muder LGBT apud GGB, 2020, p. 13 e 14).

O GGB ainda revela no relatório, que desde 1980, data inicial da fundação e início das pesquisas, pela primeira vez em 41 anos, predominaram mortes de 161 Travestis e Mulheres Trans (70%), seguidos de 51 Gays (22%), 10 Lésbicas (5%), 3 Homens Trans (1%), 3 bissexuais (1%) e por fim, 2 Heterossexuais (1%) confundidos com gays. O relatório ainda fornece dados referentes às faixas etárias, a cor, aos tipos e causa de mortes coletadas. (ACONTECE Arte e Política; GGB, 2021, p.26)

Por todo exposto, necessário se faz, medidas de enfrentamento para reverter o atual cenário de violência e discriminação contra a população LGBTQIA+. Não é o bastante a lei prever direitos. Segundo Maria Berenice Dias (2014),

Para garantir a participação em condição de igualdade e de oportunidade na vida econômica, social, política e cultural do país, é indispensável conscientizar a sociedade da igual dignidade de heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais.
(DIAS, Maria Berenice, 2014, p.175).

É por isso a importância de ser introduzida uma série de adoção de políticas públicas no campo da Administração Pública direta ou indireta, tanto da esfera federal, quanto estadual e municipal, com o propósito de conscientizar a sociedade da igual dignidade de todos, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p.175).

⁴⁴ Termo pejorativo utilizado para referenciar os apoiadores do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro. O termo ainda faz alusão a personagens dos filmes Meu Malvado Favorito e Minions.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa trouxe de forma concreta um cenário bastante atual e real enfrentado pela população LGBTQIA+ na sociedade brasileira. Trouxe ainda, dados e números estarrecedores relativos as mortes e violências praticadas contra a mesma. Evidenciou toda a sua trajetória até aqui, onde muitos objetivos foram alcançados e outros podem ainda estar a caminho, apesar das dificuldades diárias.

Ações governamentais de urgência precisam ser procedidas e pautadas para essa comunidade, principalmente na educação, saúde, direitos humanos, pois sabemos que somente delas conseguimos transformar sociedades. Também, ações de cobrança para que seja feito com rigor o cumprimento das leis já aprovadas, garantindo a cidadania dos LGBTQIA+, especialmente no reconhecimento do casamento homoafetivo e a equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo.

Ações de capacitação dos professores com o dever de abordar a educação sexual e de gênero em todos os níveis escolares, para que assim jovens e a população em geral, possam aprender a respeitar os direitos humanos e cidadania dos LGBTs.

A capacitação de funcionários do serviço público e privado, com melhores acolhimentos e atenção das pessoas, assim distanciando as manifestações de discriminação sexual e preconceito que, por diversas vezes, geram situações de vergonha e sensação de impotência.

A capacitação e qualificação de policiais civis e militares na esfera das Secretarias de Segurança Pública, para que assim possam garantir a integridade física, psíquica, social e jurídica da comunidade em situação de violência. Pois, nas maiorias das vezes, por falta desse apoio, as vítimas optam pela desistência de possíveis denúncias gravíssimas ou ameaças sofridas.

Vários são os desafios, mas apesar deles, não restam dúvidas de que houve significativos avanços e conquistas no decorrer dessa jornada em direção a futura e plena cidadania da população LGBTQIA+.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Nações Unidas. **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos> > Acesso em: 26 de mai. 2021.

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

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. Reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484478/>. Acesso em: 26.05.2021

FRANCO, Lucas Nascimento. **Políticas públicas no Brasil voltadas para a população LGBT: reflexos que o Movimento enfrenta com relação à sociedade civil**. 2017. 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

GOMES, Tamiris. NICOLAU, André. O que mudou após 1 ano da criminalização da LGBTfobia no Brasil. *Catraca Livre*, 13 de junho de 2020. Disponível em: < <https://catracalivre.com.br/cidadania/o-que-mudou-apos-1-ano-da-criminalizacao-da-lgbtfobia-no-brasil/>> Acesso em: 3 de mar. 2021.

GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga; MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos; AYRES, Carla Simara Luciana da Silva; SOUZA, Wilians Ventura Ferreira; SILVA, Kayque Virgens Cordeiro. **Observatório de Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil - 2020**. Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia. 1. ed. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. Disponível em: < <https://observatoriomortesviolentaslgbtibrasil.org/apresenta%C3%A7%C3%A3o-1>> Acesso em: 16 de set. 2021.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos. MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+**. Relatório do Grupo Gay da Bahia. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: < <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/> > Acesso em: 26 de mai. 2021.

REIS, Toni. **Avanços e Desafios para os Direitos Humanos da Comunidade LGBT no Brasil**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2014. Disponível em: < <http://www.tonireis.com.br/wp-content/uploads/2014/06/avancos-e-desafios-LGBT-IBDFAM.pdf> > Acesso em: 20 de mar. 2021.

A VIOLABILIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO AMBIENTE CARCERÁRIO BRASILEIRO

MARIA JULIA SANTOS RIBEIRO: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário São Lucas/AFYA JI – Paraná.

RENATA MIRANDA DE LIMA 45

(orientadora)

Resumo46: A temática desse trabalho apresenta a violabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana no ambiente carcerário brasileiro. Tem por objetivo identificar as condições precárias do sistema penitenciário atualmente, que ensejam na grave violação dos direitos fundamentais do preso nos presídios, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, expõe-se o histórico do sistema prisional, e o surgimento da pena de prisão no Brasil. Em seguida, aborda-se a realidade prisional brasileira, abordando os direitos fundamentais do detento, e sua violação no interior das prisões, em clara ofensa aos preceitos constitucionais estabelecidos. Por fim é feita uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, em que a Suprema Corte brasileira reconheceu estado de coisas inconstitucional em relação aos presídios brasileiros, reforçando a grave violação do princípio da dignidade da pessoa humana no cárcere. Tem por intuito propiciar a reflexão sobre o estado crítico encontrado no sistema carcerário brasileiro, e como os detentos possuem seus direitos violados no cumprimento de suas penas, mesmo o ordenamento jurídico os assegurando legalmente. Pretende também caracterizar a temática importantíssima acerca de como esse estado crítico e caótico do sistema interfere negativamente nos aspectos de ressocialização do apenado, bem como, para a sociedade. Como metodologia, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa com objetivo explicativo e exploratório, utilizando-se como metodologia a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Sistema carcerário brasileiro. Dignidade da pessoa humana. Violação. Estado de Coisas Inconstitucional.

45 Orientadora do Curso de Direito: Bacharela em Sistemas de Informação(2010) pela Uneouro; Bacharela em Direito (2017) pela Ceulji-ULBRA; Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto(2019); Mestre em Direitos Humanos pela UNIR (2020).

46 Artigo apresentado no curso de graduação em Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná como Pré-requisito para conclusão do curso em 2021/2, sob orientação da professora Me. Renata Miranda de Lima. E-mail renata.lima@saolucas.edu.br.

Abstract: The scope of this work is to present the violation of the principle of human dignity in the Brazilian prison environment, identifying the precarious conditions of the penitentiary system today, which lead to a serious violation of the prisoner's fundamental rights in prisons, as well as the principle of human dignity human. It addresses the detainee's fundamental rights, and their violation within prisons, in clear violation of established constitutional precepts. An analysis of the decision of the Federal Supreme Court (STF), in the judgment of the Provisional Measure in Allegation of Non-compliance with Fundamental Precept (ADPF) n. 347, where the Brazilian Supreme Court recognized an unconstitutional state of affairs in relation to Brazilian prisons, reinforcing the serious violation of the principle of human dignity in prison. Its purpose is to provide a reflection on the critical state found in the prison system, and how inmates have their rights violated while serving their sentences, even though the legal system legally guarantees them. It also intends to characterize the very important theme about how this chaotic state of the system interferes negatively in the inmates' resocialization, as well as to society. As a methodology, it is a research with a qualitative approach with an explanatory and exploratory objective, using bibliographical research as a methodology.

Keywords: Brazilian prison system. Dignity of human person. Violation. Unconstitutional State of Things.

1. INTRODUÇÃO

O sistema prisional é mais antigo do que se possa ter conhecimento. Na história, observa-se que ele já se encontrava presente desde a Idade Antiga, todavia, com uma finalidade totalmente diferente do que se tem hoje. Aos poucos, percebe-se uma evolução quanto ao caráter e finalidade das penas de prisão, na Idade Moderna, por exemplo, a pena de prisão passou a observar caráter de proporcionalidade, abolindo-se as aos poucos as penas consideradas cruéis e desumanas. Foi a partir de meados do século XVI, que a pena começou a ser introduzida na sociedade como forma de sanção penal.

Na atualidade, a pena de prisão possui caráter retributivo/preventivo e função ressocializadora. Entretanto, ao observar a atual realidade do sistema carcerário brasileiro, percebe-se que este não possui condições necessárias a fim de efetivar essa finalidade.

Observa-se que o sistema carcerário brasileiro se encontra em índice de superlotação, não comportando todos os detentos necessários, resultando em um ambiente fático de grave violação aos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, ao suportar celas superlotadas, falta de acesso a saúde, celas insalubres e em condições subumanas, os detentos possuem seus direitos constitucionalmente

assegurados violados, dia após dia, diante da inércia do Estado em atuar com políticas públicas voltadas ao fornecimento de uma estrutura adequada e suportável.

Importante ressaltar que esse quadro de superlotação, resulta também em um índice mínimo de condições a fim de propiciar a ressocialização do detento, fazendo com que esse fator seja considerado utópico. Dessa maneira, a pena de prisão não tem atingido o seu real significado.

Dessa forma, essa pesquisa tem por objetivo expor detalhadamente as condições atuais carcerárias brasileiras, e sua precariedade, ao identificar a superlotação do sistema penitenciário, resultando em celas insalubres, sem ventilação, inexistência de acesso a água, sem condições mínimas a propiciar um ambiente humano aos detentos.

Busca demonstrar essa realidade a fatores que ensejam na constante violação dos direitos fundamentais dos detentos como vedação de tortura e tratamento indigno, direito de acesso à Justiça, direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Busca expor também, de forma objetiva em como isso afeta negativamente na ressocialização dos presidiários, visto que, atualmente, o cárcere brasileiro se torna um ambiente degradante, perigoso e violento, impactando negativamente na vida dos detentos.

2 SISTEMA PRISIONAL: ORIGEM E FINALIDADE

Observa-se que na história, sempre esteve presente o sistema de punições, que desde então, foi se modificando, até chegar ao modelo de repreensão atual. Todavia, nesse primeiro momento, não vislumbra-se a privação de liberdade como caráter de sanção penal. (FOUCAULT, 1987)

Desde a Antiguidade, os governantes estabeleciam regras e normas comuns para a convivência e sobrevivência nos agrupamentos de tribos, famílias, clãs, a fim de obter-se o bem comum e a paz no ambiente social. Dessa maneira, quem as descumprisse, era penalizado por tal ação. (TELES, 2006. 20). Entretanto, nesse primeiro momento, não se vislumbra limites para a penalização e condenação do infrator e nem proporcionalidade entre o delito e a sanção aplicada. (CHIAVERINI, 2009, p. 76).

Vejamos, na Idade Antiga, o período de punição é marcado pelo cárcere-custódia, que tinha como característica o ato de aprisionar o indivíduo, mas até então, não como caráter de pena e sim, como garantia de manter o sujeito sob o domínio físico, para se exercer a punição. (SÁ, 2015).

Nessa linha de pensamento Bitencourt (2011, p.28 *apud* SÁ, 2015) assevera que,

A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões.

Carvalho Filho (2002 *apud* a Escola de Serviços Penais, 2021),

[...] a descrição que se tem daqueles locais revela sempre lugares insalubres, sem iluminação, sem condições de higiene e "inexpurgáveis". As masmorras são exemplos destes modelos de cárcere infectos nos quais os presos adoeciam e podiam morrer antes mesmo de seu julgamento e condenação, isso porque, as prisões, quando de seu surgimento, se caracterizavam apenas como um acessório de um processo punitivo que se baseava no tormento físico.

As punições eram destinadas a castigar fisicamente o infrator; carregavam consigo sacrifícios e castigos desumanos para aqueles que infringissem alguma regra e, via de regra, não se observava proporção entre o delito cometido e a punição recebida por tal.

Fundado no princípio do "olho por olho, dente por dente", o Código de Hamurabi retrata bem em seus dispositivos que as penas possuíam essa característica de punição severa ao físico do indivíduo, onde grande parte das punições resultavam em morte e mutilações. Observa-se, portanto, os dispositivos do próprio Código:

1. Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem puder provar, então aquele que enganou deve ser condenado à morte.
2. Se alguém fizer uma acusação a outrém e o acusado pular no rio e afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, e se o acusado escapar sem ferimentos, ele não será culpado, e então aquele que fez a acusação deverá ser condenado à morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia a seu acusador.
3. Se alguém trazer uma acusação de um crime frente aos anciões, e este alguém não trazer provas, e se a acusação pudesse resultar em pena capital, este alguém deverá ser condenado à morte.

4. Se ele satisfizer aos anciões em termos de ter de pagar uma multa de cereais ou dinheiro, ele deverá receber a multa que a ação produzir.

(CÓDIGO DE HAMURABI -cerca de 1780 a.C- *apud* SINOSINI 2013).

Sá (2015), destaca que, na Idade Média, vislumbra-se uma pequena mudança quanto à função da prisão, mas ainda assim, permanecendo como caráter de custódia. Por serem impostas por aqueles que detinham poder, a pena não carregava consigo somente o caráter de punição e vingança, mas funcionava também como um meio de apresentar temor a autoridade e as suas ordens, e, por conseguinte, amedrontar a sociedade, não servindo, portanto, como meio de ressocialização.

Assim relata Foucault, ao descrever a condenação de um indivíduo por parricídio,

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

(FOUCAULT. 1987, p.8)

Esse período é, portanto, marcado por punições severas tendo como característica geral da pena, o suplício. A pena de morte, a amputação de membros, degola, forca, queimaduras a ferro, entre outras medidas totalmente cruéis e desumanas, eram comuns até então. Segundo Rogério Greco,

[...] as penas possuíam um caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Seus olhos eram arrancados, seus membros, mutilados, seus corpos esticados até destroncarem-se, sua vida esvaia-se numa cruz, enfim, o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso.

(2015, p. 86)

A Escola de Serviços Penais (2021), destaca em seu artigo “A histórias das prisões e dos sistemas de punições” que nesse momento, a Igreja Católica detinha grande influência e poder quanto ao sistema de punições, a exemplo o período da Inquisição (Santo Ofício), que era a instituição formada por tribunais da Igreja Católica que perseguiram, julgavam e puniam pessoas acusadas de cometer ilícitos, ou desviar de suas normas e condutas.

Ainda assim no mesmo artigo, expõe que nesse mesmo período surgem as chamadas “prisões eclesiásticas” e as “prisões de Estado”. A primeira destinada aos membros do clero, para que quando cometessem ato ilícito, se reclusassem nos mosteiros para meditar e orar, a fim de se livrar do mal e obter a correção, tendo cunho de caridade e redenção da Igreja, servindo como apenas um meio de “castigo” e correção, e não de pena. A segunda, por sua vez, era destinada aos hereges, que cometiam crimes de traição. Desse modo, ficavam ali detentos em custódia para aguardar a condenação, ou de forma perpétua.

Nas palavras de Bitencourt (2011, p.26 *apud* SÁ, 2015),

Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição, e os adversários políticos dos governantes. A prisão apresentava duas modalidades: a *prisão-custódia*, onde o réu esperava a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações *etc.*), ou como *detenção* temporal perpétua, ou ainda até receber o perdão real.

Em continuidade aos momentos históricos, a idade moderna, por sua vez, traz consigo diversas mudanças quanto ao caráter da pena, isso porque, nesse momento surge a necessidade de estabelecer outra forma de punição que fosse violenta, porém, mais eficaz. Isso se dá, principalmente, pela grande influência do Iluminismo nesse período, bem como as dificuldades econômicas enfrentadas pela população, que trouxeram a ideia de que a pena deveria possuir aspecto de proporcionalidade ao delito cometido, e como finalidade o ato de isolar o infrator, para que esse não viesse a se tornar um perigo a sociedade.

Rogério Greco assim expõe:

O período iluminista teve fundamental importância no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora necessitava de provas para ser

realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como um mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição. (2015, p.87).

Assim, em meados do século XVI, surgem movimentos de grandes inovações quanto a aplicação das penas privativas de liberdade, estabelecendo e construindo instituições de restrição de liberdade mais organizadas, modificando por completo a sua finalidade, que se destinava ao labor e ao ensino do detento.

Nesse sentido, a pena de prisão é aos poucos introduzida na sociedade como forma de sanção penal, todavia, somente para crimes mais leves, tais como: ociosidade, vadiagem. Desse modo, não se vislumbra o extermínio por completo das penas de suplícios, pois os crimes considerados mais graves ainda eram acometidos com penas capitais e físicas.

Foucault ressalta que,

O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. (1987, p.19).

Nesse passo, Shecaira e Corrêa Junior (2002 *apud* SINOSINI p.7) afirmam que o homem passou a ser assim centro do Direito Penal, buscando-se alcançar a ressocialização do infrator, e trazendo o conceito de que as penas privativas de liberdade não deveriam carregar a finalidade de castigo, e sim, de reintegração e ressocialização social.

Surge então uma nova concepção de prisão, como prisão-pena, deixando no passado o caráter cautelar. Carvalho Filho (2002 *apud* a Escola de Serviços Penais, 2021), vincula o surgimento da pena de privativa de liberdade ao surgimento do capitalismo, concomitantemente a um conjunto de situações que levaram ao aumento exacerbado no índice de pobreza no mundo, que conseqüentemente, levaria ao aumento da criminalidade na sociedade. Carvalho Filho (2002 *apud* a Escola de Serviços Penais, 2021), ressalta ainda que as instituições penais, em meados do século XVIII, passaram a caracterizar a dinâmica de repressão ao delito e promovendo a reinserção social de quem os cometesse.

Nesse sentido, Beccaria (1764 *apud* SÁ 2015) em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, traz uma forma diferente acerca do entendimento da sanção penal, acentuando um início ao processo de humanização do caráter das penas. Assim, a pena privativa de liberdade se

torna mais efetiva para o indivíduo, uma vez que, por estar recluso e impossibilitado de desfrutar de sua liberdade civil, o sofrimento se prolonga dia após dia, o qual continuamente levaria o sujeito a uma reflexão da consequência do seu ato.

“A tortura e martírio foram substituídos pela coação penal, uma forma de punição que atinge não o corpo do indivíduo, mas sim, sua alma.” (BEZERRA, 2017, p.43). As sanções passaram a ser aplicadas de maneira mais proporcional e efetiva, possuindo a pena um caráter preventivo e retributivo.

A punição deixa de ter como foco o sofrimento e o corpo do indivíduo, passando a ser uma perda de um direito de liberdade, dando início portanto, a um processo de mudança quanto ao objeto e finalidade da pena de prisão, tendo esta um enfoque mais humanizado.

Assim, a partir dessa nova concepção, a punição passa a fundamentar-se no que se estabelece na atualidade: privar o infrator de sua liberdade, retirando-o do convívio social, do seio familiar e de outras relações intersociais, para que através do isolamento, esse venha a refletir sobre sua conduta danosa, tornando o reflexo mais direto da punição.

3. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Foi a partir do século XIX que no Brasil se deu início a criação das prisões com celas individuais, com arquitetura própria, voltadas especialmente para a pena de prisão. (MINELO, 2020).

A Proclamação da República em 1889 e a elaboração do Código Penal de 1890, possibilitou a introdução do fundamento sob a ótica de reeducação do infrator, ao invés de simplesmente reprimi-lo com a punição. Assim, ensejou no surgimento de novas modalidades de prisão, visto que, foram abolidas as penas morte, e de caráter perpétuo ou coletivas, restringindo-se tão somente as penas restritivas de liberdade individual, com pena máxima de trinta anos, bem como penas de reclusão, prisão com trabalho obrigatório e disciplinar, e prisão celular, aplicadas de acordo com o comportamento do preso, a gravidade da conduta, entre outros.

Desse modo, estabeleceu-se portanto, o sistema progressista como fundamento para o sistema penitenciário, voltando-se para o lado preventivo, bem como repressivo, observando-se a individualização da pena do condenado.

Na atualidade, o sistema prisional tem como enfoque a ressocialização e a punição da conduta criminosa; assim, o Estado tem por dever garantir a repreensão dos crimes, punindo o infrator e o retirando do seio social através da prisão, onde é privado de sua liberdade, deixando de ser um risco iminente a sociedade.

[...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir. (FOUCAULT, 2011, p. 79)

Todavia, embora o foco do sistema prisional brasileiro seja a penalização do infrator culminada com a finalidade de o ressocializar, ao observar-se as condições atuais do nosso sistema penitenciário, observa-se que este possui condições totalmente contrárias para fins de ressocialização, visto que, há uma precariedade no que tange ao cárcere brasileiro.

Nesse sentido, Mirabete expõe que,

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere. (2008, p.89).

A exemplificar essa precariedade no sistema prisional, tem-se o Caso do Urso Branco (Casa de Detenção José Mario Alves), situado na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, que foi levado a pauta perante a Corte Interamericana por tratar-se de violação dos bens da vida ora protegidos.

Assim, nos anos de 2002 e 2006, os detentos sem contar com nenhuma fiscalização, e com liberdade total e passe livre entre o presídio e suas celas, motivados pela segregação entre grupos, disputavam acerca do “poder” e monopólio dentro da penitenciária. Nessa situação, os agentes penitenciários permaneciam inertes, alegando a falta de segurança dentro dos pavilhões, que os impossibilitaria a exercer plenamente suas atividades.

Resultante dessa inércia e falta de fiscalização e atividade policial, o caos e terror foi instalado na prisão, levando os detentos a uma matança em massa entre os grupos rivais, levando-os a praticarem crimes horrendos, como degola e mutilação, em frente da

impressa e até mesmo dos familiares que os assistia, resultando em um cenário de violência exacerbada.

Greco narra uma situação entre os detentos:

em sinal de poder, subiram até o alto do prédio, onde ficava localizada uma caixa d'água e, de lá, à vista de todos, deram início às execuções sumárias, chegando, inclusive, a decapitar e a esquartejar os corpos. Os familiares dos presos, que a tudo assistiam do lado de fora do presídio, se desesperavam. Mães desmaiavam, pais clamavam por misericórdia, enfim, foram dias de verdadeiro terror dentro do sistema prisional. Há relatos, inclusive, que alguns presos jogaram futebol com a cabeça de um detento, que havia sido decapitado. (2015, p.176).

Posto isto, em Junho de 2002, o caso Urso Branco foi até a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que julgou e condenou a República Federativa do Brasil a adotar medidas necessárias a garantir e proteger todos os direitos de vida, integridade e proteção de todos os detentos reclusos na Penitenciária Urso Branco, bem como identificar e penalizar os responsáveis pelas mortes de mais de noventa presidiários.

Nessa esteira, os principais bens juridicamente assegurados violados, foram: dignidade, vida e integridade física, visto que houve um massacre entre os próprios detentos, e também em relação as condições precárias em que se encontrava o presídio.

Segundo dados do G1 (2019), quando da primeira rebelião ocorrida em 2002, a penitenciária tinha uma capacidade total para suportar 360 presos, todavia, encontravam-se reclusos 1,3 mil no local, sendo celas de 30m², com espaço suportável para seis homens, que no entanto, chegava a abrigar vinte apenados.

Com isso, os detentos suportavam uma realidade de superlotação do presídio, ausência de assistência médica, insalubridade das celas, acesso a água restrito e insalubre, alimentação inadequada, bem como a inexistência de atividades educacionais e laborais a fim de estimular e garantir a ressocialização dos detentos.

Nesse sentido,

[...] no quesito alimentação, foi descoberto que, também em muitos presídios, era oferecida comida estragada aos presos, ou então com prazo de validade vencido; os detentos faziam suas refeições com as próprias mãos, não utilizando qualquer tipo de talher, nem mesmo os plásticos, porque, por questões de segurança, afirmavam, não eram fornecidos, uma vez que poderiam ser utilizados como armas

brancas. Por essa razão, os presos ou comiam com as próprias mãos, ou utilizavam algum utensílio de papel, que lhes servisse para retirar a comida do invólucro onde era servida.

(GRECO, p.176, 2015).

Antes a esses fatos, é nítido o vislumbre quanto a violação de preceitos fundamentais e constitucionais no sistema carcerário, que não possui condições algumas a garantir o mínimo aos indivíduos reclusos, qual seja: sua dignidade.

Segundo o que estabelece a Constituição Federal de 1988, a todo ser humano é garantindo, o direito à vida com dignidade, sendo a vida inserida como um direito fundamental previsto no art. 5º da Carta Magna do Brasil e a dignidade da pessoa humana consagrada como princípio supremo do Estado Democrático de Direito no art. 1º da mesma normativa,

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.

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).

A dignidade da pessoa humana vem a ser inserida, portanto, na Constituição, como uma qualidade inerente a todo indivíduo, não dependendo de nenhum critério específico para que seja assegurada, tornando-se parte de todo o ser humano e característica própria de qualquer um.

Nesse sentido, para Sarlet, dignidade vem a ser,

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2002, p.62)

Ainda assim, para Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra,

Não há que se falar em condição humana sem o princípio da dignidade humana: são dois termos correlatos, inseparáveis, que devem, sempre, ser aplicados em conjunto. A condição humana só será condição propriamente dita se for digna, se assegurar aqueles valores intrínsecos a todo ser humano, sob pena de permitir arbítrios e violações que podem ser muito perigosos, num provável retorno a situações que precisam ser evitadas e suplantadas. (2006, p.91)

Neste prima, José Afonso da Silva dispõe que,

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. "Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir' teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (2014, p.107).

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana, é interligado a um conjunto de princípios e valores que regem todo o ordenamento jurídico, a fim de proteger e garantir que qualquer indivíduo tenha seus direitos efetivados e respeitados pelo Estado, garantindo uma vida e tratamento digno.

A elucidar a tamanha relevância desse preceito constitucional, no âmbito internacional, todos os Tratados são implantados de maneira que assegurem a dignidade da pessoa humana, que parte de ser somente um direito básico, mas também, um direito universal.

A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2002, p. 149).

Ainda assim,

Todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana. (PIOVESAN, 2003, p.188)

A superlotação do cárcere brasileiro tem sido apontada como um dos principais motivos de violação de diversos direitos humanos consagrados em inúmeros instrumentos internacionais, muitos deles dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, de 1955; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966; a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica; e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984.

Dessa forma, contrariamente ao que leciona todo o ordenamento jurídico acerca da relevância e "proteção" ao princípio da dignidade da pessoa humana, observa-se que no que se refere ao sistema carcerário, esse não mantém sua concretização.

Segundo dados estatísticos, o Brasil possui uma superlotação penitenciária de 54,9%, totalizando em 682,1 mil presos, porém, com capacidade para 440,5 mil (G1, 2015). Esses dados resultam no vislumbre de celas pouco ventiladas, sujas e lotadas, incapazes de manter a sobrevivência de forma digna e humana.

De acordo com o manual de Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (CNJ, 2016, p. 21), em sua Regra 1, dispõe que,

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos

ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

Além de ser vedado quaisquer atos de tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes para com os presos, estes devem ter sua segurança resguardada. Ainda assim, na regra 4 do mesmo manual fica claro que o único objetivo do encarceramento é proteger a sociedade da criminalidade e reduzir a sua reincidência, na medida do possível, reintegrando tais indivíduos ao seio social. (CNJ, 2016).

Inclusive, a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984), dispõe sobre a obrigatoriedade do Estado em prestar assistência ao preso, nos aspectos da vida material, saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e, também, ao preso egresso. Todavia, o que se tem é uma falta de aplicabilidade com o que estabelece a lei.

Atualmente os detentos são submetidos a situações precárias, subumanas e ilegais, se analisadas de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). Os presídios brasileiros são praticamente depósitos de aglomerados de pessoas, com superlotação, ausência de assistência médica básica, falta de higiene pessoal, além de presos com doenças graves. (VIEIRA e PAIVA, 2019, p. 2)

Os detentos tem seus direitos constitucionalmente previstos violados dia após dia, diante da inércia e descaso do Estado em atuar com políticas públicas voltadas ao fornecimento de uma infraestrutura adequada para comportar todos os detentos, fornecer condições dignas a estes, bem como implantar programas de ressocialização.

Salienta-se portanto, que essa temática carrega consigo diversos problemas. Senão vejamos: a ressocialização do infrator torna-se algo praticamente utópico, visto que, não possui programas governamentais a fim de efetivar a reinserção social do preso, e nem condições mínimas para cumprimento da pena, a fim de propiciar seu caráter educativo/pedagógico.

Nestas condições, a prisão torna-se uma “instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão” (ZAFFARONI, 1991, p. 135).

Esta situação demonstra que os presídios brasileiros se tornaram uma realidade violenta e opressiva, servindo como meio de reforçar os valores negativos do condenado e torna-los ainda mais perigosos após o cumprimento da pena. Corroborando com o

exposto, Ghisleni (2014, p. 203) expõe que, “os elevados índices de reincidência têm sido um importante demonstrativo acerca do fracasso da pena privativa de liberdade”.

Dessa forma, ante a esses problemas, conclui-se que a pena de prisão não está cumprindo com seu caráter e finalidade inicialmente estabelecido, que é sua função educativa e ressocializadora. Assim, necessário se faz entender que proporcionar um ambiente salubre, seguro, e digno, não é garantia especial para com o preso, mas sim, garantia essencial e constitucional, visto que, propiciando um ambiente humano e agradável, investe-se na reinserção deste indivíduo após o cumprimento da pena, a fim de que não saia pior do que adentrou.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), teve sua origem na Corte Constitucional Colombiana no ano de 1997, onde passou a entender que esse Estado de Coisas existe quando se vislumbra um quadro grave de violações a direitos fundamentais, que ocorrem de forma generalizada, a partir da inércia das autoridades públicas. Dessa forma, pode ser entendida como um mecanismo jurídico que busca reconhecer e identificar a violação de preceitos fundamentais.

Com base no entendimento da Corte Colombiana, para que o ECI seja declarado, faz-se necessário a identificação de três pressupostos, que são,

- (i) a apuração de um quadro generalizado de violação a direitos fundamentais; (ii) a falha e inércia do Estado e seus órgãos estatais em modificar a situação para a efetivação e garantia dos direitos fundamentais; (iii) a identificação de violação de direitos fundamentais, que exigem do Tribunal ou da Corte a “emissão de remédios para uma pluralidade de órgãos, isto é, a busca de solução é dirigida não apenas para uma autoridade pública ou órgão, mas para vários, que não conseguem restabelecer a normalidade das coisas. (MARQUES, 2015)

O reconhecimento desse quadro generalizado de violação a direitos fundamentais faz com que a Corte declare o ECI, e se destine a proteger e assegurar de forma objetiva a efetivação desses direitos, implicando em ordens de execução. Assim, se encontra legitimado a intervir na atuação dos demais poderes.

Como exemplo, a Corte é legitimada a determinar a criação de leis específicas ao Poder Legislativo para legislar sobre a matéria, ou impor a aplicabilidade de leis já existente; a incumbir o Executivo a implantação de políticas públicas voltadas a destinação de recursos orçamentários e a coordenação de medidas necessárias para

sanar esse estado de inconstitucionalidade, que importam no reconhecimento de um "ativismo judicial"; e por fim, a estabelecer o Judiciário a fixar os chamados "remédios estruturais", atribuindo a responsabilidade aos demais órgãos componentes do poder público, para que juntos, solucionem a temática e adotem medidas necessárias a superar esse quadro generalizado de violação de direitos, que implicam em inconstitucionalidade.

Em 1998, a Corte Constitucional Colombiana em uma de suas matérias mais complexas e importantes (Sentença T-153, de 28 de Abril de 1998) reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional relativo a superlotação do sistema carcerário do país. Nessa oportunidade, debateram sobre o problema da superlotação e as condições desumanas em que se encontravam as Penitenciárias Nacionais de Bogotá e Bellavista de Medellín.

Assim, a Corte Colombiana, apoiada em estudos e dados, identificou a existência de um quadro grave generalizado de violação a direitos fundamentais estabelecidos nas demais instituições carcerárias da Colômbia, acusando "a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de "tragédia diária dos cárceres" (CAMPOS, 2015).

Na mesma linha de entendimento da Corte Colombiana, no Brasil o Estado de Coisas Inconstitucional surgiu com a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ocorrida em 09 de Setembro de 2015, proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL).

Nessa oportunidade, o PSOL postulou o reconhecimento do ECI em relação ao sistema penitenciário brasileiro, alegando que a superlotação nos presídios e as condições carcerárias desumanas encontradas configuram em um cenário de grave violação sistêmica aos direitos fundamentais, como: vedação de tortura, tratamento indigno, direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, direito de acesso a Justiça, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

O partido em sua postulação, assevera que esse cenário é resultante de múltiplos atos comissivos e omissivos do Poder Público, da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluindo também os órgãos de cunho administrativo, judicial e normativa, a não criarem vagas prisionais suficientes para a suportar a população carcerária propiciando condições adequadas ao aprisionamento, a segurança, alimentação, saúde, educação, trabalho, assistência social e o acesso a jurisdição.

A discorrer sobre o cenário fático do sistema carcerário brasileiro, o partido argumenta que as prisões são "verdadeiros infernos dantescos", elencando as seguintes situações:

celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Salienta ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos. (ADPF 347 MC/DF, p.9)

O ministro relator Marco Aurélio, em seu voto, lembrou a declaração do Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Cardozo, que fez analogia das prisões brasileiras a “masmorras medievais” e alegando que preferiria morrer, a ter que ficar em uma delas. Para o ministro,

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais. (ADPF 347, MC/ DF, p. 24-25)

Reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, o Ministro Marco Aurélio ainda salientou que o estado degradante de violação a esses preceitos fundamentais chegou a essa situação não por responsabilidade e culpa de um único órgão, mas sim, pela inércia de todos (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como União, Estados, e do Distrito Federal.

Por fim, o ministro expos que o quadro sistêmico de violação de direitos fundamentais nos presídios provocando a violação a dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, justifica a atuação assertiva do Tribunal.

Assim, para ele,

apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de

retirar os demais. Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados [...] a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais [...] Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática. (ADPF 347 MC/DF p. 32 e 35)

Ante ao exposto, o caso fático vem a enfatizar sobre o estado deplorável e caótico em que se encontram os atuais presídios brasileiros, que não possuem a mínima infraestrutura capaz de comportar a quantidade de detentos necessária e a garantir a efetivação de seus direitos constitucionais previstos.

A inércia do Estado em fornecer políticas públicas voltadas ao desenvolvimento da infraestrutura carcerária vem a resultar nesse quadro sistêmico de grave violação aos direitos fundamentais dos detentos no cumprimento de suas penas, bem como a aferição ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante, a pena de prisão tem um histórico muito extenso, estando presente desde o período Antigo, onde as penas possuíam apenas um caráter vingativo, a fim de penalizar o infrator pelo mal causado, não observando o aspecto de proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção imposta, resultando em penas cruéis, como a pena de morte.

Observa-se que ao longo da história, a pena de prisão foi se modificando, até que em meados do século XVI, começou a surgir um novo aspecto no que tange a finalidade das penas. Assim, houveram modificações nas penalidades impostas, introduzindo-se a pena privativa de liberdade no seio social.

No Brasil, foi tão somente com a Proclamação da República e a criação do Código Penal de 1980, em que houve a modificação quanto a finalidade da pena. Com isso, estabeleceu-se a ótica de reeducar o infrator, e não só o punir.

Atualmente, a pena de prisão tem por objetivo punir o infrator, e o ressocializar, a fim de que não cometa novamente o ato ilícito, tendo assim o caráter punitivo/preventivo e reeducativo/ressocializador.

Entretanto, o que se retira ante a realidade do sistema prisional brasileiro, é que este não tem atingido sua real finalidade, em decorrência da superlotação dos presídios,

resultantes da inatividade do Estado na atuação de uma infraestrutura adequada a comportar os detentos, e atividades que promovam a ressocialização.

No que tange ao sistema prisional, notório se faz perceber que esse se encontra em total descaso, diante de um quadro de superlotação carcerária, resultando em celas insalubres, sem acesso a ventilação, proliferação de doenças, que levam a uma grave aferição aos princípios constitucionais ora estabelecidos, como direito a vida, a saúde, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de ser um direito universal inerente a todo indivíduo, se encontra em ineficiência e desuso no que tange ao dia a dia dos detentos no cumprimento de suas penas, possuindo um tratamento desumano dia após dia.

Se percebe ainda mais a veracidade desse quadro fático de violabilidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao observar a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, que trouxe para o Brasil o conceito do Estado de Coisas Inconstitucional, ao observar as condições carcerárias brasileiras.

Assim, o relator da referida ADPF, reconheceu a grave violação aos preceitos fundamentais no cárcere brasileiro, reforçando a analogia de que as prisões brasileiras são como “masmorras medievais”. Ainda salientou que esse grave quadro é resultante da inércia de todo o sistema estatal.

Destarte, observa-se que a aferição aos princípios constitucionais inerentes aos presos são um fato, e que o próprio Estado atua por infringir os preceitos constitucionais, a não fornecer um ambiente humano e digno para com os presidiários. O resultado tende a prejudicar a própria sociedade, que não consegue receber indivíduos ressocializados, mas sim, insatisfeitos e revoltados com o sistema estatal ante ao quadro desprezível em que se encontram nos presídios.

Com efeito, é necessário que se invista em um sistema penitenciário humanizado, com tratamento digno e humano, para que as penas atinjam seu real objetivo e finalidade que é a ressocialização dos indivíduos.

6. REFERÊNCIAS

BEZERRA, Hanna Pinheiro Diniz. **Efeitos do Direito Penal do Inimigo no sistema carcerário**: Disponível em:

<https://www.uern.br/controldepaginas/defesas2017ppgl/arquivos/4249hanna_pinheiro_diniz_bezerra.pdf>. Acesso em: 03 de nov de 2021.

BORBA, Juliana de Cássia Bento. **Os tratados internacionais de Direitos Humanos e a**

internalização no ordenamento jurídico pátrio frente e a Emenda Constitucional nº 45/04. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44720/os-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-internalizacao-no-ordenamento-juridico-patrio-frente-e-a-emenda-constitucional-no-45-04>> Acesso em: 01 nov. 2021

BRASIL, Presidência da República. . Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: 1988

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. . **Lei de Execução Penal.** Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: 1984.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Jurisprudência, Brasília. Set. 2015. p. 1-210.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 02 nov. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** Nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GHISLENI, Pâmela Copetti. O sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Direito em Debate**, ano 13, n. 42, p. 176-206, jul./dez. 2014.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso atual e Soluções Alternativas.** 2. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos:** nova mentalidade emergente pós-1945. Apresentação de Flávia Piovesan. 1º ed, 2006, 2º tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

MARQUES, Fábio. **O que se entende por Estado de Coisas Inconstitucional?** Jus Brasil. Disponível em : < <https://fabiomarques2006.jusbrasil.com.br/artigos/296134766/o-que-se-entende-por-estado-de-coisas-inconstitucional>> Acesso em: 02 nov. 2021.

MINELO, Carina. **Sistema Carcerário no Brasil:** Solução(ões)?.Jus Brasil. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86633/sistema-carcerario-no-brasil-solucao-oes>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

MOURA, Maríndia. **Presídio Urso Branco em Porto Velho é desocupado e deve passar por reforma.** G1. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2019/06/24/presidio-urso-branco-em-porto-velho-e-desocupado-e-deve-passar-por-reforma.ghtml>>. Acesso em: 30 out. 2021.

PAULO, Universidade de São. Código de Hamurabi. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>>. Acesso em 05 out. 2021.

PENAI, Escola de Serviços. **A história das prisões e dos sistemas de punições.** Disponível em: <<http://www.espen.pr.gov.br/Pagina/historia-das-prisoas-e-dos-sistemas-de-punicoes>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional.* 5ª Edição. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 188.

SÁ, Lucas Rodrigues. **Breve histórico da pena de prisão.** Jus Brasil. Disponível em: <<https://lucasrsa.jusbrasil.com.br/artigos/241114111/breve-historico-da-pena-de-prisao>>. Acesso em: 01 out. 2021

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

SILVA, Camila Rodrigues da. et al. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia.** G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>> Acesso em: 02 nov. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Renan Garcia; PAIVA, Sérgio Henrique Navarro. **Análise ao sistema carcerário brasileiro diante da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal.** *Etic*, v. 16, n. 15, set. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa; Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ORIGENS E FORMATOS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

LARA HAUSCHIL ROMÃO: Graduanda em direito – Centro Universitário de Santa Fé do Sul - Bolsista pelo Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário de Santa Fé do Sul - PIBIC/UNIFUNEC.

ADEMIR GASQUES SANCHES⁴⁷
(orientador)

RESUMO⁴⁸: O objetivo do presente artigo é analisar a atuação do Crime Organizado no Brasil, dando destaque as concepções e teorias acerca de suas origens no mundo e na sociedade brasileira. Com ênfase na observação trajetória da legislação penal que aborda o crime organizado em nosso ordenamento, com notoriedade ao art. 288 do Código Penal, e as Leis 9.034/95 (revogada) e 492.850/13 (em vigência), e retratar na prática os métodos investigativos, sendo estes: a infiltração de agentes, a ação controlada, a captação ambiental e, principalmente, a colaboração premiada. Levantar alguns apontamentos acerca da natureza, do momento processual e da celebração do acordo de colaboração premiada. Do mesmo modo, apresenta críticas como o descumprimento da ampla defesa, e a realidade da aplicação do instituto, sua efetiva colaboração na persecução penal e no desmantelamento das organizações criminosas. O trabalho foi realizado por meio de revisão de leitura, com pesquisas em sites, livros e outros materiais de referência para a área.

Palavras-chave: Crime organizado. Métodos investigativos. Operação Lava Jato. Colaboração premiada.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the role of Organized Crime in Brazil, highlighting the concepts and theories about its origins in the world and in Brazilian society. With an emphasis on the observation of the trajectory of criminal legislation that addresses organized crime in our legal system, with notoriety to art. 288 of the Penal Code, and Laws 9,034/95 (repealed) and 2,850/13 (in force), and portray in practice the investigative methods, namely: the infiltration of agents, controlled action, environmental capture and, mainly, the award-winning collaboration. Raise some notes about the nature, the procedural moment and the conclusion of the awarded collaboration agreement. Likewise, it presents criticisms such as the failure to comply with the broad defense, and the reality

47 Docente – Centro Universitário de Santa Fé do Sul

48 PIBIC - Artigo científico realizado pelo Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário de Santa Fé do Sul - PIBIC/UNIFUNEC

of the institute's application, its effective collaboration in the criminal prosecution and in the dismantling of criminal organizations. The work was carried out through reading review, with research on websites, books and other reference materials for the area.

Keywords: Organized crime. Investigative methods. Operation Car Wash. Award-winning collaboration.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Origem e evolução no Brasil: 2.1 Jogo do Bicho; 2.2 Cangaço; 2.3 Comando Vermelho (CV); 2.4 Primeiro Comando da Capital (PCC). 3. Crime organizado no direito comparado. 4. Legislação brasileira sobre o crime organizado. 5. Métodos investigativos da Lei 12.850/13: 5.1 Colaboração premiada; 5.2 Captação ambiental; 5.3 Ação Controlada; 5.4 Infiltração de agentes. 6. A colaboração premiada frente a Lava Jato. 7 Resultados e conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Notícias espalhadas diariamente nos meios de comunicação disparam sobre um dos temas mais intrigantes do panorama jurídico criminal e angustiante para segurança pública que é a fragilidade do Estado no combate as organizações criminosas no Brasil.

Há quanto tempo ouvimos falar do combate ao crime organizado e da corrupção instalada na sociedade brasileira sem realmente compreendermos de onde surgiram, como atuam e como é feito o seu confronto pelas autoridades policiais? É esse conflito que afeta diariamente toda uma nação.

Cabe considerar, inicialmente, no estudo acerca da atuação das organizações criminosas no Brasil, as teorias e concepções dos estudiosos acerca de seu surgimento em nossa sociedade, dentre as quais se destacam quatro principais teorias, sendo elas: o jogo do bicho, o cangaço, o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

Em seguida, convém identificar e dominar os aspectos mais relevantes dos principais mecanismos de combate ao crime organizado, empregados pelos agentes de segurança pública, buscando proporcionar a sua satisfatória repressão, quais sejam: a colaboração premiada, a captação ambiental, a ação controlada e a infiltração de agentes.

No decorrer dos anos, surgiram mudanças significativas na legislação brasileira sobre o crime organizado, fazendo-se necessária uma análise do percurso transcorrido pelo tipo penal incriminador dessa modalidade. De início a Lei 9.034/95 foi a pioneira ao discorrer sobre os meios operacionais de combate as organizações criminosas, conquanto, sem determinar ou tipificar a matéria. Com o surgimento da Lei 12.694/12 verificou-se uma descrição para as organizações criminosas.

No entanto, somente com o surgimento da Lei 12.850/13 é que veio se estabilizar em nosso direito interno o conceito de organização criminosa, bem como o posicionamento quanto a investigação criminal, os meios de aquisição de provas, infrações penais relacionadas e o seu procedimento.

De modo efetivo, há que se considerar a vivência em uma das maiores operações de combate ao crime organizado no país, a Operação Lava Jato, para compreender a grande revolução dos instrumentos de investigação criminal nesta área.

Outrossim, existem discussões que nos fazem reconhecer as falhas existentes na interpretação da nova Lei e na aplicação de seus institutos, visto que ainda se trata de um material novo, suscetível a interpretações e estudos, o que nos direciona a uma aplicabilidade imperfeita, podendo gerar o constrangimento ilegal e ferir princípios constitucionais como a presunção de inocência e a ampla defesa.

A sensação de estar sob o véu da impunidade é latente, sendo assim se torna indispensável informar a relevância do estudo do tema, vez que houve a criação de um tipo penal específico para punir os integrantes de tal modalidade, bem como, pode-se avistar o empenho do Estado no combate ao crime organizado, buscando superar a variação clássica de “crime organizado e Estado desorganizado”.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO NO BRASIL

É complexo determinar o exato surgimento da hierarquia do crime organizado no mundo, no Brasil não se diverge, vez que existem diversas correntes doutrinárias que se pronunciam sobre o tema.

Por um lado, acredita-se que o marco histórico da aparição das organizações criminosas no país se deu em meados do século XIX, com as atividades dos cangaceiros. Noutro giro, diversa corrente aponta que embora o jogo do bicho não seja definido como crime, ele aprimorou diversos tipos penais que circulam sob sua aparição, sendo assim, entende-se que ele possa ser tido como primogênito das atividades ilícitas praticadas no Brasil.

Não obstante, permeiam outros marcos relevantes no domínio pátrio que possam ser apontados como aparições do crime organizado no país, a título de exemplo se concentram as facções criminosas, desenvolvidas dentro do sistema prisional brasileiro, existindo duas principais: o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

2.1 Jogo do Bicho

A primeira infração penal, classificada como organizada no nosso país foi o intitulada “jogo do bicho”, fundada por volta do século XX. A origem do jogo foi uma ideia

de João Batista Viana Drumond para fomentar pessoas a explorarem seu zoológico. Com tal intensidade, tal organização terminou por influenciar o surgimento de outros grupos criminosos, visto que tinha uma sistematização com leis próprias que resultavam em um Estado paralelo.

2.2 Cangaço

A desproporção social existente no território do nordeste do país se intensificou com a transferência do centro de economia para a região sul, por volta do século XIII. Todavia, no sertão nortista, o vínculo entre os notáveis fazendeiros e vaqueiros se estabeleceu de uma forma bem específica, o favoritismo e a cumplicidade entre eles estavam evidentes.

Por outro lado, as desavenças, brigas políticas, rivalidades por terras, compunham um conflito gigantesco entre as famílias mais influentes e poderosas conhecidas na região. Com o término da fase imperial, no ápice da brutalidade e miséria, logo após a seca de 1877-1879, constituíram-se então os primeiros e autônomos grupos armados, que se ergueram longe do alcance dos fazendeiros. Os cangaceiros atuavam de forma hierárquica e desfrutavam de um alicerce por parte de políticos, grandes fazendeiros e agentes policiais que lhes proviam armas e munições.

2.3 Comando Vermelho (CV)

Advindo da ditadura militar, por volta da década de 1980, sobrevém uma das maiores organizações criminosas existentes na memória do país, batizado de Comando Vermelho. Se originou no Rio de Janeiro-RJ, mais detalhadamente no Presídio de Ilha Grande, ou também chamado de "Caldeirão do Diabo", o propósito era capitanear o tráfico de drogas e entorpecentes por toda capital.

Outrossim, o Comando Vermelho se manifesta em 1979, com seu famoso bordão "Paz, Justiça e Liberdade" no qual os encarcerados não tiveram outra escapatória a fim de reprimir os níveis desumanos em que viviam sob o regime do Estado, sendo assim, agregaram esforços e influências para batalhar por seus direitos.

Os presos, conseqüentemente, se programaram com um sistema regrado para se defenderem dos exageros e arbitrariedades praticadas pelos carcerários, a resistência de provocação, abusos, furtos, o que constatou um pilar para a vitória e segmento da organização.

2.4 Primeiro Comando da Capital (PCC)

Pactuada por oito presidiários no Centro de Reabilitação Provisória, anexo à Casa de Custódia de Taubaté-SP, precisamente em 31 de agosto de 1993, ergue-se uma nova associação criminosa, o Primeiro Comando da Capital.

Substancialmente, acredita-se que seu modelo foi influenciado pela associação e estrutura do Comando Vermelho, haja vista que os oito presidiários mentores foram capazes de agregar toda a multidão de presos em oposição ao sistema, a todo momento ostentando o advento da irmandade entre eles, punindo inclusive com a morte aqueles que infligiam as normas impostas.

Reiteravam que a finalidade da organização seguiria no confronto aos abusos tolerados pelos presos frente ao complexo prisional, bem como a represália pelo despotismo sofrido durante o Massacre do Carandiru em 1922, tal atividade em que as autoridades policiais executaram mais de cem presos na Casa de detenção de São Paulo, não mais existente.

Desde àquela época o PCC se converteu um dos grupos mais absolutos e temerosos pelos chefes, autoridades e agentes penitenciários, julgando pela insensata inércia do Estado e o sistema estruturado da organização, que se torna mais aterrorizante e tenebroso por crescer a cada dia mais consolidado e disperso.

3 CRIME ORGANIZADO NO DIREITO COMPARADO

As Tríades Chinesas instituídas em 1644 são tidas como a máfia mais antiga, criada por uma atividade popular com o fim de enxotar os atacantes do império Ming.

Noutro giro, em 1842 Hong Kong passou a ser colônia britânica, onde existiram mudanças para essa colônia e para Taiwan, motivo pelo qual não possuíam dificuldades para o impulso para o plantio da papoula e experimentos pelos agricultores. A partir de 1880, através da Companhia Britânica das Índias Orientais, resolveram aderir a comunidade chinesa a fabricação do ópio, que até o momento atual era transportado da Índia e quitado com os produtos chineses. Todavia, tempos depois, o ópio foi banido e as Tríades despertaram a exploração no mercado negro da heroína.

Em contrapartida, a máfia Italiana teve sua abertura e agitação como um símbolo de resistência contra o rei de Nápoles, devido ao fato em que, no ano de 1812, fixou um decreto mudando a organização agrária da Sicília, minimizando os benefícios feudais e limitando os poderes dos príncipes que terminaram por integrar sociedades secretas apelidadas de máfias.

Em meados de 1865, a elite desapareceu e em companhia a unificação italiana, destarte, os homens passaram a enfrentar as tropas invasoras, brigando pela autonomia

da região, adquirindo admiração popular. Todavia, a partir da segunda metade do século XX os seus integrantes se doaram a criminalidade.

Por fim, conhecida como Yakuza, foi uma organização criminosa erguida por meio do progresso sombrio do Estado a fim de se beneficiar de inúmeras atividades ilícitas como bordéis, contrabando de mulheres, entorpecentes, armas de fogo, bem como outras filiais disfarçadas (teatro, cinema...) para a propagação do projeto.

Com o progresso das indústrias no Japão, os sócios começaram a empregar “chantagens corporativas”, onde os trapaceiros conhecidos como sokaiya, que obtinham ações de empresas, terminam reivindicando lucros exorbitantes sob pena de divulgarem os segredos das empresas aos concorrentes.

4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O CRIME ORGANIZADO

O teor normativo da Lei 9.034/1995 (modificada pela Lei 10.217/2001) foi a pioneira em discorrer sobre a matéria, acerca dos meios operacionais para precaução e correção de ações executadas pelas organizações criminosas, conquanto, sem determiná-las e tipificá-las. O ponto de vista teórico do que se dirige a organização criminosa é um motivo de grande desavença na doutrina conhecedora.

A partir do aparecimento da Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, afastou o concurso de pessoas, e se verificou uma nova descrição no Brasil do evento intitulado de organização criminosa, nos seguintes termos:

“Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional” (Art. 2º).

Ainda assim, tal descrição não veio a se estabilizar em nosso direito interno, vez que o legislador emitiu uma nova Lei renovando seu conceito e proporção, isto é, a Lei 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe quanto a investigação criminal, os meios de aquisição de provas, infrações penais relacionadas e o procedimento; modificando o Código Penal, revogando a Lei no 9.034/95, e fornecendo outros julgamentos. Efetivamente, a norma oferece a seguinte explicação de organização criminosa:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão

de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (art. 1º, § 1º).

À vista disso, ocorreram duas alterações significativas, uma é referente ao *quantum*, modificado de três para quatro agentes, e a segunda é o vocábulo “infração penal”, que antes se restringia à prática de crimes, manifestando evidentemente a possibilidade de sua formação com a prática de contravenção e/ou crimes.

Um dos fatores para a demarcação do valor de uma atividade cometida por uma associação criminosa habita na punição das infrações cometidas, isto é, aquelas cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos. O texto anterior (Lei 12.694/12) previa crimes com a pena igual ou superior a quatro anos.

Para essa Lei, além do número mínimo de quatro agentes, exige que esta seja estruturalmente organizada, com o exercício de tarefas previamente divididas entre eles, mesmo que não regularmente. Desta forma, não requer que haja um elevado grau de perfeccionismo ou mesmo uma condição empresarial, com chefes e chefiados.

Embora seja possível esbarrarmos em mais julgamentos sobre o crime organizado, há uma unanimidade entre os entendimentos concluindo em ser um grupo de quatro ou mais pessoas, reunidas com o fim de adquirir lucro e poder por meio de violência, aumentando a sua área de trabalho e poderio para executar atividades ilícitas.

Vale lembrar que a redação anterior do art. 288 do Código Penal tipificava o crime de quadrilha ou bando. Todavia, com o surgimento da Lei 12.850/2013, o *nomem iuris* do delito foi substituído para *associação criminosa*. A pena privativa de liberdade não teve modificações (reclusão, de um a três anos), não obstante o número mínimo de pessoas para a configuração da associação criminosa é de apenas três pessoas, ao passo em que não crime quadrilha ou bando determinava-se pelo menos quatro agentes. Por definir uma norma penal mais rigorosa, esta se amolda somente aos fatos futuros.

5 MÉTODOS INVESTIGATIVOS DA LEI 12.850/13

5.1 Colaboração Premiada

A Lei de Organizações Criminosas não apenas supriu as omissões legislativas, bem como modernizou o ordenamento jurídico ao declarar que o togado pode diminuir em até dois terços a pena, ou conferir o perdão judicial, ou também poderá trocar por uma pena restritiva de direitos.

Está determinado que o ato da colaboração deverá ser espontâneo, isto é, sem nenhum tipo de repressão para que o agente realize a colaboração, se tornando um motivo de vício processual se aquele que colaborar não proceder voluntariamente, com o propósito de contribuir para a persecução penal ou procedimento judicial.

Noutro giro, embora Colaboração apresente todas as condições, não será projetado instantaneamente os benefícios do acordo de colaboração, devendo o juiz se apoiar no imposto do § 1º do artigo 4º da referida Lei, *in verbis*: “§ 1o - Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Da mesma maneira, o doutrinador Greco Filho se manifesta (2014, p. 27): “A colaboração e os efeitos, porém, não geram automaticamente o direito ao benefício (perdão judicial ou redução da pena). Dependerão de avaliação de outras circunstâncias, previstas no §1º [...]”.

Isto posto, independentemente da desconstrução da organização criminosa provocada pela delação, o togado deverá avaliar o caráter do agente colaborador, a natureza do crime por ele realizado, e o impacto causado na sociedade, para conceder o benefício da colaboração premiada, ainda que o delegado de polícia e o membro do Ministério Público poderão, a qualquer momento, requerer ou representar ao togado pelo benefício do perdão judicial, mesmo não esteja previsto na proposta inicial, como aludido no § 2º do artigo 4º da Lei 12.850/13.

A referida Lei, ao descrever como seria realizado o acordo de colaboração, mencionados nos §§ 6º, 7º, 8º e 9º do artigo 4º, pressupõe que o magistrado não atuaria neste, fortalecendo o princípio da imparcialidade e do juiz natural, vez que, antes de tal norma o juiz procedia junto a oferta de acordo. Outrossim, procurou também relacionar alguns direitos e garantias do delator, pois o agente pode sofrer uma revanche pelos integrantes da associação criminosa que poderia ser destruída por sua delação.

Com a intenção de diminuir a criminalidade existente no país, o legislador, por meio da Lei nº 8.072/90, que discorre sobre os crimes hediondos e, em seguida a Lei nº 12.850/2013 que estabelece atitudes frente ao crime organizado, bem como a Lei 12.529/2011, que indica atitudes para as infrações em oposição a ordem econômica, inseriu a utilização do instituto da colaboração premiada.

Tal instituto conferiu maior independência ao Parquet, em consequência de que o órgão será capaz de celebrar acordo com o acusado, interessado em adquirir dados e esclarecimentos a respeito das infrações cometidas pela organização criminosa, como permuta dos benefícios que o Estado irá ceder. Vale lembrar que a proposta de

colaboração não é um ato privativo do Parquet, podendo também ser solicitada pela autoridade policial ou pela defesa.

Essa modalidade de acordo vem se tornando o principal mecanismo aplicado pela força policial para contribuir na colossal Operação Lava Jato, encontrando-se administrada pela Polícia Federal, que a princípio foi idealizada com a finalidade de investigar determinadas pessoas que se mantinham em um grande círculo de desfalque de montantes dinheiro da Petrobrás, se convertendo em uma das maiores investigações de enfrentamento a corrupção no Brasil.

Consequentemente, uma mera confissão realizada pelo colaborador não se confunde com a colaboração premiada, isso porque o agente só fara jus a benesse prevista no dispositivo quando admitir a sua participação no delito e proporcionar informações que sejam realmente capazes de auxiliar na descoberta de fatos que os órgãos responsáveis pela persecução penal não possuíam um conhecimento anterior, ou melhor dizendo, auxiliando na identificação de coautores ou partícipes, frutos do crime, na descoberta do esquema ou na libertação daquele que foi sequestrado.

Entretanto, se o acusado resolver colaborar, porém se limitar a revelar os fatos notórios ou já descobertos, evidências preexistentes, terá direito somente a atenuante pela confissão realizada, prevista no art. 65, I, alínea "d", do Código Penal.

A Lei nº 12.850/2013, levou em conta principalmente a organização criminosa como objetivo indispensável para a aplicação da colaboração premiada, podendo ser usada em qualquer tempo processual (artigo 3º), sendo assim, ao observarmos natureza jurídica da colaboração premiada encontramos um fundamento tríplice para esta categoria: processual, material e como negócio jurídico. No tocante a natureza jurídica processual, faz-se referência ao Direito Processual Penal, no qual tal instituto é encarado como um mecanismo especial de investigação, por meio do qual é proporcionado o alcance ou uma contribuição na obtenção daquilo que o agente destinou a colaborar.

Em contrapartida, temos a natureza jurídica material diretamente relacionada ao Direito Penal, limitando-se a acolher as reações jurídico-penais que o acordo de colaboração premiada pode ocasionar ao acusado colaborador, no momento da dosimetria da pena, sendo capaz de trocar, diminuir ou isentar a pena, modificando o regime prisional de execução de reprimenda, apto, inclusive, de servir como perdão judicial, até mesmo como um tipo de imunidade, importando ou não no oferecimento da denúncia.

Finalmente, temos a natureza jurídica do negócio jurídico processual público, nos quais os fundamentos de legalidade e de legitimidade, em outras palavras, a validade e eficácia, devem ser vistos sob a ótica do direito público-penal e não sob o direito privado.

Neste diapasão, a colaboração premiada possui natureza jurídica probatória de meio, no qual o colaborador está sujeito a viabilizar a aquisição de provas, sob pena da inaptidão e insucesso importunarem no desfazimento do acordo de colaboração. Entretanto, o Estado deve validar se o meio de obtenção de provas será eficaz, em razão de que uma vez acordado, não poderá voltar atrás. Dessa forma, após a concessão da informação, o encargo foi cumprido e o colaborador deverá ter seus direitos acordados garantidos.

À vista disso, vale frisar os momentos que podem ocorrer a celebração da colaboração premiada, sendo estes: a colaboração inicial, a intercorrente e a tardia. Na modalidade da colaboração inicial, ela é empreendida durante a fase investigativa, desse modo, todas as alegações feitas ao Parquet ou à autoridade policial convém ao sobrestamento da denúncia, ou melhor dizendo, suspende o oferecimento da inicial acusatória pelo prazo máximo de 6 meses, havendo a possibilidade de ser prorrogado pelo mesmo período, até que se encontrem finalizadas todas as diligências e determinações de colaboração, de forma que constitua a convicção da veracidade das mesmas ao Parquet ou a autoridade policial, a fim de viabilizar medidas que possibilitem o reconhecimento dos demais coautores ou partícipes, a separação de funções entre os agentes, a prevenção e a posição de suas vítimas.

Desse modo, pode-se saber a extensão da colaboração, podendo a acusação, inclusive, optar por não denunciar o colaborador. Para que suceda a prorrogação pelo prazo igual de 6 meses deve haver solicitação ao magistrado competente. Bem como, os autos do acordo de colaboração têm de ser encaminhados ao Juízo para homologação no momento em que fora firmado, juntamente com a cópia das investigações.

Por outro lado, quando falamos da modalidade da colaboração intercorrente, esta se destaca por ser aquela na qual o réu decide colaborar no meio da instrução processual, isto é, durante a fase judicial. Vale lembrar que, o julgador deve colher a manifestação do Parquet sobre a necessidade e importância da celebração do acordo de colaboração.

Existindo conveniência na proposta, o processo ou a audiência deverão ser suspensos para que ocorra a realização do acordo de colaboração premiada. Após a sua celebração, incumbe ao juiz determinar, se for a hipótese, o desmembramento da ação penal quanto ao colaborador, bem como a suspensão do trâmite da ação penal e da prescrição até a finalização da investigação dos limites e da validade das informações recebidas.

Se existirem evidências que correspondam aos corréus, abre a possibilidade de conservar a ação penal una e determinar a suspensão até que se comprovem ou não as informações prestadas pelo colaborador, conferindo a este as vantagens da lei, se a colaboração for bem-sucedida.

O juiz não participará do acordo, e como ocorre na fase de investigação, o Parquet não está sujeitado a oferecer ou aceitar a proposta de colaboração em Juízo quando entender que ela é dispensável. Deve haver a inevitabilidade de celebração do acordo sob a perspectiva da *“persecutio criminis”*. Na ocasião em que for realizado e homologado o acordo, o magistrado deve reunir as evidências e o testemunho, sujeitando a prova ao contraditório.

Por fim, a modalidade da colaboração tardia é aquela em que o propósito de colaborar surge depois da sentença condenatória, ou melhor dizendo, durante a fase de execução, nessa modalidade não será possível compreender o benefício do perdão judicial. O que distingue esta modalidade das demais é o seu processamento realizado pelo Tribunal a quem competir o julgamento do recurso, ou ainda pelo Juízo das Execuções Penais se tal sentença condenatória transitou em julgado.

5.2 Captação ambiental

Atualmente, um dos métodos mais eficientes para a formação de provas é a captação ambiental de imagens e sons por meio de gravações, escutas e interceptações, principalmente quando o assunto se refere a infrações não transeuntes. Entretanto, ainda que tal modalidade se revele tão importante, não há definição em qualquer tipo de norma para a sua prática.

A única citação a essa modalidade de investigação situa-se no inciso II do art. 3º da Lei nº 12.850/13. Ainda assim, não se determina sobre o método ou as chances de admissibilidade, exclusivamente julga a oportunidade de aquisição de provas através da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Vale ressaltar que esta não pode ser confundida com a chamada interceptação telefônica, constitucionalmente prevista e disciplinada como um outro meio legal.

5.3 Ação Controlada

A Lei 12.850/13 descreve a ação controlada no art. 8º, *in verbis*.

Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

A ação controlada é um retardamento da prisão em flagrante para um momento mais oportuno, onde a autoridade policial relativiza o flagrante com o objetivo alcançar a

maior quantidade de envolvidos no momento da prisão, bem como busca favorecer a aquisição de provas, e fornecer esclarecimentos e indícios probatórios sobre a organização.

5.4 Infiltração de agentes

A infiltração policial está prevista no artigo 10 da Lei 12.850, como se pode verificar:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Este regulamento já preencheu diversas lacunas presentes na revogada Lei 9.034/95, e alterou o ordenamento jurídico colocando de maneira precisa esse relevante método de obtenção de prova

Segundo o renomado doutrinador Greco Filho (2014, p. 39), o agente infiltrado é definido como: “um membro do corpo policial que, para desbaratar a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa de suas atividades até a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal”.

À vista disso, pode-se definir o agente infiltrado como aquele que sendo membro da polícia civil ou federal, que mediante uma autorização judicial preexistente e sigilosa, esconde a sua verdadeira identidade e penetra em uma organização atuando como se fosse um componente ativo desta, utilizando uma identidade falsa de infrator para juntar provas exclusivas que contribuam para a persecução penal, com o objetivo de estabelecer o método de atuação criminosa, a identificação do chefe e dos partícipes, a fim de desestruturar a organização.

6 A COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE A OPERAÇÃO LAVA JATO

O emprego do instituto da colaboração premiada foi legalizado há pouco mais de 6 anos, bem como, posteriormente, houve a publicação da Lei de Organizações Criminosas e concomitantemente o desencadeamento da maior investigação criminal já conhecida, a Operação Lava Jato, que desestruturou uma colossal organização criminosa, sendo seus participantes lobistas, políticos, grandes empresários, doleiros, entre outros, no qual desfalcaram um enorme valor dos cofres públicos na realização de diversos crimes, como

corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, formação de organização criminosa, crimes financeiros, subsídios de propinas e outros.

A princípio, quatro organizações criminosas dirigidas por doleiros foram investigadas e processadas, sendo estes operadores do mercado paralelo de câmbio. Posteriormente, o Ministério Público Federal obteve diversos indícios de uma organização criminosa abrangendo a empresa Petrobrás. Dessa forma, com a utilização da colaboração premiada, foi viável descobrir, provar e condenar os mandantes da organização, assim como recuperar parte do capital desviado para fora do Brasil.

Os que resolveram firmar um acordo de colaboração com os agentes do Ministério Público Federal, Polícia Federal e Procuradoria-Geral da República, sucessivamente quando validados, obtiveram suas colaborações homologadas pela Justiça Federal ou pelo Supremo Tribunal Federal, a resultar da situação do acusado.

Bem como, no ano de 2017, houve uma modificação a partir da decisão pelo ex-Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, na ação penal 5024266-70.2017.4.04.7000, onde o togado indeferiu pedido elaborado pela Defesa de Marcio de Almeida Ferreira, desse modo, o réu impetrou o Habeas Corpus 166.373, arguindo, ainda que fora um dos delatados, que apresentou suas alegações finais de forma simultânea com os demais réus, estes que teriam firmado um acordo de colaboração premiada.

Consequentemente, quando informou a existência de constrangimento ilegal resultante do indeferimento de seu pedido de apresentação das alegações finais após dos réus colaboradores terem realizado as suas, descumprido de tal maneira a ampla defesa, tal recurso atingiu o Supremo Tribunal Federal e em uma contemporânea a decisão proferida na data de 02 de outubro de 2019, o STF decidiu, que em ações penais com réus colaboradores e não colaboradores, é direito daqueles que foram delatados manifestarem as suas alegações finais depois dos réus colaboradores.

De certo modo, como os interesses são incompatíveis, a concessão de prazos foi determinada como sucessiva, com a intenção de assegurar a ampla defesa, o contraditório, oportunizando assim que o delatado se expresse por último.

Incontáveis são as críticas contra a colaboração premiada na Operação Lava Jato, algumas possuem um cunho político, contudo a maioria da população demonstra apoio. No entanto, muitos doutrinadores elaboraram críticas em referência a aplicação da colaboração premiada, em virtude da renúncia de direitos onde os colaboradores são sujeitos, a fim de que ocorre o legítimo cumprimento do pacto, um dos mais contemporâneos é o jurista Guilherme de Souza Nucci, 2019, fls. 22:

A Operação Lava Jato é um bom exemplo disso, pois vem atuando com destacado rigorismo e adotando rumos nem sempre fiéis às liberdades individuais, constitucionalmente enumeradas. O que se observa, por parte da sociedade, é um aplauso acrítico ao combate à corrupção, olvidando-se do arguto olhar no tocante à necessária defesa das garantias fundamentais. Nesse ambiente, de fato, com o apoio da mídia, cresce a relevância da luta contra o crime organizado, mesmo que nem se saiba ao certo onde ele se encontra e como se desenvolve. Aparentemente, todo indivíduo preso pela referida Operação Lava Jato é um integrante de organização criminosa, embora esse quadro não comporte cem por cento de acerto; ainda assim, quem tenha sido detido preventivamente por engano ou tenha experimentado uma devassa em sua vida pessoal não tem encontrado amparo nos colegiados superiores, estes também mobilizados pela batalha da moralização. Tornou-se comum a expedição em série de mandados de prisão e de busca e apreensão em nome do combate às organizações criminosas, sem que se conclua, depois, tratar-se, realmente, de cenário de crime organizado. Muitas vezes, cuida-se de um quadro de associação criminosa (art. 288, Código Penal), crime que não comporta a aplicação rigorosa da Lei 12.850/2013. Além disso, criou-se uma espécie de condução coercitiva não prevista em lei – hoje vedada por julgamento proferido pelo STF –, bem como os vazamentos de delações premiadas, conquanto proibidos por lei, tornaram-se habituais, sem que nenhuma autoridade tenha sido responsabilizada – nem sequer investigada. Em suma, a adoção nítida de uma política criminal tanto pelo Legislativo, quanto pelo Executivo seria essencial, inclusive para sinalizar ao Judiciário o que o Estado Brasileiro tem por meta para enfrentar qualquer espécie de criminalidade.

Apesar das análises críticas, devemos nos atentar ao progresso da persecução criminal, realizado principalmente com o auxílio dos acordos de colaboração, posto que, na ausência destes em tempo algum alcançaríamos os mandantes de tais organizações.

Em nenhuma circunstância ocorreu a apuração do crime organizado que desestruturasse a corrupção como está se verificando de maneira tão eficaz com patrimônios gigantescos restituídos, e em decorrência disso parcela do desgoverno econômico e educacional que o país luta atualmente, é consequência dos incalculáveis desvios de verbas estatais, deixando os serviços básicos como saúde e educação

descobertos de capital. Convenientemente, corroborou o douto Promotor de Justiça Cleber Masson, 2018, fls. 67:

Bem a propósito, a complexa Operação Lava Jato tem mostrado quão nocivos são os reflexos decorrentes da infiltração de criminosos de colarinho-branco no Estado (Petrobras), o que tem viabilizado “o desvio de quantias nunca antes percebidas”. Exatamente nesse cenário, revela-se necessária a “releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos”, de modo que “a prisão cautelar deve ser reservada [também] aos investigados que, [...] como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, [...] exercem papel importante na engrenagem criminosa”. Assim, havendo fortes indícios da participação de empresários “em ‘organização criminosa’, em crimes de ‘lavagem de capitais’, todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública.

Diante dos novos ajustes na Lei de Organização Criminosa, especialmente no que tange ao desempenho dos direitos e garantias fundamentais, a Operação Lava Jato expressou as falhas e virtudes da supracitada Lei, evidenciando que ainda é recente e suscetível a alterações, mas que foi capaz de trazer o mínimo de ordem social e segurança jurídica.

Apesar de existirem muitos argumentos doutrinários ao redor da inconstitucionalidade do uso da colaboração premiada na investigação, se trata de uma grande revolução dos instrumentos de investigação da persecução penal. Sendo de grande protuberância a serventia do instituto no confronto com o maior esquema de corrupção combatido pelo país, por suas características e imensa proporção tomada da mencionada investigação.

Invadindo a política e ocasionando mudanças profundas na investigação criminal, as revelações no curso das diligências proporcionadas principalmente pela colaboração premiada, desempenharam um imenso progresso na operação Lava Jato rompendo o paradigma de impunidade no país, atingindo nomes poderosos desde o mercado privado ao público, na qual os diretores e presidentes das maiores empreiteiras do país se sucumbiram em consequência dos atos de corrupção por eles executados.

7 RESULTADOS E CONCLUSÃO

À luz do exposto, existem inúmeros conflitos sobre o surgimento da hierarquia do crime organizado no Brasil e no mundo, bem como sobre a utilização de instrumentos para o seu combate. O desenvolvimento do presente projeto de pesquisa possibilitou a compreensão da indagação expressa no início do artigo, demonstrando a importância a que se referem tais institutos, assim como indicando de onde surgiram, como atuam e como é feito o seu confronto pelas autoridades policiais, levando a percepção de que os institutos de investigação da Lei 12.850/13 trazem inovações extremamente positivas e resultados significativos no combate ao crime organizado pelo Estado, agilizando o processo de identificação para fins de apuração e posterior aplicação da Lei Penal.

Com a chegada da Lei 12.850/13, em decorrência do demasiado aumento do crime organizado, em particular pelas infrações cometidas por agentes de grande importância e poderio aquisitivo, podemos dizer que cada vez mais se encontram inatingíveis, de modo que a utilização dos métodos investigativos previstos na Lei se tornam um dos maiores coadjuvantes na obtenção de meios prova e desestruturação dessas organizações, sendo eles: a captação ambiental, a ação controlada, a infiltração de agentes e a colaboração premiada.

A captação ambiental espelha uma valiosa e competente medida investigatória, mediante prévia autorização viabiliza a obtenção de elementos probatórios suficientes, que inclusive pode importar na responsabilização criminal dos infratores. Sob outra perspectiva, temos a ação controlada, podendo ser definida com um retardamento da prisão em flagrante, com o escopo de maior obtenção de provas e elementos, possibilitando que o Estado consiga levantar esse véu de impunidade e alcance a maior quantidade de envolvidos.

De outro modo, a infiltração de agentes, depende de prévia autorização judicial, sendo definida pelo imenso sigilo de sua atuação, e constatada no instante em que o agente de polícia é introduzido no coração de uma organização criminosas a fim de destruir sua estrutura, evitando o cometimento de novos crimes e/ou contravenções penais e promovendo reconhecimento satisfatório de provas capazes de fundamentar a deflagração da ação penal. Noutro giro, com grande destaque quanto as repercussões diárias sobre o tema e a quantidade de acordos firmados, a colaboração premiada ardeu em um momento de crise na segurança estatal, onde havia a carência de investimentos na segurança pública e nos instrumentos adequados para uma persecução penal eficiente.

Fora estabelecida no ordenamento jurídico de diversos modos como um benefício concedido pelo Estado ao réu, no entanto, o instituto completo só fora percebido com a criação da Lei das Organizações Criminosas. O emprego da colaboração premiada,

assunto com grandes controvérsias apontadas no decorrer do texto, encontra-se com uma estupenda aplicação na Operação Lava Jato, vez que além da influência da mídia, leva em conta investigados do mais alto escalão, denunciando ao judiciário situações de constrangimento ilegal, exposição pública excessiva e a lesão aos princípios constitucionais como a presunção de inocência e a ampla defesa na sua aplicação.

Em síntese, o Estado proporciona ao réu benefícios, tal como a concessão de perdão judicial, ou a atenuante da pena em até dois terços, ou a substituição de pena por uma restritiva de direitos, previstos na Lei nº 12.850/13, em seu art. 4º, e como contribuição o réu deverá colaborar na persecução criminal, podendo ser a colaboração inicial, intercorrente ou tardia, revelando os coautores, os partícipes e a atuação da organização criminosa.

Em virtude dos benefícios serem favoráveis aos acusados, demandam de uma rigidez para a sua aplicação, sendo imposições já previstas em lei. Noutro giro, podemos garantir que os acordos instituídos entre o Parquet e o acusado, atingiram grande relevância no desdobramento dos procedimentos ilícitos das organizações criminosas, viabilizando a amplificação da persecução penal junto a colaboração efetiva, resultando em condenações e uma enorme quantia devolvida ao tesouro, demonstrando resultados favoráveis decorrentes da aplicação do instituto.

No decorrer da pesquisa se verifica com clareza que o centro dos julgamentos e reprovações não é o instituto da colaboração premiada em si, no entanto a sua aplicação e o método de coerção é que estão lesionando e oprimindo as garantias individuais e a presunção de inocência dos investigados na Operação Lava Jato, podendo citar como exemplo o Habeas Corpus 166373, onde um dos delatados informou a existência do constrangimento ilegal e o descumprimento da ampla defesa.

Em consequência dessa distorção no cumprimento do referido instituto na Operação Lava Jato, decorreram a exposição pública excessiva de acusados e delatados, o populismo penal midiático, sendo este um sentimento de medo e insegurança influenciado pela mídia e a pressão pela imprensa que acaba ferindo o princípio da presunção de inocência, não obstante além da modificação na análise dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva e/ou temporária. Todavia, ao longo do estudo contemplamos que se trata de uma necessária resposta à sociedade, bastando que sua aplicação seja aprimorada e utilizada com cautela a fim de evitar as lesões ao direito como acima mencionadas.

A partir da análise das mudanças da Lei 12.850/13, vemos que o Estado está em busca de levantar o véu da impunidade, estabelecendo institutos que viabilizem o desmantelamento das organizações de modo efetivo, contudo, não podemos deixar de reconhecer as falhas existentes na interpretação da nova Lei, bem como na aplicação do

instituto da colaboração premiada. Uma vez que, como determinamos a Lei de organização criminosa como atual, isto é, nova, é indispensável que haja um aperfeiçoamento na sua aplicação e em seu estudo, da mesma forma que gradativamente vão surgir entendimentos dos tribunais superiores a respeito do tema e suas peculiaridades.

Isto posto, a referida Lei foi o divisor de águas sobre a aplicação dos institutos da captação ambiental, ação controlada, infiltração de agentes e, principalmente, da colaboração premiada na persecução penal, favorecendo na identificação de autores, coautores e das atividades ilícitas praticadas pelas organizações que poderíamos determinar como inatingíveis, especialmente no campo político, econômico e público, deixando um grande legado no enredo do nosso Direito Penal e vencendo a variação clássica de que o crime é organizado e o Estado desorganizado.

Noutro giro, os institutos utilizados para a investigação demonstraram a magnitude da corrupção no nosso país, resultando em diversas condenações e muitas dessas mantidas pelos tribunais superiores, ainda que o sistema judiciário seja burocrático e a legislação de combate à corrupção necessite ser aprimorada cada vez mais. Havia um sentimento de impunidade para quem tinha poder político e econômico e esse paradigma foi vencido, ninguém será imune à lei, corruptos não passarão.

O presente artigo teve como escopo fomentar o estudo e o aperfeiçoamento da Lei 12.850/13 e da aplicação de seus institutos em nosso ordenamento jurídico, assim como reduzir as frequentes indagações sobre sua efetividade no combate às organizações criminosas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thais. Delação premiada frente a Operação Lava Jato. Jusbrasil, Presidente Prudente, São Paulo, 2016. Disponível em <https://thaissandradee.jusbrasil.com.br/artigos/317106671/delacao-premiada-frente-a-operacao-lava-jato>. Acesso em: 03 de janeiro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 18 Mar. 2020

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 3 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 25 de fev. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001.** Altera os arts. 1º e 2º, da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 11 de abril de 2001. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm. Acesso em: 17 de abr. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.** Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, DF, 24 de julho de 2012. Disponível em:
<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12694&ano=2012&ato=0a0gXQq1kMVpWT3f9>. Acesso em: 10 de mar. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 de mar. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus nº 166.373**, da 13ª Vara Federal de Curitiba, Paraná. Impetrante: Marcos Vidagal de Freitas Crissiuma. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 02 de outubro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>. Acesso em: 15 de junh. de 2020.

FERREIRA, Andressa Marta Gomes. **Colaboração Premiada: Análise Crítica na Operação Lava Jato.** Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 06, de nov. de 2018. Disponível em:
<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52374/colaboracao-premiada-analise-critica-na-operacao-lava-jato#:~:text=4%20AN%C3%81LISE%20CR%C3%8DTICA%20SOBRE%20A,investigados%20na%20opera%C3%A7%C3%A3o%20Lava%20Jato>. Acesso em: 16 junh. de 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13.** São Paulo. Editora Saraiva, 2014. p. 39-27.

LEAL, Walquiria Gonçalves da Silva. **A eficiência da colaboração premiada no combate ao crime organizado**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 03 nov. de 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54832/a-eficincia-da-colaborao-premiada-no-combate-ao-crime-organizado>. Acesso em: 03 nov. 2020.

MAGIO RODRIGUES PAULA de, Vicente. Associação Criminosa - Artigo 288 do Código Penal. Guarulhos, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/433046609/associacao-criminosa-artigo-288-do-codigo-penal>. Acesso em: 03 de janei. de 2020.

MARINHO, Glauca; AZEVEDO, Lena; CARVALHO, Sandra; JOZINHO, Josmar; SALVADORI, Fausto. **Democracia e crime organizado: os poderes fáticos das organizações criminosas e sua relação com o Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich, 2019.

MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 67.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 22.

SANTOS GARCIA, Luciano. **A infiltração policial em organizações criminosas como meio de prova**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 07 de mar. de 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/>

[Artigos/52710/a-infiltracao-policialem-organizacoes-criminosas-como-meio-de-prova](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52710/a-infiltracao-policialem-organizacoes-criminosas-como-meio-de-prova). Acesso em: 02 fev. de 2020.

O CONFLITO JURÍDICO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

AMANDA MONIQUE LABORDA BRANDÃO:
Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário - FAMETRO.

RESUMO: O direito ao esquecimento é um direito que uma pessoa possui de impedir que um fato que ocorreu em um determinado momento da sua vida, seja exposto ao público em geral, conseqüentemente, trazendo dor, sofrimento e transtorno. Já a liberdade de expressão é contrária, pois sua definição consiste no direito de as pessoas expressarem suas ideias e opiniões sem temer represálias e coerções. Desse modo, o presente artigo tem como objetivo principal discutir a relevância dos direitos explanados. Para que ocorra o cumprimento do objetivo geral, foram elaborados os seguintes objetivos específicos: descrever sobre a natureza do princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da liberdade de expressão; demonstrar os fatores históricos da conquista da liberdade de expressão; apontar os diferentes pensamentos de muitos autores; enaltecer a importância de ambos direitos. O método de pesquisa utilizado é predominantemente de caráter descritivo com abordagem qualitativa, na qual foram realizadas pesquisas bibliográficas, pesquisas em jurisprudências, na Constituição Federal e consultas à orientadora do presente trabalho. De acordo com os dados levantados, conclui-se, portanto, que as decisões jurídicas devem ser tomadas em cima de cada caso concreto, analisando sempre qual direito em questão está sendo violado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao esquecimento. Liberdade de expressão. Decisões jurídicas.

ABSTRACT: The right to be forgotten is a right that a person has to prevent an event that occurred at a certain point in his life from being exposed to the general public, consequently bringing pain, suffering and inconvenience. Freedom of expression, on the other hand, is contrary, as its definition consists of the right of people to express their ideas and opinions without fear of reprisals and coercion. Thus, this article has as its main objective to discuss the relevance of the explained rights. In order to achieve the general objective, the following specific objectives were elaborated: to describe the nature of the principle of human dignity and the principle of freedom of expression; demonstrate the historical factors in the achievement of freedom of expression; point out the different thoughts of many authors; praise the importance of both rights. The research method used is predominantly descriptive with a qualitative approach, in which bibliographic research, jurisprudence research, in the Federal Constitution and consultations with the supervisor of this work were carried out. According to the data collected, it is concluded, therefore, that legal decisions must be taken on each concrete case, always analyzing which right in question is being violated.

KEYWORDS: Right to be forgotten. Freedom of expression. Legal decisions.

SUMÁRIO: 1 Introdução - I Direito ao Esquecimento; 2.1 A origem do direito ao esquecimento; 2.3 A introdução do direito ao esquecimento no Brasil. 3 O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade como amparo ao direito ao esquecimento. 4 O princípio da liberdade de expressão; 4.1 Da conquista no Brasil. 5 Direito ao esquecimento versus liberdade de expressão; 5.1 Liberdade de expressão e direito ao esquecimento: qual direito deve prevalecer? 6 Considerações Finais. 7. Referência.

1 INTRODUÇÃO

No século XIX, os norte-americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis tiveram a brilhante ideia de publicar o artigo “Right to Privacy” que fez com que as pessoas tivessem uma noção maior sobre o quão importante é ter o direito à privacidade, ainda que tenham uma vida pública. Mais tarde, Right to Privacy seria conhecido no Brasil como “o direito ao esquecimento”.

Entretanto, desde que o direito ao esquecimento fora introduzido no Brasil através do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, há uma grande discussão acerca do conflito que esse direito possui com a liberdade de expressão, uma vez que tal direito contrapõe o direito à informação, direito de imprensa, dentre outros, e, devido a essa contraposição, muitos autores também entram em conflito de opiniões sobre qual direito deve prevalecer. Relativo a isso, este artigo tem como tema: o conflito jurídico entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como delimitação o conflito entre princípios de mesma hierarquia no que tange a escolha sobre qual deve predominar. Tendo como problemática: qual direito deve prevalecer? e a possível resposta/hipótese sendo: a decisão sobre qual direito deve predominar se dará após análise de cada caso concreto, não podendo generalizar.

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo geral discutir a relevância dos direitos explanados, e como objetivos específicos: descrever sobre a natureza do princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da liberdade de expressão; demonstrar os fatores históricos da conquista da liberdade de expressão; apontar os diferentes pensamentos de muitos autores; enaltecer a importância de ambos direitos.

A metodologia utilizada foi realizada mediante pesquisas em artigos científicos, jurisprudências e na Constituição Federal.

Dito isto, é oportuno informar que a relevância da pesquisa está em seu desenvolvimento, vez que o primeiro capítulo apresenta o conceito, a origem e a introdução do direito ao esquecimento no Brasil, onde o leitor poderá ter uma ideia de

como tal direito se tornou tão importante e, ao mesmo tempo, polêmico, uma vez que, no caso da Cachina da Candelária, o direito ao esquecimento prevaleceu, e no caso de Aída Curi, o direito ao esquecimento fora indeferido.

O segundo capítulo é basicamente a continuidade do primeiro capítulo, esse retrata o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade como amparo ao direito ao esquecimento, uma vez que esses asseguram o direito à vida, à privacidade, à honra, a moral e etc. ainda que esses direitos não sejam absolutos.

O capítulo terceiro retrata o conceito, e a conquista da liberdade de expressão no Brasil. Neste é possível observar o quão difícil foi conseguir o direito de se expressar, haja vista que, no passado, quem se manifestasse em desfavor dos governantes da época, eram repreendidos e até assassinados, portanto, em hipótese alguma haverá censura na manifestação de pensamento, seja ela manifestação oral, mídias sociais, jornais, reportagens, músicas, etc.

O capítulo quarto dispõe sobre o tema do artigo, o conflito entre ambos direitos. Nesse, surge uma importante pergunta, que também é a problemática deste trabalho: qual direito deve prevalecer? Tendo como resposta a análise de cada caso concreto, não podendo fazer valer a decisão do Supremo Tribunal Federal para todos os casos em que o que está em jogo é um dos princípios fundamentais irrenunciáveis.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, mesmo que esse fato tenha efetivamente ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento, transtornos ou constrangimentos.

Em concordância disso, Guedes (2017, n. p.) afirma que direito ao esquecimento é a elevação da dignidade da pessoa humana, consequências dos princípios da inviolabilidade da vida privada e da proteção à privacidade. Este consiste no direito da pessoa não ser lembrada por situações pretéritas constrangedoras ou vexatórias, por mais que sejam verdadeiras.

2.1 A origem do direito ao esquecimento

Diferente do que muitos acreditam, o direito ao esquecimento não é algo novo, tampouco surgiu no Brasil.

A noção surgiu no final do século XIX, quando os estadunidenses Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis publicaram o artigo intitulado "Right to Privacy" (Direito à Privacidade), que pode ser considerado o marco inicial ao direito à intimidade e à

privacidade. Vale destacar que Warren foi juiz da Suprema Corte e um dos mais influentes juristas estadunidenses em questões de direito privado e, ainda nos Estados Unidos da América, o direito ao esquecimento é conhecido por "The Right to be let Alone", que significa "O Direito de ser deixado sozinho" e é frequentemente arguido pelas partes que se sentem violadas por notícias do passado.

Portanto, como é sabido, tal direito se espalhou pelo mundo ganhando grande relevância e se tornando um assunto polêmico no meio jurídico, criando imenso conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão.

2.1 A introdução do direito ao esquecimento no Brasil

Em março de 2013, o Enunciado 531 do Centro de Estudos Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF) foi aprovado no Brasil, nos seguintes termos "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Portanto, de acordo com o magistrado Rogério de Meneses Fialho Correia, este ajudará nas definições das decisões judiciais acerca do art. 11 do Código Civil, o qual dispõe a irrenunciabilidade e impossibilidade de transmissão dos direitos de personalidade, bem como no artigo 5º da Constituição Federal/1988, sendo utilizada a seguinte justificativa:

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.

Portanto, como pode ser verificado, o referido direito não tem a finalidade de apagar o que aconteceu no passado, mas tão somente evitar que tais fatos sejam resgatado sem nenhuma finalidade criteriosa, causando danos, muitas vezes, irreversíveis.

Um dos casos emblemático em que o direito ao esquecimento foi o principal objeto foi no caso de Aída Jacob Curi (STJ, REsp 1.335.153-RJ, cit), assassinada aos 18 anos em 14 de julho de 1958 no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro, pois este caso foi resgatado pela TV Globo através do programa Linha Direta em 2004, o que acabou causando desconforto aos irmãos de Aída, que ajuizaram ação contra a emissora por danos morais, alegando que a ré "cuidou de reabrir as antigas feridas dos autores, veiculando novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aída Curi, inclusive explorando sua imagem, mediante a transmissão do programa chamado "Linha Direta - Justiça".

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça julgou o caso improcedente, segue Recurso Especial:

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. 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. [...] 3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. [...] 5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. 6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador

reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. [...] 8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. 9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. 10. Recurso especial não provido.

Todavia, apesar de o voto vencimento ter sido favorável à improcedência do pedido, o relator do caso, ministro Luis Felipe Salomão, rebateu todas as teses de não aceitação da teoria do direito ao esquecimento afirmando que: (i) o fato ser de conhecimento público não importava; (ii) que a existência de cobertura sensacionalista e abusiva à época não seria, agora, autorizativa de novo abuso; (iii) que a família tem sim o direito de ver esquecidos fatos que lhe causem dor e humilhação; e, principalmente, (iv) que os acusados, ou mesmo os condenados por crimes, têm o direito de, a partir de um determinado momento, ver esquecidas as informações quanto aos crimes pretéritos pelos quais já pagaram (principalmente os acusados absolvidos). E nesse caso, como foi julgado em 10/09/2013, o relator também usou o Enunciado 531 como justificativa, uma vez que o mesmo havia sido recentemente sancionado no Brasil.

Outro caso bem conhecido foi da Chacina da Candelária, esse anterior ao de Aída, onde um dos denunciados foi absolvido no final do processo e apenas as suas iniciais J.G.M foram permitidas no meio de veículo de comunicação. Entretanto, anos mais tarde uma reportagem fora realizada também pelo Linha Direta em 27 de julho de 2006, apontando todos os acusados, inclusive os que foram absolvidos. J.G.M ingressou com demanda na justiça devido a veiculação de sua imagem sem autorização, e depois encaminhado para o

Superior Tribunal de Justiça o qual reconheceu a existência do direito ao esquecimento, todavia, posteriormente a TV Globo entrou com recurso especial e teve o provimento negado com a seguinte ementa do caso:

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 FATOS. 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.

RE no RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS RECORRENTE: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A ADVOGADOS: JOSÉ PERDIZ DE JESUS E OUTRO (S) – DF010011 JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO (S) – RJ075342 GUSTAVO BINENBOJM – RJ083152 RODRIGO NEIVA PINHEIRO E OUTRO (S) – DF018521 RECORRIDO: JURANDIR GOMES DE FRANÇA ADVOGADO: PEDRO D'ALCANTARA MIRANDA FILHO E OUTRO (S) – RJ069620 DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 786/STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO. DECISÃO Vistos. Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S.A., com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça ementado nos seguintes termos (fls. 583/587, e-STJ): "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-

JUSTÇA. 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 A ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. [...] O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluéis de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do contendo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. 4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere a vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais a privacidade e a autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado a diversão ligeira"(BALTMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados. [...] 7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela

constitucional de ambos os valores. [...] 13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto a folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do a:ligº Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). [...]18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado com muita razão um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. [...] 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. [...] E, no essencial, o relatório. Conforme relatado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu nos autos do ARE 833.248/RJ, posteriormente substituído pelo RE 1010.606/RJ, Relator Min. Dias Toffoli, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, qual seja, "aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares" (Tema 786/STF). (Resp. nº 1.334-097-RJ, Rel. Min. Luís Salomão, 4ª Turma, 28/05/2013)

Portanto, após o reconhecimento do direito ao esquecimento, o reconhecimento da gravidade em que a emissora expôs o réu absolvido, a 4ª Turma manteve a condenação da ré, uma vez que a mesma violou os limites do direito de imprensa, alegando que seria bem contada sem que precisasse expor os condenados.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO AMPARO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico e que possui *status* constitucional dentro do ordenamento jurídico. Dessa maneira, tal princípio atua basicamente como um justificador moral e é um fundamento jurídico-normativo do próprio direitos humanos.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana está notadamente prevista no artigo 1º, inciso III; artigo 5º, inciso III; artigo 170, caput; artigo 226, §7º; artigo 227, caput e artigo 230 da Constituição Federal de 1988. Está inserida como fundamento da República Federativa do Brasil e constituída como o elemento norteador de um país democrático de direito, esta é a individualidade do ser humano que confere direitos básicos inerentes e garante o valor de unidade.

A dignidade não é apenas um valor moral, mas também, espiritual. Será o valor mínimo indispensável e inviolável que a sociedade deve respeitar. O ser humano tem direito à autodeterminação e à liberdade em sua vida e deve estar sujeito às leis e aos regulamentos. Sua proteção normativa serve como um reconhecimento da natureza e das condições humanas.

Nessa perspectiva, Alexandre de Moraes descreve a seguinte definição:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAIS, p. 52).

A ordem jurídica toma a dignidade humana como seu valor, e encontra seu próprio significado na tarefa de interpretação normativa, ou seja, seu ponto de partida e ponto de chegada. Portanto, a dignidade humana é vista como o verdadeiro super princípio que norteia o direito internacional e nacional.

Nesse sentido, Piovesan (2008, p. 52) descreve que "(...) no campo internacional, a dignidade humana é o valor maior que inspirou a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, acenando à universalidade e à indivisibilidade dos direitos humanos. Como já apreciado".

Sob este modelo de estado, os direitos básicos formam uma organização sistemática e unificada com a dignidade humana como princípio fundamental. Os tribunais usam a eficiência da radiação como desculpa para utilizá-la para complementar os mais

diversos julgamentos. Como princípio orientador de um sistema jurídico baseado principalmente na religião, ele tem uma influência decisiva sobre todos os outros princípios, por isso tornou-se um totem moderno. (SOUZA, 2015, n.p.).

Quanto ao direito da personalidade, esse pode ser analisado por vários pontos de vista, uma vez que aborda os valores históricos, norma, dentre outros. Portanto, nada mais é do que um conjunto de normas e princípios, com a principal finalidade de disciplinar e organizar à coletividade.

Nesse sentido, esse sistema do ordenamento jurídico tem como objetivo tutelar o próprio ser humano, surgindo, assim, o reconhecimento da personalidade que se encontra diretamente ligada ao conceito de pessoa.

Nesses termos, é importante destacar o conceito de pessoa por Martinez:

Primeiramente, a definição de pessoa vinculou-se a uma aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Esta é a concepção clássica de personalidade, que, como se demonstrará em momento oportuno, foi superada por uma visão contemporânea de personalidade como corolário da ideia de dignidade da pessoa humana como valor, a qual merece uma tutela diferenciada em função de seus atributos. (MARTINEZ, 2014, p. 12).

Desse modo, a personalidade passou a ser pleiteada sobre a ideia de dignidade da pessoa humana, sendo a partir dessa idealização que serão extraídos os direitos de personalidade, inclusive o surgimento do direito ao esquecimento comparado como novo e autônomo ao direito de personalidade.

Na Roma antiga, a dignidade da pessoa humana era relacionada ao *status* de cada indivíduo, sendo um direito exclusivo da nobreza, todavia, ao passar do tempo esse direito foi moldado e conceituado como proteção à honra, à moral, dentre outros.

A dignidade da pessoa humana está consolidada sobre dois panoramas diferentes: interna e externa. Tendo em vista isso, Luiz Roberto Barroso dispõe:

Não é difícil perceber, nesse contexto, a dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa o valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão, é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações. (BARROSO,

Luiz Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 61).

Entretanto, vale ressaltar que tais direitos não são absolutos, como pode ser verificado no decorrer deste artigo.

4 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Bezerra (2018, n.p.) conceitua Liberdade de Expressão como o direito que admite opiniões pessoais sem temer censuras. Do mesmo modo, permite a difusão das informações de maneira livre e sem admoestação, isto é, poder externar juízo próprio ou alheio, salvaguardando o respeito e a verdade. Direito esse, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Diante disso, o artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que 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.

São muitos os fatores para justificar o imenso prestígio à liberdade de expressão. A maioria dos doutrinadores consideram a referida liberdade como uma das estrelas mais reluzentes do Estado democrático de Direito. Em contraposição, as muitas funções atribuídas a ela são recheadas de complexidade, dando a ideia de que a tendência doutrinária é desviar qualquer concepção única sobre a liberdade de expressão, seja ela baseada na proteção da personalidade humana ou relacionada com a proteção da coletividade (FARIAS, 2001, p. 58).

No Brasil, a liberdade de expressão/comunicação/imprensa está regida no âmbito da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos IV, V, IX; artigo 220, § 1º e § 2º, os quais dispõem:

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: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] V - é livre a expressão da atividade intelectual, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer

forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A liberdade de expressão também está prevista na Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967 através da livre manifestação de pensamento e da informação.

4.1 Da conquista no Brasil

A conquista da liberdade de expressão no Brasil foi cercada de várias reviravoltas desde que alguém decidiu discordar dos poderosos, haja vista que quem controlava o país e tudo o que nele habitava, era o monarca ou imperador. Na história do Brasil, é possível observar as centenas de mortes que ocorreram por alguém estar simplesmente expondo sua opinião, pois, se essa fosse contra ao poder da época ou contra alguém autoritário, seria imediatamente cessada. (LOBO, Judá; SOUZA, Otávio, 2018a, p. 70).

As mudanças passaram a ocorrer em 15 de novembro de 1889 com o fim do governo de Dom Pedro II, e o início do presidencialismo no Brasil. E desde então, houve duas Constituições no Brasil que não previam a censura, sendo a primeira em 1891, a qual oficializou os instrumentos da nova república, tendo como forma a federativa de Estado e a republicana de governo.

Após esta, nova Constituição foi criada em 1934 sob o comando de Getúlio Vargas. Nesta, o atual presidente da época adotou as leis trabalhistas, nas quais os trabalhadores possuíam 8 (oito) horas diárias de trabalho e descansos semanais. Todavia, em 1937, o próprio Vargas derrubou a Constituição que estava em vigor e a substituiu pela Carta Constitucional do Estado Novo, aderindo, portanto, os ideais fascistas, surgindo, assim, a primeira ditadura recheada de restrições com o poder concentrado nas mãos do ditador. (LOBO, Judá; SOUZA, Otávio, 2018b, p. 83).

Em concordância disso, Olivieri (2014, p. 3) afirma que tais atos se estenderam até 29 de outubro de 1945 quando Vargas foi destituído do cargo em favor de novas eleições presidenciais onde o general Eurico Gaspar Dutra saiu vitorioso da disputa, exercendo um mandato democrático decretando o fim das perseguições, censuras, pena de morte, onde o povo podia se expressar livremente.

Contudo, em 1964, através de um golpe e a implementação de uma nova Constituição (proclamada em 1967), o Brasil vivenciou uma nova ditadura, sendo essa, a ditadura militar que fez com que a censura retornasse com força total, se não, bem maior que no período do Estado Novo, especialmente após a entrada em vigor da Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967 a qual amparava todo e qualquer tipo de manifestação de pensamento. Na época, houve censura em todos os meios de comunicação, seja em revistas, livros, reportagens, notícias peças teatrais e até em músicas.

A respeito disso, Caetano (2016, p.17) cita:

A censura persistia com a entrada em vigor do regime de exceção. Nesse assombroso período, não apenas os pensamentos que contrariavam o governo que receberiam censuras. A partir do momento em que criaram a Censura Prévia, todas as notícias e trabalhos da imprensa deveriam passar por uma análise governamental antes de ser publicadas para só então o cidadão brasileiro conseguir acesso à determinada notícia.

Após tantas censuras e restrições de direitos, a tranquilidade retornou em 1985 com a vitória de Tancredo Neves para presidente da república dando início à queda da ditadura militar e a Constituição Federal de 1988 (em vigor até hoje), com a construção do Estado Democrático de Direito.

A proteção e o cumprimento da liberdade de expressão é um dos motivos pelos quais o Estado deverá fundamentar-se em sua existência, sob pena de se desvencilhar-se em sua finalidade última e principal, qual seja, a proteção da coletividade. Por outro lado, a sobrevivência do Estado está atrelada ao desenvolvimento intelectual de seu povo, que depende diretamente da livre troca de ideias.

Ademais, o conteúdo dessas concepções é diretamente condizente à maior liberdade de expressão exequível, de modo em que a pluralidade de pensamentos conflua para sofisticação dos padrões de comportamento, ao passo que as visões individuais possam se confrontar de maneira saudável.

Portanto, é inegável que, após anos de luta, a liberdade de expressão foi umas das maiores conquistas de uma humanidade totalmente reprimida escondida sob opressão de “senhores” que conseguiam censurar algo quase impossível de conter, a vontade de se expressar.

5 DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Apesar da dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão serem princípios de mesma hierarquia, quando o direito ao esquecimento entra em discussão, o conflito

entre ambos os princípios se destaca, uma vez que o direito em questão contrapõe o direito à liberdade de imprensa e o acesso à informação. Cabendo análise sobre qual princípio deve prevalecer, sob hipótese de uma situação concreta.

Neste seguimento, Alina de Toledo Rossi, dispõe:

O direito ao esquecimento é tão polêmico justamente pela natureza dos direitos fundamentais que coloca frente a frente.

Com previsão constitucional, de um lado temos a liberdade de expressão, de comunicação, a liberdade de imprensa e a proibição da censura. Sabe-se, inclusive, que a liberdade de expressão é essencial "para o pleno exercício da democracia", sendo um de seus valores fundamentais, devendo sua restrição ocorrer em situações excepcionais.

Em contraponto, e a favor do direito ao esquecimento, trazemos os direitos da personalidade, com fundamento constitucional e civil, ancorados no fundamento da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos da personalidade, dentre eles a proteção do nome, da vida privada da honra e da intimidade. A privacidade, em simples palavras, assegura que cada indivíduo é dono de um espaço particular, possuindo o direito de manter esse espaço afastado da curiosidade alheia. A proteção dos direitos da personalidade faz parte da própria proteção da condição humana.

Notório é que, portanto, lidamos com direitos fundamentais do nosso ordenamento jurídico, previstos na constituição, e de singular importância coletiva e individual. Ante a existência de conflito entre direitos fundamentais: "liberdade de expressão x direitos da personalidade", é que se faz necessária a ponderação para verificar-se qual deverá "ceder" na análise de uma situação concreta. (ROSSI, 2021, n.p).

Com a globalização, a popularidade da internet, a propagação das redes sociais, o acesso à informação aumentou de forma espantosa, onde, diariamente, há exposição e bombardeios de notícias de inúmeros conteúdos. Com isso, desde os atos mais comuns aos atos mais íntimos são expostos em velocidades e escalas alarmantes. E as informações do passado de alguém podem ser facilmente resgatadas nas plataformas digitais, consequentemente, causando prejuízos.

Nessa linha de pensamento, a juíza Viviane Maldonado dispõe:

O equilíbrio entre a liberdade de informação e o direito à privacidade tem gerado, nos últimos anos, significativo debate ao redor do mundo.

Embora o tema não seja novo, o crescente progresso tecnológico vem clamando por uma abordagem atualizada por uma análise diferenciada.

[...]

Como consequência do desenvolvimento na seara da comunicação, surgiram novas necessidades provocadoras da reformulação de conceitos.

Aliás, o ambiente da rede mundial de computadores, por si próprio, ensejou situações jamais imaginadas anteriormente. E isso porque, se antes o acervo atinente a informações e dados sobre pessoas assentava-se em arquivos físicos e inacessíveis, hoje tem-se que a internet revela quase todo o histórico dos indivíduos, independentemente de sua vontade (MALDONADO, 2017, n.p.).

O direito especificado vem ganhando maior alcance em virtude da facilidade e rapidez de divulgação de uma informação pela internet, que gera grande exposição de fatos, notícias, boatos, ainda que tais fatos tenham ocorrido no passado, dificultando o indivíduo de ter privacidade, uma vez que a sociedade impõe uma vigilância eterna (LOPES, Lucas; LOPES, Matheus, 2013a, p. 97).

Nesse diapasão, a ministra Eliana Calmon, do Supremo Tribunal de Justiça, descreve o seguinte pensamento:

O homem do século XXI tem como um dos maiores problemas a quebra da sua privacidade. Hoje é difícil nós termos privacidade. Por quê? Porque a sociedade moderna nos impõe uma vigilância constante. Isto faz parte da vida moderna. Agora, esse século XXI trabalha e tem dificuldade de estabelecer quais são os limites dessa privacidade. Até quando eu posso me manter com a privacidade sobre o meu agir, sobre os meus dados, e até que ponto esta privacidade termina por prejudicar a coletividade (CALMON, Eliana, 2013, n.p).

Contudo, o autor do Enunciado 531, o promotor de Justiça do Rio de Janeiro, Guilherme Magalhães Martins, ensina que o direito ao esquecimento não prevalece ao

direito à liberdade de informação e de manifestação de pensamento, no entanto, que há limitações quanto à essas prerrogativas.

É necessário que haja uma grave ofensa à dignidade da pessoa humana, que a pessoa seja exposta de maneira ofensiva. Porque existem publicações que obtêm lucro em função da tragédia alheia, da desgraça alheia ou da exposição alheia. E existe sempre um limite que deve ser observado.

Assim como a liberdade de expressão, o direito ao esquecimento não é absoluto, ao contrário, é excepcional. Apesar de não ter força normativa, o Enunciado está sob interpretação do Código Civil referente aos direitos da personalidade quando afirma que o indivíduo tem o direito de ser esquecido tanto pela opinião pública quanto pela imprensa (LOPES, Lucas; LOPES, Matheus, 2013b, p. 97).

Em contrapartida, o conceito de vida não deve ser visto apenas de forma biológica. Se faz necessário entender como uma permuta do indivíduo com a sociedade. Esta permuta é maleável e fluida, porém, sempre observando a individualidade de cada um.

Na mesma linha de pensamento, Romminger (2011, n.p) alega que, o direito à vida não é regida somente pelo direito constitucional brasileiro, mas também por tratados internacionais, além disso, no Brasil, após passar por processo legislativo específico, o direito passa a ter força de norma constitucional.

Romminger destaca, ainda, a superioridade do direito à vida sobre todos os outros direitos, uma vez que é um direito prévio, que se antecipou a todo ordenamento jurídico, originado do direito natural para sua autopreservação. Portanto, não há que se condicionar esse direito a qualquer outro que esteja sob a égide natural, mas é preciso que esta vida esteja vinculada aos direitos da integridade e da dignidade da pessoa humana.

5.1 Liberdade de expressão e direito ao esquecimento: qual direito deve prevalecer?

Em fevereiro de 2021, através do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. O caso concreto para analisar a aplicação do direito ao esquecimento foi o de Aída Curi, o qual teve o pedido de indenização por danos morais e materiais indeferido, como já mencionado anteriormente.

Durante o julgamento, o relator ministro Dias Toffoli mencionou que, pelos graves casos de feminicídio no Brasil, crimes como esse não podem e nem devem ser esquecidos.

A tese, de repercussão geral, firmada no julgamento do Supremo Tribunal Federal foi a seguinte:

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.

E diante dos argumentos de tais argumentos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em regra, a CF é contrária a um direito ao esquecimento.

Todavia, vale mencionar que cada caso é um caso e, para fazer valer a “prevalência” da liberdade de expressão, tal direito não pode extrapolar, uma vez que serão revisados no caso concreto, levando em conta a guarda da imagem, honra e a vida privada. Portanto, mesmo que o direito ao esquecimento não tenha seu reconhecimento como um direito geral e abstrato, incute a análise expressa do caso concreto no intuito de coibir abusos, evitando violações de direito à privacidade.

Diante do exposto, conclui-se, assim, que, para uma decisão importante na qual deverá ter que escolher se a liberdade de expressão é superior ao direito ao esquecimento ou *vice-versa*, é de suma importância analisar caso a caso para impedir que um direito venha a ferir o outro, priorizando sempre os direitos das partes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise a respeito do conflito jurídico entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, visando o principal objetivo do estudo que consiste em discutir a relevância dos direitos explanados.

Sob esse viés, pôde-se verificar que ambos direitos possuem grande influência em casos emblemáticos em que restam dúvidas sobre qual direito deve ser acatado, onde o direito ao esquecimento resguarda a privacidade, a moral, a honra e vida de alguém que se tornou pública por ações cometidas no passado, no qual, o principal objetivo é impedir que tais casos voltem à tona, dificultando o progresso de quem quer ter uma vida normal afastada de polêmicas. Em contrapartida, o direito à liberdade de expressão que preserva o direito de imprensa, o direito à informação, o livre pensamento, e está amparado pelo artigo 5º, inciso IX c/c com o artigo 220, ambos da Constituição Federal, sendo esse totalmente livre de qualquer tipo censura.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal que constatou a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal, tendo como base o caso de Aída Curi, a liberdade de expressão saiu predominante, haja vista que se trata de um caso de feminicídio, tendo tal crime um crescimento exponencial no Brasil e esse não pode e nem deve ser esquecido, podendo ser citado a qualquer momento pela imprensa.

Todavia, vale ressaltar que para tais decisões deverá ser analisado cada caso concreto, pois o direito de imagem e privacidade continuam sendo direitos fundamentais, e a liberdade de expressão mantem-se relativa e limitada, não podendo e nem devendo violar os direitos de quem está sob a proteção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, ainda que a decisão tenha sido contrária ao direito ao esquecimento, esse não tem que ser deixado de lado, pois também foi uma grande conquista do princípio da dignidade da pessoa humana.

7 REFERÊNCIAS

25 anos da Constituição Cidadã. Senado Federal, Brasília, 02 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>>. Acesso em: 26 de setembro de 2021.

ASPIS, Mauro Eduardo Vichnevetsky. Direito ao Esquecimento. Migalhas, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/333760/o-direito-ao-esquecimento>>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

Assembleia Geral da ONU. (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos (19), 1948.

BARROSO, Luiz Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil. vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2014.

BEZERRA, Juliana. Liberdade de Expressão. In: TodaMatéria, 2020. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAETANO, João Pedro Zambianchi. Evolução Histórica da Liberdade de Expressão. Centro Universitário Toledo Prudente, 2016. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETCI/article/view/5581/5306>>.
Acesso em: 26 de setembro de 2021.

SILVA, Daniel Alves. História do Mundo, São Paulo, 06 de janeiro de 2019. Disponível em:
< <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/ditadura-militar-no-brasil.htm> >. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da. Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho / organização. 1. ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. 2001. Tese (Pós-graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, 2001.

GUEDES, Luiza Helena da Silva. Direito ao esquecimento. In: *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 12 de maio 2021.

LOBO, Judá; SOUZA, Otávio. A Liberdade de Expressão Entre Monarquia e República: Uma História de Igualdade e Hierarquia na Curitiba de 1889. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 2019. Disponível em: < <https://reedrevista.org/reed/article/view/285> >. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

LOPES, Lucas Guglielmelli; LOPES, Matheus Guglielmelli. Direito ao Esquecimento. *Jornal Eletrônico. Faculdades Integradas Viana Júnior*. Ano VII. Edição 1. 2015. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20150225_151422.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

LUZ, A. S.; DUARTE, B. F. M. O direito ao esquecimento como limitação à liberdade de expressão. In: *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-direito-ao-esquecimento-como-limitacao-a-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. Direito ao esquecimento. 1. ed. São Paulo: Novo Século, 2017.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Antônio Carlos. Censura – o regime militar e a liberdade de expressão. UOL, 2014. Disponível em: < <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/censura-o-regime-militar-e-a-liberdade-de-expressao.htm> >. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

PIOVESAN, Flavia. Leituras complementares de direito constitucional. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

Revista Consultor Jurídico. Direito ao esquecimento é garantido por turma do STJ. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stj-enunciado-cjf>>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

ROCHA, Rafael. Direito ao Esquecimento. Jus.com.br, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62577/direito-ao-esquecimento>>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

ROMMINGER, Christiane Helena Lopes Campião. Como as pesquisas com células-tronco embrionárias influenciam no direito à vida e a dignidade da pessoa humana. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10391>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

ROSENVALD, Nelson; SCHAEFER, Fernanda. Direito ao Esquecimento e a Jurisprudência do STJ. Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/327758/direito-ao-esquecimento-e-a-jurisprudencia-do-stj>>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

ROSSI, Alina de Toledo. Direito ao esquecimento e a decisão do STF no RE 1.010.606/RJ. Migalhas, 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/340982/direito-ao-esquecimento-e-a-decisao-do-stf-no-re-1-010-606-rj> >. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. A abordagem constitucional na liberdade de expressão. In: DireitoNet, 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8017/A-abordagem-constitucional-da-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

Site Conselho da Justiça Federal. Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO,



Marcelo Campos (Org.). Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015.

VIANA, Rafael Antunes. Dignidade da pessoa humana e direito absoluto. In: JurisWay, 2010. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3918>. Acesso em: 22 de maio de 2021.

A DECLARAÇÃO DA VÍTIMA POR ESCUTA ESPECIALIZADA NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VERSUS A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

RENATA NASCIMENTO DA SILVA:
Bacharelada em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo – Fasec.

ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO

(orientador)

RESUMO: O presente artigo propõe o estudo e pesquisa detalhada acerca do estupro de vulnerável, com a especificação dos atos cometidos para a caracterização do delito, do instituto do *standard* probatório que corresponde a existência mínima de provas produzidas nos autos para fundamentar decisão definitiva condenatória, bem como, buscará trazer atos jurisprudenciais de casos concretos que sinalizam a precisão do depoimento especial da vítima, isto é, a prova testemunhal da criança vítima do estupro ainda que seja o único meio de prova que embasará a condenação do autor do crime.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Depoimento sem dano. Vítima. Escuta especializada. Condenação.

ABSTRACT: This article proposes the study and detailed research on the rape of the vulnerable, with the specification of the acts committed to characterize the crime, the institute of the evidential standard that corresponds to the minimum existence of evidence produced in the records to substantiate the final condemnatory decision, as well as , will seek to bring jurisprudential acts of concrete cases that signal the accuracy of the victim's special testimony, that is, the testimonial evidence of the child victim of the rape, even though it is the only means of evidence that will support the conviction of the offender.

Keywords: Vulnerable Rape. Testimony without damage. Victim. Expert listening. Conviction.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de estupro de vulnerável. 2.1 Princípio da presunção de inocência e a produção probatória nos casos de estupro de vulnerável. 2.2 Conceito de *standard* probatório. 2.3 Declaração da vítima: o depoimento sem dano e a sua composição no processo. 3 A jurisprudência sobre o tema. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Previsto no artigo 217-A do Código Penal, o estupro de vulnerável caracteriza-se como o coito vaginal ou qualquer outro ato libidinoso praticado com ou sem consentimento do indivíduo menor de 14 (catorze) anos de idade, isto por ser considerado absolutamente vulnerável.

O controle do poder punitivo trata-se de tema muito debatido no âmbito do processo penal em razão da valoração das provas produzidas durante o processo por meio de decisão judicial. Com isso, vêm à tona o instituto do *standard* probatório, adotado basicamente para garantir a existência mínima de provas para proferir decisão condenatória.

Teoricamente integrada com padrões probatórios, o *standard* é constituído com parâmetro de prova clara e convincente, prova mais provável que sua negação, preponderância da prova e prova além da dúvida razoável. Como um dos requisitos para proferir decisão, o *standard* probatório assegura o seu preenchimento de forma suficiente para basear o entendimento do Magistrado e garantir legitimidade do julgamento.

No sistema penal brasileiro, como um dos meios de obter prova existe o que se caracteriza como a escuta especializada em casos de cometimento do crime de estupro de vulnerável, onde a criança pode ser entrevistada por outrem, sendo este especializado no âmbito da educação e da saúde, de forma que busque informações acerca do delito ocorrido assegurando a proteção e o cuidado da vítima, especificamente crianças ou adolescentes.

A escuta especializada consiste em uma das modalidades de provas para descobrir a realidade dos fatos, bem como para se comprovar a autoria e a materialidade do delito, tendo em vista que, a realização do interrogatório perante a pessoa do Magistrado pode acarretar maiores traumas à vítima vulnerável e, conseqüentemente, não atingindo o objetivo de punir o responsável pelo crime.

Destarte, estudos realizados e pesquisas recentes têm demonstrado que a escuta especializada, também chamada de depoimento sem dano, corresponde a um método que mantém a preservação da vítima e garante o atendimento do princípio da ampla defesa e contraditório, sendo, portanto, prática inovadora que emergindo no país.

2. CONCEITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Instituído pela Lei nº 12.015/09 que, conseqüentemente alterou o Código Penal Brasileiro substituindo o artigo 224 pelo artigo 217-A, o crime de estupro de vulnerável consiste em “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menos de 14 (catorze) anos”, cuja pena decorre de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

O delito de estupro de vulnerável pode ser caracterizado com a consideração de ato de violação ou qualquer ato praticado visto como libidinoso, com ou sem o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos de idade, não necessariamente precisando ocorrer a conjunção carnal para a consumação do crime.

Para Chammas (2012, p. 35), o ato ilícito do estupro de vulnerável também pode ser encarado diante de diversas condutas que expõem intimamente a vítima, como “todo ato ou jogo sexual de relação hétero ou homossexual, no qual o agressor está em estágio de desenvolvimento psicosssexual mais adiantado que a criança ou adolescente (...) o abusador busca obter suas próprias gratificações sexuais.” Isto é, o crime se vê caracterizado diante de condutas que descortinam indevidamente a imagem da criança e do adolescente.

Para a consumação do crime não é necessário o uso de violência ou grave ameaça, ou resistência do ofendido, podendo ser o ato consensual. Diante dos ensinamentos de Prado (2020, 35)

Se além da conjunção carnal, o agente pratica outros atos libidinosos, constringendo a vítima, por exemplo, ao coito anal ou ao sexo oral, há um único delito, pois tais condutas subsomem-se ao mesmo tipo penal. Caso o agente transmita a vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, aplica-se a causa de aumento de pena de um sexto até a metade prevista no artigo 234-A, inciso IV, do Código Penal

Assim, cumpre ressaltar que a conduta ilícita do crime de estupro de vulnerável é reconhecido desde que praticados atos libidinosos ou que se tenha a conjunção carnal com crianças ou adolescentes menores que 14 (catorze) anos de idade.

Para Bezerra (2006, p. 22):

É possível encontrar no Código Penal de forma explícita, um conceito de vulnerável como sendo uma pessoa menor de quatorze anos ou o indivíduo por alguma enfermidade ou deficiência mental, não tenha o discernimento necessário para prática do ato ou que não possa oferecer resistência.

Neste contexto, é uma pessoa frágil, que vulnerar significa ferir, lesar ou prejudicar. Já o *bilis* significa suscetível. Portanto, o estupro de vulnerável consiste em ser um bem jurídico tutelado a dignidade sexual do menor.

Na verdade, a vulnerabilidade não se relaciona com a maturidade da vítima, para a nossa lei, mas sim é uma presunção legal que visa coibir o ingresso prematuro da criança ou adolescente na sexualidade, independentemente da maturidade que tenha.

Destarte, o consentimento da vítima não é válido, ou seja, o legislador entende que o crime independe do consentimento por ser presumida a vulnerabilidade, ressalte-se, uma vulnerabilidade com presunção absoluta e não apenas relativa.

Atualmente, o ato libidinoso é todo qualquer ato praticado de forma que venha ocorrer à satisfação da lascívia, de forma que foi agrupado ao delito com a conjunção carnal no capítulo de estupro de vulnerável. Entretanto, a vulnerabilidade deve ser absoluta independente das circunstâncias, como esclarece a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (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.

Por outra forma, é possível compreender que o objeto jurídico do crime de estupro pode ser validado não apenas diante do coito vaginal, podendo ainda elencar que o “beijo roubado”, consoante entendimento de Brocanelo (2019, *online*), “beijar e agarrar à força, mão boba e puxar o cabelo, são consideradas agressões sexuais e a pessoa que pratica esses atos pode ser severamente punida”. Isto é, também é capaz de ser considerado como ato libidinoso contra a criança ou o adolescente menor de catorze anos.

~~Observa-se que~~ o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal dispõe como sendo os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia: a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, assim como o crime de estupro de vulnerável.

Como bem ensina Nucci (2020, p. 48), “o acusado por crime hediondo não deve permanecer, como regra, em liberdade, nem pode ter sua pena perdoada ou comutada de qualquer modo”, visto a ausência de segurança às vítimas e pessoas com característica semelhantes que podem ser novas vítimas de tais agentes.

Por consequência do ato denunciado, o agente que cometeu crime classificado como hediondo é considerado perigoso e ameaçador para viver em sociedade, podendo, no respectivo caso justificar que pode ser arriscado permitir que o estuproador esteja em convivência com crianças e adolescentes em meio a sociedade.

Muitos tendem a associar os crimes hediondos com a prática de atos reconhecidos como cruéis e violentos, onde o criminoso atua com frieza e crueldade. Todavia, para Estefam (2016, p. 21) “a conduta nuclear reside no ato de obrigar, forçar, compelir, impor a vítima que realize determinado comportamento ou a ele se sujeite, contra a sua vontade”.

Ou seja, no que tange ao crime de estupro de vulnerável é possível atentar-se para a existência do ato de agressão a integridade física e moral das vítimas menores de catorze anos de idade.

De acordo com os ensinamentos de Jesus (2011, p. 88-89), entende-se que “ato libidinoso é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual.” Por essa razão é considerado de forma objetiva a representação de ofensa ao pudor geral, conferindo discrepância a aparência sexual e, subjetivamente, o objetivo de satisfação por impulso de luxúria e lascívia.

Desse modo, Cachapuz, (2015, p. 36) ensina que “o ato libidinoso acaba sendo considerado por muitos uma ação menos gravosa do que a extremidade ofensiva, como são os casos de coito anal e sexo oral”, tendo em vista que o ato libidinoso é toda ação capaz de atingir a violar incontestavelmente a dignidade sexual da vítima, cuja finalidade seja a motivação de obter prazer sexual.

Salienta-se ainda que todas aquelas condutas dos agentes que apresentarem constrangimento ilegal à dignidade sexual da criança e do adolescente é conhecido como “ato libidinoso”, ainda que diversos da conjunção carnal que, junto a esta compreende a caracterização do crime de estupro de vulnerável.

Para Greco (2016, p. 155), considerando a presunção de vulnerabilidade quando a vítima for menor de 14 anos de idade, a prática de atos libidinosos ainda que uma única vez é possível reconhecer a consumação do crime de estupro de vulnerável, à exemplo que se dá quando o autor do crime pratica o ato de apalpar o corpo da vítima/menor de idade, buscando assim a satisfação sexual.

A liberdade sexual e autonomia sexual de um menor de 14 anos deve ser preservada, como dispõe Prado (2020, p.125), tendo a objetividade de proteger a formação da personalidade da criança e do adolescente, com a segurança da identidade ou intangibilidade sexual. Assim, assegura-se o direito à liberdade e o respeito à dignidade de pessoas menores de catorze anos que se encontram no auge do desenvolvimento psicológico e início da fase de criação da clareza de discernimento para sua própria segurança social.

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O princípio da presunção de inocência está descrito na Constituição Federal de 1988, descrevendo constitucionalmente a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, concluindo um rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão.

O princípio previsto na Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789 foi criado no início da Revolução Francesa, quando houve a aprovação da Organização das Nações Unidas em 1948. Este dispõe em seu artigo 9º, que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado por meio comprobatório, julgando indispensável prendê-lo, a todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa, a qual deverá ser severamente reprimido pela lei.

Conforme entendimento de Lopes Júnior (2006, p. 187-188), há três principais manifestações que não são excludentes, mas integradoras da presunção de inocência:

a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal; b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase-pré-processual); c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando a exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não fica suficientemente demonstrada.

Com previsão legal no artigo 283 do Código de Processo Penal, o princípio da presunção de inocência considera-se que o denunciado não seja culpado do crime imputado até a fase de julgamento do processo criminal, onde o acusado é considerado inocente até a prolação da sentença condenatória transitada em julgado.

Ademais, diante da previsão do Código é possível afirmar que o denunciado também não poderá ser sujeito a prisão, senão em casos de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, em virtude de decisão definitiva condenatória já transitada em julgado, ou ainda durante a tramitação de investigação ou ação penal, em virtude da prisão temporária ou prisão preventiva.

Segundo os ensinamentos de Lima (2012, p. 255) descreve que:

Um significado era ligado a regra processual e, o outro era a regra de tratamento. Para a regra processual, o acusado não precisaria fornecer nenhuma prova de que era inocente, pois essa já estaria presumida. Já para a regra de tratamento, era impedida a tomada de

medidas que restringiam a liberdade do acusado, a menos que fosse este um caso de necessidade extrema.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até que aconteça o trânsito julgado da decisão definitiva penal condenatória, na qual, o acusado que comete um crime, em um processo judicial cabe provar a inocência, de modo que se finda o julgamento, que será considerado culpado ou inocente.

Vale ressaltar que no período de julgamento, deve-se preservar o princípio da presunção de inocência que está relacionado com o princípio do *in dubio pro reo*, o qual garante o direito da ampla-defesa e o devido processo legal.

Segundo Júnior (2019, p. 898) a presunção de inocência:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Logo, entende-se que a princípio da inocência permite duas formas de tratamento, sendo que a primeira consiste no dever interno do julgador de assegurar o dever ao acusador a maior responsabilidade de apresentação de provas concretas, as quais em caso de demonstração de dúvida do julgador, este deverá determinar a inocência do acusado e ainda, o dever externo que garante a proteção contra a publicidade imatura e excessiva sobre a pessoa do acusado, de forma que se expande as garantias da dignidade, imagem e privacidade, como forma de segurança e limitação da democracia.

Entretanto, vislumbra-se que o magistrado que conduzirá o processo e proferirá a decisão definitiva, este deverá julgar conforme seu convencimento motivado, tendo como parâmetro a garantia de julgar decisões de acordo com seu entendimento e fundamentação com base nas provas produzidas.

Sendo assim, ao se falar em princípio da presunção de inocência significa dizer que devem ser asseguradas as garantias constitucionais, devendo ser utilizadas como verdadeiros limites democráticos a abusividade de exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

2.2 CONCEITO DE *STANDARD* PROBATÓRIO

A princípio, salienta-se que no processo penal existe a relação entre provas e decisões, que perfaz o caminho até a valoração da condenação ou não do agente

criminoso, de modo que compõe o controle rígido e evita que haja prolação de decisão de forma errônea no Poder Judiciário.

Nota-se que, a nivelção de provas que são exigidas nas diversas modalidades de processos judiciais é elencada diante do chamado *standard* probatório, que gerencia a “quantidade” mínima de provas produzidas na ação penal. Logo, há casos onde o convencimento é buscado por meio probatório mais rígido e outros mitigados, sendo no processo penal exigido a prova além de qualquer dúvida razoável.

O *Standard* probatório é considerado como o padrão adotado que determina o grau mínimo de provas, considerando os fatos concretos no curso do processo penal, vez que a prova serve para demonstrar ao juiz por meio da formação do convencimento quanto aos atos, os fatos e as circunstâncias.

Dessa forma, segundo os ensinamentos de Laudan (2006, p. 23), veja-se que o “os *standards* têm como conceito mecanismos para distribuição de erros. Entretanto, na qual é uma decisão política, quanto mais alta dedicação democrática, será a presunção de inocência desse modo, o *standard* probatório exigido na condenação”.

O *standard*, no entanto, pode ser classificado como sendo o instituto que exige apresentação mínima de provas acusatórias na ação penal, eis que a decisão condenatória não pode ser proferida com mera justificativa de prática do convencimento, esta deve abranger de forma explicativa e bem fundamentada a razão para o convencimento psicológico, de modo que seja pautado critérios objetivos, provando a existência de elementos suficientes de prova presente nos autos.

Diante do que leciona Junior e Rosa (2019, *online*), no processo penal o *standard* exigido consiste em *beuond a reasonable doubt*, que significa dizer que a prova tende a ser ‘além da dúvida razoável’:

É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente quando se ocorre, por exemplo, às ‘testemunhas de ouvir dizer’ que nada viram, mas ouvira.

Como cediço, a finalidade da produção de provas no processo penal consiste na ação de convencimento do magistrado, tendo relação entre a valoração probatória com o grau de precisão da decisão definitiva. Ocorre que, de maneira a evitar a nulidade da decisão por coerente motivo de ausência de fundamentação é imprescindível que haja uma

maior quantidade e qualidade de provas suficientes para sustentar o fato supostamente ocorrido.

A modalidade de *standard* no processo penal é bem mais rigorosa que as demais, como por exemplo do processo civil, eis que deve ser observado minuciosamente a ‘prova além da dúvida razoável’ tendo em vista que a evidência deve estar carregada da probabilidade de ocorrência e seja bastante elevada para que seja vedada a existência de qualquer dúvida em relação a versão que o juiz objetiva sentenciar.

2.3 DECLARAÇÃO DA VÍTIMA: O DEPOIMENTO SEM DANO E A SUA COMPOSIÇÃO NO PROCESSO

No curso do inquérito policial, especificamente no crime de estupro de vulnerável, as provas são feitas e refeitas, pois o respectivo delito não deixa vestígios para que possa comprovar a conduta em primeiro momento sobre o acusado, por isso no momento de investigação policial podem ocorrer fatos contrários, na qual as provas levam um tempo para se concretizar.

Portanto, um crime que afeta a liberdade sexual da vítima, torna indispensável a palavra da vítima e até dos familiares, uma vez que é de suma importância a sua existência para o valor probatório.

Diante disso, existe o instituto nomeado como depoimento sem dano, que busca extrair das vítimas de estupro de vulnerável, de forma cautelosa, informações para desvendar o autor do crime, visto as dificuldades dos operadores do direito de realizarem a inquirição de crianças e adolescentes sem que se sujeitem a ambiente constrangedor e se sintam coagidos.

Considerando o entendimento de Homem (2015, *online*):

Assim, com o intuito de atender e dar a necessária efetividade aos direitos exurgidos na doutrina e no princípio do melhor interesse da Criança e do Adolescente, nasceu esta nova técnica denominada Depoimento Sem Dano. Muito embora existente a condição de vulnerabilidade dos indivíduos envolvidos, o princípio da proteção integral assegura aos indivíduos o direito de serem ouvidos e se manifestarem em processos que os envolva e, que seus depoimentos sejam considerados e relevantes.

A técnica do depoimento sem dano decorre de uma das alternativas utilizadas para resultar em um *standard* probatório qualitativo em crimes que violam a dignidade sexual das crianças e adolescentes que estão em fase de desenvolvimento, bem como, alternativa essa que assegura a redução dos danos experimentados pelos infantes e adolescentes.

Neste aspecto, nota-se a importância dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, sobretudo a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o delito do estupro de vulnerável implica em alterações preocupantes no desenvolvimento da vítima que ainda não possui completo discernimento para defesa.

Diante do entendimento de Cezar (2007, p. 62):

Em síntese, o depoimento especial nada mais é do que minimizar os danos psicológicos e não revitimizar a vítima de violência sexual. Com vistas para um depoimento técnico em ambiente menos hostil que uma sala de audiências, por exemplo. Ademais, busca evitar o contato da vítima com o abusador.

No que pese nas falsas memórias da vítima no momento da ação, Damásio (2012, p. 12), coloca que, as falsas memórias:

As imagens não são armazenadas sobre forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases". O cérebro não arquiva fotografias de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com "deixas ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida". Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas.

Assim, por serem as vítimas crianças e adolescentes, há grande probabilidade de serem influenciadas e convencidas pelos autores do crime, que inclusive podem ser os próprios familiares. Veja-se que, o exame de corpo de delito consiste em ser uma das provas produzidas logo em seguida do ato criminoso e, cabendo ressaltar que nenhuma prova relacionada a este exame será considerada nula.

Segundo os ensinamentos do Bitencourt (2020, p. 55), é necessário que a criança e o adolescente sejam observadas minuciosamente o seu comportamento pelos pais e/ou demais responsáveis, visto que é fundamental que:

Se perceba de uma vez por todas que crianças e adolescentes, vítimas de violência sexual, intrafamiliar ou não, antes do objeto de investigação e de meio de prova, são, acima de tudo, sujeitos de direitos, e que a sociedade, em nenhuma hipótese, tem o direito de revitalizá-los, seja a pretexto da busca da mitologia verdade real, seja para assegurar a mais ampla defesa do eventual acusado.

A vítima em seu depoimento sem dano não tem qualquer responsabilidade em dizer a detalhes acerca do ocorrido, vez que não responde pelo delito de falso testemunho em razão de todo o constrangimento experimentado no ato criminoso em seu desfavor e, em razão disso, Fernandes (2021, *online*) afirma que:

Na análise do técnico entrevistador existem questões como estágios cognitivos, emocional, social e físico, remete o mesmo para o acolhimento final, no sentido de orientar a pessoa de confiança da criança, caso necessário, a buscar auxílio na rede de acolhimento.

À frente de tamanha gravidade das consequências deixadas física e psicologicamente no indivíduo vulnerável é vedado a falta de capacitação, qualificação e competência àquele que vai entrevistar a vítima, uma vez que deve ser garantido que não haverá questionamentos claros e íntimos acerca dos atos praticados contra o menor vulnerável.

Outrossim, cabe insistir na ideia do uso de utensílios criativos para promover um ambiente mais lúdico e descontraído, no intuito de alcançar a confiança da vítima e deixá-los a vontade no local do depoimento para que consigam se sentir confortáveis e explanarem seus sentimentos e ainda, informações imprescindíveis acerca do crime ocorrido.

Para demonstração sintética dos procedimentos adotados, Mattos (2015, p. 104) sustenta que:

Após o acompanhamento psicológico inicial, na DPCA, Delegacia de Proteção da Criança e Adolescente, as vítimas são encaminhadas para redes de atendimento e acompanhamento. Ao término da entrevista, a psicóloga elabora um parecer psicológico com as suas considerações sobre o que foi narrado. Tal parecer integra o Inquérito Policial no qual também é incluído um CD com filmagem, além do termo de declarações.

Isto é, há situações em que o depoimento da vítima equivale a prova principal do processo de investigação, devido ao fato do crime ter ocorrido de forma obscura, em local sem que ninguém presenciasse a sua consumação, como ocorre em sua maioria nos crimes contra a dignidade sexual.

Importante salientar que há a possibilidade de condenação com base em depoimento da vítima do crime de estupro de vulnerável, desde que devidamente fundamentado e motivado a prolação da decisão. Logo, Lopes Júnior (2019, *online*) leciona no sentido de que é necessário bastante cautela e interesse para se duvidar ou questionar

o que se ouve do depoimento da vítima, de forma a evitar aberturas para condenações injustas e inobservância para os demais contextos probatórios.

Há condenações que ocorreram de forma errônea, baseadas em frutos de falsas memórias, depoimentos coletados que não consentiam com a verdade e falso reconhecimento, uma vez que acarretou com que a palavra da vítima tivesse total relevância para a formação da culpa do inocente.

Segundo Lopes Junior (2019, p. 729-730), “é preciso fazer uma recusa aos dois extremos valorativos: não endeusar, mas também não demonizar”. Desta forma, faz-se marcante destacar que o depoimento deverá ser considerado por sua qualidade, coerência e credibilidade.

Logo, de forma a não desvalorizar a palavra da vítima, é considerável que haja maiores investigações por outros meios, objetivando assim a não precipitação por parte do julgador de condenar injustamente o suposto auto do crime, observando assim que o fator problemático é o valor probatório da palavra da vítima, pois na maioria dos casos acarretam direitos e sentimentos dos mais diversos na sociedade.

3. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Em análise de casos concretos, é notório a dimensão de casos de estupro de vulneráveis no Brasil, diante do índice de violência existente no país. Com isso, será buscado jurisprudências acerca do tema, especificamente em sua competência para ser julgada conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a relevância da palavra da vítima e a irrelevância de experiência anterior diante dos Tribunais de Justiça do país, especificamente nos estados do Amapá e São Paulo, bem como, jurisprudências no estado do Tocantins, no período dos últimos dois anos.

Há anos atrás havia o entendimento por alguns Tribunais no sentido de que não existia competência da Vara da Infância e da Juventude para julgar crimes contra a dignidade sexual das crianças e adolescentes. Assim, de forma que fora discutido pelo STJ no ano de 2008, foi apresentado entendimento de concordância com os demais Tribunais de Justiça que possuíam entendimento idêntico e assim julgou o conflito de competência nº 94767, senão vejamos:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. MAUS TRATOS CONTRA MENOR. JUIZADO ESPECIAL E VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. RESOLUÇÃO 534 DO TJMS. ART. 145 E 148 DO ECA. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO

SUSCITANTE. 1. **No rol da competência da Vara da Infância e da Juventude estabelecido no art. 148 do ECA não está inserido o julgamento dos crimes contra o menor previstos no Código Penal, como ocorre na hipótese em discussão, em que o crime a ser apurado é o de maus tratos** (art. 136, § 3º. do CPB). 2. Ainda que o Tribunal possa criar Vara da Infância e da Juventude, como prevê o art. 145 do ECA, não pode lhe atribuir competência fora das hipóteses definidas na referida legislação. 3. Cuidando-se de crime de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima cominada é de 1 ano de detenção, a competência é do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei 9.099/95). 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4ª. Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Campo Grande/MS, o suscitante, em consonância com o parecer ministerial. (STJ - CC: 94767 MS 2008/0061273-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 25/06/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJe 08/08/2008, --> DJe 08/08/2008). (g.n.)

Entretanto, atualmente há entendimento contrário pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, de modo que se posiciona no sentido de que a legítima competência para processar e julgar crimes de estupro de vulnerável consiste ao Juizado da Infância e Juventude, conforme Habeas Corpus nº 398535/RS, relatado pelo Ministro Feliz Fischer, julgado na Quinta Turma, Habeas Corpus nº 316292/RS, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado na Sexta Turma e ainda, pelo Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 2019/0034508-1, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, julgado na Quinta Turma.

No que tange a relevância da palavra da vítima no curso da investigação e da própria ação penal de crimes de estupro de vulnerável cabe ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá na apelação nº 0021776-34.2019.8.03.0001, no sentido de que o depoimento da vítima possui imensa relevância para comprovação dos fatos, vez que boa parte desses crimes ocorrem clandestinamente, sem que haja qualquer testemunha no ato da tentativa ou consumação, observe:

APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE POLICIAIS. RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA INTERNAÇÃO. RECOMENDÁVEL. 1) **É cediço o entendimento de que nos crimes contra a liberdade sexual a palavra da vítima tem uma especial relevância, tendo em vista que na maioria das vezes esses crimes são praticados na**

clandestinidade, mormente quando está associada com as outras provas no processo. 2) Comprovada a autoria e materialidade delitiva, em especial pelo depoimento da vítima e dos policiais que efetuaram o **flagrante, os quais em harmonia com as outras provas dos autos, a imposição de medida socioeducativa é medida que se impõe.** 3) Tratando-se de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (crime hediondo), a medida socioeducativa de internação revela-se adequada à reprovação e prevenção do ilícito. 4) Recurso não provido. (TJ-AP - APL: 00217763420198030001 AP, Relator: Desembargador CARLOS TORK, Data de Julgamento: 10/12/2020, Tribunal). (g.n.)

Nos casos de estupro de vulnerável, a produção de provas é absolutamente necessária, pois pouparia ao máximo que inocentes sejam condenados de forma injusta. No entanto, as provas produzidas ao decorrer do processo deverão ser em constância com a verdade, mediante a utilização das provas necessárias para chegar ao verdadeiro culpado, ainda que haja apenas o depoimento da vítima.

Do mesmo modo, importante apresentar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual também possui entendimento positivo quanto a relevância do depoimento da vítima, senão vejamos na Apelação Criminal nº 0006783-88.2018.8.26.0127:

APELAÇÃO CRIMINAL – Estupro de vulnerável – Recurso da Defesa – Absolvição por falta de provas – Improcedência – Os firmes e coerentes depoimentos das testemunhas, aliados ao estudo social realizado na ofendida são suficientes para ensejar a condenação do réu - **Relevância da palavra da vítima em crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, longe da presença de testemunhas – Conjunto probatório robusto para lastrear o decreto condenatório** – Redução da fração pela continuidade delitiva – Impossibilidade - "Em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações" – Precedentes do STJ - Penas impostas e regime prisional adequados à espécie – Recurso Defensivo não provido. (TJ-SP - APR: 00067838820188260127 SP 0006783-88.2018.8.26.0127, Relator: Sérgio Ribas, Data de Julgamento: 15/04/2020, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 15/04/2020). (g.n.)

Note-se com os expostos julgados que os respectivos Tribunais dão vasta relevância aos depoimentos das vítimas, tendo em vista que a conduta ilícita geralmente ocorre de

forma obscura e escondida para que não haja a percepção de pessoas, incluindo familiares e amigos das vítimas, bem como, desde que no depoimento seja encontrado coerência entre si.

Ademais, cumpre trazer casos ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, onde no norte do Tocantins, em Wanderlândia, fora condenado por estupro de vulnerável um homem de 61 (sessenta e um) anos, o qual ficou preso por três anos, seis meses e cinco dias na Cadeia Pública de Wanderlândia. Após, ocorreu a sua absolvição concedendo-lhe liberdade após a vítima de 14 anos, que na época do crime tinha 10 anos, ter confessado o fato de ter dado depoimento falso.

Segundo as informações da Defensoria Pública, a adolescente compareceu ao órgão no município para informar que "sua consciência lhe cobrava inocentar o lavrador". Afirmou ao órgão que, há época ofereceu depoimento falso no único intuito de proteger o atual namorado em razão de ter tido relações sexuais. Com isso, a Defensoria Pública realizou o pedido de revisão do processo criminal.

Ainda segundo o defensor público atuante no caso, durante a instrução processual foi realizado exame do corpo de delito, porém, as provas periciais requeridas não foram realizadas, como por exemplo o exame de DNA nas respectivas vestes da vítima, menor de idade, para localizar vestígios de sêmen do acusado. Assim, foram os autos julgados e o acusado condenado à pena de 11 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado.

Com vistas ao art. 630 do Código de Processo Penal, o Tribunal poderá requerer o direito a uma indenização pelos prejuízos, mas segundo consta na sentença "o pleito de indenização não se mostra pertinente, pois não se verificou um erro do Poder Judiciário. As novas provas surgiram através da retratação da vítima".

Ao indiciar uma pessoa pelo crime de estupro de vulnerável, somente pela palavra da vítima, devem-se verificar todas as circunstâncias do crime, pois a falta de certeza da vítima ou até mesmo nas provas coletadas podem ocorrer condenações de pessoas inocentes.

Desse modo, existem casos de condenações que houve falha dentro do sistema penal brasileira, uma vez que na maioria das vezes leva-se em consideração a valoração da palavra da vítima.

Em contrário, há jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que entende a necessidade de dar relevância ao depoimento da vítima, conforme se vê:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. - **As declarações da vítima e da**

mãe da menor, tem relevante valor probatório para acarretar a condenação pela prática do crime de estupro de vulnerável. - Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio em outros elementos de prova existentes nos autos. - Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DENOMINADO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. - Impossibilidade de desclassificação vez que a conduta do apelante ultrapassou em muito a simples contração invocada de mera importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, ou mesmo o tipo penal inserto no art. 146, do CP, caracterizando, sim, a prática descrita no art. 217-A do Código Penal. (AP 0020956-54.2016.827.0000, Rel. Des. MOURA FILHO, 1ª Turma, 1ª Câmara Criminal, julgado em 14/02/2017). (g.n.)

EMENTA: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA COMPROVADA. PALAVRA DA VÍTIMA CONVERGENTE COM AS DEMAIS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. 1. **Nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima recebe importante valor probatório, principalmente quando encontra eco nos autos, decorrente das informações prestadas pelas demais testemunhas. \ "Descrer delas, só quando se arregimentam elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional\ "** (TJSP; RT 455/332), situação incorrente na espécie. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA E DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ARTIGO 61 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAS. NÃO ACOLHIMENTO. 3. Na forma da jurisprudência pacificada no STJ, a materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tais como beijos lascivos e atos consistentes em passar a mão nos seios e nas partes íntimas da vítima. (AP 0007213-45.2014.827.0000, Rel. Des. HELVÉCIO MAIA, 4ª Turma da 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/04/2016). (g.n.)

Destarte, é possível compreender a devida proporção que se encontra no depoimento da vítima do crime de estupro de vulnerável e a precisão de os julgadores se

posicionarem diante da grande relevância nos mesmos, tendo em vista os costumes e características da conduta do autor do crime, considerando que decorrem de atos que ocorrem de forma clandestina, em lugares que fogem dos olhares dos responsáveis pela criança e o adolescente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No intuito de provocar a discussão acerca do estupro de vulnerável instituído pela Lei nº 12.015/09 e realizando a substituição do artigo 224 pelo artigo 227-A do Código Penal Brasileiro, é possível constatar que o delito pode ser caracterizado mediante diversas condutas do meliante, desde que encontre a pretensão de violação da dignidade sexual da criança vulnerável.

Ainda que suposta conduta obtenha o consentimento do indivíduo menor de 14 (catorze) anos, é possível a caracterização do crime de estupro de vulnerável em razão do entendimento de que a criança na respectiva idade não possui desenvolvimento mental e físico completo para discernir o certo e o errado.

Ademais, o estudo esclarece que o elemento subjetivo para a indicação do crime se trata do dolo, materializando na pretensão de realizar a conjunção carnal com a criança, ou ainda a prática de qualquer outro ato libidinoso.

Diante da verificação e comprovação do crime, foi instituído como medida para buscar novas e mínimas provas da realidade dos fatos o instituto do depoimento especializado da vítima, onde a mesma é ouvida em sala divergente a qual ocorre audiência, sendo entrevistada por profissional especializado da saúde e educação, com acompanhamento médico de psicólogo se necessário, no intuito de garantir a segurança mental e física da vítima do estupro de vulnerável.

No entanto, a escuta especializada e também chamada de depoimento sem dano, consiste em uma ferramenta de suma importância na ação penal por cometimento de estupro de vulnerável, cujo objetivo consiste na existência mínima de provas para legitimar decisão condenatória definitiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. Editora Método, 2017.

BEZERRA, M.M. de S. **Abuso sexual infantil**: crianças x abuso sexual. 2006. Disponível em: <http://www.psicologia.com.pt>. Acesso em: 24 jul. 2021.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: crimes contra a dignidade sexual. Edição 14 local: São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Getúlio Vargas. Francisco Campos. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941; 120º da Independência e 53º da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art217a. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CARVALHO, Luiz Oeste Ribeiro. DUARTE, Francisco Ricardo. MENEZES, Afonso Henrique Novaes. SOUZA, Tito Eugênio Santos. **Metodologia científica: teoria e aplicação na educação a distância**. Petrolina/PE. 2019.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. BRASIL.

DAMÁSIO, Antônio R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Edição Econômica. Edição de bolso. 2012.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro um estudo a luz da dignidade humana**. Saraiva: 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**, parte especial. 7. ed. Saraiva: 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal dos crimes sexuais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 15 maio 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016. vol. 3.

HOMEM, Élie Peixoto. **Doutrina: Depoimento sem dano e o melhor interesse da criança**. Ministério Público do Paraná. Disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2231.html>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

LAUDAN, Larry Trut. **Direito penal: um ensaio de epistemologia jurídica**. Cambridge: Editora Universitária Cambridge, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Sobre o uso do standard probatório no processo penal**. São Paulo: Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em: 24 jul. 2021.

NORONHA, Edgard de Magalhães. **Crimes contra os costumes**. Código Penal. São Paulo: livraria Acadêmica Saraiva, 1943.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2020.

PRADO, Luiz Regis, **Curso de Direito Penal brasileiro**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Victor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Direito Processual Penal**. Madrid: Colex, 1996.

TANFERRI, Andressa Silveira; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena. **Revista do Direito Público**, [s.l.], v. 10, n. 1, 5 maio 2015. Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <https://www.readcube.com/articles/10.5433%2F1980-511x.2015v10n1p47> Acesso em: 24 jul. 2021.

TOCANTINS. **Condenado por estupro é absolvido após vítima dizer que mentiu no TO**. 2014, G1 Tocantins. Disponível em: <http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2014/08/condenado-por-estupro-e-absolvido-apos-vitima-dizer-que-mentiu-no.html>. Acesso em 14 de julho de 2021.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal**. p. 35 e s.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO PÚBLICA NA CRIAÇÃO DE LEIS PENAIS

GUILHERME LOBO MARCHIONI.

Mestrando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Membro do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado Exceção (PUC/SP - CNPq); Especialista em Direito Penal na Escola Superior do Ministério Público; Advogado Criminalista.

Resumo: Este artigo científico propõe uma breve análise da opinião pública como controle democrático a partir da consideração de aspectos de Direito Constitucional e Direito Penal. Investiga-se a forma pela qual o Estado, nos atos referentes ao processo legislativo, se adapta à pressão social, e em que medida se compreende a liberdade de expressão e circulação de ideias como circunstância determinante da proliferação desenfreada de leis emergenciais. Discute-se a consequência deste proceder às legislações penais, conquanto não raro culmine na elaboração de normas repressivas que apresentam predominância de elementos simbólicos em desfavor do caráter instrumental e técnico-jurídico dos textos legais.

Palavras-chave: liberdade de expressão, direito penal simbólico, opinião pública, lei penal emergencial, procedimento legislativo.

Sumário: Introdução; 1. Liberdade de Expressão e Opinião Pública; 2. Opinião pública como forma de controle democrático; 3. Sensação de insegurança - meios de comunicação e opinião pública; 4. Pressão social como estímulo de legislações penais; 5. Direito Penal simbólico; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia.

Introdução

A liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos, que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar da atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de reunião; de acesso á informação; de opinião; de imprensa; de mídia e divulgação.

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente

estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo, principalmente, tema de interesse público, bem como diferentes assuntos e formas de manifestação de pensamento. Cabe, todavia, de acordo com Leonardo Martins, a seguinte regra hermenêutica: toda a vez que uma afirmação de um fato puder ser atribuída a um posicionamento (político-ideológico) daquele que se expressa, estar-se-á diante da expressão do pensamento no sentido contemplado pela Constituição Federal⁵⁰.

1. Liberdade de Expressão e Opinião Pública

A caracterização da liberdade de expressão encontra antepassado na liberdade religiosa. Com efeito, após a compreensão acerca da necessidade de garantir-se liberdade religiosa, a partir da tolerância religiosa, que as demais liberdades se constituíram. A liberdade de crença é a versão religiosa da liberdade de consciência, assim, somente após admitido o exercício de crença que se desenvolveu a liberdade de expressão.

Na lição do professor Luís Roberto Barroso, para a doutrina brasileira, a liberdade de expressão é como direito fundamental que se destina a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano⁵¹.

Conforme pondera Frank Michelman, só é possível afirmar que a liberdade de expressão está em vigor quando o Estado se abstém de suprimir ou obstruir a liberdade por meio dos próprios atos e leis do Estado⁵². Com base nesta reflexão, a melhor forma de compreendermos a profundidade do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento no Brasil é consultar a Constituição vigente.

O atual diploma constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi o símbolo da recondução do país a um efetivo Estado Democrático de Direito. Seu texto evidencia a garantia dos direitos fundamentais como preocupação premente do Estado.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

⁵⁰ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: Leitura jurídico dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 215

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 80.

⁵² MICHELMAN, Frank I. Relação entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

A Constituição vigente, então, cogita da liberdade de expressão de modo direto, principalmente no transcrito art. 5º. É de ressaltar que referida constituição constitui o Brasil como Estado Democrático, calcado no respeito à dignidade humana e observância de direitos fundamentais. Sua concepção democrática apresenta a “proposta de equacionar entre si valores de convivência e inter-relação humana, *v.g.*, igualdade, liberdade, dignidade, e permitir a resolução desses conflitos aberta publicamente aos membros do coletivo social⁵³”.

A referência no texto constitucional também é explícita no art. 220, tratando especificamente dos meios de comunicação social e da liberdade de imprensa, quando dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Destarte, a liberdade de expressão é, desde há muito, patrimônio indeclinável do Estado Constitucional, direito plenamente consagrado pelo constitucionalismo moderno. Neste quadro, a liberdade de expressão surge enquadrada pelos objetivos de promoção da igual dignidade e liberdade de todos, estando também a serviço da comunicação dos grupos sociais e da coletividade, com o fim de fazer ouvir a vontade do povo.

A liberdade de expressão, quando consagrada no texto constitucional denota, portanto, a importância deste direito fundamental. A referida liberdade encontra-se consolidada no texto constitucional por meio dos preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição Federal, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

No intuito de verificar os elementos da liberdade de expressão é oportuna a menção à jurisprudência produzida pela Corte Constitucional.

“Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 650, de 28 de novembro de 2011:

a real consagração da liberdade de expressão, nos termos do art. 5º, IX, da CF, dependeria da liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da CF, de modo a garantir a livre circulação de ideias e de informações, a

53 SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado direito e política. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 78.

comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal. A respeito, anotou a liberdade de programação como uma das dimensões da liberdade de expressão em sentido amplo, essencial para construir e consolidar uma esfera de discurso público qualificada.

Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 631, de 13 de junho de 2011:

assinalou-se que a liberdade de reunião, enquanto direito-meio, seria instrumento viabilizador da liberdade de expressão e qualificar-se-ia como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil na vida política do Estado. A praça pública, desse modo, desde que respeitado o direito de reunião, passaria a ser o espaço, por excelência, para o debate. E, nesse sentido, salientou-se que esta Corte, há muito, firmara compromisso com a preservação da integridade das liberdades fundamentais contra o arbítrio do Estado.”

Destes entendimentos acerca do direito à liberdade de expressão, consignados em informativo do Supremo Tribunal Federal, dois elementos se destacam: (i) a circulação de ideias possibilitada pelo direito em comento em seu escopo de construir e consolidar “uma esfera de discurso público qualificada”, e (ii) a liberdade de expressão como elemento propiciador da participação ativa da sociedade civil na vida política do Estado.

Nesta toada, o direito à liberdade de expressão, aliada ao direito de reunião enquanto instrumento viabilizador desse direito, liga-se intimamente a este direito e ao sistema democrático de governo. Fala-se aqui, portanto, da construção da opinião pública. Consoante Gilmar Mendes e Paulo Branco, a livre opinião pública é fundamental para o controle do exercício do poder e é tributária da garantia da liberdade de expressão e também do direito de reunião, pelo qual se assegura às pessoas a possibilidade de ingressarem na vida pública e interferirem ativamente nas deliberações políticas, pressionando por uma variante de ação estatal.⁵⁴

Outrossim, importa fixar desde logo, na lição de Leonardo Martins, que “pensamento” pode ser traduzido por “opinião” em sentido amplo, ou seja, expressar o pensamento significa revelar um juízo de valor a respeito de um dado objeto⁵⁵.

54 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 401. Na referida obra os autores afirmam, em interessante constatação acerca do tema, que *o direito de reunião a céu aberto é mais importante para o processo de formação de opinião pública do que o direito de reunião em salas fechada*.

55 MARTINS, Leonardo. *Op. Cit.* p. 214.

Por outro lado, José Afonso da Silva leciona que a liberdade de opinião é subdivisão da liberdade de expressão e resume a própria liberdade de pensamento, em suas várias formas de expressão. Identifica a liberdade de opinião com a liberdade de expressão ao afirmar que essa “trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual da sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.”⁵⁶

A opinião pública, portanto, parece-nos ser, em apertada síntese, a soma das manifestações de pensamento acerca de temas de interesse político. Por meio da opinião pública, portanto, pode a sociedade civil revelar ao Estado o juízo formado sobre os mais diversos assuntos.

Ademais, uma opinião pública é assim definida não só porque é do público, mas também porque interessa à coisa pública, isto é, assuntos que são de natureza pública: o interesse geral, o bem comum, os problemas coletivos.

Giovanni Sartori convida a refletir sobre o significado da palavra opinião na seguinte lição, “opinião é *doxa*, não é episteme, não é saber ciência; é simplesmente um parecer, um opinar subjectivo, para o qual não se requer prova.”⁵⁷

Em termos políticos a efetividade da liberdade de expressão permite um governo fundado na democracia representativa, a qual se caracteriza por um governo da opinião fundado no sentimento de *res publica*. Sartori completa esta noção afirmando que “para a democracia representativa existir e funcionar, é suficiente que o público tenha opiniões próprias; nada mais, mas também – atenção – nada menos.”⁵⁸

2. Opinião Pública como forma de controle Democrático

A doutrina constitucional sublinha que “o princípio democrático tem como subprincípio o princípio da democracia comunicativa, estruturado em torno das noções de opinião pública e comunicação cívica e política democrática.”⁵⁹ Pretende-se, por esta via, delinear o fato de que a existência no seio da comunidade política de uma opinião pública autônoma funciona como garantia substantiva da democracia.

56 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

57 SARTORI, Giovanni. *Homo videns: Televisão e pós-pensamento*. Tradução Simonetta Neto. Lisboa: Ed. Terramar, 1999, p. 59.

58 *Idem. Ibidem*. p. 62.

59 MACHADO, Jónatas E. M.. Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas equiparadas. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009, p. 74.

A garantia da validade e do cumprimento do contrato social depende da possibilidade de livre discussão de todos os assuntos de relevo social e interesse público. Nisso se consubstanciam as referências teórico-políticas ao valor da razão pública e da razão comunicativa numa ordem constitucional livre e democrática. As mesmas dependem da existência de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta, necessária à existência de uma opinião pública autônoma, permanentemente informada a partir de uma estrutura policêntrica de comunicação social⁶⁰.

O Estado constitucional, portanto, concebe-se hoje como acordo discursivamente conseguido, estruturado com base no debate aberto, informado e permanente em torno das questões de interesse público.

Neste sentido Gilmar Mendes e Paulo Branco afirmam que a liberdade de expressão é enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre)⁶¹.

Sendo assim é indissociável da função democrática da liberdade de expressão a sua função de suporte ao Estado de direito. Esta finalidade apresenta-se intimamente relacionada com a noção de autodeterminação democrática da comunidade política, consubstanciando em um controle democrático do comportamento dos poderes públicos, tendo em vista a sua conformidade com as decisões democraticamente tomadas pelos órgãos representativos dos cidadãos.

É o que ensina o professor Jonathas Machado, “verificando-se uma conexão interna entre o princípio democrático e o princípio do Estado de direito, compreende-se que a função de fiscalização (*Kontrollfunktion*), ou o valor de controle (*checkingvalue*) da atividade governativa, realizada pela liberdade de expressão, possa e deva ser compreendida também por referência a este último princípio. As liberdades da comunicação constituem mecanismos fundamentais de crítica e controle do exercício dos poderes públicos”⁶².

Neste quadro da função de controle não é apenas o poder político que está submetido à publicidade crítica democrática, mas todos os poderes sociais, especialmente aqueles que, pelo seu relevo, protagonismo e notoriedade, conseguem conferir às suas atividades ramificações políticas, administrativas, econômicas, sociais e culturais susceptíveis de influenciar o regular funcionamento do sistema.

60 MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.* p. 73.

61 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 370.

62 MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.* p. 76.

Desta forma os direitos de manifestação do pensamento e comunicação estão em posição central em nosso modelo de democracia, e prova disto são as disposições constitucionais que consagram estes direitos fundamentais, com expressão direta em diversos artigos da Constituição Federal e que permitem à sociedade civil a participação na vida política do Estado como consolidação da democracia.

No regime de governo democrático brasileiro “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Não obstante à categórica menção ao exercício do poder por meio de representantes, consoante disposição do art. 1º da Constituição Federal, são variadas as maneiras pelas quais a opinião pública é levada em consideração de forma a transparecer um exercício da democracia realizado em atenção direta à vontade manifestada pelo povo.

Assim, o sistema de partidos, com o sufrágio universal e a representação proporcional são características elementares da democracia representativa, contudo outra dimensão íntegra e convive no sistema do Estado democrático - o princípio participativo da democracia, no qual se apresenta a participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo⁶³.

As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram em institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como a iniciativa popular, o plebiscito e referendo e ação popular.⁶⁴

Os institutos do plebiscito e referendo representam modos de consulta popular pelos quais o Estado verifica a vontade do povo e a considera na condução de importantes decisões de governo, conseqüentemente figuram como maneiras pela qual o exercício da liberdade de expressão da opinião afeta diretamente a elaboração do governo democrático.

O plebiscito visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, quando a opinião pública pode autorizar ou não a formulação da legislação em pauta. Por sua vez, o referendo busca conhecer a opinião popular sobre texto de lei ou emenda constitucional já aprovados, pelos quais a população é consultada para ratificar ou rejeitar a entrada da lei no ordenamento jurídico.

Igualmente importa atenção a provocação popular para produção legislativa por meio da iniciativa popular, consagrada na Constituição Federal em seu art. 61, pela qual a

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 141.

⁶⁴ A constituição adotou outras formas de democracia participativa, como as consagradas nos art. 10, 11, 31, §3º, 37, §3º, 64, §2º, 194, parágrafo único, VII, 206, VI, 216, §1º.

opinião pública se faz ouvir para, diretamente, iniciar procedimento para elaboração de lei no congresso nacional. Prevê o dispositivo constitucional que os cidadãos podem apresentar lei de iniciativa popular à Câmara dos Deputados, desde que o texto do projeto tenha sido subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Os institutos acima referidos representam maneiras diretas de intervenção da opinião pública, por meio de atitudes positivas dos cidadãos. Aponta-se, portanto, que a possibilidade da população expressar opiniões, e que esta expressão tenha capacidade de influir na condução do Estado, ainda que em tese, é pedra de toque do Estado Democrático de Direito.

Temos, entretanto, maneiras diversas pelas quais a manifestação da opinião pública gera outros efeitos, mais sutis, porém com consequências não menos impactantes no destino de um Estado.

Com efeito, a opinião lançada por grandes (ou pequenos, mas relevantes) grupos, cada qual defendendo seus interesses vem a influenciar a maneira como determinado assunto é enfrentado pelo Congresso Nacional. Considerar os interesses dos cidadãos, que tem a manifestação de seus interesses garantido pelo direito à liberdade de expressão é, evidentemente, parte do processo legislativo.

Luís Roberto Barroso sintetiza a questão exposta, no que concerne à manifestação do pensamento como opinião pública enquanto influenciadora do plano político nos seguintes dizeres:

“as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa.”⁶⁵

Compreende-se, neste sentido, a elaboração de leis calcadas na necessidade de apaziguar o clamor da população por respostas Estatais aos problemas sociais, representando, conseqüentemente, uma repercussão política da produção legislativa, hoje

65 BARROSO. Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

em dia efetivada principalmente com base em leis penais, consoante nos ocuparemos a seguir.

3. Sensação de insegurança – Meios de comunicação e opinião pública

Se a opinião pública é um dos elementos que compõe o raciocínio por trás da criação da lei, quando falamos em lei penal o sentimento que desponta na sociedade é o desejo de segurança.

Com relação a este ponto é salutar a menção à expansão do Direito Penal, que é característica marcante das sociedades pós-modernas. Relacionada com causas profundas da realidade política atual, na precisa observação de Silva Sánchez, a expansão do Direito Penal deita suas raízes no modelo social, notadamente a partir de novas expectativas que as camadas sociais têm em relação ao papel conferido pelo Direito Penal⁶⁶. Isso culmina na formação de uma demanda social por mais proteção e segurança frente a caracterização da hodierna sociedade de riscos.⁶⁷

Ocorre que o alarde dos perigos iminentes à atual sociedade de risco acaba por influir de forma peculiar na opinião pública massificada. O papel das empresas de difusão de informação passa a ser relevante na medida que possibilita à grande mídia o poder de influir na quebra do monopólio do poder, torna-se a mídia - os *telejornais* - os verdadeiros conselheiros políticos, interferindo nos rumos dos partidos políticos e até dos funcionários ministeriais⁶⁸.

Sobre a forma como a opinião pública, dirigida pela grande imprensa, molda os caminhos da democracia não precisamos nos deter largamente, porquanto é fato conhecido. A título de exemplo o professor italiano, Giovanni Sartori, recordando-nos o evento da eleição do presidente Fernando Collor no Brasil: *um pequeno partido organizado à pressa, mas com um forte apoio televisivo*.⁶⁹ No contexto da exposição (e exploração) midiática da violência os meios de comunicação fazem de seus canais campo fértil à exposição sensacionalista de fatos, nem sempre correspondendo à verdade dos fatos, e os exemplos desta prática tendem ao infinito.

⁶⁶ SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspetos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

⁶⁷ Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁶⁸ LIVIANU, Roberto. *Corrupção e Direito Penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 169.

⁶⁹ SARTORI, Giovanni. *Homo videns: Televisão e pós-pensamento*. Tradução Simonetta Neto. Lisboa: Ed. Terramar, 1999.

É verdade que para a democracia representativa funcionar, é necessário que exista uma opinião pública que seja realmente do povo e possa exercer influência na condução do Estado. Contudo, como alerta Sartori, “é cada vez menos assim, dado que a videocracia está a fabricar uma opinião maciçamente heterodirigida, que aparentemente reforça, mas substancialmente esvazia, a democracia enquanto governo de opinião.”⁷⁰

Pierangeli e Zafaroni abordam este aspecto como uma forma de controle social, nos dizeres destes autores “os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso como *controle social*, e sim como formas de recreação”⁷¹.

Neste sentido é, na realidade, a opinião de um grupo qualificado de pessoas, aquelas que têm condições de determinar o conteúdo dos meios formadores de opinião, desde os repórteres, jornalistas, articulistas e colunistas, até os diferentes setores privados, corporativos, políticos e outros que, atuando diretamente sobre os veículos midiáticos, organizam-se para condicionar ou influir em seus conteúdos.⁷² E estes formadores de opinião ditam os rumos do pensamento massificado e, por consequência, acabam exercendo influência determinante na produção legislativa.

Assim, os meios de comunicação são construtores de realidade social (ainda que produzindo uma visão simplificada e superficial da realidade), ostentado papel decisivo como instrumento de controle democrático. Desde a criação legislativa constituem canal privilegiado para a manifestação sobre a justiça penal e, notavelmente, “formam” a opinião pública.

É neste quadro que o modo como a imagens de violência propagadas pela mídia criam uma sensação de insegurança generalizada que culmina no surgimento de um Direito Penal emergencial. O medo é redimensionado gerando um medo social, fatos, cujo impacto é muitas vezes exacerbado pela mídia para chamar atenção do telespectador, são repercutidos em veículos de mídia social à exaustão e servem de motivação para atuação reacionária, tanto de uma política criminal desprovida de lógica estratégica, quanto para a criação de institutos legais.

A consequência ao Direito Penal é que esta situação confere legitimidade ao figurino da sanção criminal, faz com que a sociedade aceite e clame pela solução de

⁷⁰ SARTORI, Giovanni. *Op. cit.* p. 62.

⁷¹ ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

⁷² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2009, p. 106.

questões de Estado pela utilização de instrumentos legais de viés criminal, como se tal ramo do direito fosse capaz de responder definitivamente às mazelas sociais.

O controle social a ser exercido, por meio da opinião pública, deve ser analisado com cautela, a fim de que não se verifique o que Habermas adverte: “Se produz uma tensão entre tecnocracia dominante e massa social despolitizada e manipulada, que faz da legitimação uma questão crônica.”⁷³

4. Pressão social como estímulo de legislações penais

A política criminal, então, abandona a imagem recorrente do criminoso como um produto do meio, como pessoa necessitada e desajustada, tornando-se agora uma fonte de medo, mais ameaçadora, como a dos criminosos recalcitrantes, drogados e predadores, para os quais a comunidade em geral possui intensa sensibilidade. Nos dizeres de José Francisco Lyra, “o sentimento piedoso que outrora se identificava com o criminoso deslocou-se para a vítima e para o público atemorizado.”⁷⁴

Sobressai-se, portanto, na racionalidade das leis penais fase pré-legislativa – anterior à produção de texto legal – a maneira como o legislador recebe as informações sociais e interpreta (no plano axiológico) a manifestação das opiniões populares, uma vez que os agentes sociais (opinião pública) noticiam e tornam críveis os riscos da sociedade, reclamando intervenção penal.

De fato, o procedimento de criação das normas é, em última análise, um ato de poder do Estado, que transforma uma demanda individual em coletiva. Sendo assim, a mediação entre as demandas sociais e o poder estatal configura-se no aspecto central de todo o processo de administração dos conflitos por meio do sistema jurídico amplamente considerado.

Neste contexto, grupos sociais vinculam um desajuste social violento a uma necessidade de intervenção jurídico-penal, fundados no senso comum de que uma lei penal que determine sanções aflitivas é a melhor forma de intervenção estatal contra o crime. Tal ideologia é manejada sob o enfoque de um uso político, que desconsidera a racionalidade inerente ao Direito Penal, reverberando em populismo punitivo cujo

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria y práxis*. Barcelona: Alianza, 1995, p. 84. *Apud* LIVIANU, Roberto. *Corrupção e Direito Penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 170.

⁷⁴ LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoesis do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, P. 251.

procedimento é fazer uso do controle penal como estratégia para afrontar problemas sociais⁷⁵.

A raiz da questão ora investigada é que no âmbito da sociedade contemporânea, a sensação generalizada de insegurança, enaltecida pelos meios de comunicação, acaba por converter-se em um discurso de emergência e, assim, em atenção à pretensão social crescente, o Estado legisla, por meio do Direito Penal, na pretensão de fornecer resposta.

Conforme identifica Giovanni Sartori, “os políticos relacionam-se cada vez menos com acontecimentos genuínos, e cada vez mais com acontecimentos mediáticos, isto é, com acontecimentos selecionados pela videovisibilidade e depois insuflados, e até distorcidos, às vezes, pela câmara.” O referido autor discorre sobre aspecto daquilo que denomina videopolítica afirmando que “a televisão privilegia – sem querer, mas também querendo – a emocionalização da política, isto é, uma política reduzida a cachos de emoções.”⁷⁶

O perigo que pode ocorrer com a apresentação deformada, ou escandalosa das imagens da criminalidade pelos meios de comunicação é o surgimento de um alarme social, exigindo-se uma resposta rápida, o que implica, na maioria das vezes, a expedição de uma legislação emergencial, ou mesmo de uma intervenção violenta, sem a observância dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Este fato acaba por culminar na criação de um Direito Penal destinado, precipuamente, a não atingir suas finalidades declaradas, mas sim fins latentes, o que é característico do momento histórico contemporâneo. Ligados à configuração de nossa sociedade como uma sociedade de risco, em que há prementes necessidades sociais de controle – seja porque, efetivamente, existem riscos novos e de maior magnitude, seja porque a percepção de determinados perigos é, por diversos fatores, aumentada. Diante de um estado enfraquecido e pressionado, o uso do Direito Penal como resposta de expressão, porém vazia em termos de conteúdo, torna-se uma estratégia política que é cada vez mais frequentemente utilizada.

Ademais, verifica-se que em se tratando de projetos de lei penal oriundos de casos com grande repercussão nacional, a discussão de mérito no Congresso é deliberadamente ignorada em prol da rápida apresentação de resultados, com o propósito declarado de atender rapidamente aos anseios da opinião pública.⁷⁷

⁷⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Op. cit.* p. 253.

⁷⁶ SARTORI, Giovanni. *Op. cit.* p. 105.

⁷⁷ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2009, p.149.

Diante desse quadro, a par dos movimentos de restrição do Direito Penal, surgem cada vez mais demandas voltadas a uma ampliação da proteção penal, que ponha fim, ainda que nominalmente à angústia coletiva⁷⁸.

Tal raciocínio é bem complementado por Helena Regina Lobo da Costa, ao afirmar que “o direito penal parece adequar-se perfeitamente às reivindicações escolhidas pela opinião pública, pois fornece a necessária carga de atenção pública para fortalecer o valor em questão.”⁷⁹

A esse direito decorrente do apaziguamento da opinião pública podemos denominar, com Ana Elisa Bechara, Direito Penal de Emergência, uma forma de legislação penal marcada pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela missão de instrumento político de segurança do Direito Penal. Nessa linha, as normas elaboradas a partir dos discursos de emergência integram um Direito Penal simbólico, cujo objetivo é, antes de buscar soluções efetivas, demonstrar a especial importância outorgada pelo órgão legislador aos aspectos de comunicação política a curto prazo na aprovação social das normas correspondentes⁸⁰.

5. Direito Penal simbólico

Segundo Claus Roxin “as leis penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento dos eleitores ou uma apresentação favorecedora do Estado.”⁸¹

A este respeito o renomado jurista Winfried Hassemer esclarece que o simbolismo na legislação penal subverte a razão do direito repressor, um direito penal simbólico é aquele no qual funções ocultas (tal qual o atendimento ao clamor público), predominam sobre as funções manifestas da determinada lei penal e da própria lógica do Direito criminal, qual seja a proteção de bens jurídicos.

“Simbólico en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice

⁷⁸ BECHARA, Ana Elisa. O discurso de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal. *Boletim do IBCCrim*, nº 190, setembro de 2008

⁷⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸⁰ BECHARA, Ana Elisa. *Op. cit.*

⁸¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Como ello se entiende – como ya expresa la determinación del concepto – por funciones manifiestas llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma.”⁸²

Por conseguinte, uma lei só é lei simbólica – na expressão da efetividade – quando ela própria figura especialmente como símbolo, quando a lei em si se torna um sinal muito mais importante do que a conduta por ela prescrita. Ou seja, porquanto todas as leis possuem em maior ou menor grau uma dimensão simbólica na tutela do direito que representa, a distorção ocorre na legislação cujas funções simbólicas predominam sobre as instrumentais e técnicas⁸³.

O caso típico de legislação simbólica seria a de alta efetividade político-simbólica antecipativa e baixa efetividade jurídico-normativa material. Quanto maior a pressão relacionada ao problema (pressão da opinião pública ou de grupos de interesses), maior a probabilidade de surgir uma norma simbólica⁸⁴. Igualmente quanto menores as possibilidades de resolução efetiva do problema (por exemplo, altos custos em comparação com os benefícios ecológicos), maior a probabilidade de se tentar “resolvê-lo” apenas simbolicamente; acrescenta-se que quanto maior a complexidade do problema, maior a probabilidade de surgimento de uma legislação simbólica.

A professora Helena Lobo da Costa, conclui o raciocínio afirmando que, conjugada à presença de outros parâmetros, a aplicação esporádica, pontual e esparsa, geralmente com ampla divulgação midiática é típica da norma simbólica. A autora afirma a respeito que a utilização de tal técnica legislativa, volta-se, de um lado, à satisfação das “necessidades de penalização da opinião pública” e, de outro, a impressionar o cidadão comum.”⁸⁵

82 HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. *In: Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, n. 1, 1991, p. 23-36.

83 Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 26: *Evidentemente, a distinção entre a função instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente, na prática dos sistemas sociais estão sempre presentes estas três variáveis. Porém, quando se afirma que um pleno de ação tem função simbólica instrumental ou expressiva, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua exclusividade. Assim é que a legislação simbólica aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.*

84 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.* p. 124.

85 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.* p. 121.

É fundamental averiguar a presença de algumas das seguintes situações quando do procedimento legislativo: pressão pública, especialmente após escândalos bastante divulgados pela mídia; situações de crise ou apresentadas como tal; interesses eleitorais e proximidade com eleições. Nessas hipóteses, o legislador (ou o Poder Executivo) busca dar uma resposta ao mesmo tempo rápida e que deixe transparecer o máximo de seriedade no trato com a questão. A lei penal surge, pois, como demonstração de prontidão, capacidade de ação e presteza, transmitindo a mensagem de *resolução* da situação problemática. Especialmente nos casos de leis de crise ou leis álibi, o estudo do momento da criação da norma fornece um bom indicativo da presença do direito penal simbólico⁸⁶.

Desta concepção é exemplo a extensão legislativa que se emprestou à conceituação de crimes hediondos, como resultado de uma política criminal fortemente simbólica. Sobre ampliação dos crimes considerados hediondos – o que não se está aqui a se discutir profundamente, mas de oportuna ilustração – explica Gilmar Mendes e Paulo Branco que “todos os crimes mais graves ou que provocam maior repulsa na opinião pública passam a ser tipificados como crimes hediondos e, por conseguinte, exigem o cumprimento de pena em regime inicialmente fechado. Os direitos básicos do apenado a uma individualização são totalmente desconsiderados em favor de uma opção política radical⁸⁷.”

Nesta toada, a lei dos crimes hediondos foi promulgada em um desses momentos sociais, nos quais se faz presente uma repulsa da opinião pública sobre temas penais, e em que se identifica algo como uma dramatização intencional do fenômeno da criminalidade. Estimulado o sentimento de insegurança do cidadão comum em face da delinquência, decorre a justificação de incremento do controle da sociedade civil pelo Estado, através do reforço constante do aparato repressivo. No entanto, conforme retrata Antônio Magalhães Gomes Filho a exigência popular de recrudescimento da legislação penal pouco podem alcançar o objetivo desejado, com efeito, “a lei que definiu os crimes hediondos contém nítido caráter sensacionalista, até porque o estudo da ciência penal e da criminologia demonstra que o problema da criminalidade, urbana e rural, é por demais complexo para ser resolvido apenas por uma lei rigorosa, que impede a concessão de liberdade provisória, que dobra penas, dobra prazos para o encerramento do processo etc.” ⁸⁸

⁸⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 678

⁸⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.1.

Corroborando a esta reflexão as lúcidas considerações de Miguel Reale Júnior, que, evidenciando o caráter simbólico da legislação sobre crimes hediondos afirma ter sido “uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do sequestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena no regime fechado, gerando-se uma esfera no meio prisional, que não tem nada a perder. O importante, no entanto, é verificar que, editada a lei bem mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os sequestros, a mostrar nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e redução da criminalidade”⁸⁹.

Na mesma linha, Alberto Silva Franco ao discorrer sobre a elaboração da lei dos crimes hediondos denuncia “o clima emocional, em que os mecanismos de pressão, e em especial, os da mídia, atuavam sem peias, não poderia realmente causar espécie a aprovação de um texto legislativo tão inçado de impropriedade e tão rico de contradições e de conceitos penais levanos⁹⁰.

Um interessante exemplo pontual a ser mencionado é alteração a legislação sobre falsificação, corrupção, adulteração de produtos alimentícios ou de produtos para fins terapêuticos ou medicinais, “posta a nu, de modo gritante nas televisões e nos jornais no segundo trimestre do ano de 1998, necessitava ser equacionada e, como de hábito, o Direito Penal foi chamado a exercer seus poderes mágicos.”⁹¹ Nesta questão, no magistério de Alberto Silva Franco, “o legislador preferiu recorrer de pronto – e de modo puramente simbólico – à exacerbação punitiva em algumas hipóteses já previstas no Código Penal, e criou, em outras cominações de pena, até então inexistentes, e cuja desproporcionalidade com a gravidade do fato chega às raias do absurdo. Sob vários ângulos, portanto, a Lei 9.677/98, em nome de um falso eficientismo, entra em confronto com a Constituição Federal, dando mostras que o legislador continua na sua tarefa de implodir o Código Penal, retirando-lhe o mínimo de coerência e de unidade que um sistema penal deve possuir.”⁹²

É assim, portanto, possível destacar que o Direito Penal emergencial, de características simbólicas, tem relação estreita com transformações sociais e o impacto do vertiginoso crescimento da livre circulação da opinião pública, contanto entre estes

⁸⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Avanços e retrocessos. *Estudos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 275.

⁹⁰ FRANCO, Alberto, Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162.

⁹¹ *Ibidem*. p. 176-177.

⁹² FRANCO, Alberto, Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180.

elementos o protagonismo desmedido dos meios de comunicação social e o deslocamento acentuado do âmbito de resolução dos diversos dilemas valorativos sociais para o plano jurídico penal. Porquanto neste ramo do direito é conferida atenção significativa pela população, ao expressar o desejo público de verificar uma resposta perceptível, ainda que carregando falsa noção da efetividade desta resposta, seu emprego fortalece o ideal social e preenche a necessidade de política de apresentar solução, qualquer que seja ela e mesmo se ineficaz.

6. Considerações finais

Com efeito, o Direito Penal parece adequar-se às demandas propagadas pela liberdade de opinião pública, eis que fornece a necessária carga de atenção pública para fortalecer o valor em questão, contudo a sua utilização pode prejudicar a própria lógica do Direito Penal.

Por óbvio, não é a escopo da análise criticar a livre circulação da opinião. De fato, não se pode perder de vista que a liberdade de expressão, consagrada na Constituição Federal é pressuposto do Estado democrático e direito fundamental imprescindível à realização da dignidade humana.

Tampouco se pretende condenar a grande mídia – ainda que a opinião pública seja por ela manipulada – o direito a informação é por demais necessário à construção do pensamento político, de fato, o sensacionalismo deletério dos meios de comunicação se faz ônus da modernidade que não demanda solução, mas compreensão.

Deveras, a questão trazida à lume que merece reflexão reside na influência particular da opinião pública massificada e heterodirigida no processo legislativo, capaz de comprometer a lisura da reflexão nas discussões parlamentares de projetos de leis, bem como impede maiores sopesamentos sobre os assuntos votados e pode, até mesmo, obstar o exercício da convicção do legislador, suplantando a racionalidade legislativa.

Permitimo-nos, em sede de conclusão, uma salutar referência com o propósito de retratar a fragilidade do processo legislativo, enquanto procedimento controlado pela opinião pública conduzida pela mídia. Em manifestação que transparece a influência da opinião pública (e da mídia) no processo legislativo afirmou parlamentar, durante sessão no Congresso Nacional na qual se debatia a aprovação de importante legislação criminal, o seguinte:

“O SR. PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO – Sr. Presidente, quero fazer uma proposição, com vistas a um entendimento. Todos sabemos da responsabilidade que temos perante a opinião pública de votar rapidamente uma lei que agrave a punição dos crimes de sequestro para extorsão de

dinheiro (...) Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. Se o projeto se limitasse ao crime de sequestro para extorsão de dinheiro, sobre o qual há consenso do Plenário, poderíamos aprova-lo desde já (...) Será que não haveria possibilidade de votar outra matéria antes? Daqui a uma hora, leremos novamente essa matéria com calma e então poderemos votá-la. Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob a ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de ser a favor do sequestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir o adiamento da votação.” (Diário do Congresso Nacional, 29.06.1990, seção I, p. 8233)

Do excerto (mesmo que se discorde da conduta do parlamentar ou desacredite seus receios) o mero fato de que o temor do juízo condenatório da opinião pública ter sido invocado na discussão, como fundamento para a urgente necessidade de votação de uma lei, ainda que sem a devida meditação, sustenta o argumento do presente artigo.

Portanto, em decorrência das demandas alardeadas pela mídia e, então, defendidas pelo povo no uso de sua liberdade de expressão temos um processo legislativo desmedido e carente de discussão, realizado às pressas para atender pressões sociais numa lógica evidentemente populista.

Se por um lado é importantíssimo que a elaboração das leis no Estado democrático se faça em conformidade com a opinião pública, é também razoável que tais leis sejam entregues ao povo com qualidade. Contudo acabam por servirem de engodo político para apaziguar a opinião pública.

De outro lado situações que poderiam (ou deveriam) ser solucionadas por meio de políticas públicas são tuteladas pelo meio rápido e econômico da apresentação de leis, principalmente leis penais que conferem ao público a impressão de que o Estado fez cumprir seu papel.

Ora, se o Direito Penal nasce como estratégia política, desde o início apresenta-se como norma simbólica, sua aplicabilidade é demovida a segundo plano. Neste sentido, a seriedade com o qual se reveste a efetividade e justiça do Direito Penal se vê, então, desautorizada por uma lógica exclusivamente simbólica.

Ocorre que o Direito Penal não pode contentar-se a funcionar como instrumento simbólico ou mesmo inútil. O alerta é seguinte: tranquilizador à sociedade não é ter um simbolismo penal respaldado em um sistema cientificamente construído porquanto, na verdade, a insegurança jurídica gerada pela presença de um Direito Penal meramente simbólico supera a suposta segurança social dele oriunda.

Destarte, se a livre circulação de ideias, garantida pela constituição, é base para o funcionamento do regime democrático, é correto que o Estado, por seu turno, admita a consideração da opinião pública na condução de atos de governo. Contudo, deve fazê-lo de maneira real e efetiva e, quando o caso, buscar na expressão do povo a base para fundamentar a motivação das normas elaboradas pelos legisladores, sempre, porém, com a devida prudência na apresentação destas leis para que não findem em legislações com fundamento meramente simbólico.

Mais ainda, há que se evitar a construção de legislação penal de emergência instaurado com o único propósito de apaziguar a opinião pública, mas, sim, atender aos anseios sociais por meio de atos de governo eficazes e normas repressivas a propósitos indispensáveis que possam, efetivamente, proteger os bens jurídicos mais importantes e garantir a necessária segurança social.

7. Referências bibliográficas

BECHARA, Ana Elisa. O discurso de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal. *Boletim do IBCCrim*, nº 190, setembro de 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Alberto, Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. *In: Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, n. 1, 1991, p. 23-36.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção e Direito Penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Jónatas E. M.. Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas equiparadas. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspetos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Homo videns: Televisão e pós-pensamento*. Tradução Simonetta Neto. Lisboa: Ed. Terramar, 1999.

SCHAFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. Avanços e retrocessos. *Estudos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ANALISE DO NARCOTRÁFICO NA AMÉRICA LATINA.

JANNAINA DA GRACA BARBOSA:

Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo buscou estudar, explicar e evidenciar as implicações do narcotráfico, tendo em vista, principalmente, a era da globalização. Com o intuito de abordar as características do narcotráfico, além de explica-lo como um fenômeno econômico, político e social. Além disso, há a intenção de mostrar as novas dimensões do narcotráfico que, em nossos dias, converteram-se em um tema de preocupação de diversas economias da periferia mundial. Enfatiza-se o perfil que esse fenômeno alcança em sua expansão global e, em particular, em algumas nações latino-americanas e em outras regiões periféricas do mundo. A metodologia utilizada para realizar o artigo foi baseada na análise de processos históricos e políticos que marcaram a trajetória da luta antidroga. O artigo procura realizar uma síntese da questão do narcotráfico no Brasil, analisando a experiência da trajetória histórica na América Latina como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de drogas. Narcotráfico. América Latina. Desigualdade.

ABSTRACT: This article sought to study, explain, and highlight the implications of narcotraffic, especially in view of the globalization era. It aims to approach the characteristics of drug trafficking, besides explaining it as an economic, political and social phenomenon. In addition, there is the intention to show the new dimensions of narcotrafficking that, in our days, has become a matter of concern in several economies of the world's periphery. The profile that this phenomenon reaches in its global expansion and, in particular, in some Latin American nations and other peripheral regions of the world is emphasized. The methodology used in this article is based on the analysis of historical and political processes that have marked the trajectory of the fight against drugs. The article seeks to make a synthesis of the issue of narcotraffic in Brazil, analyzing the experience of the historical trajectory in Latin America as a whole.

Keywords: Drug trafficking. Narcotraffic. Latin America. Inequality.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, é de conhecimento geral a repercussão sobre a transcendência do tema das drogas. Um dos pontos que se debate sobre esse fenômeno é o narcotráfico, o qual pode ser caracterizado pela venda ilegal de substâncias psicoativas, conhecidas popularmente como drogas. Essa atividade é por muitos considerada altamente lucrativa e dinâmica, pelo fato de que a mesma envolve a participação de grupos especializados no cultivo e/ou produção, distribuição e a comercialização de enormes quantidades.

O tráfico de drogas se transformou em um fenômeno imenso se caracterizando como um problema mundial, pelo fato de que não há país que não sofra as consequências geradas através desta, que podem ser entendidas como a violência, corrupção entre os membros da segurança pública, controle de territórios por parte do crime organizado, lavagem de dinheiro, entre outras questões.

Hoje em dia, com a tecnologia avançando a cada dia, o desenvolvimento e transporte de variados tipos de droga estão sendo mais fáceis que antigamente, ao ponto de que se pode afirmar que o narcotráfico gera faturamentos maiores que o valor do PIB (Produto Interno Bruto) de muitos países. De acordo com os dados do Escritório da ONU contra Drogas e Crimes, a renda anual chega a 500 bilhões de dólares. Já no Brasil, o mercado ilegal movimenta 17 bilhões ao ano.

Desse modo, percebe-se que as noções de drogas e narcotráfico estão interligadas. Pouco se conceitualiza sobre o sentido do termo narcotráfico, já que o tema é bastante complexo. Por diversas vezes, somente é possível que haja uma identificação em torno de suas próprias ações. Sendo assim, os critérios são diversos, polêmicos e pouco esclarecedores, sobretudo quando se encontram impregnados por uma série de cargas ideológicas. A partir disso, se percebe a necessidade do estudo do narcotráfico, possuindo um viés de foco na nossa região atual.

O combate as drogas, assim como o seu uso, sempre estiveram presentes na história. Tendo a década de 1960 em questão, seria possível analisar a Contracultura, principalmente vindo dos Estados Unidos, que fora um importante movimento social, cultural e político, caracterizou-se também pelo uso do LSD (um tipo de entorpecente) e astros da música que assumiram abertamente o consumo de substâncias alucinógenas e entorpecentes. Em 1980, o colombiano Pablo Escobar desenvolveu o seu comércio de venda de cocaína, e se tornou o maior contrabandista da droga para os Estados Unidos e outros países e o narcotraficante mais procurado no mundo.

A discussão sobre o proibicionismo das drogas possui um grau de importância pelo fato da necessidade da discussão para avançar na compreensão da guerra às drogas. Essa discussão em uma escala global é tomada por um discurso extremamente conservadores, que relutam em evoluir dentro das políticas nacionais de cada país. Desse modo, se percebe que a tomada dessa discussão no campo acadêmico contribui para o fortalecimento do argumento para uma possível mudança da legislação sobre drogas.

Além de que, uma discussão mais profunda sobre a guerra às drogas que estão acontecendo, diariamente, nas periferias das cidades, sobretudo na América Latina, tem muito a contribuir para o avanço da ciência geográfica. No campo social, essa temática é importante pelo dato de que as consequências negativas que essa guerra causa para a sociedade são de grande magnitude. Cidades como o Rio de Janeiro (Brasil) e Tijuana

(México), são exemplos de cidades onde a estrutura do narcotráfico é muito complexa e consolidada, aprofundar um estudo sobre a estrutura do narcotráfico (das organizações criminosas) predominantes nos territórios de cada cidade é um trabalho que pode trazer um pouco mais sobre a realidade das cidades latino-americanas.

Ademais, no âmbito social e jurídico esse tema reflete diretamente nas políticas de saúde pública. É possível dizer que haveria uma diminuição problemas referentes à saúde dos usuários de drogas se houvesse investimentos na educação em saúde do corpo, e também em Políticas de Redução de Danos, fazendo com que ocorresse uma conscientização da sociedade sobre o potencial de cada substância em seu corpo, e talvez gerando um controle no consumo das drogas pelos usuários.

As políticas de redução de danos têm condão com as políticas educacionais na sua base, e a educação sobre o consumo de drogas mostra um avanço a nível mundial, com isso, é possível dizer que um estudo mais lapidado dessas políticas possa contribuir para uma possível saída da política repressiva contra os usuários de drogas.

1 O tráfico de drogas e o crime organizado.

É de conhecimento popular que o crime é presença garantia no mundo atual. E, a cada dia há o crescente aumento da criminalidade, constituindo uma indústria do medo, principalmente levando em conta quando as ações criminosas possuem uma estrutura de empresas, possuindo balizamentos empresariais, comandos verticalizados, hierarquia piramidal, assumindo contornos de organização criminosa, com atuação em várias frentes delituosas, tendo como principal tráfico de armas e de pessoas, tráfico ilícito de drogas, possuindo outras modalidades.

Corriqueiramente há especialistas discutindo medidas preventivas, profiláticas, ao tráfico e uso ilícitos de drogas, e ações contra o crime organizado. Além disso, algumas pessoas de participam de reuniões na ONU para a descriminalização da maconha e outros órgãos vão ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Recursos Extraordinários arguindo a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Um ministro do STF, Luís Roberto Barroso, votou favor da descriminalização das drogas, chega a dizer que "se não há um terceiro sendo lesado, o Estado não deve interferir nas escolhas individuais" também "a vida privada é o espaço que vai da religião aos hábitos pessoais, ninguém tem nada com isso".

Para entrar no mérito de discriminação ou não das drogas, é necessário entender que, o ato do tráfico faz com que haja uma movimentação financeira que gira em torno do repasse de drogas ilícitas, a mando das associações delituosas, e se tornou uma indiscutível ameaça para a população mundial. Com o processo de globalização houve

um grande “empurrão” que impulsionou a evolução do mundo, mas também trouxe diversos problemas a cada dia mais difíceis de resolver.

Atualmente a maior preocupação sobre o tema em questão é que o tráfico de drogas ilícitas, particularmente a cocaína, crack e maconha, está seguindo a mesma trilha dos jogos de azar, desse modo, está se transformando em um grande negócio à mercê da incapacidade, descaso e falta de vontade das autoridades de afrontar esse problema que afeta a sociedade. (ESPÍRITO SANTO, 2003, p. 131).

O crime organizado passou a desafiar o Estado, principalmente em momentos que o mesmo não consegue atingir seu dever de promover a segurança pública para a sociedade. Obviamente que os problemas sociais não tem raízes exclusivas nessa modalidade de crime, entretanto é impossível negar a contribuição pertinente, somando com a ineficiência das leis que tratam do assunto e os elevados casos de corrupção de agentes do estado, os mesmo que possuem a responsabilidade de combater o crime acabam por aliar-se a ele.

Vale ressaltar que, o crime organizado possui como meta a substituição do Estado, por meio de ações sociais, como o fornecimento de medicamentos, cestas básicas, gás de cozinha, e outros itens. Assim, se entende que o crime organizado presta certa assistência social aqueles que mais necessitam, usualmente, onde o Estado não está presente, tendo como exemplo as comunidades subnormais, onde a escassez de recursos é nítida.

É comum que o Estado somente apareça nas favelas quando ali ocorre um crime, e normalmente deixando vítimas de balas perdidas, choro e revolta no rosto de familiares, ficando somente o tempo necessário para que um boletim de ocorrência seja registrado e logo após vai embora.

Como já dito, o tráfico de drogas ilícitas tem um condão diretamente ligado no aumento da criminalidade. Se fora estudado que, uma parte considerável dos homicídios ocorridos em Belo Horizonte estava ligada ao tráfico de drogas ilícitas, especificamente às brigas entre gangues rivais disputando o domínio por pontos de venda de drogas ilegais (BEATO FILHO, 2012, p. 80).

1.1 Desigualdade social e o narcotráfico.

Não há novidade no fato de que a desigualdade social se caracteriza como uma das fortes razões pelas quais se formam grupos ligados às atividades criminosas, e, como uma delas, o narcotráfico, sendo as populações mais pobres a principal delas, as favelas e periferias, por falta de oportunidades de vida, sem acesso à educação, trabalho, moradia e segurança.

Em 2002, a UNESCO realizou um estudo envolvendo a juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina, e apontou que:

a violência sofrida pelos jovens possui fortes vínculos com a vulnerabilidade social em que se encontra a juventude nos países latino-americanos, dificultando, por conseguinte, o seu acesso às estruturas de oportunidades disponíveis nos campos da saúde, educação, trabalho, lazer e cultura. O contingente de jovens em situação de vulnerabilidade, aliada às turbulentas condições socioeconômicas de muitos países latino-americanos ocasiona uma grande tensão entre os jovens que agrava diretamente os processos de integração social e, em algumas situações, fomenta o aumento da violência e da criminalidade (UNESCO, 2002:9).

Desde a década de 1990, a América Latina vem passando por uma renovada preocupação no que diz respeito a prevalência da pobreza e a manutenção e aparição de novas desigualdades. Marcello Baquero discorre afirmando que as evidências as quais respaldam essa preocupação são o crescimento da pobreza em termos de números de pessoas afetadas, a paralisação ou aumento do desemprego e o aumento da desigualdade de renda (BAQUERO, 2007. P,37).

O autor ainda continua relatando que a persistência de desigualdades e de pobreza são características perversas da região latino-americana, e que reflete negativamente em todos os processos de desenvolvimento. De acordo com o doutrinador em questão, "as desigualdades extremas de oportunidades e possibilidades da vida afetam diretamente as capacidades do ser humano" (BAQUERO, 2007:28).

Vale entender que a desigualdade social é responsável e se caracteriza por ser uma das bases da pirâmide da atividade do narcotráfico, e, para que haja um real combate ao problema, é necessário primeiramente analisar a base dessa pirâmide, mas não na forma de "guerra de baixa intensidade", como proposta pelos Estados Unidos, pois além de ferir os direitos humanos, não resolve o problema, e por muitas vezes acaba o agravando.

A autora Angelina Peralva possui o ponto de vista que, no Brasil, por exemplo, existe um paradoxo ligado ao aumento de "crimes de sangue" entre 1980 e 1997. De acordo com Angelina, esse período pode ser conhecido pelo investimento na construção da democracia pós-ditadura militar, e, por outro lado, levando ao crescimento do acesso a armas de fogo e a presença do narcotráfico, principalmente em zonas de pobreza das áreas urbanas (PERALVA, 2000)

A luta diária contra à desigualdade social, não é um problema inferior ao combate ao narcotráfico, e não é uma tarefa fácil, no entanto, para combater uma precisa

se combater o outro. Tendo o Brasil como exemplo, é possível dizer que foram criados pelo governo federal, programas de combate à fome e à pobreza, como o Fome Zero, que tirou o país do mapa da fome, e o Bolsa Família, que apesar de despertar críticas de setores mais conservadores, auxilia, embora com uma mínima quantidade, milhares de famílias em todo o Brasil.

De acordo com o pensamento de Lefebvre (2000), o espaço social é um produto (social):

ele é um meio de produção e de controle que escapa parcialmente aos que dele se servem. Assim, as forças sociais e políticas (estatistas) que o engendram tentam em vão controlá-lo. Esse espaço é abstrato, mas também real, concreto, instrumental. A especificidade desse espaço social surge quando ele não mais se confunde com o espaço mental (dos filósofos e matemáticos) e com o espaço físico (definido pelo prático-sensível e pela percepção da "natureza"). Ele tampouco se reduz a uma coleção de coisas ou a um vazio preenchido, a uma forma imposta à materialidade, na medida em que ele contém relações sociais. O que interessa é o espaço como totalidade ou globalidade, não reduzido às coisas localizadas no ou sobre o espaço.

Assim, pode-se entender isso exatamente como a territorialidade do tráfico, manifestamente no viés da violência, que interessa observar a fragmentação e o domínio do espaço. O poder que os traficantes possuem em determinadas áreas movimenta as fronteiras do território, fazendo com que haja dinâmicas diferenciadas no espaço social.

2 A globalização e o narcotráfico.

O início do uso de substâncias psicoativas ocorreu muitos anos antes da vinda de Cristo. As antigas civilizações usavam, o que eles entendiam ser medicamentos, à base de papoula e coca para curar doenças, em outras civilizações as mesmas substâncias eram usadas em rituais religiosos, ou o seu consumo estava presente nos seus aspectos culturais. A coca, o ópio e a maconha são entendidos como os pioneiros do consumo e do tráfico internacional de substâncias ilícitas.

De acordo com Danilo Duarte (2005, p.136), os sumérios foram os percussores no qual se há conhecimento, que usufruíram do ópio, substância que possui origem na planta papoula, há 5.000 anos. Tanto as civilizações gregas, como as romanas também consumiam o ópio (século V a VII d.c). Durante décadas a substância fora se espalhando pelo mundo abrangendo os povos de todos os lados, como os árabes, e os europeus. No século XIX, o ópio original passou por modificações e deu origem a outras substâncias, como a morfina e heroína.

Em 1839 ocorreu o primeiro conflito internacional tendo como motivo o comércio e consumo de drogas, que ficara conhecida como a Guerra do Ópio, entre Grã-Bretanha e China. Nesse período, começou a surgir o repúdio dos governos e sociedades às drogas, o ópio já era tratado como um problema médico e social e inicia-se um processo de criminalização das substâncias psicoativas. O conflito ocorreu principalmente porque a China proibiu a importação de ópio, por conta da grande quantidade da droga consumida pela população, além da destruição do depósito de ópio pertencente à Companhia das Índias Orientais (DUARTE, 2005).

Já começado o século XX, o consumo continuava aumentando fazendo com que ocorresse o mesmo com as preocupações nas sociedades e nos governos devido à utilização desenfreada, que causava dependência e prejudicava o indivíduo tanto fisicamente como psicologicamente. A partir disso, a discussão sobre o uso e comércio de drogas se expande no cenário internacional. Vários discutem com a intenção de proibir ou limitar o comércio de drogas permitindo somente o seu consumo medicinal.

Entretanto, o cenário só tendeu a piorar. Na década de trinta a produção de drogas começou a ter um novo rumo e novos produtos foram desenvolvidos. As anfetaminas se proliferaram nas sociedades no decorrer da segunda guerra, e o uso do ácido lisérgico (LSD) implementado nos moldes das estruturas sociais.

A consolidação do uso das anfetaminas fora afirmada durante a década de 1970 com emancipação do movimento hippie. As drogas foram inseridas em diversas classes sociais e faixas etárias e o seu consumo passou a ser banal e fora de controle. O século XX ficou conhecido como o período de evolução do consumo de drogas, no qual houve a diversificação das substâncias, da consolidação da droga como um problema internacional, do desenvolvimento de medidas de controle e punição e do desenvolvimento do comércio ilegal de drogas e, o começo da formação de "empresas" transnacionais de tráfico de drogas. (RODRIGUES, 2010)

Por volta do ano de 1970, com a banalização das drogas no Brasil e com a proibição da comercialização fez com que surgissem as "empresas" de narcotráfico no país, nascendo, assim, a estrutura do narcotráfico no Brasil. Durante esse período, o Brasil tinha a simples função de promover o trânsito de drogas, ou seja, às drogas passavam pelo Brasil para serem escoadas para a Europa ou EUA, ou eram distribuídas no mercado interno. O vínculo e interação com os grandes cartéis internacionais com as "empresas" de narcotráfico brasileiras estava sendo criado. (OLIVEIRA, 2003. P;15)

Existe uma ligação entre o narcotráfico internacional e a atuação dessas "empresas" se enquadram numa escala interna e o global. De acordo com Procópio (1999, p.56): "As estruturas do narcotráfico e sua operação respondem tanto a estímulos de

mercado em sua dimensão transnacional e global como a fatores de ordem doméstica e mesmo individual.”

Com o avanço da globalização o aumento do tráfico e utilização de drogas ficou mais fácil e desenfreado. Com os avanços tecnológicos e os fluxos de informações e produtos foi facilitado o crescimento de drogas em todas as partes do mundo, além de tornar mais acessível a interação entre empresas de narcotráfico. As medidas econômicas liberais tiveram como consequência a evolução da comercialização de drogas e facilitaram o acesso às substâncias ilícitas.

O narcotráfico surgiu como uma nova temática no cenário internacional. É claro que o crescimento do tráfico de drogas é superior as medidas de combate, e, por esse fato, se faz necessário uma interação e organização dos países para tentar contornar a situação. Tendo como ponto de partida a teoria da interdependência, o narcotráfico é entendido como complexo tráfico de drogas, e um problema transnacional que necessita da cooperação entre Estados para combatê-lo.

Ainda tendo em vista a influência que a globalização trouxe, o tráfico de drogas no Brasil é promovido e desenvolvido por meio do contato entre traficantes de diversos países, pela diminuição das fronteiras e pelo aumento dos fluxos de informações e comunicações entre pessoas. Com o avanço da a internet e a evolução tecnológica, o comércio de substâncias ilícitas fora facilitado.

Atualmente, a rede internacional do tráfico de drogas movimenta aproximadamente 500 bilhões de dólares por ano, se classificando como o segundo negócio mais rentável do mundo. O primeiro é o comércio de armamentos. Dois são os centros principais de produção de drogas no mundo. Sendo o primeiro o Triângulo do Ouro no Sudeste Asiático, região que enquadra o Mianmar, Laos e Tailândia, sendo responsável pela produção de heroína e ópio. E o segundo, a Amazônia Internacional, que abrange o Peru, Brasil, Bolívia, Colômbia, Venezuela, Guiana e Suriname, produzindo a maior parte da cocaína consumida no mundo (REGO, 2010).

2.1 O proibicionismo e sua crise.

Com a evolução dos fármacos, no século XX, houve o início da criação das drogas como a codeína, a morfina e a heroína, que foram soluções para diversos males e receberam divulgação publicitária por todo o mundo. Durante esse período, a institucionalização da medicina científica ficou marcada pela evolução, que se caracterizou nos EUA com uma série de disputas entre diferentes categorias profissionais voltadas para a saúde, no qual grande x da questão era quem poderia prescrever e quem poderia produzir as drogas, que já eram consideradas grandes fontes de renda. (MACRAE, 2010).

Com o uso de drogas “ligado à atividade médica e terapêutica, emergiu o primeiro contingente de viciados, pois, naquele momento, a circulação de tais substâncias era livre e seu potencial viciante desconhecido” (REALE JUNIOR. 2005, p. 3).

Por meio das palavras de MacRae (2010), pode se entender que no centro o da implantação da ordem médica, esses químicos passaram a ter problemas e seu controle passou da esfera religiosa para a da biomedicina, e, com isso, os grandes centros urbanos dos países Ocidentais tiveram início. Com isso, há a necessidade de compreender o crescimento do proibicionismo como meio de controle ao uso de drogas numa análise da conjuntura social e política dos momentos ora enunciados.

Com a proibição do ópio, a partir de 1900, começaram as primeiras campanhas de amedrontamento da população norte-americana com relação aos “perigos” da droga, correlacionados a específicos grupos étnicos, vistos como “ameaçadores”. Em território americano, a reprovação moral ao uso de substâncias psicoativas – representado pelas abstêmias ligas puritanas – era tradicionalmente acompanhada pela associação entre determinadas drogas e grupos sociais. Uma mesma lógica era aplicada: minorias e imigrantes tinham comportamentos moralmente reprováveis e ameaçavam valores clássicos da América branca e puritana (RODRIGUES. 2006, p. 63).

Pode se dizer que a estruturação do tráfico em narcotráfico organizado está umbilicalmente conexa à adoção da política proibicionista.

Pretendia-se liquidar o adversário, pela prisão ou pela morte, mas ao invés, provocou-se uma transformação em seus modos de ser e agir. Os monopólios (máfias, cartéis) se transmutaram em redes. As grandes organizações se segmentaram. As grandes chefias se subdividiram em lideranças criminais intermediárias. A pressão da ‘guerra’ precipitou, na verdade, uma tendência observada em outros planos do ilícito, que se fragmenta e se articula em múltiplas conexões. O modo centralizado de organizar o crime deu lugar a formas plurais de associação, dividindo responsabilidades, especializando as funções, alternando rotas e procedimentos. A segmentação multiplica as ocasiões de disputa e de violência; mas, por outro lado, promove certa seleção e amplia as frentes de atividade, o que, por sua vez, potencializa ganhos e reduz o impacto das perdas pontuais resultantes da ação policial. De certo modo, por estranho que pareça, a guerra às drogas provocou (ou acelerou) mudanças na morfologia do crime que podem promover a sua eficácia (FERNANDES, 2008, p. 9).

Nesse contexto, considerando a natureza comercial do tráfico de entorpecentes, é perceptível que essa dinâmica envolvendo a proibição, crime organizado e resultados imprevistos, é motivada e financiada por um lucrativo mercado ilícito.

3 A corrupção e o Narcotráfico.

Não é novidade que os países latino-americanos possuem um histórico com a corrupção da via pública. No Brasil o problema chega a ser caracterizado como endêmico. Com isso, o crime organizado e, em grande parte, narcotráfico, tem uma participação relevante nesse ponto.

Vale dizer que, a base da capacidade cooptativa do narcotráfico está no seu poder econômico. Com o alto valor em dinheiro que circulam por meio do mercado ilícito, faz com que um farol seja acesso chamando a atenção de criminosos comuns, dessa maneira, não é nada improvável admitir que a simples possibilidade de maximização dos ganhos financeiros possa representar um forte incentivo para que agentes do Estado decidam associar-se ao crime organizado.

Quando falamos sobre a corrupção e narcotráfico dentro do Brasil, o primeiro fator a ser considerado é as qualidades morais dos atores envolvidos. A cooperação entre a organização criminosa e o Poder Público pressupõe um diálogo prévio. Oliveira diz que "Se não existissem agentes estatais dispostos a dialogar, o crime organizado talvez não se arriscasse a fazer propostas; por conseguinte, não buscaria uma interação cooperativa" (OLIVEIRA, 2007, p. 92).

O segundo ponto a ser levado em consideração é o contexto social no qual o agente estatal se tenta a ser associado com o crime organizado. Se mostra relevante observar a ausência de capital social, a presença de práticas clientelistas e de parcialidade no comportamento das instituições públicas na cultura brasileira como alguns fatores que influenciam na construção dos valores individuais tendentes à corrupção. (OLIVEIRA, 2007, p. 106).

O contexto social e institucional brasileiro são determinantes no favorecimento das relações corruptas entre o Poder Público e organizações criminosas. No cenário do tráfico de drogas, em relação às instituições policiais, ainda é mais evidente do que as outras instituições, por conta da grande carga de influência política a que estão sujeitas. Entretanto, a escolha pela cooperação com a criminalidade organizada ainda vai da ponderação, entre prós e contras, do servidor estatal. Nesse viés, no âmbito do narcotráfico, o proibicionismo tem sua interferência marcada, fornecendo esses incentivos, de ordem financeira ou profissional, que cooptarão os agentes públicos para a associação criminosa (OLIVEIRA, 2007, p. 96-97).

Vale levar em consideração que a grande parte dos casos de corrupção ligados ao tráfico de drogas dizem respeito a cooperação de policiais civis ou militares, que enfrentam o inimigo na linha de frente, e que recebendo salários indignos ao perigo a que se submetem, dessa maneira, analisando esse viés, não é desarrazoado pensar que estejam mais propensos a decidir pela cooperação. Fazendo uma análise custo-benefício entre fazer vista grossa ou arriscar a própria vida em combate com o tráfico, e, ainda alcançando uma condição econômica mais estável, dentro de um contexto social que se vive, a cooperação pode vir a ser a escolha mais racional para muito agentes policiais e outras carreiras em semelhantes situações.

De acordo com Moisés Naím, a criminalização da política consiste na verificação de que é cada vez mais comum a participação de agentes políticos, com alto grau de poder institucional, envolvidos em atividades delitivas ligadas ao crime organizado. Ademais, a politização do crime fez com que cada vez mais tenha criminosos com muito poder que de uma ou outra forma se envolvem na política (ANDRADE, 2012. P. 21)

Assim, fica claro que o narcotráfico é capaz de cooptar a cooperação de agente públicos em todas as esferas da hierarquia institucional pois, primeiramente, se é facilitado por conta dos contextos social e institucional predominantes na América Latina; e segundo, porque dispõem de incentivos que interessam aos agentes corrompidos. Essas vantagens que os agentes públicos recebem, sejam financeiros ou políticos, estão ligados ao sucesso econômico da atividade de traficância, o que é paradoxalmente proporcionado pela própria política de proibição.

CONCLUSÃO

Com tudo que fora exposto nesse artigo, percebe-se que as políticas de drogas existem, porém são caracterizadas pela punição e repressão social ao invés de fatores como investimentos em educação e saúde pública. Com isso, é inevitável que os grupos com maior vulnerabilidade socioeconômica sejam os principais atingidos: pessoas negras, pobres e periféricas.

A chamada “guerra às drogas” é um fenômeno que não deveria ter o foco que possui. O primeiro ponto a ser aceito é de que é uma guerra perdida, que acaba gerando mais violência, e por fim resolve o problema de milhares de pessoas em situações precárias de vida, mas alimenta ainda mais a exclusão, a vulnerabilidade social e as atividades criminosas.

Se prestarmos atenção e analisarmos o exemplo da Colômbia, será compreendido que a desigualdade social que se deve combater e são em políticas públicas que se deve pensar. Isso deve se tornar uma preocupação geral, não somente de um país, mas de todos os governos da América Latina.

Quando se trata desse assunto, um dos principais meios para que seja solucionado o problema, seria o focado na educação, para que houvesse uma possível redução de consumo e conseqüentemente, redução do tráfico.

Se pararmos para analisar o momento em que o combate ao tráfico de drogas se encontra, se verá que os grupos criminosos são rastreados, e, a partir disso, ocorre a prisão de integrantes popularmente conhecidos como "mulas". Quando ocorre de a Polícia vir a prender um grande traficante, em seu lugar surge dois ou mais para preencher sua lacuna.

Por conta da extrema pobreza de algumas cidades aqui no Brasil, faz com que seja possível que portas sejam abertas para grupos criminosos assumirem regiões e "contratarem" pessoas para o tráfico. Além disso, se entende que o Brasil não é apenas uma rota de entrada e saída de drogas é também um grande mercado consumidor.

Nesse contexto, é necessário trazer para o debate o papel que o Estado vem desenvolvendo de acordo com esse problema nacional. É possível falar de uma visão dualista seguindo o exemplo do governo norte-americano a respeito do Estado e do crime organizado. Em um lado encontramos o Estado de direito, apoiado na sociedade civil, na ordem e na justiça, e no outro, o crime organizado, que, com suas ações ilegais se tornam uma ameaça os valores e instituições estatais.

Essa visão acaba por determinar o conceito de crime organizado como uma força externa e estranha à sociedade e apresenta, no mínimo, um defeito de ordem maior: a ideia de que o caráter conspiratório e ameaçador do crime organizado seria uma justificativa para o uso abusivo de medidas extraordinárias que vem por parte do Estado.

Por conta dessas medidas extraordinárias injustificáveis, que é possível destacar a desconfiança crítica que ocorre por parte de diversos autores abordados neste trabalho, quando se diz respeito às políticas repressivas e à militarização do combate ao narcotráfico.

O combate ostensivo, incondicional e sustentado pelo uso da força que o Estado vem promovendo ao decorrer das décadas, ignora a complexidade do fenômeno. Além disso, essa represália representa, eventualmente, uma certa afronta à construção da democracia no continente e insere-se na visão norte-americana.

REFERENCIAS

BEATO FILHO, C. C.; ZILLI, L. F. **A estruturação de atividades criminosas**: um estudo de caso. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 27, n. 80, p. 71-88, 2012

ESPÍRITO SANTO, Lúcio Emílio e MEIRELES, Amauri. **Entendendo nossa Insegurança**. 1ª edição – Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Policiologia, 2003.

FILHO, Cláudio Beato F. et al. **Conglomerados de Homicídios e o tráfico** de drogas em Belo Horizonte de 1995 a 1999. Belo Horizonte, editora UFMG, ano 2001

ABRAMOVAY, Miriam. **Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas**. Brasília: UNESCO, BID, 2002. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127138por.pdf> Acesso em: 5 de outubro de 2021.

BAQUERO, Marcello. **Democracia e desigualdades na América Latina: novas perspectivas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2007.

LEFEBVRE, H. **Writings on Cities**. Oxford: Blackwell Publishers, 2000.

DUARTE, Danilo. **A história do ópio e dos apióides**. Rev Bras Anestesiol, 2005; 55: 1: 135 – 146.

OLIVEIRA, E. **Lavagem de dinheiro do narcotráfico: etapa superior da globalização financeira. Dissertação de Mestrado em Serviço Social**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003

PROCÓPIO, Argemiro (org.). **Narcotráfico e Segurança Humana**. São Paulo: Editora LTr, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda, **“A incriminação do Tráfico de Pessoas no contexto da política criminal contemporânea”**, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume 3, Coimbra: Coimbra Editora 2010, p. 579.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RÊGO, L. **Um estudo comparado entre Brasil e Peru sobre as medidas de segurança para a Amazônia**. Tese de doutorado em História Comparada. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010. or. Francisco Carlos Teixeira;

PERALVA, Angelina. **Violência e democracia: o paradoxo brasileiro**. São Paulo: Paz e Terra, 2000

A EXECUÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA E OS EVENTUAIS IMPACTOS OCASIONADOS DURANTE A PANDEMIA DO COVID- 19 EM MANAUS-AM

CAROLINE LOIOLA PINTO:

Bacharelada em Direito pelo CEUNI- FAMETRO e Bacharel em Administração de Empresas pela ESBAM.

RESUMO: O presente artigo, apresenta o tema sobre a execução da Pensão Alimentícia e os impactos durante a pandemia, elucidando sobre as principais questões que norteiam a temática escolhida. O objetivo geral deste artigo é analisar a obrigação do pagamento da pensão alimentícia, em tempos de pandemia. A metodologia realizada foi descritiva, com aprofundamento do tema e quanto aos procedimentos metodológicos foi realizada uma pesquisa bibliográfica para coleta de dados. Este artigo procurou demonstrar esta importância e esclarecer dúvidas quanto a obrigação do pagamento da pensão alimentícia em tempo de dificuldades, como o da Pandemia de Covid-19. Visa ainda contribuir no esclarecimento de dúvidas sobre o tema em questão e auxiliar em estudos posteriores dos acadêmicos de Direito.

Palavras-chave: Pensão Alimentícia; Obrigação do pagamento; Pandemia.

ABSTRACT: This article presents the theme of the execution of the Alimony and the impacts during the pandemic, elucidating the main issues that guide the chosen theme. The general objective of this article is to analyze the obligation to pay child support in times of pandemic. The methodology used was descriptive, deepening the theme and, regarding the methodological procedures, a bibliographic research was carried out for data collection. This article sought to demonstrate this importance and clarify doubts about the obligation to pay child support in times of difficulties, such as the Covid-19 Pandemic. It also aims to contribute to clarifying doubts about the subject in question and assisting in further studies by Law scholars.

Keywords: Alimony; Payment obligation; Pandemic.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pensão alimentícia. 2.1. A Obrigação do Pagamento da Pensão Alimentícia. 2.2. A Prisão do devedor de Pensão Alimentícia. 3. Pensão alimentícia em tempos de pandemia. 3.1. Legislação Brasileira e a obrigação de pagar os alimentos. 3.2 Responsabilidade do pagamento da pensão alimentícia na pandemia. 4. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A crise pandêmica da COVID – 19 influenciou e está influenciando inúmeras reflexões jurídicas que vão além da área da saúde da sociedade em geral. Os impactos econômicos ocasionados em resultado da mesma, foram e ainda são latentes, ou até mesmo, incalculáveis dentro do panorama econômico, social, histórico e judicial. Dentre as quais, podemos mencionar a forte preocupação quanto a obrigação de prestar alimentos aos incapazes.

A questão do desemprego ou a significativa redução da renda em decorrência das medidas de distanciamento social empregadas para combater a disseminação do COVID – 19, são motivos plausíveis para se pleitear a redução dos alimentos em eventual ação revisional. Portanto, devem ser comprovadas documentalmente para fins de instrução comprobatória.

Atualmente, o direito a alimentos, é um dos mais importantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro por estar diretamente atrelado à dignidade do ser humano que orienta todos os princípios fundamentais. Na Constituição Federal de 1988, a Dignidade da Pessoa Humana consta como um postulado central do ordenamento pátrio, sobre o qual se configura o Estado Democrático de Direito (SANTOS, et. al., 2019)

Diante das dificuldades causadas pela pandemia, é possível o devedor desobrigar-se do pagamento dos alimentos? A hipótese é que enquanto não houver revisão não tem nada definitivo, pois a quantia foi fixada em um acordo, no qual prevaleceu a vontade de ambas as partes, ou em uma decisão judicial.

A crise causada pela pandemia da COVID-19 tem influenciado inúmeras reflexões jurídicas que vão além da área da saúde. Os impactos econômicos têm causado uma série de efeitos colaterais, até então incalculáveis. Dentre as quais, encontra-se uma preocupação latente sobre a obrigação de prestar alimentos.

Diante do quadro de desemprego, suspensão de contrato de trabalho, diminuição salarial, ou mesmo suspensão total de qualquer renda, como o devedor deverá agir em relação a pensão alimentícia?

Será possível suspender o pagamento dos alimentos e não sofrer as consequências pela inadimplência? Primeiramente é preciso responder que a obrigação da pensão não pode ser suspensa unilateralmente, seja por qual motivo for.

É preciso, antes de qualquer conduta, fazer uma análise mais profunda de como é possível rever a obrigação alimentar nesse contexto de excepcional desorganização econômica, uma vez que não pode se deixar de lado o direito constitucional daqueles que necessitam da pensão para sobreviver.

A realização dessa pesquisa, tem o intuito de analisar, as leis que regem como parâmetros para a execução deste ato e nos possibilite um melhor entendimento e a sua aplicabilidade no que se refere a Pensão Alimentícia em Tempos de Pandemia.

Assim, a temática estudada é relevante para os dias atuais, dentro da conjuntura social, econômica e histórica que estamos vivendo. Além do mais, no desenvolver deste estudo, será explanada as questões que impossibilitam o genitor em não pagar a pensão alimentícia durante o período da pandemia. E de que maneira, poderá ser solucionado perante a justiça? E o mesmo, pode desobrigar-se desta responsabilidade por conta desse eventual acaso?

Em vista da grande relevância do tema, expõe-se o assunto de acordo com O Código Civil, onde o mesmo, prevê que os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros alimentos de que necessitem para viver, bem como o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos (arts. 1.694 e 1.696 do CC). Assim, mesmo após a separação, os genitores continuam a ter igual responsabilidade na criação e sustento dos filhos.

Este projeto pretende contribuir na elucidação de dúvidas a respeito do tema em tempos difíceis ocasionados pela pandemia onde a grande maioria perderam seus empregos e ficaram sem fonte de renda e com a responsabilidade de pagar a pensão alimentícia.

2. PENSÃO ALIMENTÍCIA

Segundo Cahali (2009, p. 16), pensão alimentícia é: “as prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física, como intelectual e moral”.

O maior número de processos nas varas de família diz à alimentos e execuções de alimentos, devido ao crescimento de pais que deixam de cumprir com suas obrigações alimentares, necessitando assim, de uma legislação mais enérgica no combate a inadimplência de tal obrigação vital para a sobrevivência de quem necessita deste provimento (SANTOS, et. al. 2019, p. 6).

O direito de receber alimentos é amplamente amparado pela legislação brasileira e está relacionado com os direitos constitucionais à vida e à preservação da dignidade da pessoa humana. Os alimentos se destinam à sobrevivência daquele que os necessita, tutelado pela família e pelo Estado em face de sua incapacidade de manter-se sozinho. Razão pela qual, o Código Civil estende esta obrigação a toda família:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros, os alimentos de que necessitem para viver de modo

compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (Art. 1.694, Código Civil).

Dessa forma, quando alguém não tem condições de prover seu próprio sustento e, com isso, ter uma vida digna (sobreviver), nasce para ele o direito de receber alimentos de um terceiro, que terá o dever de prestá-los, conforme disciplina o Código Civil:

São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (Art. 1.695, Código Civil).

Segundo Costa et. al. (2020, p. 2) a partir dessas considerações, isto é, presunção de necessidade do alimentando e do caráter personalíssimo da obrigação de pagar alimentos, conclui-se que o encargo é irrenunciável e não pode o devedor ser dispensado do encargo, nem mesmo por motivo de desemprego ou superioridade da capacidade financeira do outro genitor, salvo as permissões legais.

Assim, a pensão alimentícia pode ser requerida por qualquer parente, podendo ser de vontade espontânea do alimentante, ser instituído em contrato ou testamento, mas também podendo vir a ser por decisão judicial por responsabilidade civil (MELO, 2021, p. 11).

Os alimentos são tratados por doutrinadores de duas maneiras, quais sejam, alimentos civis e alimentos naturais. São naturais, aqueles destinados a subsistência do ser humano, os quais compreendem o mínimo necessário para a sobrevivência. Os alimentos civis são aqueles responsáveis por delimitar e manter a personalidade do ser humano, suprimindo as suas necessidades intelectuais e morais (SÉRGIO, 2016, p. 3).

Para o ordenamento jurídico, os alimentos constituem um dever imposto a um indivíduo, para que ministre, de forma periódica, recursos materiais necessários à subsistência de outrem (cônjuge, convivente ou parente), compreendendo não apenas gêneros alimentícios (sentido vulgar do vocábulo), como também moradia, vestimenta, educação, lazer e remédio, este último em caso de doença, não podendo ser renunciados (CC, art. 1.707).

2.1. A Obrigação do Pagamento da Pensão Alimentícia

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ocorreu uma crescente importância do tema para o Direito de Família, visto que houve um aumento no número de dispositivos referindo-se aos alimentos, em comparação com a antiga legislação. Para que se tenha uma dimensão da importância do assunto, é oportuno destacar que

a grande maioria das ações que tramitam nas Varas de Família envolve a discussão de pensão alimentícia (COSTA, et. al., 2018, p. 98).

Estabelece o art. 1.698 do CC que se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.

Segundo Costa, et. al. (2018, p. 98), os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação. São pressupostos da obrigação de prestar alimentos: a) existência de um vínculo de parentesco; b) necessidade do reclamante; c) possibilidade da pessoa obrigada; d) proporcionalidade. Já os alimentos, segundo a lição de Orlando Gomes (2002):

[...] são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência. Quanto ao conteúdo, os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação (GOMES, 2002).

Tradicionalmente, é exigido que o alimentante pague de acordo com a necessidade do alimentando e sua possibilidade financeira, assim não havendo uma percentagem definida em lei. Assim, para fixar alimentos o critério pode ser determinado em valores fixos ou variáveis, baseando-se no valor recebido pelo alimentante (COSTA, et. al., 2018, p. 98).

Desta forma, é incorreto dizer que o valor do pagamento das pensões é de 30% do rendimento mensal do alimentante. Na realidade, esse é o valor mais aplicado, podendo o valor ser maior ou inferior a este. Conforme já mencionamos, a decisão em torno do valor da pensão pode variar a depender de cada caso.

Como previsto no art. 1.694 do código civil, a obrigação alimentar é decorrente do parentesco ou da formação de uma família e sobre parentesco, o código cita em seu art. 1.696 que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”

Como cita Gagliano, et. al. (2017, p. 697):

A obrigação alimentar, vale acrescentar, é sucessiva, entendida tal característica na circunstância de que, na ausência de ascendentes, passaria para os descendentes e, na ausência destes últimos, aos

irmãos, assim germanos (ou seja, irmãos dos mesmos pai e mãe) quanto unilaterais, na forma do art. 1.697, CC/2002.

Existem ainda na questão jurídica quanto aos alimentos, os alimentos gravídicos que são de extrema importância, pois possibilitam a gestante uma gravidez mais confortável com a assistência prestada durante a gravidez em prol da futura criança que está sendo gerada e que necessitará de cuidados específicos e essenciais para ter um desenvolvimento digno.

O dever de pagar a pensão não é apenas dos pais ou estes pagar em valor, mas pode ser pago também em formas de itens básicos para a dignidade humana, como plano de saúde ou educação. Outrora, cabe salientar que sendo o pai que pagar a pensão e este não tendo condições de estabelecer vínculo financeiro, o filho pode requerer aos avós para que estes o paguem (COSTA, et. al. 2018, p. 99).

A obrigação de prestar assistência alimentar é mútua entre os cônjuges e companheiros, não se extinguindo com o divórcio ou a dissolução da união estável em momento algum. Como a sentença que fixa o valor da pensão alimentícia não transita em julgado, pode ela ser revista a qualquer momento, desde que o interessado prove que não possui mais as mesmas condições econômicas de antes.

Diante da responsabilidade instaurada pelo poder familiar, comum a ambos os genitores, mostra-se presente e de suma importância o dever de sustento para sobrevivência e uma vida digna daquele que necessita de proteção e manutenção financeira, com tal escopo não só a alimentação, mas sim obrigações específicas de que o alimentante necessitará no seu dia a dia.

Destaca Yussef Shapid Cahali:

A doutrina, de maneira uniforme, inclusive com respaldo na lei, identifica duas ordens de obrigações alimentares, distintas, dos pais para com os filhos: uma resultante do pátrio poder, consubstanciada na obrigação de sustento da prole durante a menoridade (CC, art. 231, IV); e outra, mais ampla, de caráter geral, fora do pátrio poder e vinculada à relação de parentesco em linha reta (CAHALI, 2009, p. 405).

Em razão desse ditame, sob a égide do poder familiar, presente em uma relação de pai e filhos, civilmente estabelecida, evidenciando a obrigação de alimentar, enquanto civilmente menores, mas não significando a maior idade a finalização do comprimento financeiro legal, tutelando então seus direitos por quem não detém

capacidade plena de se auto sustentar por seus próprios meios, tendo o Código Civil regulamentado o dever (MELO, 2021, p. 13).

A obrigação alimentar de 2002 concede atenção em especial a obrigação dos alimentos, podendo ser ele empregado a partir do momento da concepção, sendo daí a justificativa necessária para a participação e acompanhamento dos filhos pelos pais. Por esse princípio, ser pai não somente é ser legalmente responsável financeiramente, mas também afetivamente e participativo na vida dos filhos. Podendo assim ser entendido que os pais retratam responsabilidade, devendo ser observada tanto na formação como na manutenção da família (MELO, 2021, p. 8).

Em outras palavras, a diferença entre a execução de alimentos e as demais execuções, está na possibilidade que o credor tem, com fundamento no art. 5º, inciso LXVII, da CF, de pedir a prisão do devedor inadimplente, desde que compreenda as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (Súmula 3) – prisão essa com prazo máximo de 1 a 3 meses, de acordo com o art. 528, § 3º do Novo CPC que consagrou o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça de ser o prazo mínimo de um mês e máximo de três meses “STF, 4ª Turma, RHC 23.040/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 11.03.2008, Dje 30.06.2008” (NEVES, 2016, p. 528).

Ensinam Barroso & Letièrre (2016) que a execução de alimentos pode ter por base título executivo judicial ou decisão interlocutória no caso de alimentos provisórios ou aqueles de natureza provisionais deferidos em liminar que tenha condenado o executado à obrigação alimentar. Nessa situação, a ação de execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados. No tocante, ao cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado no mesmo processo em que foi prolatada a respectiva sentença.

De acordo com o Código Civil (2002), os alimentos são de extrema importância a quem dele necessita, pois o que está, em cheque é a vida do alimentante que necessita de recursos para sobreviver e a sua não prestação ensejará a prisão como exceção, além de outras penalidades, como por exemplo, a inclusão do nome do devedor de alimentos no cadastro de proteção ao crédito das instituições financeiras, o que o impossibilitará que o devedor possa adquirir empréstimos, cartão de crédito, dentre outras consequências.

A importância e a finalidade de obrigação visam atender os requisitos da necessidade do alimentando que não consegue se sustentar. Trata-se de um direito que abrange princípios voltados ao ser humano, visando dignidade, direito à vida e direito

patrimonial com finalidade pessoal, caracterizando a incapacidade material, econômica em razão de circunstâncias adversas, que o impossibilitam.

A obrigação de alimentos assume uma nova vestimenta. Prevista no Código Civil, sofre influência direta da Constituição Federal. A começar pela igualdade da distribuição das obrigações aos homens e mulheres, genitores, em igualdade de condições. Além disso, os novos modelos de família, com seus mais diversos arranjos, possibilitam a prestação de alimentos em vários sujeitos (MELO, 2021, p. 15).

2.2. A Prisão do devedor de Pensão Alimentícia

Com o advento do novo CPC, foi instituído novas regras para o devedor de pensão alimentícia, este terá seu nome no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e poderá ser preso ao atrasar o pagamento de quaisquer parcelas e não precisará atrasar 3 parcelas como antes era instituído (COSTA, et. al., 2018, p. 101).

Sendo assim, o art. 528, § 3º do NCPC ficou da seguinte maneira: “Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”.

O Supremo Tribunal Federal já orientou que:

A prisão civil não deve ser tida como forma de coação para o pagamento da totalidade das parcelas em atraso, porque, deixando a credora que o débito se acumule por longo tempo, essa quantia não mais tem caráter alimentar, mas, sim, o de ressarcimento de despesas feitas (STF. HC 75180, Rel. Min. Moreira Alves).

Não é qualquer dívida alimentar que autoriza a prisão civil, muito menos a dívida alimentar antiga, pois o Superior Tribunal de Justiça já editou a Súmula nº 309: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

O novo Código de Processo Civil trouxe, em seu texto legal, modificações quanto à prisão por dívida alimentar, em seu texto legal, que não seria mais necessário o atraso de 3 parcelas para a prisão, apenas 1 atraso seria necessário para se decretar prisão. Portanto os alimentos têm como finalidade possibilitar uma vida digna, para aquelas pessoas que não a podem ter, seja por serem incapazes ou por que por si só não podem prover o seu próprio sustento.

3. PENSÃO ALIMENTÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Dentro do Panorama econômico, a pandemia resultou em desemprego ou reduções drásticas na renda, fatores que se tornam motivos de preocupação redobrada para quem tem que pagar a pensão. A pandemia de COVID-19 impôs grandes perdas em todos os setores da economia mundial. Negócios de todos os tipos continuam a fechar as portas. Esse fato, por sua vez, gera uma onda de demissões em massa.

Já os trabalhadores informais se veem diante da impossibilidade de continuar suas atividades, dependendo de auxílios governamentais para manterem os gastos com necessidades básicas.

Neste cenário, há também muitos que arcam com a pensão alimentícia de seus filhos. Contudo, em um contexto de crise como o que enfrentamos, as condições para o pagamento dessa obrigação continuam sendo as mesmas, pois de fato, via de regra, os custos com alimentação devem ser divididos igualmente entre os progenitores.

3.1. Legislação Brasileira e a obrigação de pagar os alimentos

Os alimentos assim como a execução deles em caso de inadimplemento da obrigação alimentícia encontram sua base legal nos seguintes diplomas: na Constituição Federal (art. 5º, inciso LXVII), no Código Civil (arts. 1.694 a 1.710), no Código de Processo Civil (arts. 523 a 527 e 528 a 533, 911 a 913), na Lei nº 5.748/1968, na Lei nº 11.804/2008, na Lei nº 11.441/2007, em especial, na Lei 13.105/2015.

A Lei 5.478 de 25 de julho de 1968 surgiu para fazer com que os processos de Alimentos tivessem mais celeridade. Esta lei nos diz que o responsável pelo sustento da família que se afastar do lar, pode ajuizar uma ação para ofertar o valor que lhe acha ser devido pagar.

Quanto ao valor, a lei não determina o quantum certo a oferecer, uma vez que existe o binômio possibilidade/necessidade que viabiliza que o valor seja pago de acordo com as condições do alimentando e a necessidade do alimentado. A referida lei trata do cancelamento da pensão em caso de maioridade, casamento ou atividade remunerada. Este fato ocorre por subtender que nas hipóteses, o alimentado já tenha condições para ter sustento, não necessitando mais da pensão ofertada.

Porém, neste sentido Belmiro Pedro Welter afirma que, os filhos maiores podem requerer alimentos em três situações: filho maior de idade e incapaz; filho maior e capaz que cursa escola profissionalizante ou faculdade e, finalmente, filho maior capaz e indigente (WELTER, 2003, p. 5).

O artigo 1.699 do Código Civil preceitua que uma vez fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, poderá o interessado reclamar ao juiz a redução do encargo.

Não havendo consenso entre os pais, é necessário buscar uma solução em âmbito judicial para que o direito da criança ou adolescente seja garantido. Neste caso, um juiz fixará o valor a ser pago a título de pensão alimentícia e, em eventual situação de descumprimento injustificado dessa decisão (não pagar a pensão), o devedor corre o risco de ser preso por até três meses, não se eximindo, porém, da dívida (art. 528).

A legislação brasileira prevê a contribuição à alimentação dos filhos mesmo em casos de separação. Entretanto, as determinações judiciais não são estanques. Contextos como o que vivemos atualmente podem gerar revisões nas decisões judiciais tomadas em um momento anterior à crise, haja vista que alteram a situação financeira dos implicados naquelas decisões.

É importante salientar que não há nenhum artigo da lei nº 5.478/68 ou do Código Civil que estabeleça um valor específico para as pensões. Nesse caso, esses valores são estabelecidos considerando os parâmetros da necessidade e da possibilidade.

Esses valores são estabelecidos de acordo com os seguintes parâmetros: a necessidade dos pleiteantes; e a possibilidade dos progenitores. Como previsto no art. 1.694 do nosso código civil, a obrigação alimentar é decorrente do parentesco ou da formação de uma família e sobre parentesco. Dentre as obrigações está o pagamento da pensão alimentícia aos menores. Do poder familiar decorre diretamente o “dever de sustento”. Diz ainda o Código Civil Brasileiro:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

O parâmetro da necessidade se refere aos recursos de que o alimentando precisa para viver. Por exemplo, os valores entre pensões de bebês e jovens que cursam a universidade variam, haja vista que correspondem às necessidades específicas de cada uma dessas fases da vida. No que diz respeito ao parâmetro da possibilidade, este é decisivo para entender como fica a situação dos genitores que passam por dificuldades durante a crise do COVID-19. Isso porque esse parâmetro se refere à situação financeira dos ex-cônjuges. Isso significa dizer que os valores das pensões são considerados a partir da situação financeira concreta de ambos os genitores.

O critério da possibilidade permite à Justiça rever suas decisões, desde que a parte interessada solicite a ação revisional de alimentos, tal como está previsto no artigo 15 da lei nº 5478/68 e no art. 1699 do CC. A maioria civil não é empecilho para a continuação do recebimento das pensões alimentícias. De um lado o sistema normativo brasileiro disciplina o tema referente aos alimentos e os procedimentos para a sua concessão (Código Civil; Lei 5.478/68; Estatuto da Criança e do Adolescente; Constituição da República), de outro o Poder Judiciário tem papel primordial na resolução dos problemas existentes, principalmente, solucionando as questões relativas ao tempo de duração do pagamento da pensão alimentícia. Com efeito, o novo Código de Processo Civil tornou a execução de alimentos mais efetiva e célere, ao prever o cumprimento da sentença de decisão que fixe a elegibilidade de alimentos. Doravante, não haverá mais a necessidade de dois processos: um, para a condenação dos alimentos; outro, para a execução da sentença condenatória (SANTOS, *et. al.*, 2019, p.16).

3.2 Responsabilidade do pagamento da pensão alimentícia na pandemia

Com a chegada da pandemia de Coronavírus, a economia estancou quase totalmente. Nesse momento de grandes incertezas, muitos brasileiros se perguntam se continuam a ter que arcar com a pensão alimentícia dos filhos. As varas das famílias estão operando em regime de plantão, desta forma é de suma importância que advogados mediarem à situação com responsabilidade social, cuidando de todos os sujeitos da equação.

É possível, um acordo prévio firmado entre os genitores para reduzir ou modificar a prestação alimentícia, recomendando-se, todavia, que os termos sejam registrados formalmente com o auxílio do advogado e levados a juízo para homologação, a fim de resguardar ambas as partes. Então, não contribuir com qualquer valor neste momento significa abandono material de criança, especialmente agravado pelo momento de pandemia. Não é correto pensar que a pandemia dá o direito de não mais contribuir materialmente para o sustento do filho, sem buscar alternativas para contornar a situação é violência patrimonial também.

Se a parte responsável pelo pagamento da pensão alimentícia teve redução de seus rendimentos, afetando o binômio necessidade e possibilidade, poderá procurar um advogado e solicitar a revisão dos valores a serem pagos mediante a comprovação de sua atual situação. Para comprovar essa situação, os interessados podem se utilizar de documentos ou outros meios que comprovem a redução da capacidade financeira.

Isso significa dizer que a suspensão do pagamento deve ser uma decisão acordada judicialmente. Os alimentantes que não se submeterem a essa exigência podem sofrer as consequências do não pagamento da pensão alimentícia.

Segundo Almeida Artigo Direitonet (2020, p. 2), há duas possibilidades de conseguir a mudança ou suspensão do pagamento:

- 1) Proposta de negociação extrajudicial: consiste na negociação junto com a outra parte (o que recebe os alimentos) para a diminuição ou suspensão dos pagamentos. Deve-se pedir a homologação em juízo desde acordo, para que passe a ter efeitos legais.
- 2) A outra opção é que seja ajuizada uma Ação de Revisão de Alimentos, com base no artigo 550, I, do Código de Processo Civil c/c 1699 do Código Civil.

A parte mais importante dessa ação é a capacidade de demonstrar, com provas, de que a situação atual da pandemia do Coronavírus afetou e está afetando diretamente as suas condições financeiras de arcar com a pensão alimentícia anteriormente fixada (ALMEIDA, Artigo Direitonet, 2020, pag. 2).

CONCLUSÃO

A relação da pensão alimentícia com as diretrizes constitucionais que determinam uma vida digna à vida humana, é o que torna primordial a importância do presente estudo acerca desta temática, este artigo procurou demonstrar esta importância e esclarecer dúvidas quanto a obrigação do pagamento da pensão alimentícia em tempo de dificuldades, como o da Pandemia de Covid-19, que assolou não somente em escala local, mas global.

Sendo assim, a pesquisa teve o intuito de buscar entender como regulariza a situação dos dependentes por alimentos, surgindo o estudo sobre lei que rege a pensão alimentícia, para que eles não passem dificuldades, seja esse pai, mãe ou filho do alimentante, a quem é solicitado a pensão.

O valor estipulado ou acordado para a pensão alimentícia não tem um valor fixo a ser cobrado, pois dependerá sempre do binômio que move a ação alimentar, possibilidade do alimentante e necessidade do alimentando, pois não se pode avaliar a necessidade de um todo em lei.

Essa questão dos alimentos é delicada em momento de pandemia, visto que, estamos vivendo um período de inflação com recessão e desemprego. Contudo, isso não autoriza quem deve alimentos a simplesmente parar de pagar a pensão alimentícia. Obviamente que fatores como o desemprego e fechamento do comércio, além de diminuição de jornada com redução de remuneração devem ser levados em consideração nas ações revisionais de alimentos. Porém, como já dito anteriormente, esses fatores não geram, por si só, perda de possibilidade de pagar a pensão alimentícia de forma parcial. O que se pode manejar é ação revisional para diminuir o valor pago nos alimentos, porém, não excluir o pagamento por inteiro. Além disso, podem existir ações revisionais de alimentos para que se aumente a pensão pois, com a pandemia, há quem esteja ganhando mais, como é o caso de empresas de fabricação de álcool em gel, por exemplo.

Para o devedor de pensão alimentícia, em tempos de pandemia, a prisão deve ser domiciliar. Alguns podem vir a dizer que quem deve alimentos, então, se beneficiaria nessas condições pois todos estamos vivendo em uma prisão domiciliar, em razão do confinamento. Porém, a questão aqui é que o Estado não quer colocar o devedor em risco de morte. Por mais que a prisão em domicílio do genitor que deve alimentos acabe por onerar ainda mais o outro genitor, que arcará com os gastos do menor, em tempos de pandemia certas escolhas devem ser feitas pelo sistema jurídico brasileiro.

No fim do mês de maio de 2020, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça, atendeu ao pedido da Defensoria Pública da União e estendeu os efeitos de liminar concedida ao Estado do Ceará, de maneira a determinar o cumprimento das prisões civis de devedores de alimentos, em todo o território nacional, de forma excepcional, em razão da pandemia de Coronavírus, em regime domiciliar. Em sua decisão, o Ministro ressaltou que os juízes de execução de alimentos irão estipular as condições de cumprimento da prisão domiciliar, inclusive em relação à sua duração, levando em consideração as medidas adotadas pelo Governo Federal e local para conter a pandemia. Porém, o Ministro deixou claro que a decisão não revoga a adoção de medidas mais benéficas que eventualmente tenham sido determinadas por juízes locais. O que poderia vir a justificar a adoção da prisão domiciliar para o devedor de pensão alimentícia em tempos de pandemia é a situação de fragilidade e vulnerabilidade de todos nesse momento. Com a pandemia que vivemos atualmente, é necessário que o bom senso seja usado por todos e em todas as decisões tomadas nesse período de isolamento social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafaela Sampaio de. **Direito de Família em tempos de coronavírus: impactos na pensão alimentícia.** 2020. Disponível

em: <<https://www.direitonet.com.br/artigo/exibir/11595/direito-de-familia>> Acesso em: 25.03.21.

BARROSO, Darlan; LETIÈRE, Juliana Francisca. **Prática Processual no Novo Processo Civil**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.198-199, 2016.

BRASIL, Lei nº 5.748/68. **Dispõe sobre alimentos e outras providencias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm> Acesso em 21.09.21.

BRASIL, Lei nº 10.406. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 21.09.21.

BRASIL, Lei nº 11.441/2007. **Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm> Acesso em 21.09.21.

BRASIL, Lei nº 11.804/2008. **Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm> Acesso em 21.09.21.

BRASIL, Lei nº 13.105/15. **No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia**. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. **Revista atual e ampliada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA, Carmem Lúcia Neves do Amaral; GENTIL, Camila Queiroga. **Pensão alimentícia: uma abordagem sobre A importância, direitos e obrigações**. Ciências Humanas e Sociais. Aracaju, v. 04, n. 03, p. 95-106, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, **Rodolfo Pamplona**. **Novo curso de direito civil: direito da família**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. Ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELO, Luana de Souza. **Pensão Alimentícia: características, inadimplência e efeitos legais**. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica. Anápolis, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª. ed.** Salvador: Jus PODIVM, p. 528, 2016.

OLIVEIRA FILHO, Roberto José. **Pensão Alimentícia em tempos de pandemia.** 2020. Disponível em: <<https://robertofilhoadvocacia.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 25.03.21.

OLIVEIRA TEIXEIRA, Marco Jean de. **Pandemia: Como fica a pensão alimentícia.** 2020. Disponível em: <<https://jornalcontabil.com.br/pandemia-como-fica-a-pensao-alimenticia/>> Acesso em: 25.03.21.

Pensão Alimentos - Pandemia. 2020. Disponível em: <<https://modeloinicial.com.br/artigos/pensao-alimentos-pandemia>> Acesso em: 25.03.21.

PRODANOV, Cleber Cristiano; ERNANI, Cesar de Feitas. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico.** 2. ed. - Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REGIS, Mariana. **Como fica o pagamento da pensão alimentícia durante a pandemia?** 2020. Disponível em: <<https://mariaregisadv.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 25.03.21.

SANTOS, Laura Rúbia da Silva dos; RIBEIRO, Alessandro Silva. **A obrigação alimentar no atual ordenamento jurídico brasileiro: a importância da pensão alimentícia, sua execução e as principais alterações nela introduzidas pelo novo Código de Processo Civil.** Nova Hileia: Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia / Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, Manaus: Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, v. 7, n. 2, 2019.

SÉRGIO, Caroline Ribas. **Dos Alimentos no Novo CPC: uma análise sobre as alterações e consequências atribuídas ao devedor de alimentos.** Porto Alegre-RS. 2016. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9694/Dos-alimentos-no-Novo-CPC-uma-analise-sobre-as-alteracoes-e-consequencias-atribuidas-ao-devedor-de-alimentos> Acesso em: 20.09.21.

STF, Jurisprudência. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000090935&base=baseAcordaos>> Acesso em: 21.09.21.

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no Código Civil.** Porto Alegre: Síntese, 2003.

A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA SOB A ANÁLISE DO DIREITO PENAL.

MILENA FERREIRA DE QUEIROZ:

Bacharelada em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus- Fametro.

RESUMO: A violência é uma realidade presente na sociedade atual, e, pode ocorrer de diversas maneiras além da violência física. Os tipos de violência que podem acontecer em diversos âmbitos, principalmente, no doméstico são as violências físicas, psicológicas, patrimoniais, sexuais e morais. Pode se entender por violência doméstica uma violência silenciosa e sendo difícil de detectar, pois suas marcas não são tão expostas com a física. Entre os meios de violência psicológica podemos destacar o gaslighting e mansplaining por serem pouco debatidos, porém bastante comuns nas relações afetivas. Nesse sentido, o presente artigo busca explicar a violência psicológica e como o direito penal reage a mesma.

PALAVRAS-CHAVE: Violência psicológica. Estágios da violência. Lei nº 14.888/2021. Violência silenciosa.

ABSTRACT: Violence is a reality present in today's society, and it can occur in many ways besides physical violence. The types of violence that can happen in several areas, mainly in the domestic area are physical, psychological, patrimonial, sexual and moral violence. Domestic violence can be understood as a silent violence that is difficult to detect, because its marks are not as exposed as physical violence. Among the means of psychological violence we can highlight gaslighting and mansplaining because they are little discussed, but are quite common in affective relationships. In this sense, this paper seeks to explain psychological violence and how criminal law reacts to it.

KEYWORDS: Psychological violence. Stages of violence. Law 14.888/2021. Silent violence.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Violência psicológica Vs Violência física. 2.2 A violência. 2.3 Violência psicológica. 2.4 violência psicológica na infância e adolescência. 3 Apontar a violência psicológica como primeiro estágio para a violência física doméstica. 4 A necessidade de uma lei específica para a violência psicológica. 4.1 Lei nº 14.888/2021. 5 Conclusão. 6. Referencias.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral a expansão de conhecimento que o mundo veio presenciando ao longo dos anos e junto com ele uma das áreas que ficou mais acessível fora o meio de informação e prevenção contra a violência. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, a violência pode ser descrita como "o uso intencional de força física ou

poder, ameaçados ou reais, contra si mesmo, contra outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade. ”

Atualmente, muito é debatido sobre a violência física, no âmbito jurídico diversas são as medidas tomadas para que essa violência venha a ser evitada, e quando não pode ser evitada, que ocorra meios de punição para a mesma. Entretanto, cabe perceber que não é somente a violência física que assola a população, mas há o que podemos chamar de violência silenciosa que está presente diariamente na vida dos cidadãos brasileiros.

Essa violência que é conhecida como violência silenciosa ou violência psicológica muitas vezes acaba iniciando de uma maneira imperceptível e acaba chegando na agressão física. Dito isto, é necessário entender o gênese do problema para que possa ser combatido. Para que haja reflexão completa sobre é necessário perguntar: qual a posição do direito penal mediante a violência psicológica?

Quando se faz respeito à lei, a violência psicológica pode ser entendida como qualquer ato realizado pelo agressor com o intuito de controlar as decisões, o comportamento sobre a vítima. A violência afeta a autoestima, o estado de saúde psíquica e a autoconfiança da vítima em si.

Alguns doutrinadores concordam que a Lei 11.340/06 criminalizou a violência psicológica, entretanto é complicado afirmar que ocorrerá um tipo de pena sem pena correspondente. Porém, enquanto não houver uma lei específica sobre é necessário que ocorra a transferência do seu conceito para outros tipos de penas que já se encontram no Código Penal.

Em um dos artigos já tipificados no Código Penal podemos comentar sobre o caput do artigo 129 que dispõe “ofender a integridade corporal ou a *saúde* de outrem” quando falamos da lesão a saúde contra a pessoa, podemos apontar sobre a saúde mental, e a interferência na ordem psíquica.

Nesse artigo será explicado a análise das algumas correntes quanto à natureza jurídica das Medidas Protetivas de Urgência abordando casos no qual fora reconhecimento de violência psicológica em sentenças que julgaram com resolução de mérito medidas protetivas de urgência.

O estudo deste tema, revela a importância do entendimento da violência psicológica e as medidas que o direito penal vem tomando mediante esse assunto. Na realização de curso na área penal, a determinar aperfeiçoamento de conhecimentos para aplicação de toda a gama de legislação penal brasileira existente.

Ademais, descobrir qual a melhor maneira de lidar com o impasse, levando em consideração a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, pela qual será entendido o papel do Estado quando se trata de prevenir para que não ocorra esse tipo de violência e como o que fazer depois que a mesma aconteceu.

1 A Violência Psicológica Vs Violência Física.

1.1 A violência.

A violência enquanto fenômeno biopsicossocial vem seguindo a construção da humanidade desde o seu gênese, e é um problema que está paralelamente atrelado as relações sociais. Sendo assim, pode-se analisar como uma intolerância para com as diferenças políticas e relacionais e não de um problema biológico ou inerente a natureza humana. Desse modo, percebe que é algo que deve ser prevenido e controlado no convívio em sociedade para evitar prejuízos de ordem psíquica e corporal para as vítimas.

A violência infligida a grupos, classes ou indivíduos como as mulheres, crianças e adolescentes, negando seus direitos e causado sofrimento, é algo que persiste na sociedade apesar das conquistas ao longo do tempo. Consequentemente, as agressões contra a mulher hoje, se entendem como um problema de saúde pública, pelo fato de que causam impactos inexoráveis para o indivíduo, sua família e para a sociedade como um todo, bem como originam ônus com o tratamento dos danos. (LIANE; 2005)

Seguindo o disposto na Lei 13.431/17, a violência física, é entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico. A Lei 13.010/2014, também conhecida como “Lei Menino Bernardo”, fez com que fosse estabelecido que a criança e o adolescente fossem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante.

A legislação brasileira entende o castigo físico como uma ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em lesão e/ou sofrimento físico.

A palavra violência é composta pelo prefixo vis, que, em latim, tem o significado ‘força’. A etimologia da palavra violência, entretanto, pode se entender mais do que a simples força, a violência pode ser compreendida como o próprio abuso da força. Violência descende do latim violentia, que significa caráter violento ou bravo. O verbo violare, significa tratar com violência, profanar, transgredir. De acordo com Stela Valéria (2008):

Estes termos devem ser referidos a vis, que mais profundamente, significa dizer a força em ação, o recurso de um corpo para exercer a sua força e, portanto, a potência, valor, a força vital .

Por último, de acordo com o dicionário Aurélio violência seria ato violento, qualidade de violento ou até mesmo ato de violentar. É possível afirmar que, a violência consiste em ações de indivíduos, grupos, classes, nações que ocasionam a morte de outros seres humanos ou que venham afetar sua integridade moral, física, mental ou espiritual.

1.2 Violência Psicológica.

Um dos conceitos que podemos adquirir sobre a violência doméstica é o encontrado na lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que diz que qualquer conduta que cause dano emocional e que diminua a autoestima. Além de que, venha a prejudicar o desenvolvimento individual e também com o intuito de controlar o comportamento, isso pode envolver suas crenças e gostos. Esse controle ocorre por meio de agressões verbais, uma vigilância constante, ridicularização da pessoa humana, chegando ao ponto de a vítima não possuir mais auto estima e precisar de aprovação do agressor até para ir e vir.

Essa violência é também conhecida como violência silenciosa e um dos motivos desse nome é pelo fato de que começa de forma branda, com falas, expressões e pequenos insultos que passam despercebidos pela vítima, porém, começam a afetar sua autoestima e aumentar a insegurança. A desvalorização da vítima ocorre a um ponto que ela se sente culpada pela aquela situação.

Vale ressaltar que, através dos atos da violência psicológica, problemas físicos e visíveis começam a ser despertados como reação, como por exemplo: gastrite nervosa, úlceras, depressão, crises de enxaquecas, ataques de pânico, ocasionando, em muitos casos, a necessidade de remédios psiquiátricos e, em pior dos casos, a morte.

Pode-se destacar mediante esse tema o entendimento de Maria Berenice Dias:

A violência psicológica encontra forte alicerce nas relações desiguais de poder entre os sexos. É a mais frequente e talvez seja a menos denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciados. Para a configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de laudo técnico ou realização de perícia. Reconhecida pelo juiz sua ocorrência, cabível a concessão de medida protetiva de urgência. Praticando algum delito mediante violência psicológica, a majoração da pena se impõe (CP, art. 61, II, f). (DIAS, 2007, p. 48).

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2016) atitudes como as descritas da violência psicológica, no qual o agressor possui a intenção de causar danos emocionais a

vítima, com ameaças e humilhações, que acabam prejudicando o desenvolvimento da vítima na sociedade, podem ser classificados por infrações penais como o constrangimento ilegal (CP, art. 146), ameaça (CP, art. 147), e cárcere privado (CP, art. 148).

A reputação da vítima é outro fator que é necessária para análise nesse estudo. Quando se fala em reputação podemos entender como estima moral e intelectual, e as vezes profissional, no qual pessoas possuem em seu meio, ou seja, é um conceito social. Quando se debate a violência psicológica, ataques de difamação estão explícitos na situação, eles podem alcançar esses pontos colocados que cada indivíduo possui no meio social. (BITENCOURT, 2015, p.354)

Nos termos do art. 139 do Código Penal:

Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa (BRASIL, Código Penal, 1940). A imputação consiste de fato determinado que mesmo não tendo caráter criminoso, é ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribui (SANCHES, 2016, p. 183)

Sendo assim, se entende que, além da violação psicológica a agressão, ou seja, o crime contra a honra objetiva pode ocorrer, sendo esse tipificado no Código Penal Brasileiro.

Durante um julgamento pelo Supremo Tribunal de Justiça, no qual o irmão da vítima fez várias ameaças de causar mal injusto e grave, com a depreciação do veículo da vítima, causando-lhe sofrimento psicológico e dano material e moral, a fim de obrigar a irmã a desistir do controle da pensão que a mãe recebia. Isso porque, o agressor se valeu de sua autoridade como irmão para tomar da vítima o controle do dinheiro da pensão. A partir desse julgado o STF decidiu que a Lei Maria da Penha, que nesse ponto não configura agressão física mas somente psicológica, pode ocorrer fora da coabitação. Ou seja, não sendo necessário morar junto para que ocorra a violência psicológica. (RESP; 1.239.850/DF)

Sendo assim, ficara exposto que a violência psicológica causa danos de difícil reparação para a vítima, tanto mentais como físicas, e podem a vir ser irreversíveis.

1.3 Violência psicológica na infância e adolescência.

A violência no âmbito da infância é real e não pode ser ignorada, pelo contrário, é necessário ser combatida. Quando se fala de violência infantil é normal que automaticamente a mente seja levada para algo físico, que se pode enxergar, entretanto, a violência psicológica infantil é algo que ocorre com frequência e mais perto da nossa realidade do que imaginamos. Essa força de violência é tão prejudicial a criança quando a física, ela afeta o desenvolvimento pleno cognitivo e comportamental da criança.

A violência infantil doméstica impera na sociedade atual, sendo assim, os próprios familiares, aqueles responsáveis por proteger a criança, são os que praticam a violência contra tal.

Cabe dizer que, irrelevantemente de qual cultura ou sociedade a criança pertença, a infância possui a necessidade de ser reconhecida como um valor universal a ser protegido contra qualquer forma de negligência, exploração e crueldade. A infância é uma condição concreta de existência em qualquer parte do globo e, enquanto seres políticos, tanto a criança quanto o adolescente são sujeitos de direitos, necessitando de proteção e cuidados de cidadãos especiais (AZEVEDO; GUERRA, 2010).

No nosso país possuímos o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), que tem por intuito manter o direito desses assegurados, garantindo a liberdade de expressão a criança e penalizando quem vai compra os direitos da mesma.

O principal objetivo do Estatuto é especificar os direitos de crianças e adolescentes no que diz respeito à vida e à saúde, à liberdade, ao respeito e à dignidade, à educação, cultura, esporte e lazer, e à profissionalização e proteção no trabalho. Além disso, explicita claramente a condenação legal contra toda e qualquer forma de ameaça ou violação desses direitos, sob forma de violência, exploração, discriminação ou negligência, responsabilizando o Poder Público pela implementação de políticas sociais “que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (Art. 7º) (FALEIROS; FALEIROS, 2007, p. 71, 72)

Vale dizer que, a Organização Mundial de Saúde (OMS), estabeleceu a violência infantil psicológica como “a violência emocional ou psicológica inclui a restrição de movimentos, denigração, ridículo, ameaças e intimidação, discriminação, rejeição e outras formas não-físicas de tratamento hostil”.

De acordo com Abranches e Assis (2011) por mais que a violência psicológica, que atinge crianças e adolescentes, não ser um acontecimento recente, somente há 30 anos que tal assunto começou a ter uma atenção internacional com crescente conscientização e sensibilização de profissionais e do público em geral. Ainda colocam que “é um fenômeno universal que não tem limites culturais, sociais, ideológicos ou geográficos e ainda está envolto por um pacto de silêncio, principal responsável pelo ainda tímido diagnóstico e pelo reduzido número de notificações.” (ABRANCHES; ASSIS, 2011, p. 846).

Através das denúncias de violações de direitos humanos que são colhidas através dos canais de Ouvidoria Nacional de Direitos humanos, é possível ter uma certa ideia do tamanho do problema no Brasil. Foi coletado que a violência psicológica está

presente em 48,76% dos casos averiguados com pessoas de até 17 anos. Segundo estudos, o problema da violência psicológica só perde para os casos de negligência, que são 72,66% dos eventos. (AGUSTO; 2017)

A violência é um comportamento que causa intencionalmente dano ou intimidação moral a outra pessoa. O comportamento praticado pode invadir a autonomia, integridade física ou psicológica e até mesmo a vida do outro. É o uso excessivo da força que ultrapassa o necessário ou o esperado. (BUENO; 2015. P.3)

Pode ser apontado como um dos motivos os quais tenham levado os adolescentes a serem inseridos nesses episódios de violência seria a dificuldade de pais, profissionais de educação, de saúde, e governantes em compreenderem as características e necessidades dessa etapa (AZEVEDO; GUERRA, 2010).

Enquanto que Abranches e Assis (2011) apontam que alguns problemas identificados à convivência de violência psicológica na infância e constatados nos estudos foram: mau rendimento escolar; problemas emocionais (ansiedade, depressão, tentativa de suicídio e transtorno de estresse pós-traumático – TEPT); ser vítima de violência na comunidade e na escola, transgredir normas e vivenciar violência no namoro.

Ademais, de acordo com Milani (2010) as crianças e adolescentes que foram agredidos, apresentam alguns sinais na escola, pois seu rendimento é diferente:

[elas] têm mais dificuldades de leitura e compreensão de textos [...], menor capacidade de atenção e concentração em tarefas [...], são ainda mais apáticas, desinteressadas pelas normas. Têm mais problemas disciplinares, mais suspensões, piores notas, repetências [...] O mau desempenho escolar afeta a autopercepção de competência e motivação para as atividades escolares. Esses aspectos estão associados a uma baixa auto-estima e à violência dentro das escolas (MILANI, 2010, p. 5).

Nesse contexto, se entende que não há somente um motivo o qual leve os adultos a cometerem a violência psicológica contra crianças e adolescentes, sendo na realidade um compilado de motivos. Dessa maneira é interessante que haja políticas públicas eficientes e que atuem também em cima do agressor, fazendo uma verificação do histórico deste, com o intuito de fazer a prevenção e que o fato não volte a ocorrer. E caso o episódio de violência volte a ocorrer, que a criança seja acolhida por uma instituição, ou realocada em um membro da família, para que seja afastado de seu agressor.

2. Apontar a violência psicológica como primeiro estágio para a violência física doméstica.

Quando se fala sobre a violência contra mulheres é necessário entender que esse comportamento teve origem nas relações de dominação baseadas em gênero, pelo fato de que, havia essa noção de que o homem possuía poder sobre a mulher, fazendo com que essa ideia o faça agir de forma violenta, coagindo o sexo oposto pela ideia de superioridade e força.

Quando estudamos a Lei nº. 11.340 de 2006, podemos encontrar a definição de violência doméstica no seu artigo 5º, o qual descreve que a violência se entende por sendo qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

Com isso, nas palavras de Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Côrrea, pode-se analisar:

Assim, constata-se que as situações de violência doméstica e familiar contra a mulher são fruto de sua condição geral de subordinação e submissão aos ditames masculinos, que refletem posições hierárquicas e antagônicas entre homens e mulheres, tendo como fator condicionante a opressão das mulheres perpetrada pela sociedade, por ações discriminatórias, fruto da diferença de tratamento e condições, bem como do conflito de interesses entre os sexos. (CAMPOS e CÔRREA, 2007, p. 212-213)

Sendo assim, se percebe que é de conhecimento por dentro a doutrina que a violência doméstica acontece por meio de estágios. Esses estágios acabam evoluindo para círculos de violência, ou seja, as mesmas fases acontecem diversas vezes e, infelizmente, muitas vezes o seu fim é marcado pela morte da vítima.

De acordo Campos e Correa (2007, p.) o primeiro momento ocorre insultos verbais, atritos e discussões, sendo o início da violência psicológica. Nessa fase a vítima começa a se retrair, ou seja, se sentindo inferior e se calando mediante os insultos. Apesar de não tipificados pelo Código Penal, essa violência afeta a saúde mental da mulher, por tratar-se de agressão emocional, esta que fragiliza a capacidade de reação e o raciocínio da vítima, a levando a aceitar e não perceber a conduta do seu ofensor. Após esse momento, o segundo passo passa a ser a agressão física.

Depois da agressão física, um dos fatos que constantemente ocorre é o arrependimento do agressor, e que manipula a vítima ao ponto de a mesma achar que a culpa é sua, perdendo o agressor e seguindo para a fase de reconciliação. Pelo fato da

mulher se encontrar em uma posição de fragilidade e com esperança de que aquilo não ocorra novamente, as chances da mesma conseguir sair desse relacionamento são pequenas. (CAMPOS e CÔRREA, 2007).

Quando estudamos sobre a violência dentro de casa se articula-se a violência psicológica e a violência física. Por conta disso, podemos destacar como ponto de partida o conceito de violência doméstica ampliado o qual fora descrito na Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1993. De acordo com a Declaração:

Todo ato de violência baseado em gênero, que tem como resultado, possível ou real, um dano físico, sexual ou psicológico, incluídas as ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, seja a que aconteça na vida pública ou privada. Abrange, sem caráter limitativo, a violência física, sexual e psicológica na família, incluídos os golpes, o abuso sexual às meninas, a violação relacionada à herança, o estupro pelo marido, a mutilação genital e outras práticas tradicionais que atentem contra mulher, a violência exercida por outras pessoas – que não o marido - e a violência relacionada com a exploração física, sexual e psicológica e ao trabalho, em instituições educacionais e em outros âmbitos, o tráfico de mulheres e a prostituição forçada e a violência física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra. (OMS, 1998, p.7)

Sendo assim, se entende que o autor de violência não lança mão de agressões físicas em suas primeiras agressões, mas usa certo cerceamento da liberdade individual da vítima, começando com insultos e alcançando o constrangimento e humilhação. De acordo com Miller (2002, p.16), o agressor, antes de “poder ferir fisicamente sua companheira, precisa baixar a auto-estima de tal forma que ela tolere as agressões”.

Quando se fala sobre a violência contra mulheres é necessário entender que esse comportamento teve origem nas relações de dominação baseadas em gênero, pelo fato de que, havia essa noção de que o homem possuía poder sobre a mulher, fazendo com que essa ideia o faça agir de forma violenta, coagindo o sexo oposto pela ideia de superioridade e força.

Quando estudamos a Lei nº. 11.340 de 2006, podemos encontrar a definição de violência doméstica no seu artigo 5º, o qual descreve que a violência se entende por sendo qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

Com isso, nas palavras de Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Côrrea, pode-se analisar:

Assim, constata-se que as situações de violência doméstica e familiar contra a mulher são fruto de sua condição geral de subordinação e submissão aos ditames masculinos, que refletem posições hierárquicas e antagônicas entre homens e mulheres, tendo como fator condicionante a opressão das mulheres perpetrada pela sociedade, por ações discriminatórias, fruto da diferença de tratamento e condições, bem como do conflito de interesses entre os sexos. (CAMPOS e CÔRREA, 2007, p. 212-213)

Sendo assim, se percebe que é de conhecimento por dentro a doutrina que a violência doméstica acontece por meio de estágios. Esses estágios acabam evoluindo para círculos de violência, ou seja, as mesmas fases acontecem diversas vezes e, infelizmente, muitas vezes o seu fim é marcado pela morte da vítima.

De acordo Campos e Correa (2007, p.) o primeiro momento ocorre insultos verbais, atritos e discussões, sendo o início da violência psicológica. Nessa fase a vítima começa a se retrair, ou seja, se sentindo inferior e se calando mediante os insultos. Apesar de não tipificados pelo Código Penal, essa violência afeta a saúde mental da mulher, por tratar-se de agressão emocional, esta que fragiliza a capacidade de reação e o raciocínio da vítima, a levando a aceitar e não perceber a conduta do seu ofensor. Após esse momento, o segundo passo passa a ser a agressão física.

Depois da agressão física, um dos fatos que constantemente ocorre é o arrependimento do agressor, e que manipula a vítima ao ponto de a mesma achar que a culpa é sua, perdendo o agressor e seguindo para a fase de reconciliação. Pelo fato da mulher se encontrar em uma posição de fragilidade e com esperança de que aquilo não ocorra novamente, as chances da mesma conseguir sair desse relacionamento são pequenas. (CAMPOS e CÔRREA, 2007).

Quando estudamos sobre a violência dentro de casa se articula-se a violência psicológica e a violência física. Por conta disso, podemos destacar como ponto de partida o conceito de violência doméstica ampliado o qual fora descrito na Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1993. De acordo com a Declaração:

Todo ato de violência baseado em gênero, que tem como resultado, possível ou real, um dano físico, sexual ou psicológico, incluídas as ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, seja a que aconteça na vida pública ou privada. Abrange, sem caráter limitativo,

a violência física, sexual e psicológica na família, incluídos os golpes, o abuso sexual às meninas, a violação relacionada à herança, o estupro pelo marido, a mutilação genital e outras práticas tradicionais que atentem contra mulher, a violência exercida por outras pessoas – que não o marido - e a violência relacionada com a exploração física, sexual e psicológica e ao trabalho, em instituições educacionais e em outros âmbitos, o tráfico de mulheres e a prostituição forçada e a violência física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra. (OMS, 1998, p.7)

Sendo assim, se entende que o autor de violência não lança mão de agressões físicas em suas primeiras agressões, mas usa certo cerceamento da liberdade individual da vítima, começando com insultos e alcançando o constrangimento e humilhação. De acordo com Miller (2002, p.16), o agressor, antes de “poder ferir fisicamente sua companheira, precisa baixar a auto-estima de tal forma que ela tolere as agressões”.

3 A necessidade de uma lei específica para a violência psicológica.

Por mais que se diga que a Lei 11.40/06 criminalizou a violência psicológica, falar de uma possível penalização para essa violência isolada, ou seja, sem a condenação da pena correspondente é forçoso. Pelo fato de não haver lei específica para tal agressão, a sua condenação basicamente necessita de outros tipos penais preexistentes para que veja a acontecer.

Sendo assim, no momento que se entende que a violência psicológica é um delito sem pena, a ideia ou hipótese de uma possível medida protetiva no âmbito da Justiça Criminal é desconsiderada por conta do seu caráter. As medidas protetivas de acordo com Marques (2009, p.11) exara a conclusão de que “[...] as providências cautelares possuem caráter instrumental: constituem meio e modo de garantir-se o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo”.

Desse modo, tendo em vista o caráter assessório com o intuito de assegurar a eficácia de um direito, as medidas cautelares não são finalistas, sendo assim, elas estariam protegendo um direito o qual não se encontra tipificado no Código Penal brasileiro. (LOPES JÚNIOR; 2011, p. 255)

O que se mais chega perto da proteção integral sobre esse assunto é considerar a violência psicológica, o conceito trazido pela Lei 11.340/06 como uma lesão corporal a saúde da vítima. No artigo 129 do Código Penal dispõe que "ofender a integridade corporal ou a *saúde* de outrem" são espécies de lesão contra à pessoa.

A Parte Especial do Código Penal de 1940 preceituava que "o crime de lesão corporal é definido como ofensa à integridade corporal ou saúde, isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental". Por isso se percebe que o adoecimento psíquico é uma pauta a sociedade desde os antigos códigos.

O que se falou até agora deu para entender que a violência psicológica muito se encaixa dentro da Lesão Corporal, por esse crime tentar proteger a integridade do indivíduo como um todo e não somente o corpo. Entretanto, sem a tipificação do crime a violência psicológica por si só é muito mais difícil de se provar (MARTINI; 2009, p.20). Não basta ir prestar uma ocorrência sobre seus abalos psicológicos, é necessário avaliações médicas, além de outras provas como testemunhas que relataram que o agressor praticou a violência psicológica e cabe o mesmo ser condenado por Lesão corporal.

3.1 Lei nº 14.888/2021.

Como apontado na sessão anterior a necessidade de uma lei específica era de extrema urgência. Assim, no dia 29 de julho desse ano a Lei nº 14.888/2021 foi publicada e passou a ser vigor. Essa Lei tem como objeto a instituição do Programa Sinal Vermelho, que fora uma criação da nova qualificadora para a lesão corporal simples e do crime de violência psicológica contra a mulher, e a alteração do artigo 12-C da Lei Maria da Penha.

Quando estudamos a violência psicológica pelo viés da teoria feminista do Direito e dos estudos de gêneros, estendemos a mesma como "*as desvalorizações, críticas, humilhações, gestos de ameaça, condutas de restrições quanto à vida pública, e condutas destrutivas frente a objetos de valor econômico ou afetivo — inclusive de animais de estimação, com a finalidade de desestabilizar a vítima*" (MORAIS; RAMOS; 2021)

Sobre o crime de violência psicológica, que se encontra previsto no artigo 147-B do CP, vale destacar que ele foi inventado com o intuito de punir a previsão já existente na Lei Maria da Penha acerca daquele tipo de violência. O crime de violência psicológica pode ser descrito como:

"Dano emocional à mulher, prejudicando, perturbando, degradando, controlando ações, comportamentos, crenças e decisões, com ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização etc"

Cabe entender que esse crime é passivo de ser praticado por ambos os sexos, coma mulher, seja criança, adolescente, adulta ou idosa. Além de que, a mulher transgênero também pode ser atingida por esse crime. Para que haja a caracterização do crime, é necessário que aja a vontade e consciência, ou seja, deve haver o dolo. Sendo

assim, o crime será consumado com o dano emocional e não necessita ser praticado de forma habitual, bastando apenas uma conduta (tipo misto alternativo).

Vale ressaltar que, por esse crime se caracterizar por um crime material, não haverá uma necessidade obrigatória de perícia, sendo necessário somente o relatório médico e psicológico, depoimento da vítima e testemunha. Outro ponto é que o crime é de ação penal pública incondicionada, sendo assim, não há a necessitando de representação da vítima.

Entretanto, se a conduta criminosa vier caracterizando em um delito mais grave, esse que irá prevalecer, como por exemplo: sequestro ou cárcere privado; caso configure crime menos grave, este será absorvido, por exemplo: injúria. Uma observação que necessita ser feita é, a perseguição contra a mulher (artigo 147-A, §1º, II, do CP), que é um crime formal, habitual e de ação penal pública condicionada, com a violência psicológica (artigo 147-B do CP), que é material, não habitual e de ação penal pública incondicionada.

A nova edição nesse crime tem o intuito de assegurar a liberdade individual da vítima, sendo assim, aquele que vier a praticar o crime de violência psicológica contra a mulher estará ferindo o direito à liberdade pessoal que aquela possui. Com isso, Alexandre Morais da Rosa e Ana Luísa Schimdt Ramos:

"É certo que o cerceamento à liberdade acaba sendo uma das consequências do dano emocional, justamente porque as condutas violadoras têm o condão de interferir na capacidade de autodeterminação da vítima. Mas não é a única. Na realidade, o bem jurídico que se busca proteger na incriminação da conduta de causar 'dano emocional à mulher' não se restringe à liberdade, mas à integridade mental da mulher como um todo".

Em um estudo mais amplificado, Alice Bianchini, Mariana Bazzo e Silvia Chakian, no livro "Crimes contra Mulheres" (3ª Ed, 2021, pág. 115), apontaram as consequências da violência psicológica:

"Os tipos de violência elencadas no artigo 7º da Lei Maria da Penha, em especial a violência psicológica, podem causar também danos à saúde psíquica e emocional das vítimas, dando causa ao desenvolvimento, por exemplo, de transtornos de ansiedade, depressão, ideação suicida, baixa autoestima, isolamento social, pânico, transtornos alimentares, de sexualidade ou do sono, dores crônicas, abuso de substâncias entorpecentes, dentre outros" (BAZZO; CHAKIAN; 2021. P.115)

Quando a Lei Maria da Penha, quando foi publicada em 2006, fez com que cinco tipos de violência fossem taxativos, que poderiam acontecer no âmbito da violência doméstica, sendo eles: física, sexual, moral, patrimonial e, enfim, a violência psicológica. De acordo com os dizeres de Ana Luísa Schmidt Ramos (2019; p.17), no Brasil quase não há notícia de apurações criminais por ofensa à saúde mental da mulher no âmbito doméstico.

Uma pesquisa realizada em 2015 pelo “Mapa da Violência”, mostrou que, em unidades de saúdes, 45.485 atendimentos de mulheres vítimas de violência psicológica. Entretanto, em outra pesquisa com base domiciliar, foi constatado a preponderância da violência psicológica sobre os demais tipos de violência, com 1.164.159 relatos, superando inclusive a violência física. (RAMOS; 2019. P.17)

CONCLUSÃO

O artigo em questão, o qual teve a violência psicológica como foco, percebeu que a mesma é um fenômeno que está presente no cotidiano de muitas mulheres, jovens, crianças, está inserido na sociedade como um todo, independente de classe, cor, credo, escolaridade e que prejudica a qualidade de vida de pessoas que vivencia esse fenômeno.

Através do que foi estudado, conclui-se a necessidade de implementação de políticas públicas atuando na prevenção, assim como projetos de psicoeducação de crianças e adolescentes podem mudar certas atitudes que contribuem para que essa violência silenciosa seja perpetuada.

Além de educação e conscientização dos homens, com criação de grupos reflexivos para autores de violência contra a mulher, que, de acordo com o Tribunal de Justiça, estes grupos possuem como objetivo a diminuição da reincidência de ocorrências de violência contra a mulher em relacionamentos presente ou futuro. Ademais, é necessário também a capacitação dos profissionais de diferentes âmbitos, para estarem preparados aos sinais e sintomas de violência, assim como, para realizar orientações.

Por último, vale destacar que, durante essa pesquisa foi analisado a quantidade de publicações acerca do tema violência psicológica, assim como, limitação de artigos escritos por profissionais da psicologia. No que se refere a descritores, observa-se não haver um grande número de descritores somente sobre a violência psicológica. Com isso, há uma necessidade de uma maior atenção para esse tipo de violência, com o intuito de conscientizar cada vez mais a sociedade para que essa violência possa ser evitada.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, C.D.; ASSIS, S.G. **A (in)visibilidade da violência psicológica na infância e adolescência no contexto familiar**. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, pg 843-854, mai, 2011.

AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. Contribuições e prevenção da violência doméstica contra crianças e adolescentes, 2010. Disponível em: . Acesso <http://www.usp.br/ip/laboratórios/lacr>

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**. São Paulo: Tirant do Brasil, 2020; Alice, BAZZO Mariana, CHAKIAN Silvia. Crimes contra as mulheres. Salvador: Juspodivm, 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2848 de 1940. In; In: Vade Mecum acadêmico forense. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. **Lei 11.340** de 7 de agosto de 2006. In; In: Vade Mecum acadêmico forense. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1.239.850 DF 2011/0040849-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2012.

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica contra a mulher no Brasil**. Ed. Podivm . 2ª ed. Salvador, Bahia, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FALEIROS, V.V.; FALEIROS, E.S **Escola que Protege: enfrentando a violência contra crianças e adolescentes**. Ministério da Educação, Brasília, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro, 2011.

LIANE, Sonia, Rovinski, Reichert. **Dano psíquico em mulheres vítimas de violência**. ed. Lúmen Júris. 2005.

MARTINI, Thiara. **A Lei Maria da Penha e as medidas de proteção à mulher**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Thiara%20Martini.pdf>>. Acesso em: 20/09/2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 3º ed. Ed: Millenium. 2009.

MILLER, L. **Protegendo as mulheres da violência doméstica**. Seminário de treinamento para juízes, procuradores, promotores e advogados no Brasil. Trad. Osmar Mendes. 2.ed. Brasília: Tahirid Justice Center, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A CRIAÇÃO DO TIPO DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER** (LEI 14.188/21). São Paulo, 30 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821>. Acesso em: 30 ago. 2021

OMS. Organização Mundial de Saúde. Organização Pan-Americana de Saúde. La unidad de salud de la mujer de la OMS (WHD). **Violencia contra la mujer**: un tema de salud prioritario. Ginebra, 1998. (Sexta Sesión Plenaria, 25 de mayo de 1996. Junio 1998 - A 49-vr-6).

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **Violência Psicológica contra a Mulher: o dano psíquico como crime de lesão corporal**. 2 ed., Florianópolis: EMais, 2019, p. 17.

RESPONSABILIDADE PENAL NO CASO DE CORRUPÇÃO PASSIVA CONTRA UNIÃO - DO RECEBIMENTO OU SOLICITAÇÃO, FEITA PELO FUNCIONÁRIO PÚBLICO FEDERAL PARA BENEFICIAR EMPRESAS NACIONAIS

DARLAN DA SILVA SUCRE:
bacharelado em Direito pela
Faculdade Metropolitana de
Manaus - FAMETRO

RESUMO: A corrupção passiva vem sendo um dos crimes que tem repercussão muito forte diante do meio jurídico. Pois quando se trata deste crime, falamos não só em vantagem ou promessa para si ou para outrem, que afeta a administração pública, mas também o interesse público. Assim este presente artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade penal para quem comete o crime de corrupção Passiva contra União. Tendo como conclusão enfatizar quem é o funcionário público e principalmente as mudanças na lei. Assim como demonstrar a tipicidade penal desse crime, para ter uma efetividade, que não só busque trazer uma resposta jurídica (pena), mas também que sirva de um conhecimento concreto de estudo que possa ser usado em todo âmbito jurídico, de nosso ordenamento. Verificar a consequência para quem comete este crime de corrupção Passiva, no que diz respeito aos prejuízos econômicos para a União, e sua responsabilidade penal tipificado no Código Penal Brasileiro. E explicar que não há impunidade neste crime e que a aplicação da lei penal ainda tem lacunas, porém sua aplicabilidade é plena e justa, a quem comete o crime de corrupção Passiva contra União.

Palavras-chave: Corrupção Passiva. Responsabilidade Penal. Funcionário Público. Lei.

ABSTRACT: Passive corruption has been one of the crimes that has very strong repercussions in the legal environment. Because when it comes to this crime, we are talking not only about an advantage or promise for yourself or others, which affects the public administration, but also the public interest. Thus, this article aims to analyze the criminal responsibility for those who commit the crime of corruption Passive against the Union. Its conclusion is to emphasize who the civil servant is and especially the changes in the law. As well as demonstrating the criminal typicality of this crime, in order to have an effectiveness, which not only seeks to bring a legal response (penalty), but also that serves as a concrete knowledge of study that can be used in every legal field, of our order. Verify the consequence for those who commit this crime of corruption Passive, with regard to economic damages to the Union, and its criminal liability typified in the Brazilian Penal Code. And explain that there is no impunity in this crime and that the application of criminal law still has gaps, but its applicability is full and fair, to those who commit the crime of corruption Passive against the Union.

Keywords: Passive Corruption. Criminal Liability. Public agent. Law.

Sumário: 1 - Introdução. 2 - 1.1 Conceito de Corrupção Passiva. 3 - 1.2 Conceito de Funcionário Público. 4 - 1.3 Sobre responsabilidade penal e quem comete esse crime?. 5 - 1.4 Sobre a Pena: o que diz o Código Penal e o Código de processo Penal. 6 - 2.1 O Código Penal e Processual Penal sofreu modificações? 7 - 2.2 Jurisprudência recente para contribuir nas interpretações nesse caso específico de corrupção passiva. 8 - 2.3 - A cooperação doutrinária, para quem comete esse tipo penal. 9 - Conclusão. 10 – Referencia.

INTRODUÇÃO

Em nosso ordenamento jurídico, um crime e sua consequência pode ser aquilo que acontece diretamente ou indiretamente contra sociedade, pessoa ou pessoa jurídica. Em vários crimes tipificados em nosso Código Penal Brasileiro, temos um, a corrupção passiva.

A corrupção passiva é a atitude do funcionário público em solicitar ou receber vantagem ou promessa de vantagem em troca de algum favor ou beneficiar particular. Com isso à sua responsabilidade penal, é um problema. Pois quando se verifica esse tipo penal, que neste caso é contra a União, não se trata apenas de alguns reais em dinheiro, mas sim em milhões de reais. Que necessariamente tem que ser combatido, de maneira plena, justa e rígida. Diante disso o crime de corrupção Passiva contra União vem sendo manchete não só nos meios jornalísticos, mas também nos meios jurídicos. É notável, que existe uma insatisfação social, pelo que vem acontecendo nos tribunais. Dentro disso entra a responsabilidade de quem comete este fato, já tipificado em nosso ordenamento jurídico, pois cobra-se uma pena não já com previsão legal, mas também uma restituição (multa) a quem comete este tipo penal. Entretanto, para se entender melhor às consequências penais cabíveis neste caso é importante fazer uma reflexão para o passado, visando o futuro. Para que cada contribuição em lei, em jurisprudências e na doutrina, possa fazer jus aquilo que se prevê como crime. Pois não se trata apenas de um crime contra União e sem consequência, mas sim, de um tipo penal que acarretará uma perda econômica e social para os demais em sociedade.

Então, fazendo-se valer a aplicação da lei penal com uma maior efetividade neste crime, podemos ter uma resposta com eficácia não só para a sociedade mas também para os meios jurídicos, econômicos e todos aqueles que são envolvidos nessa tipicidade.

1.1 Conceitos de corrupção Passiva

A corrupção passiva é um dos principais crimes que atinge de forma direta, os princípios constitucionais da Administração Pública, principalmente no que tange à moralidade administrativa. Assim o conceito de corrupção passiva, tem previsão legal no artigo 317 do código penal, que diz: *“ Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.”*

Com isso o estado buscou proteger o funcionamento formal da administração pública, trazendo como principal fonte, os princípios da moralidade e proibidade no exercício da função. Fazendo valer o reforço de doutrinário de BITENCOUR;

“O bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e proibidade administrativa. Protege-se, na verdade, a proibidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários.”(BITENCOURT,2004,p. 414).

Enquanto que na corrupção ativa o particular que dá a vantagem indevida, em lugar de responder como partícipe do delito de corrupção passiva, comete o crime de corrupção ativa. Conforme previsão legal do artigo 333 do Código Penal:

“ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

Sendo assim, vale dizer que o objeto da tutela jurídica é o funcionamento normal da Administração Pública, no que diz respeito à preservação dos princípios de proibidade e moralidade. O crime, por um lado, compromete a eficiência do serviço público e, por outro, põe em perigo o prestígio da administração e a autoridade do Poder Público.

1.2 Conceito de Funcionário Público

Sobre o conceito de funcionário público, temos o artigo 327 do Código Penal que explica quem é o funcionário pública em suas funções. *“considera-se funcionario público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.”* Conforme o CAPUT deste artigo, podemos notar que o conceito é indireto e direto, pois qualifica as partes, sendo elas exercendo um cargo, emprego ou função, e transitoriamente ou até mesmo sem remuneração.

Quando falamos de funcionários públicos transitórios, podemos citar como exemplo, o mesário eleitoral. A quem compete na época das eleições colher assinaturas dos eleitores no caderno de votação, liberar à urna eletrônica para que o eleitor vote, e garantir o sigilo do voto, e a tranquilidade no ambiente de votação. Com isso é importante salientar também quem é o funcionário público sem remuneração, tendo como um exemplo, uma situação de calamidade pública. Onde acontece um deslizamento de terra, e várias pessoas são soterradas nesse em determinado local, é chamado corpo de bombeiros, entretanto, não tem um número de bombeiros suficientes para ajudar nesse soterramento. Então é solicitada por um bombeiro responsável com patente maior, que populares ali que se fazem presentes, os ajudem naquela determinada situação. A partir

daquele instante em que os populares começam a ajuda-los, então começam a exercer temporariamente uma função pública, sem remuneração, mas em prol do interesse público.

Então, o funcionário público e suas funções no que tange a parte penal, ressalta-se que tem previsão legal no Código Penal, em seu artigo 327, para quando for tipificada o crime de corrupção passiva, diante dos requisitos por este artigo do código penal, possa a ver sua responsabilização penal, no âmbito jurídico.

1.1 Responsabilidade penal, e quem comete esse crime?

Quando tratamos da responsabilidade penal, verificamos não só o ato ilícito, mas tudo que abrange este crime, tudo que é afetado quando cometido este tipo penal, dentro da administração pública. Nesse sentido, segundo o entendimento do Hely Lopes Meirelles, acerca da administração pública;

“Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados na comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da moral, visando ao bem comum. No Direito Público – do qual o Direito Administrativo é um dos ramos – a locução Administração Pública tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade administrativa em si mesma. Assim sendo, pode-se falar de administração pública aludindo-se aos instrumentos de governo como a gestão mesma dos interesses da coletividade.” (MEIRELLES, 1990, p. 79).

Diante disso, só quem pode cometer esse crime, é o funcionário público, como salienta BITENCOURT;

“O sujeito ativo do crime somente pode ser o funcionário público, ao contrário da corrupção ativa, que pode ser praticada por qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade especial. Pode figurar como sujeito ativo aquele que, mesmo não se encontrando no exercício da função pública, utiliza-se dela para praticar o crime, ou se encontre temporariamente afastado, como, por exemplo, férias, licença etc. Ademais, admitindo a descrição típica à prática de condutas descritas, direta ou indiretamente,

significa que o sujeito ativo pode utilizar-se, para sua execução, de interposta pessoa.” (BITENCOURT, 2012, p. 112).

Portanto enfatizar a responsabilidade penal e principalmente quem comete este crime tipificado no artigo 317 do Código penal, é demonstrar o que acontece com o âmbito da administração pública, quando cometido a corrupção passiva. Pois afeta não só o ente público, mas também o interesse público.

1.2 Sobre a Pena: o que diz o Código Penal e o Código de processo Penal?

Sobre a pena, é importante salientar que este crime quando cometido, há duas causas de aumento da pena. Sendo a do artigo 317, §1º e o artigo 327, §2º, ambos do Código Penal:

“Art.317. Solicitar ou receber,para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem, indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

“§1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional”.

[...]

“Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. ”

“ § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.

Nesse passo, ainda no artigo 317, §2º, aparece figura privilegiada;

“§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem”:

Essa figura privilegiada tem uma pena mais branda pois para o legislador foi em razão de pedido ou influência de terceiro, ou seja, a conduta ilícita, não foi razão de

pretensão de vantagem indevida. Sendo assim, o crime é material, pois se consuma com a produção do resultado naturalístico consistente na prática, omissão ou retardamento de ato de ofício, com violação do dever funcional.

Diante disso, ainda sobre a corrupção passiva no Código de Processo Penal, em seu artigo 445, responde também criminalmente o jurado:

Art. 445. O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados.

Ou seja, neste caso, incorre na mesma pena do artigo, e 327, CAPUT, do Código Penal, pois o jurado equipara-se a juiz para fins penais. Tendo o artigo 317, §1º como tipificação para efeitos penais.

2.1 O Código Penal e o Código de Processual Penal sofreram modificações?

O código penal nas previsões legais dos crimes de concussão, corrupção passiva e ativa (arts.312, 317 e 333 CP) sofreram modificações com o chamado "Pacote anti-crime". Pois os condenados por estes crimes, irão cumprir a pena em regime inicialmente fechado. Com esta mudança admitirá exceções apenas quando a coisa apropriada ou a vantagem indevida for de pequeno valor ou, ainda, quando as circunstâncias em que o crime ocorreu forem todas favoráveis.

Com isso foi incluído também a pela Lei nº 13.964 / 2019 - Pacote Anti-Crime, no que diz respeito a perda dos bens,

"Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contra-prestação irrisória, a partir do início da atividade criminal."

Além de também incluir quem pode requerer a perda desses bens;

“ § 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.”

Sendo assim sobre o Código de processo Penal não houve mudanças, pois foi vedada a parte que corresponde ao crime de corrupção passiva, em seu artigo 609, do CPP que prevê os embargos infringente. Então, as únicas modificações feitas foram a do Código Penal, foram respectivamente na parte dos bens conforme ressalta o artigo 91-A da lei nº 13.964/2019, PACOTE ANTICRIME.

2.2 Jurisprudência recente para contribuir nas interpretações nesse caso específico de corrupção passiva.

Sobre as jurisprudências utilizadas que irão contribuir nas interpretações para este tipo penal temos a:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CORRUPÇÃO PASSIVA - MÉDICO LEGISTA - COBRANÇA - PREENCHIMENTO DE FORMULÁRIO BANCÁRIO - FUNÇÃO PÚBLICA - ATRIBUIÇÃO.- Para a configuração da corrupção passiva (CP, art. 317) é necessário que o ato em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público, reclamando que o mesmo tenha solicitado ou recebido vantagem indevida ou aceito sua promessa em razão de ato específico de sua função ou cargo, ou seja, ato de ofício (omissivo ou comissivo).- O preenchimento de formulário exigido por seguradora de instituição financeira não alcança a função pública atribuída ao médico legista da polícia civil, não estando ele obrigado a prestar o serviço de forma gratuita. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.07.381229-0/001 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO (A)(S): AZARIAS TEODORO DE MORAES - RELATOR: EXMO. SR. DES. CÁSSIO SALOMÉ.

Assim para a configuração da corrupção passiva é necessário que o ato em torno do qual seja praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à

função exercida pelo funcionário público, reclamando que o mesmo tenha solicitado ou recebido vantagem indevida ou aceito sua promessa em razão de ato específico de sua função ou cargo, ou seja, ato de ofício (omissivo ou comissivo).

2.3 A cooperação doutrinária, para quem comete esse tipo pena.

Para complementar, ainda mais, este tema, vale ressaltar doutrinas que ajudam a configurar este crime praticado pelo funcionário público, enfatizando ainda mais a problemática da corrupção passiva, como salienta JESUS:

“Conforme classificação doutrinária, o crime em tela é próprio, pois só pode ser cometido por funcionário público. Admite-se, entretanto, a participação do particular, mediante induzimento, instigação ou auxílio secundário (JESUS, 2012, p. 206).”

Assim como o entendimento de FABBRINI e MIRABETE:

“Pode-se afirmar que a bilateralidade não é requisito indispensável da corrupção. Pode apresentar-se esta de maneira unilateral. Por isso, cogitou o legislador da corrupção em duas formas autônomas, separadamente, conforme a qualidade do agente. Para a caracterização da corrupção passiva, não é indispensável à existência da infração prevista no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa), embora, conforme as circunstâncias do caso, possam verificar-se ao mesmo tempo as duas figuras delituosas. Na modalidade de solicitação, o crime é apenas do funcionário, mas, havendo o recebimento ou aceitação da promessa de vantagem, pratica o extraneus o crime de corrupção ativa.” (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 288).

Os mesmos ainda reforçam sobre elemento do tipo penal:

“É indiferente que a oferta ou promessa seja feita ao funcionário diretamente pelo corruptor ou por interposta pessoa. Embora o tipo penal possa indicar, à primeira vista que a corrupção por via indireta ocorre apenas na solicitação ou recebimento, nada impede que a aceitação também ocorra através de terceira pessoa, coautor, que, em nome do funcionário, comunica ao extraneus a sua concordância com a vantagem prometida.” (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 285).

E por fim, trazendo o entendimento também sobre elemento do tipo de GONÇALVES:

“Não podemos esquecer que as condutas típicas referem-se, necessariamente, a uma vantagem indevida em razão do cargo. Assim, na corrupção passiva, a vantagem deve ser indevida porque tem a finalidade de fazer com que o funcionário público beneficie alguém em seu trabalho por meio de ações ou omissões. Ocorre uma espécie de troca entre a vantagem indevida visada pelo agente público e a ação ou omissão funcional que beneficiará terceiro.” (GONÇALVES, 2011, p. 724).

Conclusão

No decorrer de vários anos a administração pública, especificamente a união sofre com o crime de corrupção passiva, dentro de suas autarquias, empresas e demais órgãos que fazem parte do estado. Assim todo âmbito da administração pública fica a mercê de atos que ferem a moralidade, probidade e principalmente sua credibilidade.

Quando tratamos desse tipo penal no âmbito da união, não estamos falando apenas de um ente da federação, mas de um país. Por isso a corrupção passiva quando praticada por funcionários públicos da união, gera prejuízos que mexem com milhões, trazendo assim também outros prejuízos seja eles sociais, jurídicos e econômicos. Com isso a responsabilidade penal para este crime tem por finalidade atualmente, o ressarcimento para os cofres públicos, perante a previsão legal da lei do pacote anticrime. Posto isso, para quem cometer este crime poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

Então no momento atual com as modificações feitas para combate a este tipo penal sobre a responsabilidade, os princípios da moralidade e probidade e a credibilidade da administração pública no âmbito da união, tem mostrando resultados, com transparência, serenidade e também efetividade. Para se entender melhor às consequências penais cabíveis neste caso é importante fazer uma reflexão para o passado, visando o futuro. Para que cada contribuição em lei, em jurisprudências e na doutrina, possa fazer jus aquilo que se prevê como crime. Pois não se trata apenas de um crime contra União e sem consequência, mas sim, de um tipo penal que acarretará uma perda econômica e social para os demais em sociedade.

REFERÊNCIAS

(<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/corrupcao-passiva>.)

(FABBRINI, R. N.; MIRABETE, J. F. Manual de Direito Penal. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011)

(MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.)

(BITENCOURT, C. R. Direito Penal – Parte Especial 5. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.)

(JESUS, D. Direito Penal – Parte Especial 4. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.)

(Apelação Criminal 1.0702.07.381229-0/001 – TJMG).

(BITENCOURT, C. R. Direito Penal – Parte Especial 5. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.)

(BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal – Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2004).

(GONÇALVES, V. E. R. Direito Penal Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011)

(<https://www.amibitojuridico.com.br>)

(Lei nº 13.964 / 2019 - Pacote Anti-Crime)

FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: FORO PRIVILEGIADO

RAFAEL BORGES MESQUITA:
Bacharelado em Direito da
Faculdade Serra do Carmo –
Campus de Palmas – TO

ENIO WALCACER93

(orientador)

Resumo: Mesmo que de forma empírica, sem uma observação sistematizada que requeira uma investigação científica, há a percepção oriunda do senso comum do distanciamento entre o que é o Foro Especial por Prerrogativa de Função na teoria e na sua aplicação prática. Teoricamente esse instituto representa apenas uma alteração da competência penal sobre as ações contra determinadas autoridades públicas. Mas na prática é um disfarce para acobertar crimes do colarinho branco e garantir a impunidade dos delituosos. Este estudo tem como objetivo analisar o foro por prerrogativa de função no processo penal brasileiro em entendimento sobre a sua extensão, sua utilidade e a possibilidade de redução seu escopo de abrangência visando uma redução de possível uso em benefícios não republicanos.

Palavras-chave: Foro Privilegiado. Constituição. Prerrogativa. Isonomia. Impunidade

Abstract: Even empirically, without a systematized observation that requires scientific investigation, there is the perception derived from the common sense of the distance between what is the Special Forum by Prerogative of Function in theory and its practical application. Theoretically, this institute represents only a change in criminal jurisdiction over actions against certain public authorities. But in practice it's a cover-up to cover up white-collar crimes and ensure impunity for the criminal. This study aims to analyze the forum by prerogative of function in the Brazilian criminal procedure in understanding its extension, its usefulness and the possibility of reducing its scope of coverage, aiming at a reduction of possible use in non-republican benefits.

Key-words: Privileged Forum. Constitution. Prerogative. Isonomy. Impunity

1 INTRODUÇÃO

O estudo que ora se apresenta, tem seu escopo voltado para o Foro Especial por Prerrogativa de Função. Para tanto, serão utilizadas doutrinas sobre a natureza do instituto jurídico do foro por prerrogativa de função, em sua formação atual, bem como alguns

93 Orientadora de TCC do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo -Campus de Palmas - TO

projetos para a modificação do instituto no Brasil. Para tanto, serão utilizadas doutrinas sobre a natureza do instituto jurídico do foro por prerrogativa, em sua formatação atual, bem como alguns projetos para a modificação do instituto no Brasil.

O Foro Especial por Prerrogativa de Função, conhecido nas esferas do Direito como foro por prerrogativa de função, é um instituto jurídico legal, instituído pela Constituição Federal de 1988, isso, em termos de Brasil, porque sua existência remete aos primórdios do Direito em todas às nações. Tratar-se-á do instituto, para efeitos de desenvolvimento deste trabalho, com as expressões Foro por Prerrogativa e Foro Privilegiado como sinônimas, visto a sua utilização jurídica, jornalística e popular nas duas expressões.

Não se trata de algo recente na história do Direito, ele foi alvo de diversas constituições pelo mundo e de todas as constituições brasileiras, hora com maior destaque, hora com menor destaque.

Em termos gerais, segundo informa, Blume (2016), o foro privilegiado não se refere à proteção do indivíduo e sim da função pública por ele exercida. É tanto que deixando o exercício da função que exerce, a pessoa perde esse privilégio. Ele também é uma exclusividade da competência penal, não sendo considerado para outras áreas do Direito.

Segundo Antunes (2016), sendo as sociedades antigas divididas em classes, há o aparecimento de diversos privilégios. Nas *polis* gregas, por exemplo, somente os cidadãos poderiam participar da vida política (o que excluía a maior parte da população); ocorria, portanto, a existência de certos benefícios para aqueles que ocupavam determinados cargos públicos. Em Roma, existiam privilégios associados às classes e, também, aos cargos, como: certas classes tinham preferência na ordem das votações; somente certas classes podiam ocupar as funções públicas.

No Brasil o foro por prerrogativa de função está previsto em diversos pontos da Constituição Federal, ao tratar diferentes cargos da estrutura da República, sendo uma exceção da própria Constituição ao seu art.5º, quando ali dispõe que todos serão iguais, dando a certos sujeitos, em razão dos cargos ocupados, tratamento distinto na seara processual penal.

Diante do exposto aqui, pode-se traçar a principal problemática abordada que é: quais as funções abrangidas pelo Foro Especial por Prerrogativa de Função; como ele pode ser aplicado; quais seus desdobramentos no Direito Penal e como ele funciona na prática. A escolha do tema se deu ante a todos os debates que se fazem sobre a existência do instituto e a necessidade de seu escopo tão alargado no Brasil, bem como as críticas apontando o instituto como sendo instrumento para eventuais impunidades.

Desse modo, tem-se que o Objetivo Geral que foi fazer um breve estudo sobre a aplicação do Foro Especial por Prerrogativa de Função no que diz respeito à relação entre a teoria e aplicabilidade prática da lei. No âmbito específico, foram trazidas definições específicas dos termos que compõem o foro privilegiado, trazendo ainda um breve histórico sobre esse instituto no cenário jurídico-político brasileiro; conceituando-se os principais instrumentos que se inserem nesse instituto para sua viabilização. Além disso, busca-se identificar se o Foro Especial por Prerrogativa por Função contraria o princípio constitucional da igualdade privilegiando agentes políticos, buscando discutir a legislação inerente a esse foro e as consequências na prática da aplicação do instituto.

A relevância do estudo aponta para um necessário refinamento do debate, nível acadêmico, buscando permitir um melhor entendimento acerca do foro por prerrogativa, sua motivação constitucional bem como a ideia corrente de que se trata de um privilégio e não uma formação de proteção as instituições republicanamente constituídas.

Tem-se, em razão da divergências entre o instituto e a sua percepção social, a necessidade de analisar os pontos nevrálgicos e a aplicação, para aprimoramento epistêmico do sistema processual penal corrente. Sabe-se que não é tarefa das mais simples, não pela escassez de literatura sobre o assunto, pois é bem ampla, mas sim pela complexidade e variadas interpretações jurídicas que pode causar, a partir do aparente ou real conflito entre leis.

1.1 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de natureza investigativa e analítica, selecionando bem as obras que estivessem de acordo como os objetivos do estudo.

De acordo com Demo (2014) a pesquisa bibliográfica é uma das principais ferramentas para o desenvolvimento acadêmico e social, uma vez que os conhecimentos acumulados ao longo dos séculos precisam ser reelaborados e adaptados à realidade atual. Felizmente, devido ao desenvolvimento tecnológico, as formas de buscas por textos já escritos, comprovadamente idôneos e úteis às práticas dos operadores do Direito, cientistas sociais, políticos e economistas, estão mais acessíveis.

Diante disso, se percorre o seguinte caminho neste artigo: seleção dos textos, leitura e interpretação dos mesmos, destaque dos principais pontos, releitura e elaboração do artigo.

Teve-se o cuidado de pesquisar respeitando todos os procedimentos éticos que são exigidos em pesquisa em Ciências Sociais, especialmente do Direito, afim de extrair o melhor das publicações, sem, no entanto, copiá-las para que se evite o plágio.

2. DEFINIÇÕES BÁSICAS FUNDAMENTAIS

2.1. FORO

Foro, no expressivo entendimento para o processo penal, é o direito a julgamento especial em virtude do exercício funcional de um indivíduo. O foro nada mais é que o local onde são processados assuntos relacionados com a justiça, com o Direito. É o mesmo que tribunal. A pronúncia da palavra **foro** pode alterar o seu significado. Se for pronunciada com a primeira vogal aberta (fóro), sendo sinônimo de fórum. Fórum é um termo com origem no Latim que significa Comarca, onde o direito é operado oficialmente (Nos termos interpretativos da Lei 13.105/15).

Comarca é um termo que caracteriza a **divisão de uma região onde existem fronteiras**, ou seja, onde as divisões territoriais são de responsabilidade de um ou mais juízes de direito. Esta divisão é baseada na área territorial onde um juiz de primeiro grau irá exercer sua jurisdição e pode abranger um ou mais municípios. Isto depende do número de habitantes e de eleitores existentes naquela área, além de outros aspectos, como o tipo de movimentação forense existente na região (GRECO FILHO, 2017, s/p).

De acordo com os ensinamentos de Greco Filho (2017), ambos os termos podem ser transformados sem prejuízo de entendimento textual por circunscrição, jurisdição, instância, correição. Com exceção da aplicação de foro para definir prerrogativas de função.

Há exemplos bem recentes que remetem ao termo foro como jurisdição. Um ex-presidente da República foi julgado e condenado em Curitiba – PR por crimes federais que supostamente foram cometidos fora da jurisdição paranaense, por esse motivo as sentenças foram postas em suspeição pela a defesa do réu, tendo que mudar a jurisdição do julgamento. É bem verdade que o STF não declarou a inocência do réu e sim um erro jurisdicional.

O que se quer esclarecer é que no caso do Direito Penal não se pode confundir foro com localização de jurisdição e sim com designações funcionais emanadas de autoridades ou do povo, através do voto.

2.2. PRERROGATIVA

O termo **prerrogativa, quando se refere à operação do processo penal, significa** a vantagem de algumas pessoas por pertencerem a determinados grupos funcionais. Como a prerrogativa dos magistrados, deputados, presidente da república, ministros, membros do STF, dentre outros, que tem direito de julgamento especial contra supostos crimes cometidos durante o exercício da função (NARCIZO, 2012).

Ainda que o foro por prerrogativa de função seja originalmente utilizado para defesa e proteção das instituições constituídas, popularizou-se o termo como sinonímia de impunidade ou benefícios pessoais, de regalia. Contudo ressalta-se que este é o entendimento popular e não jurídico do instituto ora estudado.

Considera-se ainda prerrogativa, neste sentido, o trabalho do advogado, que corresponde à direitos específicos para sua atuação, que outras pessoas não se beneficiam. Como por exemplo, o ingresso em presídios para se comunicar com seus clientes encarcerados (NARCIZO, 2012).

2.3. FUNÇÃO

Em si tratando de Direito Penal, o termo “função” só pode ser discutido aqui como função pública que é atrelado a julgamentos, se encontra definido da seguinte forma:

A **função pública** diz respeito a um conjunto de atribuições que podem ser desempenhadas por agentes públicos, mas apenas por um período determinado de tempo (**função** temporária) ou por critério de escolha do administrador, também de forma temporária (**função** de confiança). (MOREIRA NETO, 2015, p. 2013).

O exercício de Funções Públicas é constitucional e legal, uma vez que o Estado precisa dessa prestação de serviços sem as quais fica impossível promover o bem comum.

Os aspectos gerais das *teorias da função pública* indicam o vínculo jurídico entre o servidor e o Estado como uma relação contratual, de acordo com os modelos do direito civil. Presentes estão o livre consentimento, a capacidade de contratar e o objeto lícito, requisitos sem os quais não seria o contrato válido no mundo do direito (**ARAÚJO, 2015**).

2.4. IMUNIDADE

É um termo com diversos significados, podendo se referir à saúde corporal, a direitos conquistados, a privilégios concedidos, dentre outras versões. No sentido restrito deste estudo, a imunidade se refere a prerrogativa de ser julgado em instancias mais avançados do sistema jurídico, devido ao exercício de um cargo ou função pública.

Para Mirabete (2015) há as imunidades relativas, que se referem ao exercício de funções públicas específicas. Entre as imunidades relativas, em seu sentido amplo, estão as que se referem ao foro por prerrogativa de função, consistentes no direito de determinadas pessoas de serem julgadas, em virtude dos cargos ou funções que exercem, pelos Órgãos Superiores da Jurisdição, em competência atribuída pela Constituição Federal ou constituições estaduais.

3. BREVE HISTÓRICO DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

De um dispositivo meramente social, no mundo greco-romano, em seus primórdios, privilegiando pessoas individualmente ou grupos sociais, o Foro Especial por Prerrogativa de Função, se tornou dispositivo constitucional, inserindo-se em quase todas às cartas magnas de diversas nações democráticas. Isso sob a nova égide de proteger a função e não ao indivíduo ou grupos. O que era originalmente um instituto que visava beneficiar pessoas, privilegiando-as, tornou-se um instituto que não se vincula a pessoas, mas sim a cargos que são tidos como essencialmente protegidos dentro da estrutura da república, permitindo o seu hígido funcionamento. Desta forma, o foro especial por prerrogativa de função é, acima de tudo, uma garantia. (DELGADO, 2004)

Conclui-se que:

Um outro elemento que compõe a natureza jurídica do foro privilegiado é o seu caráter imperativo, isto é, não pode ser renunciado pela autoridade que dele goza, nem pode ser afastado pela vontade do Ministério Público ou do próprio Tribunal. Sendo uma garantia de natureza constitucional, os seus efeitos são produzidos com a intensidade da carga que a própria Constituição lhe outorga, dando-lhe plena eficácia e efetividade. O foro em questão tem origem na Constituição Federal. Válida, a respeito, a 7 observação de Athos Gusmão Carneiro, no sentido de que a competência fixada na Constituição, apresenta-se exaustiva e taxativa: dispositivo algum de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá reduzir ou ampliar tal competência. (2004, p.35 e 37).

Desse modo, ainda que as origens do foro por prerrogativa remontem de privilégios especiais dado a pessoas, por características sociais ou econômicas, na atualidade detém caráter impessoal de preservação das instituições, visando o seu regular exercício.

O mundo da antiguidade grega, chegou mesmo a formalizar tais privilégios, que foram seguidos posteriormente pelo mundo ocidental, durante a Idade Média, em que esses privilégios se intensificaram. A igreja católica teve grande influência nas regras do processo criminal, e incentivou o foro privilegiado para determinadas pessoas, no século V, no fim do império Romano. Defendendo a ideia de que crimes cometidos por senadores deveriam ser julgados pelos seus iguais. Os de autoria clerical que fossem processados e julgados, igualmente, por sacerdotes que se encontrassem em maior grau hierárquico. Dessa maneira, fica claro que as ordenações asseguravam aos esses nobres privilégios (OLIVEIRA, 2017).

Com o surgimento da Constituição Federal de 1824, trouxe em seu artigo 99 o privilégio absoluto para a pessoa do imperador. Por consequência, este não estaria sujeito a nenhum tipo de responsabilidade, sendo esta primeira previsão mais voltada para um privilégio do que prerrogativa, apontando para um benefício que colocava o Imperador acima de qualquer Lei (MELO; MENEZES, 2019).

Já em 1891, com a criação da primeira Constituição Republicana, em 24 de fevereiro do mesmo ano, fixou-se a competência de julgar o Presidente da República pelos crimes de responsabilidade junto ao Senado, enquanto para os crimes comuns fixou-se como foro o Supremo Tribunal Federal sendo, em ambos os casos, a Câmara dos Deputados a responsável pela acusação (DELGADO, 2004).

A constituição de 1934 tirou a competência do Senado para julgar o presidente da República nos crimes de responsabilidade. Passando tal responsabilidade para um Tribunal Especial, criado para esta finalidade, estabelecendo que a Corte Suprema teria competência para processar e julgar: o Presidente da República, Ministros do STF, Ministros do Estado, Procurador-Geral da República, Juízes dos Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros Diplomáticos pela prática de crimes comuns (DELGADO, 2017).

A constituição ditatorial de 1937 no seu artigo 86 diz que: "O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação."

Já os Ministros de Estado de acordo com o artigo 89, § 2º, são processados e julgados pelos crimes comuns e de responsabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, em exceção com os crimes que tenham conexão com os do presidente da república.

Art. 89 - Os Ministros de Estado não são responsáveis perante o Parlamento, ou perante os Tribunais, pelos conselhos dados ao Presidente da República.

§ 2º - Nos crimes comuns e de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste.

Conforme rege o artigo 100, os Ministros do Supremo Tribunal Federal seriam processados e julgados pelo conselho Federal, nos crimes de responsabilidade.

Art. 100 - Nos crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão processados e julgados pelo Conselho Federal.

Ao STF, competia processar e julgar originariamente seus próprios ministros, bem como os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, exceto, quanto aos Ministros de Estados e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a competência do Conselho Federal, conforme o artigo (101, I, a e b).

Em 1946 com a constituição democrática que é considerada um dos maiores marcos da trajetória constitucional do Brasil, retomou a competência ao Senado Federal para julgar o presidente da República nos crimes de responsabilidade se a acusação for admitida pela câmara dos Deputados e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza, bem como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, pelos crimes de responsabilidade.

Em 1988, o sistema do foro Privilegiado atingiu seu maior alcance, onde passou a englobar um número maior de autoridades.

O Foro Especial por Prerrogativa de Função é aplicado, na atualidade, aos seguintes cargos: o Presidente e o Vice Presidente da República; os membros do Congresso Nacional; os Ministros do Supremo Tribunal Federal; o Procurador-Geral da República; os Ministros de Estado; os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; as autoridades ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em caso de habeas corpus; os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios; as autoridades federais da administração direta ou indireta, em caso de mandado de injunção; os juízes federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho; os membros do Ministério Público da União; os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público estadual; os Prefeitos; os oficiais gerais das três Armas (Lei 8.719, de 1993, art. 6º, I); e os juízes eleitorais, nos crimes eleitorais (Código eleitoral, art. 29, I, d).

4. DO CONCEITO DE FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O-Foro Especial por Prerrogativa de Função é um mecanismo e um instrumento jurídico/penal pelo qual se fixa a competência de julgamento com possíveis efeitos penais sobre ações contra certas autoridades públicas em razão do cargo ocupado. Sua existência decorre da necessidade de um tratamento distinto daquele reservado aos demais cidadãos brasileiros, não pela pessoa, mas pelo cargo na qual está investida. Isto é, que estas pessoas

não serão julgadas pelos órgãos comuns, e sim pelos órgãos superiores.

Segundo declina Declercq (2020), esse instituto nunca foi consenso nos meios jurídicos e atualmente é um dos dispositivos mais discutidos e criticados no Brasil. Popularmente é visto como vetor da impunidade, especialmente pelo vasto rol de cargos para os quais se aplica.

Para Oliveira (2008, p. 40):

O Foro por prerrogativa de função significa aquela parcela jurisdicional (competência) que se destina ao processamento e julgamento de determinadas pessoas. A distinção que se faz diz respeito à função que a pessoa exerce. Por força de suas atribuições, deverá ser julgado por determinada Corte ou Juiz especificamente previsto na Lei de Organização Judiciária, Processual ou Constitucional.

Neste mesmo sentido Tourinho Filho (2012, p.362) aponta que:

Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado, e em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria gozam elas de foro especial, isto é, não serão processados e julgados como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada.

Nesse diapasão os autores acima citados argumentam que o foro por prerrogativa de função é um direito do cargo e não da pessoa que o investe. O Supremo Tribunal Federal mantém o mesmo entendimento.

Diante disso vale ressaltar que seria incorreto afirmar que determinado indivíduo tem foro privilegiado, e sim que certa autoridade tem o foro diferente dos outros cidadãos que estão sujeitos a serem julgados pela justiça comum. Sendo assim, tal privilegio só será mantido, enquanto o indivíduo estiver em efetivo exercício.

4.1 DOS BENEFICIÁRIOS DO FORO PRIVILEGIADO

Todo cidadão brasileiro pode exercer um cargo público de destacada relevância, pelo voto, por indicação, ou por mérito intelectual (aprovação em certames públicos) a legislação que dispõe sobre a existência e a aplicabilidade do Foro Especial por Prerrogativa de Função, contrasta frontalmente como o art. 5º da Constituição Federal de 1988, pois desigualava os cidadãos pelo mero exercício de uma função pública.

O fato de existirem cargos especialmente protegidos, impondo o julgamento a tribunais, traz uma aparência de fragilidade das próprias garantias dadas ao poder judiciário, que já detém, constitucionalmente, autonomia e independência total para exercer as suas funções, da mesma forma que ocorre com o Ministério Público.

Veloso (2016) ainda destaca que há sim pontos ainda mais negativos sobre o foro privilegiado, destacando-se o fato de que se houver condenação, o condenado não terá outras instancias para recorrer devido já ter sido julgado pelo próprio Superior Tribunal Federal que é a corte mais alta dentro do país.

No entanto, a maior vantagem percebida com o foro privilegiado, segundo o mesmo autor é que o acusado está isento de prisão temporário ou prisão preventiva, restante apenas a possibilidade de uma prisão em flagrante por ocasião de um crime inafiançável.

O Foro Privilegiado não é cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, por isso, devido causar tantas polêmicas ele pode um dia ser extinto, pois uma gama significativa da sociedade anseia por isso. Se não extinto, mas pelo menos mais restrito, pois o Brasil é uma das nações que mais concede esse privilegio a um maior número de agentes públicos.

O fato é que em dezembro de 2018 voltou o debate na Câmara dos Deputados Federais sobre a possibilidade de extinção do foro privilegiado. A PEC 333/2017 teve seu parecer aprovado em comissão e propõe que o foro seja extinto no caso de julgamentos por crimes comuns. Além disso, ficaria restrito aos Presidentes da República, da Câmara, do Senado Federal e do STF.

O foro por prerrogativa é um instituto que deve ser aprimorado e, essencialmente, para que não se permita a oscilação jurisprudencial e decisória que tem se avolumado nos últimos anos, permitindo que, por exemplo, em 2021 um deputado tenha sido preso, ainda que detendo imunidade, em flagrante decretado, conforme parte da doutrina ao arrepio das prerrogativas constitucionais do parlamentar.

4.2 A FALÁCIA DO FORO PRIVILEGIADO

Na prática esse instrumento jurídico/penal é amplamente criticado pela sociedade, sendo que recebeu o nome público de foro privilegiado, significando privilégio para crimes praticados por agentes públicos (pessoas) e não por funções públicas (cargos). Há esta percepção social que vincula a prerrogativa a privilégios, já que o leigo não consegue distinguir a pessoa do cargo, vinculando a prerrogativa a um benefício pessoal e não institucional.

Da mesma forma, ainda que busque proteção institucional, o instituto, com o uso tão ampliado no Brasil, faz com que aparente uma violação do Princípio da Isonomia,

fundamento da Constituição Federal e na legislação que o apoia, levando a crer que há distinção de pessoas em razão de assumirem cargos de maior poder no Estado.

Há uma necessidade de ordem pública de se restringir ao mínimo do estritamente necessário o foro por prerrogativa para que seja afastada a pecha de que o instituto sirva como benefício pessoal e não como defesa da própria democracia no Brasil, como de fato uma exceção ao princípio constitucional da isonomia, reduzindo o escopo do instituto ao que seja estritamente essencial a preservação das instituições públicas.

Habitualmente, no afã do exercício profissional de acusação ou de defesa, alguns operadores do direito na práxis jurídica, tentam unir essas duas expressões (foro privilegiado e prerrogativa de função), mesmo sabendo que isso é tecnicamente incorreto, pois há alarmante contradição entre os dois.

No pensamento de Narcizo (2012) o foro privilegiado, não é nada, mas, nada menos, que um instrumento que aufere ao crime de colarinho branco um aspecto legal, contribuindo assim com a impunidade.

O mesmo autor (2012, p. 11), afirma que:

Não bastassem todos os mimos e acessórios além do alto salário que fazem dos políticos e altos executivos do Brasil os mais caros do mundo, como se vê pelas estatísticas, desde a promulgação da Constituição de 1988, quando competentes originariamente para julgar as autoridades públicas o STF e STJ são, indiscutivelmente, ineficazes e incapacitados para realizar estas funções que lhes foram atribuídas.

Esse entendimento foi seguido pela corte que suspendeu os efeitos da Súmula 394, que vigorava desde 1964 e mudou significativamente a abrangência do foro privilegiado, cuja existência em sua totalidade está em xeque e pode ser extinto da legislação brasileira, sendo concedido a apenas alguns políticos do poder executivo e à cúpula do poder judiciário, como aliás ocorre em outros países democráticos.

Blume (2016) revela em suas pesquisas sobre o foro privilegiado, que por motivos óbvios, a existência de grande impunidade, pouco se ouve sobre políticos condenados na justiça. Levantamento feito pela revista Exame em 2015 revelou que, de 500 parlamentares que foram alvo de investigação ou de ação penal no STF nos últimos 27 anos, **apenas 16 foram condenados**. Desses, 8 foram presos (apenas um esteve preso até 2016). Os demais ou recorreram, ou contaram com a prescrição para se livrar das ações penais.

A consequência de toda essa celeuma jurídica-política-social foi o nascimento da PEC 333/17 que ora se encontra em debate no Congresso Nacional. Alguns especialistas afirmam que a extinção do foro privilegiado não necessariamente irá acelerar os processos e levar a mais condenações, mas com certeza diminuirá o grau de impunidade no Brasil e a percepção da violação da isonomia na seara processual penal no Brasil.

É bem verdade que o simples remetimento do julgamento para a primeira instância não garantirá a punição, uma vez que a justiça comum também não consegue dar conta de todos os casos que chegam a ela e, por isso, a extinção do foro pode fazer com que os julgamentos de autoridades públicas sejam ainda mais lentos e cheguem até a prescrever.

5 FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL

Durante os anos 1960, prevalecia no Supremo Tribunal Federal que o crime praticado durante mandato, ou desempenho do cargo/função, quem cometeu o delito tinha garantido o foro especial. O foro por prerrogativa de função permaneceria, mesmo depois do término do exercício da função.

A Súmula 394, de 03 de abril 1964, do Supremo Tribunal Federal dizia que: "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício"

No entanto o STF cancelou a Súmula 394 no ano de 1999, baseando-se no Princípio da Isonomia, instituído pela Constituição da República como um dos pilares estruturais do ordenamento jurídico brasileiro, este princípio garante tratar os desiguais à medida que se desigualem.

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva (2013), afirma que:

O princípio da igualdade ou da isonomia é norma constitucional, e portanto, cogente, vinculando não só a produção legislativa, mas também a atividade de aplicação da norma, orientando-a e inspirando-a. A força normativa da Constituição lhe atribui mais do que *status* de norma superior, lhe reveste de potencialidade e vocação para a efetividade, sendo sua real aplicação mais uma questão de vontade, do que de produção meramente acadêmica ou normativa (2013, p. 111)

No mesmo diapasão o ministro Celso Antônio Bandeira de Mello (STF, 2011), preleciona:

(...), por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmulas hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos (2011, p. 18).

Esse diferencial deixa de existir a partir do momento em que a função política não é mais exercida, já que a prerrogativa serve em defesa do cargo e não da pessoa que o ocupa. A partir desse entendimento, então o STF passou a considerar que com o fim do exercício demandaria o deslocamento da competência para o foro do juízo de primeira instância competente para julgar qualquer outra pessoa.

No atual entendimento do STF o foro privilegiado não abarca os ex ocupantes de cargo ou função e deixam de serem assegurados pelo foro por prerrogativa de função, após desocuparem o cargo, evitando assim, transformá-lo em privilégio pessoal.

Mesmo diante de tantas discussões e embates jurídicos, o foro privilegiado não é consistente em seus próprios desígnios, uma vez que há situações bem diferenciadas na própria aplicação da lei, pois, segundo Declercq (2020) ele não é igual para todos os cargos. Cada cargo tem sua particularidade. Por exemplo, caso o Presidente da República cometesse um crime comum, este seria julgado pelo STF; no caso de um crime de responsabilidade (como vimos no processo de *impeachment* de Dilma Rousseff), pelo Senado Federal. Um desembargador ou um juiz de primeira instância é julgado por um órgão especial do Tribunal de Justiça referente ao estado ao qual ele pertence. Isso mostra divergência ou discriminações de competências dentro do próprio diploma.

No final de 2020 e início de 2021, a PEC 333/2017 voltou a debate na Câmara dos Deputados, acenando com a possibilidade de extinção do foro por prerrogativa de função. Essa PEC, se aprovada, (já teve seu parecer aprovado em comissão) propõe que o foro seja extinto no caso de julgamentos por crimes comuns. Além disso, ficaria restrito aos Presidentes da República, da Câmara, do Senado Federal e do STF. Assim, perderiam direito ao foro os ministros de Estado, governadores, parlamentares e outras autoridades. Agora, resta saber como continuará esse debate na nova legislatura que se aproxima.

Fica, portanto, evidente que o Foro Especial por Prerrogativa de Função – o popular Foro Privilegiado, não é consistente em nenhuma de suas prerrogativas ou cominações, exercendo somente o triste papel de incentivador do crime de colarinho branco com a expectativa de impunidade.

Há de se compreender que muitos resistem em compreender esse instituto, em todo o seu alcance danoso para a sociedade brasileira como um todo, na busca somente de privilegiar classes hegemônicas em detrimento do cidadão comum, que pode ser julgado e encarcerado por crimes de menor monta, caso não consiga ser acompanhado por um bom advogado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo expõe uma distorção, um excesso em algo criado originalmente para proteger cargos, e que se utilizado em excesso acaba por prejudicar a própria credibilidade do sistema judiciário no Brasil, criando exceção demasiadamente ampla ao princípio constitucional da isonomia.

Acredita-se em se ter cumprido os objetivos propostos, mas tendo a consciência da extensão e complexidade do tema abordado, não foi possível trabalhar em todos os seus aspectos, pois extrapolaria os limites de um artigo acadêmico, mas que foi possível dentro do exposto, trazer uma reflexão sobre o instituto e a necessidade de seu aprimoramento sistema persecutório brasileiro.

Quem faz um estudo científico sobre o Foro Especial por Prerrogativa de Função não tem como escapar da realidade que há entre o teórico e o prático. Percebe-se a necessidade de um aprimoramento no instituto para que sirva como exceção no processo penal e não como regra para aqueles que ocupam cargos de maior privilégio e poder na estrutura do Estado brasileiro.

O foro por prerrogativa, ante a grande quantidade de cargos que são abarcados pelo instituto, acaba por sobrecarregar tribunais com processos originários, desvirtuando a sua função primordial de revisores ou até, no caso do STF, de Corte Constitucional. O STF, por sua vez, já é muito sobrecarregado: julga cerca de 100 mil casos ao ano. Para efeito de comparação, a Suprema Corte dos Estados Unidos, análoga ao STF, julga apenas 100 casos anualmente. O julgamento de crimes comuns de autoridades públicas no Brasil mistura-se a uma imensa pilha de processos que o STF precisa julgar. Ainda pior: os tribunais superiores não estão acostumados a realizar uma ação penal, inexistindo uma estrutura adequada na maior parte deles para receber esses casos.

A sobrecarga destes tribunais, e a conseqüente demora e impunidade que pode dela decorrer, poderia ser evitada com uma reforma e redução das prerrogativas, o que aparentemente é combatida por parlamentares que detêm o poder de fazer essa mudança e não pretendem abrir mão das prerrogativas. São situações graves que poderiam ser minimizadas pela simples extinção do foro

privilegiado, mas não é a suprema vontade dos seus beneficiários, que lutam com unhas e dentes por sua permanência.

Por fim deve-se concluir que a existência e manutenção do foro privilegiado é vista como um abuso não só por juristas, mas também pela sociedade. Entende-se que sua aplicação ampla a políticos e autoridades públicas faz crer que ela sirva apenas como ferramenta para garantir que autoridades, que são, apenas servidores públicos, possam sair impunes de certas condutas visivelmente criminosas.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Wellington. **O foro por Prerrogativa de Função na Constituição Federal**. Brasília – DF: Gráfica da Câmara dos Deputados, 2016.

ARAÚJO, Florismar. **Teorias da Função Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/da-funcao-publica>> Acesso março de 2021.

BLUME, Bruno André. **O que é o foro privilegiado?** Florianópolis – SC: Universidade Federal de Santa Catarina - (UFSC). Politize, 2016. Disponível em <<https://www.politize.com.br/foro-privilegiado-o-que-e/>> Acesso em março de 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 1891. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html> >. Acesso em: 25 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 23 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.628, de 24 de Dezembro de 2002..** Brasília – DF: Gráfica do Senado Federal, 2002.

BRASIL, PEC 333/17. Brasília – DF: Gráfica do Senado Federal, 2017.

DECLERCQ, Marie **Foro privilegiado: garantia constitucional ou privilégio à brasileira?** Artigo publicado eletronicamente em 2020. Disponível em [http://www.politize.com.br/foro-privilegiado: o que é?](http://www.politize.com.br/foro-privilegiado-o-que-e/)

DELGADO, José Luiz **A hora e a vez do Supremo**. Recife – PE: Diário de Pernambuco – Publicação de 19/05/2017. Disponível em <<http://www.diariodepernambuco/noticias.com.br>> Acesso em março de 2021.

DELGADO, José Augusto. **O Foro por Prerrogativa de Função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte II.**, v. 7, n. 70, Rio de Janeiro: L&C: Revista de Direito e Administração Pública, Abril, 2004.

DEMO, Pedro, Metodologia do Conhecimento Científico, 1 ed. reimpr. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 30 ed., v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MELLO, Antônio César; MENEZES, Tiago Costa. **Foro por prerrogativa de função, privilégio ou garantia?** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5873, 31 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61709>. Acesso em: 19 mar. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. revisada, atualizada e aumentada Rio de Janeiro: FORENSE, 2015.

NARCIZO, Raphael. **Foro por prerrogativa de função ou privilegiado** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3154, 19 fev. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21103>. Acesso, março de 2021.

OLIVEIRA, Fernanda. **Evolução histórica do Foro por Prerrogativa de Função**. *Revista eletrônica JusBrasil*, 2017. Disponível em: <<https://fernandarmsfor.jusbrasil.com.br/artigos/463742402/evolucao-historica-do-foro-por-prerrogativa-de-funcao>> Acesso em 06 de março de 2021.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Foro privilegiado no Brasil: Análise dos 20 anos da Constituição**. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 99, set. 2008.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

STF – Celso Antônio Bandeira de Mello - **Sobre o Foro por Prerrogativa de Função**. Gráfica do Senado Federal - Diário do STF, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Zeno. **Abaixo o foro privilegiado. Artigo publicado em** 2007 e republicado em 2016. Pela revista Ambar. Disponível em <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=9287&>. Acesso em: 12/03/2021.

UMA ANÁLISE ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO NO MEIO VIRTUAL

JOÃO VICTOR DA CONCEIÇÃO MARTINS:
Bacharelado em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus (Fametro)

DÁRIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(Orientador)

RESUMO: O artigo visa analisar detalhadamente o crime organizado cibernético com vistas à evolução virtual. Parte-se do pressuposto de aprofundar a adequação do crime organizado na internet, bem como os fatores relacionados a ele. Para tanto, busca apontar alguns aspectos de suma significância para a presente abordagem. Faz-se necessário, pois, uma conceituação do crime organizado, seguido da sua evolução e problemáticas frente à tecnologia moderna apresentando, por fim, possíveis soluções para o problema ora investigado, fato que se tornou ponto de partida para a elaboração da pesquisa. Seguindo a linha de investigação proposta, foi utilizado estudo bibliográfico para fundamentação do problema, seguido de uma abordagem dedutiva, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”. Tomando ainda por referência a classificação da literatura adotou-se a técnica de pesquisa de documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões...). Assim, foi possível evidenciar a importância da criação de mecanismos de controle, especificamente, o papel da tecnologia no combate ao crime organizado virtual.

Palavras chave: crime organizado; legislação; tecnologia/evolução virtual.

ABSTRACT: The article aims to analyze in detail cybernetic organized crime with a view to virtual evolution. It starts from the assumption of deepening the adequacy of organized crime on the internet, as well as the factors related to it. Therefore, it seeks to point out some aspects of great significance for this approach. It is necessary, therefore, a conceptualization of organized crime, followed by its evolution and problems facing modern technology, finally presenting possible solutions to the problem now investigated, a fact that became the starting point for the elaboration of the research. Following the proposed line of investigation, a bibliographic study was used to substantiate the problem, followed by a deductive approach, which has as a classic definition being that which starts from the general to reach the particular, that is, extracts knowledge from applicable general

premises to “concrete hypotheses”. Still taking the classification of literature as a reference, the indirect documentation search technique was adopted - with systematic observation, including bibliographic research of primary and secondary sources (doctrines in general, scientific articles, master's dissertations, doctoral theses...), in addition to official documentation (bills, messages, laws, decrees, summaries, judgments, decisions, etc.). With this, it was possible to highlight the importance of creating control mechanisms, more specifically, the role of technology in combating virtual organized crime.

Keywords: organized crime; legislation; technology/virtual evolution.

Sumário: Introdução. 1 Considerações Preliminares sobre o Crime Organizado e a Tecnologia; 1.1 Relação histórica entre crime organizado e meio virtual; 1.2 Princípios Constitucionais. 2 Prerrogativas Legais e Evolução da Tecnologia; 2.1 Previsão legal e tipos; 2.2 A evolução da tecnologia na Doutrina Pátria. 3 Crimes Cometidos no Meio Virtual; 3.1 Os crimes cometidos no meio virtual: especificidades; 3.2 As possibilidades de Prova Segundo o Entendimento Doutrinário e Interpretação Judicial. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Ao se considerar a crescente evolução tecnológica no âmbito dos espaços virtuais, com ênfase na sistematização do crime organizado faz-se fundamental abordar alguns aspectos referentes a um fenômeno recente, cuja constante capacidade de adaptação e de sobrevivência, permitiu acompanhar as mudanças das sociedades, alterando a sua forma e os seus métodos, aprendendo a dominar as novas tecnologias e a utilizá-las a seu favor, facilitando assim o desenvolvimento das suas atividades ilícitas.

À medida que as sociedades foram integrando com tecnologias inovadoras no seu cotidiano, foram-se criando igualmente novas fragilidades: estes avanços tecnológicos tornaram-se indispensáveis para o bom funcionamento das instituições dos países, assim como para o dia-a-dia dos cidadãos. Neste sentido, e tendo em consideração que o acesso aos conhecimentos e materiais informáticos é cada vez mais fácil, a possibilidade das sociedades virem a ser vítimas do seu próprio progresso deve ser considerada com seriedade.

É primordial, pois, entender qual é o conceito de organizações criminosas e hackers. Com relação ao surgimento do crime organizado, há várias teorias a respeito a título mundial e enquanto uns afirmam que até mesmo nos tempos da antiguidade, já era possível observar grupos de pessoas que cometiam crimes de forma organizacional, outros enunciam que o crime organizado teve início com os corsários (piratas). Ainda, alguns expressam que foi quando a Inglaterra hostilizou na busca pelo novo mundo, na qual

autorizava certas as pessoas a abordarem navios de nacionalidades determinadas. Outros ainda mencionam que se iniciou em Nova York, com as chamadas Gangues.

Contudo, no Brasil, o crime organizado não é algo novo. Com relação ao seu surgimento há várias divergências e um dos mais recentes estudos afirma que o mesmo teve início no “cangaço”, com um grupo liderado por Virgulino Ferreira da Silva, ou popularmente conhecido como “Lampião”.

Graças ao desenvolvimento de um contexto muito específico, esses grupos puderam tornar-se mais sólidos e expandir a sua atividade. As mudanças políticas, econômicas, sociais, jurídicas e tecnológicas que o mundo sofreu nos últimos anos constituem uma parte fulcral desse contexto.

A nível das mudanças sociais, a crescente mobilidade dos cidadãos permitiu um maior número de contatos a nível internacional e facilitar a exportação das atividades ilícitas para outros países. Ligadas a esta evolução estão também as alterações tecnológicas, em especial nos meios de transporte e de comunicação, que possibilitaram a adoção de métodos de atuação mais sofisticados e anônimos. Por fim, é digno de nota mencionar que as mudanças jurídicas também influenciam a atuação do crime organizado, na medida em que este tira partido das diferenças, ainda acentuadas, entre as legislações nacionais.

Após um breve relato em relação ao surgimento do crime organizado, há que se entender o que é uma organização criminosa, na qual não é definida de forma específica em nosso ordenamento jurídico, contudo, a nossa legislação Pátria estabilizou-a em textos legislativos que direta ou indiretamente construíram uma denominação a esta conduta delitiva.

Observa-se que o crime organizado é um crime extremamente complexo na sociedade atual. Não se trata de um crime novo, como já visto, mas que ganha força, já que se trata de um crime com obtenção de vantagem econômica.

É nesse breve contexto que a presente abordagem busca evidenciar a sistematização dos crimes organizados por meio da evolução das tecnologias cibernéticas, bem como apontar uma direção referente ao combate dessa nova modalidade de crime. Além disso, contribuir a não limitar o conhecimento acerca do tema, mas enfatizar a sua importância o crescimento na contemporaneidade.

Para a concretização do estudo foi utilizada abordagem bibliográfica, documentação indireta e método indutivo, como já especificado no resumo do presente estudo.

Sob este prisma, o artigo foi dividido em 3 (três) capítulos que circundam: 1) o crime organizado e a tecnologia; 2) a influência da tecnologia nos referidos crimes e 3) crimes virtuais.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O CRIME ORGANIZADO E A TECNOLOGIA

1.1 Relação histórica entre o crime organizado e o meio virtual.

Há de se considerar em um primeiro momento, um breve histórico do direito penal para que se possa compreender com clareza a evolução do crime organizado no meio virtual.

O direito penal no Brasil se deu mediante as relações políticas, econômicas, culturais e sociais desde a colonização. As relações de poder encerradas com a coroa portuguesa, sob o peso das ordenações reais, eram marcadas pelo patrimonialismo, onde a produção econômica era voltada para o comércio exterior e através de mão de obra escrava. Tais fatores cercearam a jurisdição e em como o ordenamento jurídico lusitano foi aplicado na colônia brasileira. A estrutura política era demarcada por juízes que abusavam dos limites de suas funções jurisdicionais, escamoteando as funções executivas, legislativas e jurídicas do Estado. (SOUZA & LIMA, 2019).

Neste contexto, pode-se dizer que,

...fala-se no peso das ordenações reais para o desenvolvimento do Direito no território tupiniquim. Este conjunto de leis e costumes importados, apesar de não serem suficientes para tratar de todos os casos concretos (fato este que gerou a criação de leis extravagantes), teve profundo prestígio no nosso ordenamento jurídico. Foram abordadas, primeiramente, as contribuições das ordenações afonsivas que tiveram pouca aplicabilidade no Brasil, por terem vigorado até somente 1521. Posteriormente, tratou-se das ordenações manuelinas, que vieram a suscitar a criação de uma Casa de Suplicação no Brasil em 1808, o que trazia maior segurança jurídica à aplicabilidade das normas. Por fim, foram abordadas as ordenações filipinas, as quais deixaram significativas marcas na ordem jurídica brasileira, como a misoginia institucionalizada e forte conservadorismo social (SOUZA & LIMA, p. 10, 2019).

Destaca-se, por fim que em matéria criminal o código de 1830 foi o mais humanitário em relação às penas. Este, adicionou o Código de Processo Criminal em 1832,

sendo este o inaugurador da implementação de matérias penais no território brasileiro, pós independência, que trouxe ao Brasil uma Legislação Penal própria.

Trazendo a historicidade do Código Penal para a contemporaneidade em relação a crimes cibernéticos pode-se dizer que o seu desenvolvimento ainda é prematuro.

É imprescindível, pois, abordar a constituição do crime organizado, antes de adentrar em sua interação com os crimes virtuais. Sob este prima pode-se dizer que o crime organizado remota do final do século XIX, no nordeste brasileiro com o que se conhece como “cangaço”, sendo esta sua raiz histórica. Porém, não se pode confundir com o que conhecemos hoje. Pode-se dizer que,

O constante crescimento da violência urbana e a fragilização cada vez maior da segurança no Brasil, nos últimos anos, estão diretamente relacionados com o surgimento do crime organizado. Aos poucos as facções organizadas se formaram, fincaram suas bases sólidas e deram início a um novo tipo de criminalidade: o crime organizado. (MAIA, p. 2, 2011)

No Brasil vive-se uma crise conceitual normativa para o crime organizado nas esferas de poder Legislativo, Executivo e Judiciário. O que mais se aproxima, sob um preceito penal, é o que se pode chamar de “crime de quadrilha” ou “bando” Todavia o perfil de organização criminosa não se adéqua a este perfil, é mais complexo por sua repercussão nas lesões causadas nas esferas política, econômica e social.

Considerando tais fatores, é notório que a norma jurídica brasileira não conseguiu acompanhar a evolução dos crimes cibernéticos. O âmbito virtual ainda carece de leis específicas para tais delitos resultando num “vazio normativo” (ALVES, 2018).

Os crimes cibernéticos são uma tipificação de crimes transacionais em constante crescimento. Sua natureza se apresenta sem fronteiras e é cada vez mais agravada pelo crescente número de grupos do crime organizado. À luz do que afirma Alves,

Porém, percebe-se que uma parcela da sociedade se utiliza dessa ferramenta tecnológica no intuito de cometer crimes e fazer o mal a sociedade, como é o caso dos delitos que são cometidos de forma virtual. Sabe-se que é grande a facilidade com que a internet é utilizada no que é relacionado a transmissão de dados, trazendo consigo dessa forma, muita facilidade para os criminosos que utilizam da Internet, onde na sua grande maioria, ficam acobertados pelo anonimato, isso

dificulta bastante tanto a sua identificação pessoal, como também a sua localização (p.1, 2018).

Os perpetradores de crimes cibernéticos e suas vítimas podem estar localizados em diferentes regiões e os efeitos desses crimes podem atingir sociedades de todo o mundo, evidenciando a necessidade de dar uma resposta urgente, dinâmica e internacional a esse crime.

1.2 Princípios Constitucionais

As transformações oriundas com o avanço tecnoinformacional causaram profundas mudanças organizacionais da sociedade moderna sendo atingida pelo paradigma informacional que trouxe novas relações econômicas, culturais e jurídicas.

A ordem político-jurídica, enquanto órgão regulador direcionou o Direito Constitucional aos primeiros impactos da nova realidade social e jurídica. O certame constitucional passou a ser absorvido pela nova sociedade informacional, sofrendo influência dos valores trazidos com esse novo modelo de organização social.

Conforme Neto,

O contexto social hodierno esta sendo moldado por tendências direcionadas pela combinação de dois fenômenos mundiais: a globalização e o desenvolvimento tecnológico informacional. Esses dois vetores causaram mudanças radicais nos meios e métodos de organização social econômica e cultural. Essa nova sociedade, fruto de uma reorganização pautada pela reestruturação dos mecanismos de organização do sistema econômico dominante, o capitalismo, caracteriza-se pela globalização das atividades estratégicas econômicas e pela flexibilização da cadeia produtiva através do redimensionamento do trabalho e da sua organização pautada em redes comunicativas que são mediadas por instrumentos tecnológicos (pp. 52-53, 2008)

Um dos principais efeitos dos mecanismos informacionais é possibilitar que o homem, em contato com a nova realidade possa conhecer o mundo que o cerca de forma rápida e global, no intuito de adequar-se a este novo conceito societário.

As conexões do contexto social moderno acabam por se desvincular dos moldes de comunicação anteriores. Na sociedade da informação essas conexões são permutadas por vínculos do uso de ferramentas tecnológicas. Sob esta concepção esta nova modalidade de informação é considerada como um bem econômico e jurídico.

Com isso, a importância do direito à informação ganha status de direito fundamental com relação à democracia moderna, sendo normatizada em nível constitucional.

Com efeito,

A ordem jurídica constitucional brasileira reserva espaço especial à proteção da informação. A Constituição Federal de 1988 consolidou em seu texto pétreo um Título reservado exclusivamente aos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, a estrutura constitucional dividiu o referido Título em cinco capítulos que versam sobre os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. No que tange aos direitos individuais e coletivos, estes correspondem ao conjunto de direitos ligados à idéia de pessoa humana e de seus atributos de personalidade, como a vida, a honra e a liberdade (NETO, p. 57, 2008).

Surge uma classificação natural dos direitos fundamentais advindos em virtude das várias funções da ordem jurídica. A ordem constitucional brasileira, preconizada pela Constituição Federal de 1988, forma um leque de legislações modernas que procuram meios constitucionais de reconhecer e garantir o direito à liberdade, aqui, no que tange ao processo de informação.

Apesar de ser considerado como uma consequência do estado de exceção vivenciado pelo Brasil em momento histórico anterior a ordem constitucional vigente, onde todos os meios de informação do cidadão foram tolhidos pela política de censura e desinformação do Estado, o preceito constitucional insculpido no artigo 220 da Constituição representa uma das maiores garantias democráticas existentes na carta constitucional. O movimento de redemocratização da sociedade permitiu o reflorescimento do direito de informação sob a égide de um novo prisma, o da tecnologia da informação. Uma das chaves do processo democrático é a disponibilidade de acesso a todos os cidadãos à circulação de informações. E aí reside a magnitude do dispositivo constitucional previsto no artigo 220: a ausência de restrição aos meios de difusão de informação o que permite a expansão da proteção em análise aos meios tecnológicos (NETO, pp. 65-66, 2008).

È neste cenário que se pode identificar a demasiada liberdade de utilização da informação, para fins também ilícitos, não existindo parâmetros de segurança legislativos no uso de tecnologia no âmbito da informação virtual confiáveis. O Brasil ainda carece de leis de proteção efetivas ao crime organizado nos espaços cibernéticos.

Levando em consideração a ausência de leis específicas, a insuficiência das disposições, o aumento de infiltrações clandestinas em computadores pessoais ou empresariais evidencia a dificuldade da garantia constitucional do direito à privacidade, o que facilita o crime organizado na internet.

2 PRERROGATIVAS LEGAIS E A EVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA

2.1 Previsão Legal e Tipos

O fator crimenógeno virtual é crescente e direciona o surgimento de novos crimes, assim como potencializa muitos dos já existentes. É criado, pois, um novo âmbito de atuação delituosa, configurados como crimes virtuais ou cibercrimes.

Neste contexto, torna-se necessária a atuação do Estado com vistas a coibir este tipo de conduta, sendo fundamental a criação de tipos penais ainda não vistos na legislação e que envolvam o mundo da internet, sendo que não é permitido, em Direito Penal, analogias relacionadas às tipificações já existentes (POLEGATTI; KAZMIERCZAK, p.8, 2012).

De certo,

A sociedade da informação surgiu a partir da facilitação no desempenho de atividades cotidianas proporcionadas pelo uso de ferramentas informatizadas. Mais do que isso: esses mecanismos eletrônicos guarnecem inúmeros bens jurídicos de suma importância para o ser humano, a exemplo da saúde, intimidade, segurança, liberdade entre muitos outros. Desse modo, a sociedade se vê vinculada às tecnologias da informação, tendo, a criminalidade, passado por esse mesmo processo. Aparecem os crimes virtuais e, com eles, novos bens jurídicos, aos quais a ordem constitucional precisa proteger. Há um impacto da sociedade da informação na ordem constitucional, o que gera consequências na esfera penal (DIREITO PENAL in Revista 128², 2014)

Sob este prima que mostra um contexto inovador carente de regulamentação, surge um novo ramo do Direito: Direito Penal Eletrônico. Este “versa sobre normatização necessária a regulamentação da prevenção e repressão de condutas ou fatos que atentem ao uso regular, a exploração, segurança, processamento, armazenamento, transmissão e

sigilo de dados ou informações armazenadas ou utilizadas por computadores ou sistemas eletrônicos” (NETO, p. 92, 2008).

Este novo ramo do direito é o mais carente de regulamentação, possibilitando a utilização de sistemas eletrônicos sujeita à prática de delitos. Aflora, pois, a importância do Direito Penal e a informática.

Sob a luz do que afirma Gomes (2001), já existem normas que qualificam certas condutas ilícitas, como a Lei 9.983/00 e Lei 9.504/97, configuradas como tipo penais específicos para proteger bens jurídicos, aparando administração pública, processo eleitoral e a previdência.

Porém, salienta-se que já existem mecanismos de proteção legal mais abrangentes, além das condutas supramencionadas (GOMES, 2001):

- 1- Crimes contra a pessoa Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio Art. 122;
- 2- Estelionato Art. 171;
- 3- Crimes contra a propriedade imaterial; Violação de direito autoral Art. 184; Usurpação de nome ou pseudônimo alheio Art. 185;
- 4- Crimes contra o sentimento religioso: ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo Art. 208;
- 5- Crimes contra os costumes Corrupção de menores Art. 218; Induzir ou atrair alguém à prostituição facilitá-la ou impedir que alguém a abandone; Escrito ou objeto obsceno Art. 234;
- 6- Crimes contra a paz pública; Incitação ao crime Art. 286; apologia de crime ou criminoso Art. 287;
- 7- Crimes contra a fé pública: Falsa identidade Art. 307;
- 8- Crimes contra a administração pública: exercício arbitrário das próprias razões Art. 345;
- 9- Crimes previstos na legislação extravagante Tráfico de drogas Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006; contra a segurança nacional Lei nº. 7.170 de 14 de dezembro de 1983; Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou a grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos; Art. 15. Praticar sabotagem contra militares contra instalações militares, meios de comunicações;

Art. 23. Incitar: I – à subversão da ordem política ou social; II – à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e classes sociais ou as instituições civis; 126 III – à luta com violência entre as classes sociais; IV – à prática de qualquer dos crimes previstos nesta lei; Pedofilia e divulgação de pornografia infantil Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 241;

10- Crimes contra a ordem tributária Lei nº. 8.137 de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo: Art. 1º.

Tais tipificações contribuem de forma salutar para formação do crime organizado em meios virtuais. A legislação brasileira de combate a este tipo de crime já produziu certames legais previstos. Todavia, não se pode aplicar a definição de organização criminosa prevista na convenção ao crime organizado estritamente nacional.

Conforme o Jurista João Bosco Sá Valente, os crimes de quadrilha ou bando e de associação criminosa são autônomos e independem da prática de qualquer outro delito. Pune-se a mera associação, tendo em vista a periculosidade presumida e não exclui de todo crimes organizados cibernéticos.

As condutas ilícitas praticadas no âmbito da informática prejudicam a segurança, tornando esse ambiente inapto às relações sociais. Essas condutas, porém, não encontram regulamentação, transformando o mundo virtual “sem leis”. O que existe é um conjunto reduzido de normas que tipificam apenas algumas condutas que não contemplam condutas de crime organizado na internet.

Um exemplo de que o Brasil não possui legislação específica são os casos de contratos celebrados pelos meios virtuais. Utiliza-se o princípio da analogia como mecanismo de não deixar o infrator cibernético impune. Contudo, isto não se aplica ao Direito Penal. Exemplos de normas aplicadas são: Calúnia (art. 138 do Código Penal); Difamação (art. 139 do Código Penal); Injúria (art. 140 do Código Penal); Ameaça (art. 147 do Código Penal); Furto (art. 155 do Código Penal); Dano (art. 163 do Código Penal); Apropriação indébita (art. 168 do Código Penal); Estelionato (art. 171 do Código Penal); Violação ao direito autoral (art. 184 do Código Penal); Pedofilia (art. 247 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente); Crime contra a propriedade industrial (art. 183 e ss. da Lei nº 9.279/96); Interceptação de comunicações de informática (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Interceptação de E-mail Comercial ou Pessoal (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Crimes contra software – “Pirataria” (art. 12 da Lei nº 9.609/98). Tais leis não abrangem todo o campo de criminosos cibernéticos.

É mister salientar alguns avanços ocorridos. Foi sancionada neste ano de 2021 um projeto de lei que torna mais graves os crimes cibernéticos com alterações que se aliam às mudanças no Código Penal. Pelo menos no que diz respeito ao estelionato.

De acordo com o senador Izalci Lucas,

A violação de dispositivo informático passa a ser considerada crime com pena de um a quatro anos de reclusão, e multa. A pena aumenta de um para dois terços de detenção, se da invasão resultar prejuízo econômico. Caso a invasão resulte em acesso à comunicações ou segredos econômicos e industriais, a pena passa a ser de reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Se o crime de furto qualificado for mediante fraude, pelo uso de qualquer dispositivo eletrônico, conectado ou não à Internet, a pena será de quatro a oito anos, e multa (GOVERNO FEDERAL, 2021).

Desta forma, a falta de uma legislação específica aos crimes cibernéticos no Brasil traz, em muitos casos, a impunidade dos criminosos, uma vez que determinadas condutas não são tipificadas e as que são tal como a lei nº 12.737/12, traz lacunas e dúbias interpretações. Com o avanço tecnológico e o crescente número de usuários, se torna indispensável à criação de uma lei que defina as condutas criminosas praticadas no meio virtual, com penas destinadas aos seus agentes proporcionais aos resultados danosos que estes produzem.

2.2 A Evolução da Tecnologia na Doutrina Pátria

Quando se fala em realidade virtual, se fala de uma tecnologia adequada à contemporaneidade. Neste cenário, com o reconhecimento de dados digitais, que, em geral, são utilizados pela maioria das pessoas quase todos os dias de suas vidas, passou a se instaurar na sociedade questões acerca da natureza jurídica e da possível destinação destes dados virtuais, o que, sociologicamente, gera uma forte transformação no trato jurídico destas questões.

De fato,

Apesar de ser considerado como uma conseqüência do estado de exceção vivenciado pelo Brasil em momento histórico anterior a ordem constitucional vigente, onde todos os meios de informação do cidadão foram tolhidos pela política de censura e desinformação do Estado, o preceito constitucional insculpido no artigo 220 da Constituição representa uma das

maiores garantias democráticas existentes na carta constitucional. O movimento de redemocratização da sociedade permitiu o reflorescimento do direito de informação sob a égide de um novo prisma, o da tecnologia da informação. Uma das chaves do processo democrático é a disponibilidade de acesso a todos os cidadãos à circulação de informações. E aí reside a magnitude do dispositivo constitucional previsto no artigo 220: a ausência de restrição aos meios de difusão de informação o que permite a expansão da proteção em análise aos meios tecnológicos (NETO, pp. 65-66, 2008).

A popularização da internet começou a se disseminar na década de 1990, trazendo a necessidade de entender acerca desse novo espaço social, o ciberespaço. Tal realidade trouxe à tona uma normativa de comunicação e pode-se ousar a dizer uma nova forma de relação social que, nos tempos atuais, exige regulamentações jurídicas de proteção, dado o grande crescimento tecnológico de acesso à informação em todas as esferas: pessoal, administrativa, econômica, dentre outras. Com isso, novas doutrinas também surgiram: a liberdade excessiva da disseminação de dados por meio da internet. Aqui, se configura a necessidade de intervenção legislativa, no intuito de proteção e combate a crimes virtuais, confirmando sua relevância no aperfeiçoamento do direito e da jurisprudência.

Delineia-se, a partir daqui a doutrina pátria que, bem mais que apenas a opinião de juristas, mas serve de inspiração ao Direito e também aclarando textos jurídicos, ora sugerindo reformas e ora importando ou simplesmente atualizando institutos jurídicos em geral. Condição de suma relevância no estudo e criação de meios de proteção no âmbito do ciberespaço.

Existem condutas praticadas por meio de sistemas eletrônicos contra outros bens jurídicos, funcionando o sistema informacional como instrumento da ação, e existem atos que são praticados contra dados ou informações armazenados, em processamento ou em transmissão, ou contra a integridade do próprio sistema, sendo estes objetos materiais da ação.

O desenvolvimento de novas tecnologias sempre influenciaram a sociedade, seja, em suas estruturas, seja em seus valores. Os avanços decorrentes da explosão tecnológica ocorrida na última metade do século XX modificaram completamente o contexto social mundial. Como consequência da adoção de valores econômicos e sociais pautados na importância da informação e a utilização de mecanismos tecnológicos na mediação dessas relações se organizou as bases da "Sociedade da Informação"

A internet foi programada para funcionar e distribuir informações de forma ilimitada. Em contrapartida, as autoridades judiciárias estão presas às normas e instituições do Estado e, portanto, a uma Nação e a um território limitado. Configura-se o conflito e a dificuldade de aplicar controles judiciais na rede e surge o problema da aplicação de regras. [...] A rede é dotada de características absolutamente próprias e conflitantes: ao mesmo tempo em que se tornou um espaço livre, sem controle, sem limites geográficos e políticos, e, portanto, insubordinado a qualquer poder, revela-se como um emaranhado perverso, no qual se torna possível o risco de ser aprisionado por uma descontrolada elaboração eletrônica (PASEANI, pp. 36-37, 2006).

As atividades decorrentes da utilização desvirtuada das tecnologias da informação começaram a colocar em risco a própria estrutura de organização social que estava surgindo. Em decorrência das fragilidades diagnosticadas nas estruturas de funcionamento dos meios eletrônicos utilizados para a mediação das relações econômicas e sociais a base de funcionamento da sociedade da informação ficou vulnerável à prática de condutas lesivas aos novos bens e valores jurídicos nascidos com a sociedade da informação.

Dessa forma, a tutela penal dos interesses jurídicos oriundos das relações econômicas e sociais informacionais, fez-se extremamente necessária, uma vez que a ausência de mecanismos jurídicos que coibissem, por meio do senso de prevenção, e punissem através da aplicação de sanções mais densas, torna bastante instável a base de sustentação do novo modelo de organização social vigente.

3 CRIMES COMETIDOS NO MEIO VIRTUAL

3.1 Os Crimes Cometidos no Meio Virtual: Especificidades

A globalização e a conseqüente difusão da internet e dos dispositivos eletrônicos de comunicação, tais como smartphones, computadores e tablets, ao mesmo tempo que favoreceu a instantânea troca de informações e otimizou os mecanismos de comunicação e negociação, também propiciou o surgimento de condutas criminosas ocorridas no cyberspaço. Assim, destaca-se o dever que o Direito possui acompanhar essa evolução, regendo e limitando situações advindas das relações cibernéticas.

Em detrimento das dificuldades de rastrear e identificar os criminosos, a internet é comumente taxada como um "mundo sem lei", o que torna imprescindível um regramento específico para tratar do assunto com a devida atenção, protegendo a sociedade e punindo os responsáveis pela prática de ilícitos no cyberspaço.

No que se refere ao crime organizado este não possui uma regulamentação no código penal sendo, muitas vezes enquadrados nas especificidades de crimes virtuais que possuem leis próprias, porém, não qualificadas crime organizado.

Salientam-se alguns dos crimes cibernéticos comumente já intitulados pelas autoridades policiais como crime organizado, mas enquadrados apenas no que se refere à tipificação da lei já existente. O que se entende hoje como crime organizado surgiu, segundo Luiz Flávio Gomes (2021), e também como preceitua o jurista italiano Luigi Ferrajoli, há em torno de três grupos de crime organizado com diferentes distinções, mas que de qualquer forma, causam mal a coletividade.

Os primeiros são Criminalidade organizada estruturada por poderes criminais privados, que aqui no Brasil podem ser exemplos o Comando Vermelho, o PCC (Primeiro Comando da Capital) e o TC (Terceiro Comando), o crime organizado estruturado por poderes econômicos privados e ainda, os crimes popularmente conhecidos como “crimes de colarinho branco” ou o crime organizado estruturado por agentes públicos.

A enorme capacidade de adaptação do crime organizado permitiu-lhe tirar partido do progresso tecnológico, tendo-se tornado até um dos seus principais beneficiários. O desenvolvimento em áreas como as comunicações, os transportes e o ciberespaço aumentaram de forma exponencial o campo em que estes grupos podem operar.

Podem-se destacar, diante desse cenário, alguns crimes virtuais que já poderiam ser enquadrados como crime organizado, sendo esta a sugestão a que pretende o presente estudo. Aqui, salientam-se duas especificidades de crimes que podem ser considerados como crime organizado: **pornografia infantil e pedofilia e estelionato e fraudes virtuais.**

Da pornografia infantil e pedofilia a legislação pátria faz previsão e tipifica uma gama de crimes que podem estar ligados à pedofilia. Vale salientar que deve ocorrer uma conduta criminosa juntamente com a doença, de modo que mera cogitação ou atos preparatórios não são passíveis de punição, consoante as disposições básicas do Código Penal (MEDEIROS, 2020). Conforme o autor,

O art. 234 do diploma legal supra mencionado prevê as possibilidades em que a pornografia infantil se configura quando o agente fizer, importar, exportar e adquirir ou ter sob guarda, para fim de comércio ou de exposição pública, inclusive por escrito, qualquer objeto relacionado ao assunto. A pena é de detenção, de seis meses a 2 anos, ou multa. O parágrafo único fixa a mesma pena para aquele que vender, distribuir ou

expor a venda ou ao público, exibição de cinematografia de caráter obsceno, em local público (MEDEIROS, p. 7, 2020).

No tocante ao estelionato e fraudes virtuais Medeiros (2020) enfatiza *“Ao mesmo tempo em que o e-commerce (comércio virtual) facilitou imensamente as transações e a vida do consumidor, abriu espaço para a atuação de criminosos. Infelizmente não há uma ferramenta que assegure proteção aos consumidores no momento da compra online”*.

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a venda fraudulenta dentro do ciberespaço configura o crime de fraude, ao passo que a compra e venda revestida de fraude caracteriza estelionato. Ainda assim, não é uma tarefa fácil definir critérios exatos quando se trata de condutas criminosas virtuais, principalmente relacionadas ao comércio.

O Código Penal, em seu art. 171, define o estelionato como “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Com base em tais considerações, no contexto cibernético, o estelionato se dará quando o criminoso induzir ou mantiver a vítima em erro, obtendo a vantagem ilícita (compras, mecanismos bancários por meio de links falsos enviados à vítima).

Já a fraude virtual se dá quando ocorre a invasão, modificação ou qualquer outra forma de adulteração em sistemas de dados. Cabe citar o caso da atriz Carolina Dieckmann, cujo computador foi invadido e esta teve fotos íntimas divulgadas na web.

Essa modalidade de fraude vem se tornando cada vez mais explícita e destacada a maior ocorrência de furto mediante fraude (art. 155 do CP). À luz de MEDEIROS apud GIL entende que as fraudes informatizadas constituem:

Ação intencional e prejudicial a um ativo intangível causada por procedimentos e informações (software e bancos de dados), de propriedade de pessoa física, ou jurídica, com o objetivo de alcançar benefício, ou satisfação psicológica, financeira e material. Quando ocorre uma fraude, geralmente o usuário é induzido a conceder suas informações pessoais e financeiras em páginas fraudulentas, mascaradas em redes sociais (p. 8, 2020).

O estelionato na Internet pode ser por uma pessoa que tenha uma grande noção na área da informática, como também pode ser realizado por alguém que tenha pouco conhecimento. No primeiro caso, o usuário procura idealizar meios ardilosos capazes de ludibriar muito bem as suas vítimas, esses são chamados de crackers, com a intenção de

prejudicar suas vítimas, invadindo e praticando ações sem autorização, de maneira prejudicial e de maneira ilegal.

3.2 As possibilidades de Prova Segundo o Entendimento Doutrinário e Interpretação Judicial

Faz-se mister destacar que a norma que criminaliza o disposto no art. 241 do ECA é uma norma aberta, ao passo que o Supremo Tribunal Federal estende sua aplicabilidade a condutas ocorridas no cyberespaço.

Art. 241 – Inserção de cenas de sexo explícito em rede de computadores (Internet) – Crime caracterizado – Prova pericial necessária para apuração da autoria. “Crime de computador”; publicação de cena de sexo infanto-juvenil (E.C.A., art. 241), mediante inserção em rede BBS/Internet de computadores atribuída a menores – Tipicidade – Prova pericial necessária à demonstração da autoria – Habeas Corpus deferido em parte. 1. O tipo cogitado – na modalidade de “publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” – ao contrário do que sucede, por exemplo, aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma normal aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador (MEDEIROS, 2020).

Se referindo ao estelionato e fraudes virtuais é possível dizer que aos que se utilizam softwares espiões para obter vantagem ilícita e conseguir os dados pessoais, como mensagens, links, solicitação de cadastramentos, paginas falsas, emails escamoteadas de um benefício que induz o usuário ao erro e a entrega dos dados pessoais, financeiros, e os bancários, e para que se abranja um número maior de vítimas no golpe são elaborados tópicos e temas para atingir um vasto público como exemplos temos Antivírus, Avisos judiciais, Cartões de crédito, Comércio eletrônico com Promoções em Sites, dicas de segurança, eleições, dentre outros. O Brasil conta com um pequeno grupo de normas que criminalizam somente algumas ações, a saber: as Leis Ordinárias 12.735/2012 e 12.737/2012 e a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

No concerne a presente pesquisa é salutar salientar a Lei 12.965/2014 que instituiu o Marco Civil da Internet, a qual elenca em suas disposições quais são as garantias individuais dos internautas e os direitos e deveres para a utilização da internet em território brasileiro.

Marco Civil da Internet também beneficiou os provedores, ao atribuir ao usuário qualquer responsabilidade sobre o conteúdo consumido/produzido, com exceção de conteúdos veiculados em redes sociais. Nesse caso, cabe ao provedor retirar material de circulação, podendo responder em várias esferas judiciais caso não o faça.

De um modo ou de outro é impar mencionar a ineficácia e insuficiência de leis, tanto no âmbito já tipificado no Código Penal, quando ao que se refere ao crime organizado na internet. Medeiros vai dizer,

Os altos índices de impunidade dentre os criminosos de condutas delitivas cibernéticas estão relacionados exatamente à falta de leis próprias para tratar do tema, além das lacunas e obscuridades presentes nas poucas leis já existentes. É sempre válido reforçar que o avanço dos meios de comunicação e da internet, somado ao exorbitante número de internautas no Brasil (que só tende a crescer), tornam a necessidade de um tratamento legislativo específico cada vez mais latente. A verdadeira impressão é de que os legisladores brasileiros são tão arcaicos quanto o Código Penal de 1940 (ainda em vigor) e não conseguem compreender os avanços tecnológicos e a importância de manter o aparelho legislativo em conformidade com estes. (pp. 14-15, 2020).

As leis fazem uma alusão a determinados tipos de condutas que não permitem, em muitos casos, proceder com que está previsto na legislação, tornando-a genérica e analógica ao se atribuir a crimes cibernéticos.

4 CONCLUSÃO

As facilidades para se acessar à internet, somadas à acessibilidade dos valores de computadores e smartphones traz o aumento crescente de internautas, acarretando, da mesma forma, a incidência dos crimes cibernéticos. Embora o Brasil seja um dos 10 países que mais usam a internet, identifica-se que ainda não possui um ordenamento jurídico que abranja todas as condutas passíveis de punição, principalmente no que diz respeito ao crime organizado nos ciberespaços, o que beneficia a ação dos cibercriminosos. As condutas criminosas com maior incidência no Brasil são os crimes contra a honra, a pedofilia e pornografia infantil e a disseminação de fotos e arquivos de vídeos sem autorização.

O Código Penal pátrio, apesar de tipificar algumas condutas ocorridas no meio cibernético, se apresenta um tanto quanto leves e insuficientes para combater reincidências e novas práticas. Assim, é salutar reforçar que devem ser elaboradas normas específicas para tratar de crimes ocorridos no ambiente virtual, visto como a ocorrência dessas condutas tem se tornado cada vez mais frequentes.

A aplicabilidade da lei, para surtir efeitos, se inicia no momento em que o legislador dispõe de maneira clara e completa a tipificação dos crimes. Sem isso, além dos entraves

na identificação dos criminosos, dificultando a punição dos agentes da maneira eficaz. Assim, de modo geral, investigações e processos sobre crimes virtuais no Brasil não produzem resultados eficientes e expressivos, dada a legislação insuficiente e a precariedade de recursos digitais e tecnológicos à disposição das polícias.

Com base no supracitado, evidencia-se outra problemática: a insuficiência de mecanismos e profissionais especializados em informática de identificação e combate ao crime virtual. Se configura a carência de uma base investigativa que aumenta a impunidade.

O processo é delicado e complexo por precisar de qualificação técnica para a investigação dos profissionais investigativos, o que torna a comprovação dos crimes cibernéticos uma tarefa complicada, e precisa de uma base investigativa atualizada, já que os crimes se renovam virtualmente. Infelizmente identifica-se a realização de fraudes, cyberbullying, ofensas à pessoa, danos ao sistema financeiro, exploração sexual infantil e outras condutas ilícitas, o que torna possível se utilizar do termo "delinquência informática", trazendo para o direito penal um medo e uma preocupação maior. São condutas que levam a um sentimento de desconforto e de deficiência legislativa.

A Lei tem algumas deficiências em seu texto legal, trazendo pontos negativos e ineficazes da referida lei como o termo "invasão": Se o computador estiver desprotegido, não há punição para este crime, uma vez que não configura a violação indevida do mecanismo de segurança. Percebendo que quanto à linguagem e a terminologia não utilizada adequadamente tornam a lei imperfeita.

Assim propõe-se confrontar a legislação pátria, com jurisprudência e doutrinas capazes de preencher as lacunas deixadas, e o governo atentar se mais para o combate aos crimes cibernéticos realizando toda uma atualização tecnológica em todas esferas possíveis, enfatizando crime organizado na internet de forma diferenciada, o combate principalmente através de campanhas frequentes na educação do uso digital somando a implementação de mais delegacias especializadas no assunto que também é de suma importância, já que, com profissionais capacitados, tem se um êxito maior tanto combate quanto na prevenção e diminuição d as ocorrências dos crimes virtuais, sejam individuais ou organizados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Hiomara dos Santos. A Evolução dos Crimes Cibernéticos e o Acompanhamento das Leis Específicas no Brasil, 2018. Disponível em: [HTTP://jus.com.br/artigos/64854/a-evolucao-dos-crimes-ciberneticos-e-o-acompanhamento-das-leis-especificas-no-brasil](http://jus.com.br/artigos/64854/a-evolucao-dos-crimes-ciberneticos-e-o-acompanhamento-das-leis-especificas-no-brasil) Acesso em 17 out 2020.

DIREITO PENAL. Revista 128. Crimes virtuais: uma análise da legislação brasileira e o desafio do Direito Penal na atualidade, 2014. Disponível em: [HTTP://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-virtuais-uma-analise-da-legislacao-brasileira-e-o-desafio-do-direito-penal-na-atualidade](http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-virtuais-uma-analise-da-legislacao-brasileira-e-o-desafio-do-direito-penal-na-atualidade) Acesso em 17 out 2020

GIL, Antônio de Loureiro. Fraudes Informatizadas. 2ª ed. 1ª tiragem, 2000.

GOMES, Luiz Flávio apud ELIAS, Paulo Sá. A questão da reserva legal no Direito Penal e as condutas lesivas na área da informática e da tecnologia. Jus Navegandi; 12ª ed., 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAIA, Ariane Bastos de Mendonça. A origem do crime organizado no Brasil: conceitos e aspectos históricos, 2011. Disponível em: [HTTP://tmp.mpce.mp.br](http://tmp.mpce.mp.br) Acesso em 17 out 2021.

MARCHIORO, Lucas Vinícius. A educação das trajetórias tecnológicas na internet. Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: [HTTP://acervodigital.ufpr.br](http://acervodigital.ufpr.br) Acesso em 21 out 2021.

MEDEIROS, Silva Gutemberg. Crimes Cibernéticos: Considerações sobre a criminalidade na internet, 2020. Disponível em: [HTTP://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-ciberneticos-consideracoes-spbre-a-criminalidade-na-internet](http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-ciberneticos-consideracoes-spbre-a-criminalidade-na-internet) Acesso em 1 nov 2021.

NETO, João Araújo Monteiro. Aspectos constitucionais e legais do crime eletrônico. Fundação Edson Queiroz. Universidade de Fortaleza, 2008.

PASEANE, Liliane. Teoria Geral do estado. 3ª ed. São Paulo. Atlas, 2006

PAULINO, Fabiana da Silva. A ineficácia da legislação nos crimes virtuais. Faculdade Raízes. Anápolis/GO, 2018.

POLEGATTI, B.C; KASMIERCZAK, L.F. Crimes Cibernéticos: O desafio do Direito Penal na Era Digital. Ourinhos, 2012.

SOUZA, Moraes Patrick; LIMA, Leoni José Rubalo, 2019. Desenvolvimento do direito na sociedade colonial, 2019. Disponível em: [HTTP://jus.com.br/72053/o-desenvolvimento-do-direito-na-sociedade-colonial](http://jus.com.br/72053/o-desenvolvimento-do-direito-na-sociedade-colonial) Acesso em: 15 Out 2021.

O PAPEL DO INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO PENAL

JOÃO RICARDO DO SACRAMENTO BRAGA JUNIOR:

Graduando no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: Este estudo teve como objetivo analisar o papel do inquérito policial junto à esfera penal, com detalhamentos de suas peculiaridades. O trabalho analisou todas as nuances do inquérito policial e do Devido Processo Legal Com maior realce deve ser interpretado esse princípio quando se trata de liberdade individual sob pena de se incorrer a medida extrema em verdadeira injustiça. Nesse sentido é que o assunto em pauta foi estudado, numa perfeita sintonia com as normas constitucionais e processuais que regem o inquérito policial e o Devido Processo Legal, justificando esse trabalho. O método utilizado foi o dedutivo, ou seja, aquele que parte de uma situação geral para uma situação particular, com procedimento de estudo qualitativo e técnica de pesquisa com coleta de dados bibliográficos cujos resultados serão compactados com a literatura consultada para referendar as opiniões do autor.

Palavras-chave: Devido Processo Legal; Inquérito Policial; Devido Processo Legal; Garantia de Direitos.

ABSTRACT: This study aimed to analyze the role of the police investigation in the criminal sphere, with details of its peculiarities. The work analyzed all the nuances of the police investigation and the Due Process of Law With greater emphasis this principle should be interpreted when it comes to individual freedom under penalty of incurring the extreme measure in true injustice. In this sense, the subject at hand was studied, in perfect harmony with the constitutional and procedural norms that govern the police investigation and the Due Legal Process, justifying this work. The method used was the deductive one, that is, the one that starts from a general situation to a particular situation, with a qualitative study procedure and research technique with bibliographic data collection whose results will be combined with the consulted literature to endorse the author's opinions.

Keywords: Due Legal Process; Police Inquiry; Due Legal Process; Warranty of Rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1.1 PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 1.2. INQUÉRITO POLICIAL. 1.3. INVESTIGAÇÃO: FUNDAMENTO DO INQUÉRITO. 1.4. DISPENSABILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O papel da polícia é multifacetado e complexo. Por um lado, a polícia atua como uma instituição de relações públicas, falando com crianças, cortando uma figura de cavalaria em um cavalo montado, faz patrulhas e, patrulhas, com o objetivo de causar a sensação de segurança. Por outro lado, a polícia é obrigada a interagir com a maioria de membros perigosos e problemáticos da sociedade. Ela é chamada para entrar em uma cena que a maioria das pessoas comuns foge. Ao fazer isso, policiais muitas vezes enfrentam ameaças de morte, situações difíceis e incontroláveis em que o pensamento rápido e ação racional são necessários.

Falha em lidar eficazmente com estas situações pode resultar em condenação profissional, sanções da comunidade e possíveis ações. Um importante corpo de literatura explora o problema de aflição relacionada ao trabalho de policiais.

A polícia se divide em polícia militar com policiamento ostensivo, polícia civil, que funciona como polícia judiciária, polícia federal que funciona como polícia judiciária no âmbito dos crimes federais, polícia rodoviária federal, responsável pela segurança nas estradas brasileiras. Assim tudo que se faz, no campo do direito, é necessário que se levante provas para prender alguém acusado deste crime.

O inquérito policial é um trabalho de pesquisa onde a autoridade policial executa levantamentos para chegar a uma conclusão. Para a isso se utiliza de todos os elementos probatórios, dentre esses a prova testemunhal (aquela em que a pessoa apresenta sua versão); a prova documental (aquela em que as pessoas comprovam seus testemunhos com documentos); e a prova pericial (aquela que se utiliza base científica para comprovação ou não dos acontecimentos).

É um instrumento que tem como objetivo apurar a autoria e materialidade de um crime que tem como finalidade reunir os elementos necessários a apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. É um procedimento introdutório que tem cunho provisório, preparatório, informativo, em que buscam esclarecer todos os elementos que dificilmente serão colhidos na instrução jurídica, como auto de flagrante, exames periciais etc.

Não tem objetivo de prender ninguém, mas sim esclarecer a materialidade e o autor do crime, já que no direito brasileiro, um dos princípios princípios é o direito a liberdade. Aqui se aplica o princípio da reserva legal contido na Constituição Federal, no art. 5º, LXI,

que especifica e determina que ninguém seja preso a não ser em flagrante delito ou ainda por determinação do juiz de forma escrita e com a necessária fundamentação jurídica.

Nesse sentido, o direito se interpõe como forma de garantir direitos justamente no sentido da ordem jurídica justa, ou seja, o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir, que se consolidou como idéia central da justiça ao longo dos tempos. É o caso da garantia da justiça.

Desta forma, o problema a ser investigado por essa pesquisa se concentrou exatamente na questão: Qual é o papel do inquérito policial no Direito Penal e quais suas peculiaridades? Teve como hipótese de sustentação: Responde-se o problema delimitado exposto todas as características do inquérito policial e como este pode ser utilizado junto ao Direito Penal, ressaltando as peculiaridades do inquérito, tendo em vista o fato de ser escrito, inquisitivo, dispensável, oficial, sigiloso e oficioso. Para responder a pergunta central, este artigo teve como objetivo geral analisar o papel do inquérito policial junto à esfera penal, com detalhamentos de suas peculiaridades, além de especificamente demonstrar os conceitos que englobam o inquérito policial; verificar a necessidade de exposição dos princípios penais mais comuns; e, explicar as características do inquérito policial;

O Devido Processo Legal foi por muito tempo tido pelos juristas como mera garantia procedimental, restrita ao contexto processual penal. Aos poucos, expandiu-se ao campo cível, mas sob o mesmo enfoque. Vigorava apenas no processo, restringindo-se ao contraditório e a ampla defesa.

Buscava-se a aferição meramente formal. Ocorrida à ruptura formal, violava-se o princípio, sendo o ato nulo. Inicialmente, admitia-se sua aplicação somente no campo processual penal, tema deste estudo, principalmente no tocante ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos inerentes, agora o tem também, como certo no processo civil e no processo administrativo.

Porém, essa posição, apesar de lenta, tem caído por terra. Não que não seja aceita no campo processual; ao contrário, também o é, mas tanto a doutrina quanto os tribunais têm aceitado a presença do Devido Processo Legal, também no campo material, substantivo, ou seja, configura-se o decantado *Due Process of Law* no direito ao processo e ainda no processo, durante o desenrolar de todas as suas várias etapas, de sorte que ninguém sofra qualquer privação, material ou física, a não se quer seja observado o conjunto de formalidades e exigências em lei previstas.

É a garantia de uma ação estatal, que se submete às regras estabelecidas para que o indivíduo que sofra o *jus persequendi*, possa também, nos limites legais, opor-se à pretensão do Estado. Não pode o princípio, ser considerado como um apego ao formalismo, mas ao contrário, deve ser tido como garantia ao Estado e ao agente da infração, que todos os atos praticados sejam na forma estabelecida pela lei.

Assim este trabalho ganha fundamental importância para a formação acadêmica em direito em função de apresentar de forma clara e concisa um estudo sobre a aplicação de conceitos de inquérito policial que poderá servir de embasamento para outros trabalhos. Da mesma forma, ganha importância social, em função de apresentar as principais variáveis do conceito de inquérito policial aliado ao conceito de combate ao crime em determinada situação, fortalecendo o perfil acadêmico do estudo em busca de apresentar um trabalho de dimensões decisórias.

1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

1.1 Princípios do Devido Processo Legal – Evolução Histórica

Alguns autores chamam a atenção para o surgimento do Devido Processo Legal no Direito Natural, cuja teoria remonta a Platão, Aristóteles, Esquilo, Sófocles e Eurípedes. Contudo, tem-se como certo que a Inglaterra, a partir da conquista normanda e, 1066, é o ponto sobre o qual se construiu o Devido Processo Legal. Pontes de Miranda (1972, p. 11) *apud* Silveira (2006, p. 21) observa:

O Devido Processo Legal se origina no reinado de John, denominado de Sem-Terra, que havia usurpado o reino do seu irmão Ricardo Coração de Leão. João Sem Terra era um déspota que aumentou tributos e fez outras imposições decorrentes de sua tirania. Isso provocou uma reação dos barões que mudaram a legislação do reino e daí nasceu o Devido processo Legal.

Várias tentativas de demover o João Sem Terra de sua intenção guerreira foram feitas, mas sem êxito, até que em 24 de maio de 1215, os barões, com o apoio do povo, marcharam sobre Londres, recusando a lealdade ao rei. A pressão foi tamanha que o rei, em 15 de junho do mesmo ano recebeu o "*Artycles of the Barons*", que serviu de base para a redação da Magna Carta – a carta de liberdade civil inglesa. Silveira (1996, p 22) observa: "A Constituição de 1215 denominada de Magna Carta deixou bem evidente que uma pessoa, por mais poder que detivesse estaria acima da lei. Isso foi efetivado a partir em seu § 39, que estabeleceu o Devido Processo Legal (*Due Process of Law*)".

Diante da Magna Carta, logo se estabeleceu uma discussão: os direitos fundamentais previstos na Carta, reconhecendo em forma contratual e particular, têm como titulares apenas as pessoas pertencentes à determinada classe: a nobreza. Até porque os ingleses daquele tempo não tinham ideia de uma lei para todos. Outros entendiam que os dispositivos deveriam alcançar a todos, pois o capítulo 60 obrigava os barões a conferirem a seus homens os costumes e as liberdades que lhes haviam sido outorgados. Além disso, é de se recordar que o baronato nada teria conseguido sem a participação do povo (PONTES DE MIRANDA, 1972 *apud* SILVEIRA, 2006).

A Carta Magna, apesar da consagração dos privilégios feudais, teve decisivo papel no desenvolvimento das liberdades públicas inglesas. Interessa aqui o capítulo 39, que assim dispunha, segundo Pontes de Miranda *apud* Silveira (2006, p. 22):

Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela Lei da Terra. O respeito à Lei da Terra impunha uma garantia de lealdade muito mais vasta ou penetrante, subordinando a validade do julgamento à lei do país. Na verdade, a referência *per legem terrae* é o antecedente histórico da expressão consagrada pelo direito norte-americano.

Ano após ano a Magna Carta foi se consolidando na Inglaterra e, com as colônias Inglesas na América do Norte, firmam-se as convicções ideológicas de Sir Edward Coke, baseadas na supremacia da *common Law* contra o absolutismo do rei e do parlamento conhecido como Declaração da Virgínia. Na Alemanha não há expressão do Devido Processo Legal na legislação, todavia é possível encontrar seus subprincípios na Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949.

O ordenamento jurídico alemão contém garantias rígidas e explícitas contra a ingerência do Estado nos direitos fundamentais. Lá existe o *fairen Verfahren*, o direito a um procedimento honesto e justo, fundamentado constitucionalmente no princípio do Estado de Direito, que exige um processo guiado pelos postulados da justiça e equidade. Isso nada mais é que a expressão do Devido Processo Legal. Na Argentina houve marcante influência do Direito norte-americano, tendo o ordenamento jurídico argentino abrigado o *Debido Proceso Legal*, tanto na forma procedimental quanto a substantiva.

Trata-se de não só uma garantia adjetiva de um processo jurisdicional no qual seja assegurada ampla defesa, mas também uma garantia substantiva de que esses direitos não sofram interferência arbitrária ou irrazoável pelo Estado. Nos Estados Unidos da América, como dito a recepção do *Due Process of Law* pelas treze Colônias inglesas na América ocorreu nos moldes do pensamento de Sir Edward Coke, contra o absolutismo do rei e do parlamento. Mas sua consagração não esteve na Constituição de 1787, sendo integrado pelas Emendas Quinta e Décima Quarta apesar de já utilizada em várias Constituições estaduais (SILVEIRA, 1996). (KARAN, 1997).

1.2 Inquérito Policial

O inquérito policial se origina quando alguém comete um ato que pode ser definida como uma infração penal que se consubstancia para o Estado com a denominação de *jus puniendi*, que só pode ser efetivado através de processo. Assim, é um ato de apuração dos fatos imputados a outrem que busca reunir provas para se concretizar a pretensão punitiva do Estado, a fim de ser aplicada à sanção penal adequada (SOARES, 2010).

Desta forma o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº. 3.689, de 03.10.1941). Disciplina o devido inquérito policial nos artigos 4 a 23. Com isso, o CPP define o inquérito policial como “um conjunto de diligências em busca de reunir o máximo de informações pela polícia judiciária para apurar a possibilidade de ter sido cometido uma infração penal tentando estabelecer sua autoria, a fim de que o titular da ação penal, no caso o Ministério Público possa ingressar em juízo” (SOARES, 2010, p. 174).

Assim conforme definição de inquérito policial, esse se afirma como uma ferramenta que formaliza o Devido Processo Legal e ocorre independente da natureza ou da intensidade do crime cometido, ou seja, é uma “ferramenta de cunha iminentemente administrativa”, de suma importância no Devido Processo Legal no campo do direito (MIRABETE, 2001).

É uma busca, no campo penal pela reunião de provas para inferir a materialidade e a autoria do delito pratica que consubstancia o Estado, em sua prerrogativa institucional do *jus puniendi*, que só pode ser efetivado por meio do processo.

O Estado só pode cumprir sua prerrogativa jurisdicional, mediante a ação penal, ao término da qual, sendo o caso, será aplicada a sanção penal adequada (*jus puniendi*). Para que seja proposta a ação penal, entretanto, se faz necessário que o Estado reúna o maior número de informações que possam se transformar em provas (elementos probatórios) que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria.

A forma mais contundente, para a reunião de informações (provas) se dá através do inquérito policial. Este reunião de provas conduzidas através da atividade investigatória realizada durante o inquérito policial se consubstancia com a propositura da ação penal, promovida pelo Ministério Público ou pela denominada vítima, que né denominada, no âmbito do direito de persecução penal (*persecutio criminis*). Com ela se busca tornar efetivo o *jus puniendi* que decorre do cometimento da infração penal a fim de se impor ao seu autor à sanção pertinente (ARANHA 1999).

Mirabete (2001, p. 75) afirma que o inquérito não ser um "processo", mas tem que ser visto como "procedimento administrativo" que busca reunir o máximo de informações para que o órgão de acusação do Estado (Ministério Público) possa reunir o mínimo de condições e de elementos necessários à propositura da ação penal. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória e informativa, que não se confunde com a instrução criminal do processo, descrita nos arts. 394 a 405 do CPP.

Assim, o inquérito policial se estabelece como uma fase de busca de informações (fase investigatória), que ocorre em âmbito administrativo para estabelecer uma reunião de elementos probatórios que processem a culpabilidade ou inocência do acusado de ter cometido a infração penal.

Uma vez que o inquérito precede o início da ação penal (fase judicial), a ele não se aplicam (ou pelo menos não são de observância estritamente obrigatória) diversos dos princípios basilares informadores do processo penal, como o princípio do contraditório, o princípio do juiz natural etc. (ARRUDA, 2002).

O inquérito policial, dependendo das especificidades e das condicionalidades impostas pelo CPP pode ser aberto de ofício por portaria da autoridade policial e pela lavratura de flagrante, mediante representação do ofendido, por requisição do juiz ou do Ministério Público e por requerimento da vítima (MEHMERI, 1992).

Apresenta como destinatário imediato o titular da ação a que preceda, a saber: nas ações penais públicas: o Ministério Público, seu titular exclusivo; nas ações privadas: o ofendido, titular de tais ações. O destino da ação penal é o juízo já que o mesmo subsidia o juiz a tomar as devidas providências que o CPP ordena para processar a peça inicial e decida quanto à necessidade de decretar medidas cautelares (MEHMERI, 1992).

Com isso, a polícia judiciária que é um órgão de direito público que tem como principal atribuição auxiliar a justiça busca por intermédio do inquérito policial a apuração dos fatos que incidem sobre as infrações penais e suas respectivas autorias, visando a

fornecer elementos para a propositura da ação penal por seu titular (LAZZARINI, 1991, P. 26).

1.3 Investigação: Fundamento do Inquérito

O inquérito serve para reunir elementos, por meio da investigação dos delitos. É a atividade que procura as provas dos crimes e contravenções e se empenha em descobrir os seus autores. Neste sentido, a investigação nasceu com a necessidade de se obter e guardar informações pertencentes aos crimes e usá-las como forma de prova contra seus autores.

Para Cepik (2003, p. 29): “Investigação lida com o estudo do ‘outro’ e procura elucidar situações nas quais as informações mais relevantes são potencialmente manipuladas ou escondidas, em que há um esforço organizado por parte de um adversário para desinformar, tornar turvo o entendimento e negar conhecimento”. Como se pode observar, nas palavras do autor, o trabalho da investigação policial é levantar o maior número de informações pertinentes para usar como prova contra a quem comete o delito, que por sua vez procura, em sentido contrário evitar que essas informações sejam trabalhadas e usadas como prova contra si.

É um trabalho de levantamento de informações contundentes justamente por ser percebido que a informação é a matéria-prima mais valiosa. Quem detém a informação, de certa forma detém o poder. A informação é fator-chave do trabalho policial, principalmente nos tempos atuais, denominados de “Era da Informação”, que acabam por ser imprescindíveis para que o trabalho policial (PALMIERI, 2000)

Neste sentido, o importante é dispor de informações seguras que embasem o processo de levantamento de provas. Então o trabalho policial se torna um elemento balizador do levantamento de provas, fornecendo uma visão cristalina da prática delituosa, em função das informações possibilitarem a formação de um retrato fiel da situação SALLES JÚNIOR (1998)

Detalhando aspectos da importância do conhecimento no trabalho policial, Borges (2005), observa que na sociedade do conhecimento, o real valor das provas estão baseados nas informações adquiridas no contexto da investigação criminal.

Nos países mais avançados, o acúmulo de informações e a sua reunião para estruturar esquemas de conhecimentos cada vez maiores e mais sofisticados permitiram

mudanças no setor policial. Hoje, o poderio do trabalho da investigação da polícia está diretamente relacionado ao fator conhecimento.

Diante desse panorama, o grande desafio reside nas diferentes maneiras de processar a informação, considerando-a mola propulsora de crescimento, transformações, melhoria da ação da polícia e condição indispensável para adaptação.

O trabalho da polícia está sendo constantemente repensado. Nada é certo e absoluto. O que é considerado correto, normal em um contexto social, pode ser colocado “entre aspas” em outros contextos. Para se sobreviver nessa pluralidade de formas de vida e de maneiras de fazer, deve-se filtrar as informações continuamente, e acompanhar as múltiplas e constantes mudanças (ROCHA, 1998)

Enfim, o mundo vivencia um processo de mudanças e transformações comuns a todos os setores sociais, tão acelerados que torna esse processo imensurável e deixa o futuro imprevisível diante das possibilidades abertas pelas novas tecnologias. Neste sentido, a investigação funciona como o subsídio que mantém o inquérito e o processo de combate ao crime bem fundamentado, por que busca informações de forma sistemática para produzir conhecimento (provas).

A informação é uma das fontes informacionais primárias para a tomada de decisão e controle. Sistemas de informação produzem informações que ajudam todos a tomar melhores decisões e a aperfeiçoar os processos.

Neste sentido, o trabalho de investigação deve também se ampliar para o fornecimento de informações no âmbito do combate ao crime, procurando proferir informações substanciais confiáveis, servindo-se de seus próprios instrumentos para fomentar o trabalho da polícia. Mas é importante destacar que, a simples disponibilização crescente da informação não basta para que se caracterize uma situação de levantamento de provas.

É necessário um continuado processo de aprendizagem, que promova o acesso universal. Em síntese, o trabalho de investigação da polícia, é uma realidade que constitui uma das ações coletivas de maior relevância social no momento, dada à necessidade de tomar decisões com competência e eficiência. O modelo de trabalho da investigação policial pode ser o seguinte:

- 1) Definição do problema - clareza do problema. O problema é claro e não-ambíguo. O investigador deve ter informações completas a respeito da situação (PALMIERI, 2000);
- 2) Identificação dos critérios da investigação sobre opções conhecidas. Supõe-se que o investigador possa identificar todos os critérios relevantes e enumerar todas as alternativas viáveis (PALMIERI, 2000);
- 3) Determinação de pesos para os critérios. Preferências claras. A racionalidade supõe que os critérios e alternativas possam ser posicionados e pesados para refletir sua importância (PALMIERI, 2000);
- 4) Desenvolvimento de alternativas. Preferências constantes. Supõe-se que os critérios de investigação específicos sejam constantes e que os pesos designados a eles permaneçam estáveis ao longo do tempo (PALMIERI, 2000); e,
- 5) Avaliação das alternativas. Ausência de restrições de tempo ou custos (PALMIERI, 2000).

O investigador racional pode obter total informação sobre critérios e alternativas porque se pressupõe que não haja restrições de tempo ou custos; 6) Seleção da melhor alternativa. Máximo retorno. O investigador racional escolherá a alternativa que produza o valor percebido mais alto SALLES JÚNIOR (1998).

As fontes de denúncia para o trabalho operacional da investigação são também de suma importância. Chama atenção, segundo Miranda (2010) o fato de que o judiciário e a defensoria pública no processo de denúncia não se efetivam,, demonstrado uma tremendo descaso dessas instituições com a questão do trabalho policial, o que denota que estas instituições atuam somente em suas respectivas competências constitucionais. Também chama a atenção que apenas 4% das denúncias que enveredem para uma possível atuação do trabalho da polícia são oriundas do Ministério Público, importante instituição de defesa do cidadão, segundo Miranda (2010).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, denominada de Constituição Cidadã, já em seu primeiro artigo, institui o Estado Democrática de Direito de forma expressa. Ou seja, não se admite mais, no texto constitucional nenhuma forma expressa que não seja a plena democracia. A Carta Magna de 1988 estabeleceu, finalmente, no Brasil a leitura de direitos sociais juridicamente exigíveis, revelando a aceitação do Estado Democrático de Direito. De fato, em várias

oportunidades se encontram previsões que garantem a exigibilidade dos direitos afirmados constitucionalmente. Esses preceitos constitucionais se concretizam em um Estado fomentador e garantidor dos direitos sociais, onde a economia se globalizou, representando, cada vez com mais propriedade, a vigilância estatal das garantias individuais do cidadão. É esta a razão que explica o foro constitucional alcançado pela organização dos serviços destinados à garantia dos direitos sociais no Estado contemporâneo.

1.4 Dispensabilidade do Inquérito Policial

O Estado é uma pessoa jurídica de direito público, isto é, uma instituição pública que detém determinadas atribuições definidas em lei, ou por definições culturais. Um estado de direito é aquele que é definido por leis e que coloca estas mesmas leis como padrão para toda a sociedade, inclusive para a sua própria atuação. Dallari (2004, p. 16) completa:

O conceito de Estado Democrático de Direito reconhece, respeita e incorpora as conquistas representadas pelo Estado de Direito e pelo Estado Social de Direito, mas soma à igual possibilidade de participação na elaboração das normas gerais que devem reger a organização social o controle de sua aplicação aos casos particulares. Trata-se, enfim, de instaurar a cidadania, onde o cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária. Idealmente, portanto, supera-se a angústia e resolve-se o enigma inicial, uma vez que as leis assim elaboradas e aplicadas se aproximam verdadeiramente do sentido do justo imperante em uma sociedade.

A consciência social de Ministério Público floresceu no perfil institucional obtido na Constituição Federal promulgada em 1988. Esta Constituição, denominada de Constituição Cidadã, impunha uma nova prática condizente para a efetiva implantação da chamada consciência social do Ministério Público. Avançou significativamente diante das responsabilidades assumidas, encontrando caminhos de atuação diferenciados, especialmente à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Quando conceitua o Ministério Público, Moraes (2006, p. 547), cita o *caput* do art. 127 da Constituição Federal, art. 1º, da Lei Nº. 8.625/1993 art. 1º da Lei Complementar Federal Nº. 75/1993 e art. 1º da Lei Complementar/SP Nº. 734/1993, como fundamental para o entendimento da função jurisdicional do Ministério Público como uma instituição

fundamentalmente ligada aos problemas da sociedade exercendo a defesa do cidadão a partir da Constituição Federal de 1988.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, lhe incumbido à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº. 8.625/93 art. 1º da Lei Complementar/SP nº. 734/1993).

Assim, como se observa a Constituição Federal define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional da justiça e que tem entre suas atribuições a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação pública, quanto no campo civil como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública. (MORAES, 2006, p. 550).

Assim, o Ministério Público é responsável, perante a sociedade pela defesa da ordem jurídica e dos interesses da mesma pela fiel observância da Constituição e, conseqüentemente da legislação infraconstitucional. Ainda, entre as funções do MP, está a promoção dos direitos humanos, sendo que a ação penal pública constitui em arma poderosa para repressão dos que violam esses direitos; a defesa dos direitos da infância e da juventude através do Estatuto da Criança e do Adolescente; a defesa do consumidor; do deficiente físico e daqueles que são vítimas de crimes de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, religião, etnia ou de procedência nacional (ARRUDA, 2002).

Assim, o poder de investigação do Ministério Público está definido, mas não como atividade exclusiva, mas como partícipe do processo, mas isso não quer dizer que ele está invadindo a competência de outra instituição. Essa tendência que está se desenvolvendo no Brasil, mesmo com brigas sem sentido, segue a mundialização de procedimentos de justiça, que coloca o Ministério Público como condutor das investigações, cabendo à polícia fornecer um apoio incondicional, em tempos em que o crime organizado se estabelece na sociedade de forma avassaladora, cabendo aos órgãos de segurança pública e os de justiça estabelecer solidariedade de procedimentos para vencê-los. Para Santin (2006, p. 2):

A atividade de investigação criminal destina-se principalmente à elucidação da autoria e materialidade do delito, para a formação de convencimento (*opinio delicti*) do Ministério Público, para a ação penal pública, submetida à denúncia e o arquivamento ao controle do juiz. No processo judicial, há repetição das provas da investigação, em atendimento aos princípios do Devido Processo Legal, contraditório e amplo defesa, inexigível na fase pré-processual, por ausência da condição de litigante ou acusado (art. 5º, LIV e LV, CF).

Assim fica claro que investigar é uma atribuição da polícia, mas não é exclusiva, cabendo a outros órgãos, dentre eles o Ministério Público a investigação para facilitar o acesso à justiça. E dentro dessas atribuições surge a dispensabilidade do inquérito.

O art. 12 do CPP infere que qualquer tipo de denúncia, reclamação ou queixa se faz necessária a instauração do inquérito policial para apurar a veracidade, ou não, dos fatos. Mas desprende-se que nem sempre o referido inquérito policial servirá como elemento fundamental para a referida denúncia, reclamação ou queixa, donde se conclui que ele (inquérito policial) pode ser dispensável para a para a propositura da ação penal.

Capez (2010) fundamenta essa questão afirmando que o inquérito policial pode ser perfeitamente dispensável caso o MP já possua as informações suficientes para a proposição da ação penal. Assim o art. 27 do CPP estatui: “qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba ação penal pública, fornecendo-lhe por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”. encontra-se disciplinado nos artigos 4 a 23 do Código de Processo Penal – CPP (Decreto-Lei nº. 3.689, de 03.10.1941). Este artigo se consubstancia no art. 39, § 5º, do CPP que estabelece “O MP dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias” (PALMIERI, 2000).

O MP considera que há informações suficientes para o oferecimento da ação penal pública, não haverá necessidade de instauração do inquérito policial, mas a dispensa deverá ser justificada com os referidos fundamentos jurídicos, o que está fundamentado no 39, § 5º, art. 46, § 1º, do CPP que prevê a dispensabilidade do inquérito policial ao empregar a fórmula, in verbis. SALLES JÚNIOR (1998); ROCHA, 1998).

Segundo Santin (2006, p. 3):

A legitimidade constitucional do Ministério Público para dispensar o inquérito policial tem relação direta com as suas funções institucionais (art. 129, CF). De início, o princípio da privatividade da ação penal (art. 129, I, CF) deve ser interpretado com a ampliação do conceito de ação penal pública, parcela da soberania estatal, para incluir a função de investigação criminal. O Ministério Público detém poder de promoção de procedimentos administrativos, de várias espécies, desde o nominado "inquérito civil" para proteção de direitos difusos e coletivos (art. 129, III, CF) e dispensar com fundamentos a necessidade do inquérito policial (art. 27, 39, § 5º, art. 40, e art. 46, § 1º, do CPP)

Como se observa, a abertura de inquérito pelo Ministério Público deve seguir os trâmites legais, estabelecidos na Constituição Federal, artigo 37 e seguir os ditames da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Da mesma forma se consubstancia a dispensabilidade do mesmo.

Silva (2009, p. 5) observa com veemência: "Faz-se necessária uma maior integração entre policiais e órgão ministerial, no desempenho de suas atividades, cujo fim é o mesmo: a busca da verdade real e, com isso, a efetivação da justiça e caso as informações de denúncia sejam suficientes, o MP têm todas as prerrogativa de dispensar a instauração do inquérito policial, dentro das prerrogativas do CPP. Desta forma, a propositura da ação penal manifesta-se por meio de fatos e atos. O ato de polícia é dotado de auto executoriedade, podendo ser executado direta ou indiretamente, sem recorrer a outro poder (judiciário e MP, por exemplo).

Já o MP se baseia em informações e caso elas sejam suficientes, não precisa protelar a propositura da ação pública. Borges e Almeida (2012) apresentam dados substanciais do inquérito policial no Brasil:

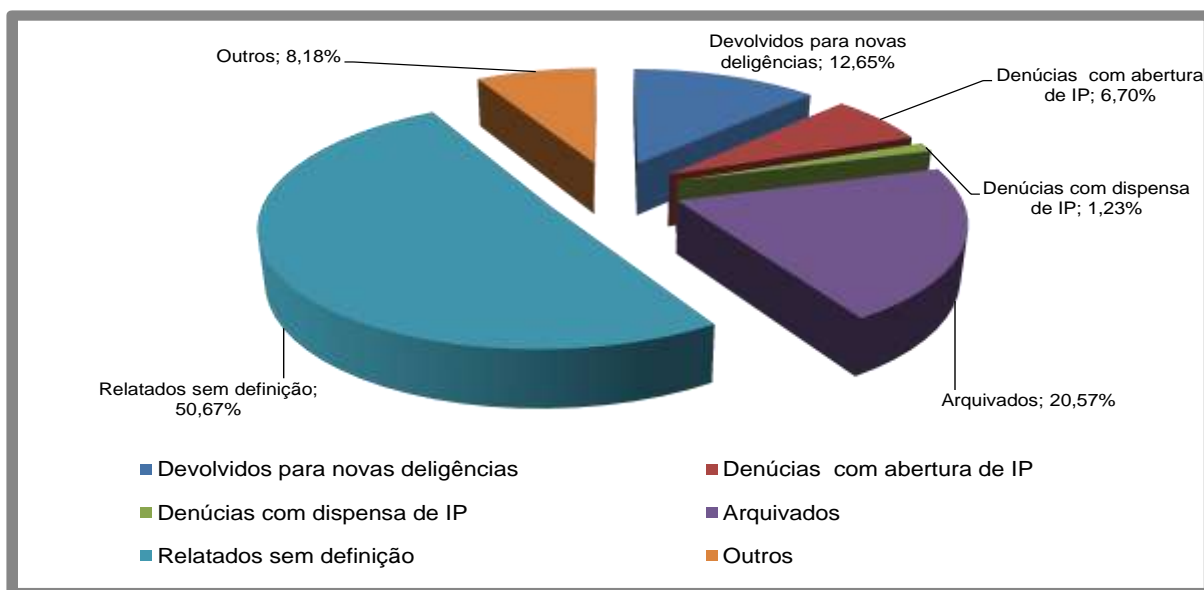


Gráfico 1: Inquéritos relatados no ano de 2008 (valores percentuais)

Fonte: Fontes: Siscart/jan/2010 e Sinpro/jan/2009 *apud* Borges & Almeida (2012, p. 3).

Esses dados são deveras preocupantes, pois demonstram que os inquéritos policiais não funcionam para elucidar os crimes, funcionando somente com um instrumento burocrático do trabalho policial. Como se pode ver, apenas 1,23% foram dispensados os inquéritos policiais o que caracteriza que nem sempre a denúncia fornece informações relevantes que fundamente a dispensa do IP. O inquérito policial deve ser inclusivo, e não excludente. Do mesmo modo, é inimaginável manejar o direito processual penal sem ter em conta, também como polo orientador, a noção de dignidade da pessoa humana. Ora, a pessoa humana é sujeito do processo, e não seu objeto (ARRUDA, 2002).

Outra hipóteses de dispensabilidade de IP está prevista na Lei nº 9.099/1995, que dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, especificamente em infrações penais de menor potencial ofensivo cujas penas vão até 1 ano. Neste caso será apenas formalizado um boletim de ocorrência, cuja denominação é de "termo circunstanciado" cujo procedimentos seguirão um rito diferenciado. Também existem outros casos como naqueles previstos no art. 103 e seguintes da Lei de Falências; o inquérito parlamentar, previsto na Lei nº 1.579, de 1952, que é instaurado no poder legislativo com as respectivas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); o inquérito penal militar (IPM), Inquérito por infrações ocorridas em áreas alfandegárias, previsto na Lei nº 9.099/1995Lei nº 1.579, de 1952Lei nº 4.771, de 15.09.1966; o inquérito civil, presidido pelo Ministério Público, previsto na Lei nº 7.437, de 24.07.1935; o inquérito instaurado em razão de infrações cometidas em dependência do Supremo Tribunal Federal, previsto no Regimento Interno do Supremo

Tribunal Federal; e os inquéritos instaurados devido à infração penal cometida por Juiz de Direito e por Promotor de Justiça, previstos, respectivamente, na Lei Orgânica Nacional da Magistratura e na Lei Orgânica Nacional de Ministério Público.

A necessária jurisprudência está consubstanciada no voto do Ministro do STF, Celso de Melo em um pedido de *habeas corpus*, contra a denúncia de crime de tortura atribuído a um delegado da polícia civil em que o ministro fundamentou o seu voto nos art. 27, 39, 40 e 46 do CPP.

As questões do Devido Processo Legal devem ser abordadas sobre dois prismas: o direito do réu e como direito do autor. Notadamente, o Devido Processo Legal foi construído com base no liberalismo do final do século XIX, e objetivava construir um processo destinado unicamente a garantir a segurança e a liberdade do réu diante da possibilidade do arbítrio do juiz (VON RONDOW, 2014).

A garantia constitucional do Devido Processo Legal exige que se dê às partes a tutela jurisdicional adequada. Além disso, aos sujeitos do processo devem ser conferidas amplas e iguais oportunidades para alegar e provar fatos inerentes à consecução daquela tutela.

Assim, o princípio-garantia do Devido Processo Legal não pretende apenas a observância do procedimento estatuído na lei, com a realização de todos os atos inerentes a ele: pretende também a efetividade da tutela jurisdicional, concedendo proteção àqueles que merecem e necessitam dela. Neste aspecto o inquérito policial é o instrumental fundamental na garantia do devido processo legal, tanto para o réu como para o autor por ser tratar da autorizada doutrina identificada como instrumentalista de direitos,

Ráo *apud* Lazzarini (1991, p. 71)²⁶, importante doutrinador brasileiro, em sua exposição de motivos do Projeto do Código Penal Brasileiro, após examinar os sistemas processuais penais, analisou os defeitos do sistema legal vigente, observando com absoluta seriedade científica:

Uma inspeção, por mais ligeira que seja das leis de processo penal vigente, revela desde logo, a par de um lastimável atraso, uma evidente inadaptação às condições atuais da vida social. Diga-se a verdade por inteiro e coragem -: a apuração da responsabilidade criminal não se procede, hoje ainda, em juízo, mas perante a polícia. Esta, ao invés de se limitar às funções de investigação e de manutenção da ordem pública, forma o conteúdo do processo e, antecipando-se às autoridades judiciárias, pratica atos

inequivocamente processuais tais, por exemplo, as declarações do acusado e o depoimento de testemunhas, que toma por escrito. É o que se chama "inquérito", ou seja, a peça donde o Ministério Público, raramente colaborador de sua feitura, extrai os elementos para a denúncia, escolhe a dedo o rol das testemunhas de acusação e colhe a indicação das demais provas inicialmente constituídas, todas elas, pelo espírito obliterado, que a prática do ofício determina, da autoridade policial respectiva.

Assim para o autor em voga o processo consiste, em última análise, na reprodução dos depoimentos, circunstâncias indiciárias, declarações, exames e vitorias já constantes dos autos do inquérito. Chama-se a isso, por sua vez "formação de culpa", que vem a ser a procura, pelo promotor e pelo juiz sumariamente, da ratificação do inquérito, isto é, da peça formada fora do juízo e sem maior garantia, quer para o acusado, quer para a ordem social. O inquérito policial fere de morte o princípio devido processo legal.

Além desses apontamentos iniciais, o autor mostra outros defeitos decorrentes da existência do inquérito policial e não é de estranhar, como estranhável não aparece, conseqüentemente, a decadência da justiça penal, com o estranho inquérito policial, no sistema legal vigente.

Há de se concordar com o autor que enfatiza que o inquérito policial dentro do Devido Processo Legal é prejudicial, para o réu e para o autor, no caso a sociedade, admitindo a afirmação inicial que o Devido Processo Legal é um caminho de mão dupla: autor e réu, já que a sociedade não recebe proteção suficiente contra elementos dissolventes, que operam em seu próprio seio, pois que, nos moldes processuais vigentes, fugir pelas malhas de um processo penal não é tarefa invencível a qualquer delinquente habitualmente patrocinado e o acusado, por sua vez, obrigado a se socorrer dos meios de defesa naturalmente aleatórios, corre com maior perigo, o risco das surpresas judiciárias.

Assim, o Devido Processo Legal no inquérito policial, no ordenamento jurídico nacional incide no mesmo equívoco daquele objeto da crítica, o projeto, harmonizando os interesses da sociedade e do acusado, fundiu os princípios jurídicos que o ditaram como único sentido do absoluto respeito à lei.

O que devia ser feito é separar a investigação da formação do processo e, assim, reconduzir a polícia à função que lhe é peculiar e restitui a justiça à plenitude de sua real competência.

Retira-se à polícia, por sua forma, a função, que não é sua, de interrogar o acusado, tomar o depoimento de testemunhas, enfim colher provas sem valor legal conservá-lhe, porém, a função investigatória, que lhe é inerente, posta em harmonia e legalidade pela coparticipação do Ministério Público, sem que o resultado das diligências não possa, não devem ter valor probatório. Não emperra, por isso, o aparelhamento defensivo da sociedade, eis que qualquer autoridade presente em lugar onde ocorra fato que reclame providências imediatas deverá intervir para ordená-las, até o comparecimento da que for competente.

Neste sentido, é importante destacar com clareza, as funções da autoridade judicial e da autoridade policial, dentro do princípio devido processo legal, no ordenamento jurídico brasileiro:

- Autoridade Policial (Diligências e investigações preliminares; Investigações ordenadas pelo Ministério Público ou Juiz Instrutor);
- Autoridade Judiciária (Instrução do Processo, com auxílio das investigações policiais; Preparo para o Julgamento; Julgamento; Execução).

A proposta do autor em síntese contempla: às autoridades policiais compete, mais detalhadamente a evitar a continuação, ou, quando possível, a consumação do fato criminoso; efetuar a prisão em flagrante; conservar os vestígios do crime e apresentar ato contínuo ao Ministério Público os demais elementos da convicção, inclusive as testemunhas; auxiliar a apuração judiciária do fato criminoso e da responsabilidade – tudo é óbvio, além da função geral preventiva e repressiva, em matéria de ordem pública.

Essas propostas são claramente defensoras de um juizado de instrução o que daria mais legalidade ao inquérito policial dentro das premissas fundamentais do princípio devido processo legal, focalizando a participação da polícia diretamente na justiça criminal, já que esta está distante daquela, se constituindo, num dos grandes males da legislação processual brasileira. Mas como se sabe a opinião de Ráo não prevaleceu. A proposta que valeu foi a de Francisco Campos. Assim se manteve a figura do inquérito policial, a pretexto de que o preconizado pelo juiz de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis.

CONCLUSÃO

Este artigo foi muito proveitoso por que deixou evidenciado alguns conceitos e definições, bem como o processo de aplicação do mesmo. Assim se pretendeu demonstrar até aqui, é que o inquérito policial dentro do princípio do Devido Processo Legal no Brasil não apresenta resultados plausíveis com a sua finalidade: elucidar crimes. Mesmo sendo um procedimento obrigatório para a fundamentação da ação penal, existem, no ordenamento jurídico nacional, alguns casos em que esse procedimento é perfeitamente dispensável, com o intuito de dar celeridade à ação penal, O IP em sua generalidade possui duas finalidades básicas: apurar o crime e/ou delito e sua autoria; e estabelecer a necessária base teórica informacional da denúncia ou queixa. A natureza jurídica de tal instrumento é procedimento.

Desta forma, o inquérito policial no Brasil é um instrumento ineficaz para sua finalidade de esclarecer crimes, sendo cercado de burocracia e ações ineficientes em toda a sua ação. O sistema do direito constitucional, como sistema autônomo, não se vincula à metodologia cognitiva de outros sistemas jurídicos nem em si depende da construção normativa da ordem social de forma que, podemos afirmar que no sistema positivo constitucional, os princípios fundamentais do processo exercem funções normativas, com base em métodos e procedimentos que lhe atribuem à operacionalidade interpretativa e do conhecimento pragmático.

A construção dos princípios jurídicos do processo, consagrados pela Constituição, tanto em sua forma quanto conteúdo, nascem ao mundo na ordem pragmática, pela simples razão pelas quais princípios como da ampla defesa, do contraditório, do Devido Processo Legal, inafastabilidade de jurisdição e da efetividade processual, dentre outros, se harmonizam às exigências normativas e regradas da vida dos cidadãos.

De fato, os princípios constitucionais e dentre eles destacamos o Devido Processo Legal, não devem colidir com a essência histórica e a coerência institucional dos princípios legítimos da vida, pois a experiência jurídica não está nos símbolos dos princípios constitucionais, mas no fluxo histórico transformares da Justiça e dos direitos da vida.

A inserção da positividade no Texto Constitucional de 1988, reforça a análise dos princípios, especialmente os decorrentes do due process, em que o Estado Democrático de Direito lança suas asserções no artigo 1, inciso III ao outorgar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois o respeito a este dogma diz respeito de modo amplo, a condição de dignidade que o ser humano deve merecer, com ou sem pretensão jurídica satisfeita, sociedade civil e política, afinal o processo, judicial ou administrativo, em que qualquer ser humano seja parte, integra o principio da dignidade como cidadão da

sociedade que defende e protesta por seus direitos violados ou insatisfeitos. As garantias constitucionais não precisam ser reafirmadas pela cláusula genérica do Devido Processo Legal. No entanto, não resta dúvida de que essa cláusula realça e organiza o traço Democrático de como essas garantias e as demais exigências constantes do ordenamento jurídico devem ser aplicadas.

É, portanto, a matriz constitucional de garantias superiores voltadas a tutelar os direitos e porque não dizer, as pessoas. A cláusula genérica do Devido Processo Legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Devido Processo Legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico do case system norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar in concreto “se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o Devido Processo Legal”.

Tanto é verdade que a doutrina é pacífica ao afirmar que o art. 5º, inciso LIV da Carta Magna, tem eficácia plena e incondicionada. Sendo assim, se o cidadão for restringido em sua liberdade ou bens, deverá apenas externar por requerimento fundamentado seus reclames que a Administração Pública mandará instaurar o processo adequado, independentemente da pré-existência legal deste, podendo, então, quando possível, ser aplicadas extensiva e analogicamente, leis processuais em vigor.

REFERÊNCIAS

ARANHA, A. J. Q. T. de C. Da prova no processo penal. 5. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva. 1999.

ARRUDA, R. A. de. A importância do inquérito policial nos crimes de ação penal privada. Informativo de Direito Crimina, Campo Grande – MS, n. 2, p. 2, abr. 2002.

BORGES, J. E. V. ALMEIDA, A. L. de. Inquérito policial: dados probatórios de sua ineficácia Artigo, 2012 Disponível em <http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/28741> Acesso em 21 de set de 2021.

BORGES, S. da C. Polícia e constituição. São Paulo: RT, 2005.

BRASI. Lei nº 7.437, de 24.07.1935. Rio de Janeiro, 1935. Disponível em <http://www.sendofederal.gov.br> Acesso em 22 de set de 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1942. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 25 de set de 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1998). Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 25 de set de 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, 3 de out. 1941. Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Lei nº 1.579, de 1952. Rio de Janeiro. Senado Federal, 1952. Disponível em <http://www.sendofederal.gov.br> Acesso em 22 de set de 2021.

BRASIL. Lei complementar nº 75/1993. Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 21 de set de 2021.

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15.09.1966. Brasília. Senado Federal, 1966. Disponível em <http://www.sendofederal.gov.br> Acesso em 22 de set de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.625/1993. Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 21 de set de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.906, 4 jul. 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

BRASIL. Lei nº 9.099/1995. Brasília. Senado Federal, 1995. Disponível em <http://www.sendofederal.gov.br> Acesso em 22 de set de 2021.

CAPEZ, F. Curso de processo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CEPIK, M. A. C. *Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

DALLARI, D. Representações da violência policial. Petrópolis; Vozes, 2010.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6 ed. São Paulo Saraiva, 2001.

LAZZARINI, Á. A segurança pública e o aperfeiçoamento da policia no Brasil. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 184:25-85, abr./jun. 1991.

MEHMERI, A. Inquérito Policial: dinâmica. São Paulo: Saraiva, 1992.

MIRABETE, J. F. Processo penal. 13^a. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Paulo de Souza. Inquérito policial no Brasil: instrumento da burocracia. Artigo, 2010. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br> Acesso em 21 de set de 2021.

MORAES, A. Polícia no Estado de direito. São Paulo: RT, 2006.

PALMIERI, J. P. A importância do inquérito policial para aplicação da lei penal. Porto Alegre: Revista Jurídica, nº 276, p. 46-48, out. 2000.

ROCHA, L. C. Investigação policial. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALLES JÚNIOR, R. de A. Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTIN, A. R. A política do direito penal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. disponível em <http://www.direitonet.com.br> Acesso em 21 de set de 2021.

SÃO PAULO. Lei complementar nº 734/1993. São Paulo: Assembleia Legislativa Nacional, 1993. Disponível em <http://www.assembleiasãopaulo.gov.br> Acesso em 21 de set de 2021.

SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 2^a ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2021.

SILVEIRA, P. F. Devido Processo Legal– Due processo f Law. 2^a ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 2021.

SOARES, M. de G. de L. O inquérito policial. Porto Alegre: ArtMed, 2021.

VON RONDOW, T. Devido Processo Legal. São Paulo: RT, 2014.

CRIME DE FURTO: INEFICÁCIA DA PENA FRENTE AO ALTO ÍNDICE DE CRIMINALIDADE

FERNANDO DUARTE MASSINHAM:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário São Lucas de Ji-Paraná

RESUMO: A presente obra tem por escopo a conceituação e caracterização do crime de furto, levando em consideração a ineficácia da pena frente ao alto índice de criminalidade, sendo que, para delimitar este ponto, será apresentado um pouco a respeito da evolução do Direito Penal Romano e Germânico, os quais foram fundamentais para a formulação do Direito Penal como um todo. Ademais, será apresentado todos os pontos importantes a respeito do crime de furto, bem como seus casos de aumento e diminuição de pena. Por fim, será apresentado acerca do Projeto de Lei n. 643/2020, o qual tem por finalidade o aumento de pena no crime de furto em tempos de calamidade pública e/ou desastres, tendo em vista ser um período onde a população encontra-se em estado total de necessidade. Assim, conclui-se o quão necessário é uma modificação penal no intuito de agravar a pena no crime de furto, para fazer com que o infrator cogite não o cometer. Será utilizada nesta obra a metodologia de ensino qualitativa de natureza explicativa, tendo como base, a legislação penal, doutrinas, jurisprudências e notícias. Esta obra se justifica pela necessidade de se ter justiça para aqueles que tem seus patrimônios suprimidos pelos agentes criminosos, ficando à mercê do Estado, que acaba por não ceder a salva guarda necessária.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Furto. Punição.

ABSTRACT: The present work has as its scope the conceptualization and characterization of the crime of theft, taking into account the ineffectiveness of the penalty in view of the high crime rate, and, to delimit this point, a little about the evolution of the Roman and Criminal Law will be presented. Germanic, which were fundamental for the formulation of Criminal Law as a whole. Furthermore, all the important points regarding the crime of theft will be presented, as well as its cases of increasing and decreasing the sentence. Finally, it will be presented about Bill n. 643/2020, which aims to increase the penalty in the crime of theft in times of public calamity and/or disasters, considering that it is a period where the population is in a total state of need. Thus, it is concluded that a penal modification is necessary in order to aggravate the penalty in the crime of theft, to make the offender consider not committing it. The qualitative teaching methodology of an explanatory nature will be used in this work, based on penal legislation, doctrines, jurisprudence and news. This work is justified by the need to have justice for those who have their assets suppressed by criminal agents, leaving them at the mercy of the State, which ends up not yielding the necessary safeguards

KEYWORDS: Criminal Law. Theft. Punishment.

INTRODUÇÃO

O crime de furto (art. 155 do Código Penal), tem por escopo a prática do ato de subtrair para si ou outrem, coisa alheio móvel, ou seja, comete este crime aquela pessoa que, se apossa indevidamente de um objeto de terceiro, sem o emprego de grave ameaça ou violência, usando ou não artifícios para facilitar sua conduta delitiva.

Este crime está presente na humanidade desde os primórdios, sendo citado inclusive em relatos bíblicos e até mesmo na tábua dos dez mandamentos. Assim, percebe-se que este crime, apesar de antigo, perdurou-se por toda a essência da humanidade, passando por inúmeras gerações e povos.

Assim, é foco deste trabalho, de prima face, exemplificar um pouco a respeito de como era o Direito Penal e o dever punitivo do Estado ao longo dos tempos, usando como base o Direito Romano e Germânico, haja vista que o crime de furto passou por todos estes povos e nações.

Ademais, será conceituado e caracterizado de maneira ampla o referido crime, ao passo que serão delimitadas todas suas possibilidades dentro do Código Penal, desde o furto simples, até o furto com emprego de explosivos, ou o furto de veículos com intuito de levar a outro estado ou País.

Sendo abordado ainda o quanto necessária é a mudança na lei penal com relação ao crime de furto, tendo em vista que fora necessária a criação de um Projeto de Lei (PL 643/2020), para aumentar a penalização nos crimes de furto e roubo em duas vezes durante o período em que vigorar o estado de calamidade pública e/ou desastre.

Assim, percebe-se que é dever do Estado e do legislador propor novas mudanças no que diz respeito a penalização do crime de furto, pois na atual formulação em que se encontra, o agente criminoso não teme pela imputação penal que é apresentada no artigo 155.

Para formular esta obra a metodologia aplicada foi a qualitativa de natureza explicativa, onde os meios de embasamento utilizados foram a legislação penal, a doutrina, jurisprudência e notícias.

Esta obra se justifica em razão do alto índice criminal em todo território nacional, principalmente no que condiz ao crime de furto, que mesmo em uma pandemia mundial, teve um aumento exponencial, prejudicando inúmeros trabalhadores e pessoas de bem.

1. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO DIREITO PENAL E DO DEVER PUNITIVO DO ESTADO

Antes de adentrar ao que diz respeito a evolução do Direito Penal, necessário é expor do que se trata esse instrumento jurídico utilizado pelo Estado para punir aqueles que infringirem determinadas regras que são ditadas através dos costumes, que posteriormente se transformaram na legislação penal.

Conforme explica Santiago Mir Puig (2010, p. 42/43), o Direito Penal, de um lado, é compreendido como sendo um conjunto de normas, as quais tem o objetivo a determinação de condutas que são consideradas como sendo de natureza penal, aplicando a essas condutas as sanções que lhes são cabíveis, com fim de proteger os bens jurídicos tutelados pelo Estado. Doutra parte, o Direito Penal pode ser apresentado como sendo um conjunto de valorações e princípios que tem a finalidade de orientar a aplicação e interpretação das normas penais.

Essas normas aplicadas a toda a sociedade tem uma finalidade muito simples, a qual seja, a tentativa de uma convivência humana plena, sem atritos, sem violência ou qualquer outro tipo de ato atentatório contra a vida ou o patrimônio de alheio, devendo serem utilizadas apenas em casos concretos onde há a comprovação do ato atentatório, onde se faz necessária a observação de rigorosos princípios jurídicos, os quais podem variar dependendo do país onde o crime fora cometido.

Para Zaffaroni (1991, p. 41), Direito Penal pode ser classificado como um conjunto separado de duas coisas distintas, sendo estas, o conjunto de leis penais (legislação penal) e, o sistema interpretativo dessa legislação (aplicabilidade da lei pelo sistema jurídico do Estado). Welzel (1987, p. 11), por sua vez, explica que, o Direito Penal, "é aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança".

Assim, nota-se que o Direito Penal não é uma norma que deve ser aplicada em todo caso, pois sua conjuntura de ações aplicadas ao infrator do ato é de cunho limitador, ou seja, aquele que for preso em infração confirmada, caso condenado, ficará restrito em cárcere privado, ato este que suprime um dos maiores direitos tutelados pelo Estado, o direito de ir e vir.

Apresentado um pouco a respeito do conceito do Direito Penal, passa-se agora ao um breve relato sobre sua evolução dentro da humanidade, tendo como foco o Direito Penal Romano e Germânico.

1.1 Direito Penal Romano

Pode-se dizer que o Direito Romano foi um dos principais, se não o principal norteador dos princípios que regem o Direito Penal em todo mundo nos tempos atuais. Roma é considerada como sendo o Estado que mais ofereceu ciclos jurídicos completos, com uma abrangente fonte de instrumentos jurídicos, que, mesmo com o passar dos tempos, ainda proporciona aplicações certas ao direito.

Na época de fundação de Roma (753 a.C.), a utilização do direito punitivo tinha por regente a figura do Rei e do Sacerdote, ambos com poderes ilimitados, na mais pura demonstração de caráter sacral, o que demonstrava a mistura de direito e religião da época em questão (BITENCOURT, 2021).

Os relatos históricos apontam que o primeiro código romano escrito foi a Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.), que acabou por resultar a luta entre patrícios e plebeus na época em questão. É de fato que a referida lei foi a pioneira para o início do período dos diplomas legais, havendo assim, a imposição necessária que limitou a vingança privada, admitindo-se a composição, e adotando a Lei de Talião (MOMMSEN, 1976).

Foi nesse período inicial da realeza que surgiu a então distinção entre os crimes públicos e privados, os quais eram punidos pelos *ius publicum* e *ius civie*, respectivamente. Os crimes denominados como públicos eram aqueles que atentavam o Estado, ou seja, a traição ou conspiração política com findo a desestabilizar o governo regente, bem como os crimes de assassinato.

O julgamento dos crimes públicos era realizado pelo próprio Estado através da figura do magistrado em seções dos tribunais especiais, onde a sanção aplicada era uma só, a pena de morte. Apesar de ser muito severa a punição neste caso, o Estado detinha o poder de aplica-la sem qualquer subjecção de terceiro, fato que acarretou na execução de diversos criminosos no período do direito romano.

Já os crimes que eram considerados como sendo privados eram aplicados em casos particulares, ou seja, consistia em uma ofensa ao indivíduo, eram crimes privados o furto, dano, injúria e afins. Nestes casos, o Estado concedia o direito punitivo ao ofendido, onde a interferência do Estado ficava em apenas regular o ato de punição do ofendido para com o ofensor.

Conforme aponta Luiz Régis Prado e Cezar Bitencourt (1995, p. 21), ainda houve a criação de mais uma modalidade de crimes, a qual ficou conhecida como *crimina extraordinária*, a qual era "fundada nas ordenações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica, que resulta na aplicação de uma pena individualizada pelo arbítrio judicial à relevância do caso concreto".

O núcleo do Direito Penal Romano clássico surge com o conjunto de leis publicadas ao fim da República (80 a.C.), com as *leges Corneliae* e *Juliae*, que criaram uma verdadeira tipologia de crimes, para a sua época, catalogando aqueles comportamentos que deveriam ser considerados criminosos. As *leges Corneliae* preocuparam-se basicamente com aqueles crimes praticados nas relações interpessoais dos cidadãos — patrimoniais, pessoais etc. —, enquanto as *leges Juliae* preocuparam-se, fundamentalmente, com os crimes praticados contra o Estado, seja pelos particulares, seja pelos próprios administradores, destacando-se os crimes de corrupção dos juízes, do parlamento, prevaricação, além de alguns crimes violentos, como sequestro, estupro etc (BITENCOURT, 2021, p. 42).

A vingança privada só veio a desaparecer do direito penal romano após cerca de duas ou três décadas antes de Cristo, sendo ela substituída pela administração estatal, que passou a adotar e exercer o *ius puniendi*, lembrando que, apesar desta mudança o *pater familiae* continuou existindo, contudo, com restrições aos seus portadores.

No século segundo depois de Cristo foram instituídos os crimes extraordinários, os quais englobavam o furto qualificado, extorsão, estelionato, exposição de infante, aborto, dentre outros, com o surgimento destes crimes a pena de morte, que até então havia praticamente desaparecido do rol punitivo do Estado Romano passou a ser utilizada de maneira mais ampla, e corriqueira.

Outros crimes que foram englobados nos casos extraordinários foram aqueles que afrontavam diretamente a religião, como Roma era em si, o antro da religião na época por conta do Papa, haviam diversos crimes que se enquadravam como sendo de cunho religioso, sendo estes a blasfêmia, heresia, bruxaria e outros.

No que diz respeito a prisão nesta época, os relatos históricos versam que não havia em si um local denominado como tal, mas sim uma espécie de prisão custódia, onde o condenado iria aguardar, após ser sentenciado a morte, por sua execução, assim, estes locais não detinham presos por longos períodos, tendo em vista as execuções que ocorriam diariamente (BITENCOURT, 2021).

Já nesta época Roma tinha o total domínio sobre os institutos jurídicos penais do Dolo e da Culpa, bem como as questões inerentes aos agravantes e atenuantes dos crimes, o que prova o quão avançados eram os romanos nas questões inerentes ao Direito Penal, tendo tais institutos prosperado ao longo dos tempos.

O ilustríssimo doutrinador Heleno Fragoso (1985, p. 30), aponta que, “o Direito Penal Romano aparece no *Corpus Juris Civilis* do imperador Justiniano, especialmente nos livros 47 e 48 do Digesto (533 d.C.), chamados *libri terribiles*, e no livro IX do Codex (534 d.C.). Igualmente, no livro IV, das Institutas, título 1 a 5 e 18”.

O que se sabe a respeito disto é que o poder, bem como o direito repressivo do Estado, exposto nessa compilação é basicamente o que era utilizado na época clássica do Direito Penal, onde a base legal foi focada nas leis de Sila, César e Augusto, criando assim, o direito repressivo em questão.

Assim, pode-se dizer que o Direito Penal Romano foi um dos pioneiros no que se tratou do direito punitivo do Estado, bem como nas formas como as penas deveriam ser aplicadas em cada caso em questão, além de criar institutos que perduraram até o Século XXI.

1.2 Direito Penal Germânico

Assim como o Direito Romano, o Direito Germânico também foi fundamental para a composição das questões penais em todo o mundo, contudo, ao contrário do romano, o Direito Germânico, em especial o primitivo, não era composto por leis escritas, mas sim por espécies de regras morais, que ditavam o que poderia e o que não poderia ser feito.

O Direito Germânico primitivo não era composto de leis escritas, caracterizando-se como um Direito consuetudinário. O Direito era concebido como uma ordem de paz e a sua transgressão como ruptura da paz, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público. A reação à perda da paz, por crime público, autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor. Quando se tratasse de crime privado, o transgressor era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança, que assumia um autêntico dever de vingança de sangue (JESCHECK, 1981, p. 128).

Este conceito de política criminal adotado pelo povo germânico gerou, em sim, uma verdadeira guerra familiar, que só pode ser contida no século IX, onde houve uma evolução do direito pessoal, sendo que está “guerra”, só foi realmente contida com o advento da Paz Territorial Eterna, que ocorreu em meados de 1495, onde houve o banimento por completo da política criminal germânica originária.

Segundo aponta Luiz Régis (1993), o povo germânico também foi adepto do que ficou conhecido como “vingança de sangue”, a qual só teve seu fim com o controle total

do poder estatal nas questões penais, havendo a substituição desse instituto pela composição voluntária e, em sequência, pela obrigatória.

O instituto que ficou conhecido como "*compositio*" consistiu, em si, no dever do autor em compensar o prejuízo que ocasionou acrescido de uma certa importância em *pecúnia*, havendo assim, uma supressão da vingança privada, que não só era um direito, mas também um dever da vítima em vingar as ofensas sofridas (LISZT, 1929).

As leis bárbaras que eram aplicadas nesta época detinham uma classificação bem detalhada dos quesitos aplicados, tanto na forma, meios, tarifas e locais de pagamento, na conformidade da qualidade da pessoa, sendo observadas as questões ligadas a sexo, idade, e natureza da lesão sofrida.

Conforme explica Heleno Cláudio Fragoso (1985), as leis bárbaras que foram fundamentais para formar o perfil do Direito Germânico do século VI, são as seguintes, a *Lex Salica*, *Lex Rupiaria*, *Pactus e*, *Lex Alamannorum*, as quais são caracterizadas por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, sendo responsáveis por todo o sistema punitivo do Direito Germânico.

Dito isto, observa-se que a composição no Direito Germânico tinha duplo papel de imputação, sendo uma imputação criminal (pena) e uma imputação de reparação (ressarcimento do dano), onde parte desta imputação era devido a vítima ou aos familiares dela, e a outra parte era devida ao tribunal ou ao rei, o que simbolizava o preço de se ter paz.

Insta salientar que, para os infratores que não detinham ou não podiam pagar por seus crimes, a pena aplicada era substituída, sendo o infrator condenado a quitar sua dívida com penas corporais, como eram os casos dos açoites e demais torturas.

Conforme aponta Bitencourt (2021), somente após muito tempo que o Direito Germânico acabou adotando os princípios da Lei de Talião, muito por influência do Direito Romano e do Cristianismo. Junto a isto, ficou evidenciado que o povo germânico também era adepto da responsabilidade objetiva do direito, muito por se encaixar nas premissas deste povo.

Segundo as regras da responsabilidade objetiva do Direito Germânico, o que mais importava para análise jurídica do caso criminal era o resultado causado pelo autor do fato, sem nenhum questionamento acerca do dolo ou da culpa, ou se ainda o fato resultante foi proveniente de um caso fortuito.

Foi somente com a evolução do pensamento, e com influência do Direito Romano, que o Direito Germânico passou a levar em consideração as questões psicológicas ao

analisar cada caso concreto, fato que pode evidenciar o quanto influente foi o Direito Romano dentre as épocas e povos.

2. O CRIME DE FURTO

O crime de furto, assim como o crime de homicídio, acompanha a humanidade desde os seus primórdios, tendo sido tal crime exposto em relatos históricos ao longo de toda a evolução da humanidade. Este crime consiste numa premissa básica, sem muita dificuldade de entendimento, definindo-se por ser um crime de natureza patrimonial, onde o autor do delito irá subtrair para si ou para outrem bem alheio móvel sem emprego de grave ameaça ou violência.

Magnum Koury Eltz (2019, p. 113), aponta que, “o furto se caracteriza como toda conduta que objetiva a subtração de coisa móvel sem uso de violência. No caso do Direito brasileiro, a proteção recai sobre a coisa alheia e comum, ou seja, quando pertence a mais de uma pessoa”.

Este crime está presente no artigo 155 do Código Penal, sendo apresentado da seguinte maneira, “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Assim, percebe-se que o referido crime tem como fator gerador a subtração de um bem, sendo este de natureza móvel, nunca imóvel, de forma a qual a vítima do fato não perceba que fora furtada.

Segundo aponta Castro (2014), o ato entendido como “subtração” tem um significado bem certo, que é o de tomar para si aquilo que não é de sua propriedade, ou que não seja de sua legítima posse, sendo este objeto móvel. O Direito Penal define como sendo móvel aquilo que é natural, ou seja, todo aquele objeto material que pode ser removido ou movido de um local para o outro, mesmo se esta coisa estiver incorporada ao solo.

Gonçalves (2012), entende que o crime de furto é formado por quatro elementos, os quais sejam, a conduta típica do agente no momento da subtração do bem; o elemento normativo do tipo, ou seja, a necessidade de ser uma coisa alheia subtraída; o objeto material, que é o bem móvel a ser subtraído; e, o elemento subjetivo do tipo, qual seja, a intenção de posse do bem, para si ou para outrem.

Em conexão com esta afirmativa, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 721-722), afirma que,

Subtrair significa tirar, fazer desaparecer ou retirar. É verdade que o verbo furtar tem um alcance mais amplo do que subtrair e justamente por isso o tipo penal preferiu identificar o crime como sendo furto e a conduta que o concretiza como subtrair, seguida, é lógico, de

outros importantes elementos descritivos e normativos. Assim o simples fato de alguém tirar coisa pertencente a outra pessoa não quer dizer, autonomicamente, ter havido um furto, já que exige, ainda, o ânimo fundamental, que não lhe pertence. Coisa é tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes. No contexto de delitos contra o patrimônio (conjunto de bens suscetíveis de apreciação econômica), cremos ser imprescindível que a coisa tenha, para seu dono ou possuidor, algum valor algum valor econômico.

A pena de reclusão do crime de furto simples é compreendida como sendo de um a quatros e multa, contudo, este crime ainda possui aumentos de pena para determinados casos onde o autor do fato pratica o crime de furto utilizando de artifícios para facilitar a subtração do bem.

Assim, deve-se levar em consideração no momento de aplicação da pena, como o infrator atuou na conduta criminosa, para que a penalidade aplicada tenha efetiva função esperada pela doutrina penal. Neste sentido, como primeiro aumento de pena no caso de furto, tem-se o que é exposto no §1º do artigo 155, que versa, "A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno".

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já firmaram o entendimento de que o repouso noturno é aquele onde é compreendido, ou entende-se que a maior parte da população de determinado local já estão a descansar, ou seja, em determinados locais o repouso noturno pode ser entre as 22h até as 05h, e em outros entre as 21h até as 06h.

PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ART. 155, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. DELITO COMETIDO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. **APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO CRIME COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO.** POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DEDUZIDA EM DESACORDO COM A SÚMULA 171 DESTA CORTE SUPERIOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Incide a majorante prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, quando o crime é cometido durante a madrugada, horário no qual a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável, o que ocorre inclusive para estabelecimentos comerciais.

IV - A causa especial de aumento de pena do furto cometido durante o repouso noturno pode se configurar mesmo quando o crime é cometido em estabelecimento comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 308-312), suspender a execução das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

(HC 501.072/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 11/06/2019) (Grifei).

Insta salientar que, equipara-se à coisa móvel, conforme aponta o §3º deste artigo, o furto de energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico, tendo em vista que a premissa do ato se encaixa nos parâmetros do *caput* do artigo 155 do Código Penal, sendo assim, considerados como furtos.

Além deste aumento de pena, tem-se ainda os que estão expostos a partir do §4º do artigo 155, que são as qualificadoras do crime de furto, os quais tendem a aumentar a pena, antes de um até quatro anos, para penas superiores a 10 anos de reclusão em determinados casos.

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

Assim como no §1º, o §4º do artigo 155 traz um rol de atitudes que pode o infrator tomar para que a conduta criminosa fique mais facilitada, ou seja, o criminoso usa de artifícios para que sua conduta tenha o final deseja, o qual seja, a subtração do bem da vítima.

O inciso I versa acerca da destruição e/ou rompimento de obstáculo para a subtração da res furtiva, dito isto, fica compreendido como artifício para a prática do crime de furto, enquadrado no inciso I, o arrombamento de uma porta ou cadeado, a destruição de uma janela, vidraça ou parede/muro de madeira ou alvenaria, dentre outros.

Esses obstáculos devem ser estranhos à coisa a ser subtraída. Se fizerem parte da coisa furtada, perdem a condição qualificadora. São exemplos o agente que arromba a fechadura do veículo para subtrair celular que se encontra ali dentro (furto qualificado) e o agente que arromba fechadura do veículo para furtar o próprio veículo (furto simples) (ELTZ, 2019, p. 118).

Já o inciso II é composto por quatro pontos distintos, sendo estes o abuso da confiança, que nada mais é que aproveitar-se da inocência da vítima ou de terceiros para a consumação do fato criminoso; mediante fraude, que é a prática de iludir ou ludibriar a vítima ou terceira para que este cometa erro com fim de facilitar a conduta; mediante escalada, que consiste na prática de saltar um muro ou subir por cima de uma residência ou edifício; ou ainda, mediante destreza, que nada mais é que a prática de artifícios como utilização de "*parkour*" ou outros meios para alcançar locais não alcançáveis por pessoas normais.

O inciso III trata dos casos onde o autor do fato, por ajuda de terceiro ou por própria maestria, utiliza de chave falsa ou de apetrechos (gazuca para fechadura) para facilitar sua entrada em determinado local. Nestes casos, sendo constatado que o infrator teve ajuda de terceiro, e este sabia ou deveria saber da possível prática do crime, poderá o terceiro incorrer também no crime de furto.

Por fim, no §4º tem-se o inciso IV, que nada mais é que o concurso de pessoas, onde, duas ou mais pessoas se unem para a prática do crime de furto, ambas irão incorrer neste inciso, pois tem-se a noção de que quanto mais houverem pessoas no ato delitivo, maior será a chance de sucesso do crime.

O §4º-A versa acerca do furto com emprego de artefatos explosivos (dinamites, granadas, explosivos plásticos, dentre outros), ou seja, quando o infrator utiliza de qualquer artefato que tenha por intenção destruir ou obstruir determinado local com findo a facilitar a subtração do bem desejado, assim como explica Magnum Koury Eltz (2019, p. 119),

Um dos fatos que ensejou o acréscimo dessa qualificadora se dá especialmente em razão da crescente onda de furtos mediante estouro de caixas eletrônicos. Essa conduta inegavelmente é capaz de gerar perigo de dano comum. Obviamente a qualificadora atinge não somente emprego de explosivo em caixas eletrônicos, mas em qualquer objeto material do furto.

Ademais, insta salientar que no ano de 2021 fora promulgada a Lei nº 14.155, a qual acrescentou ao Código Penal os §4-B e 4-C, que tratam dos crimes cometidos por meio de dispositivos eletrônicos, como celulares, computadores, dentre outros. Contudo, a promulgação destes parágrafos ocorreu de forma muito tardia, tendo em vista que tais crimes já ocorriam com demasiada frequência.

Versam os §4º-B e 4-C do artigo 155 do Código Penal,

§ 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:

I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

Observa-se que, em nenhum momento é citado que é necessário que tenha violação a um mecanismo de segurança ou até mesmo a utilização de qualquer programa malicioso como um vírus, não é necessário nem mesmo que o mecanismo esteja conectado à internet, basta apenas que a fraude seja realizada por meio de um dispositivo eletrônico ou informático, não importando como seja feito.

Em relação ao §4-C, tem-se alguns pontos que devem ser levados em consideração, onde é possível notar que no inciso I o aumento de pena se dá em fato da dificuldade gerada na hora da investigação, tendo em vista que o criminoso utilizou de servidores fora do território nacional.

Já o inciso II trata dos casos onde o crime é cometido contra idoso ou pessoa vulnerável, tendo em vista que estas pessoas tendem a ser mais descuidadas e propícias ao cometimento do erro, o que gera a facilitação da atitude criminosa.

Importante frisar que, o furto mediante fraude jamais deve se confundir com o crime de estelionato (art. 171 do CP), pois o crime de furto mediante fraude tem por finalidade a diminuição da vigilância da vítima sobre o patrimônio para facilitar a subtração deste, já o crime de estelionato tem a finalidade de induzir a vítima ao cometimento do erro para que seja subtraído o bem.

Em continuidade aos estudos acerca do art. 155 do Código Penal, tem-se ainda os casos de aumento de pena expostos nos parágrafos §5º, 6º e 7º, que são respectivamente os casos de furto de veículos, semovente domesticável de produção e de substâncias explosivas ou acessórias, conforme segue,

§5º A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

§6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

§7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

No primeiro caso (§5º), temos o crime de furto onde o autor irá subtrair para si ou outrem um veículo automotor, o qual venha transportado para outro estado da federação brasileira ou ainda para o exterior, como são os constantes casos de veículos transportados para desmanches na Bolívia e Paraguai.

Sobre isto, Magnum Koury Eltz (2019, p. 120), aponta que, "para configuração exata desse crime, o agente, desde a execução do furto, deve ter a intenção de levar o veículo para outro Estado ou exterior. O agente que furta o veículo, mas sofre perseguição policial, não se enquadrará nessa qualificadora".

Já a hipótese presente no §6º expõe o que ficou denominado como sendo o “furto de gado”, onde os criminosos passaram a furtar bovinos de sítios e fazendas, gerando enorme prejuízo aos proprietários destes. Este crime de certo modo é muito facilitado pois nestes locais não há apoio dos órgãos de segurança pública, tampouco ficam grandes quantidades de pessoas que possam vir a impedir ou presenciar os atos criminosos.

No art. 155, §6º, o legislador buscou proteger o proprietário ou os possuidores de animais e tipificou o crime de furto de animais de forma mais grave, aplicando a pena de reclusão de 2 a 5 anos, se o semovente for domesticável e de produção.

Essa proteção envolve inclusive animais mortos, abatidos e divididos em partes, desde que estas últimas ações sejam feitas no local onde o animal foi subtraído (ELTZ, 2019, p. 120).

Por fim, tem-se os casos previstos no §7º, os qual seja, a subtração de substâncias explosivas ou acessórios que possam vir a ser utilizados para a fabricação destes produtos. Esta medida teve de ser tomada em conjunto com a premissa do §4-A, que foram os inúmeros casos de furtos de caixas eletrônicos com emprego de explosivos.

2.1 Casos de diminuição de pena e extinção da punibilidade

Após apresentados os casos de aumento de pena, passasse então aos casos onde haverá a diminuição desta ou até mesmo a desconsideração da pena, onde o sujeito será inocentado de seu crime em razão da conduta perpetrada. O primeiro caso se encontra no §2º do artigo 155, que versa o seguinte, “Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”.

Este caso em específico é denominado como “furto privilegiado”, e tende a diminuir a pena do acusado em razão de alguns critérios jurídicos, assim como aponta Guilherme de Souza Nucci, (2021, p. 658),

Difundiu-se o entendimento de ser a figura prevista no § 2.º um furto privilegiado. Por vezes, no entanto, pode implicar apenas uma causa de diminuição da pena. Poder-se-ia, então, falar em “privilégio em sentido amplo”. A autêntica figura do privilégio haveria de representar uma nova faixa para a fixação da pena, diminuindo-se o mínimo e o máximo, em abstrato, estabelecidos pelo legislador no preceito sancionador do tipo penal. Entretanto, analisando-se a especial circunstância prevista, conclui-se significar uma causa obrigatória de diminuição da pena em limites variáveis entre um a

dois terços. Por outro lado, a substituição da pena de reclusão pela de detenção e da pena privativa de liberdade pela de multa configuraria um autêntico privilégio, pois a pena em abstrato altera-se completamente para menor.

Outro caso onde o réu será beneficiado é o caso da aplicação do princípio da insignificância, onde não haverá uma diminuição de pena, mas sim uma extinção da punibilidade. Conforme explica Masson (2015), o princípio da insignificância tem uma grande aplicabilidade nos crimes de furto, sendo este uma causa de excludente de tipicidade, onde, para que seja configurado este princípio, a conduta delitiva deve possuir, a mínima ofensividade; o reduzido grau de reprovabilidade; a ausência da periculosidade social e, o comportamento inexpressivo de lesão ao bem tutelado.

Habeas corpus. 2. Furto simples de blusa de frio, marca Adidas, no valor de R\$ 99,00. Sentença absolutória reformada pelo Tribunal. 3. Réu, à época da condenação, primário. 4. Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso. 5. Reconhecida a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau que aplicava o princípio da insignificância.

(HC 139738 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018).

Assim, uma vez que o réu preenche os requisitos, poderá ser usufruidor do princípio da insignificância, onde haverá a extinção da punibilidade do ato, sendo o caso arquivado e o réu inocentado.

3. A APLICAÇÃO DA PL 643/20 DURANTE O PERÍODO PANDÊMICO

O crime de furto é algo que prejudica em muito o detentor do patrimônio que fora furtado, pois, este pode depender do bem subtraído para, por exemplo, levar o sustento até sua família, como são os casos de furtos de veículos vinculados a taxistas ou motoristas de aplicativo móvel.

Dentre outras esferas, também se tem os casos de furtos em lojas ou residências que tendem a ser muito prejudiciais também, pois o detentor do bem, pode necessitar em muito do que fora roubado, seja um objeto ou valores específicos.

Com o advento da pandemia ocasionada pelo SARS-COV-19 (Covid-19), muitas pessoas tiveram prejuízos com os inúmeros *lockdowns* e inseguranças econômicas, tendo

o Governo Federal que criar mecanismos de amparo monetário social para custear o alimento de muitas famílias em todo o país.

Assim, nota-se que devido a pandemia, a necessidade de bens e valores se tornou prioridade máxima para muitas famílias, que necessitam manter seus sustento e de seus filhos, que só é possível através da salvaguarda destes patrimônios que o detentor possui.

Contudo, percebeu-se que apesar de o País estar em crise, com a decretação de estado de calamidade pública o índice de criminalidade não diminuiu, ao contrário, teve um aumento exponencial, assim como aponta o portal de notícias da Globo (G1), do Estado de São Paulo (2021, p. 1),

O número de casos de latrocínio cresceu 46% no estado de São Paulo no mês de setembro, **enquanto o de furtos subiu 39%**, e roubos, 27%, segundo os dados mensais da Secretaria de Segurança Pública (SSP).

De acordo com as estatísticas, o estado registrou 22 casos de latrocínio – que é o roubo seguido de morte - no mês passado, contra 15 do mesmo período de 2020.

Em relação aos furtos, o total de crimes registrados passou de 30.571 em setembro de 2020 para 42.722 no mesmo período deste ano (Grifei).

Diante este cenário onde o cidadão brasileiro além de ter que se preocupar com o sustento de sua residência, também precisa se preocupar em não ser furtado e perde aquilo que mais precisa, o deputado Janio Amaral (PSL-MG) propôs a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 643/2020, o qual tem por finalidade o aumento de pena nos crimes de furto e roubo durante o período de vigência da calamidade pública nacional.

O Projeto de Lei 643/20 amplia a pena de quem se aproveitar de calamidade pública ou desastre, como inundação e acidente de carro, para furtar um objeto. O texto tramita na Câmara dos Deputados.

Pela proposta, esse tipo de furto passará a ser considerado qualificado, com pena de reclusão de 2 a 8 anos e multa, o dobro da prevista para furto simples (reclusão de 1 a 4 anos e multa), conforme o Código Penal (BRASIL, 2020, p. 1).

O referido Projeto de Lei ainda tramita no Congresso Nacional, tendo como ultima movimentação a aprovação do texto legal pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), conforme aponta o site da Câmara dos Deputados (2021, p. 1),

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou, nesta quarta-feira (12), o aumento de penas para quem furtar, roubar ou cometer peculato valendo-se da ocasião de incêndio, naufrágio, inundação, desastre, estado de calamidade pública, epidemia ou pandemia. O texto segue para a análise do Plenário.

[...]

O substitutivo cria a qualificadora para o crime de furto quando o agente se vale de incêndio, naufrágio, inundação, desastre, estado de calamidade pública, epidemia ou pandemia declaradas pelas autoridades competentes. A pena para furto qualificado é de reclusão de dois a oito anos e multa. Ainda de acordo com o texto, a pena é aumentada de um terço até a metade se a subtração for de bem, insumo ou equipamento médico, hospitalar, terapêutico, sanitário ou vacinal, durante estado de calamidade pública, epidemia ou pandemia declarados pelas autoridades competentes.

Apesar de muito benéfico a toda sociedade, o referido Projeto de Lei só serviu para demonstrar o quão ineficaz é a aplicação penal nos casos de furto, onde a pena, independentemente do que fora furtado, seja uma quantia de 500 reais ou de 1 milhão, será a de um a quatro anos, caso se enquadre na teoria do furto simples.

Com isso, é notório que é dever do Estado postular por novas medidas e diretrizes que tornem o crime de furto mais grave para aqueles que o pratiquem, com o findo a tentar desestabilizar a conduta criminosa e fazer com que o infrator não se sinta tentado a cometer o ato.

3.1 Políticas criminais necessárias para fazer valer a penalização no crime de furto

Conforme apontado anteriormente, fica evidente que aplicação de pena nos crimes de furto simples são muito brandas e propícias ao cometimento do crime, pois o autor do fato, ao perceber que sua pena máxima chega a apenas quatro anos de reclusão, isso na pior hipótese, tende a cometer o crime por ser deveras vantajoso a ele.

Essa penalização é baseada nos primórdios do Código Penal e nas características da Constituição Federal de 1988, ou seja, já transcorreu um período de mais de 70 anos desde a promulgação do Código Penal, havendo uma evolução exponencial tanto nas questões tecnológicas, quanto comerciais e também sociais.

Assim, percebe-se que a lei também deve evoluir nas conformidades em que a nação evolui, pois a 70 anos o nível empregado de tecnologia em casos de furto eram em

si, inexistentes. Observa-se que nos dias atuais, a facilidade no cometimento de diversos crimes abre a possibilidade para a imputação de medidas mais severas, as quais devem ser adotadas.

De prima face, é necessário que o legislador faça alterações no texto legal com findo a modificar a penalização nos casos de furto comum, aumentando a pena no mínimo ao dobro da atual, fazendo com que o agente criminoso cogite a possibilidade do não cometimento do crime por medo da penalização gravosa.

Outro ponto importante é a questão dos casos de diminuição de pena, os quais devem ser reanalisados com findo a deixarem de serem aplicados ou que ainda tenham uma aplicação mais rigorosa, não possibilitando que o infrator fique amparado de meios para não ser punido pelos crimes ora cometidos.

Estes são os principais pontos que devem ser abordados para que o agente criminoso tenha consciência da ilicitude do fato, e venha a reconsiderar o cometimento do crime, pois uma vez que se percebe que sua liberdade poderá ser cessada por dois, três ou quatro anos, a vontade delitiva tende a diminuir gradualmente.

CONCLUSÃO

Conforme foi apresentado nesta obra, o crime de furto tem diversas vertentes, as quais podem proporcionar diversos aumentos ou diminuições de pena, caso o autor do fato venha a cometer o crime, a exemplo, com emprego de material explosivo, haverá um aumento de pena considerável em contra posição ao crime comum de furto.

Contudo, apesar de deter diversos aumentos penais, o *caput* deste artigo é muito brando, e chega a ser no mínimo inaplicável de maneira eficaz, pois a pena máxima para o crime de furto comum é de apenas quatro anos, e em muitos casos o autor do fato, ao menos tem a pena privativa de liberdade aplicada.

O crime de furto é sim um crime que proporciona um prejuízo inestimável tanto para o cidadão quanto para o Estado, pois o bem subtraído pode, em muitos casos, ser a fonte de renda da vítima, como são os casos de furtos de veículos vinculados a aplicativos de transporte.

Não obstante a isto, tem-se ainda os furtos que ocorrem em residências e em comércios, que também podem ser deveras prejudiciais as vítimas, principalmente no cenário em que a sociedade vive atualmente em razão da pandemia de Covid-19.

Assim, fica evidente o quão necessário é que o Estado tome partido no que diz respeito a penalização nos crimes de furto, principalmente nos furtos comuns, que

possuem pena mais branda, que em muitos casos nem mesmo chegam a ser aplicadas contra o autor do fato delitivo.

Dito isto, é fundamental e emergente que as mudanças sejam feitas, seguindo o exemplo do Projeto de Lei n. 643/2020, o qual propôs pelo aumento penal nos crimes de furto em casos de calamidade pública e/ou desastres.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 27. ed. São Paulo, Saraiva, 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **CCJ aprova aumento de penas para quem furtar ou roubar durante pandemia**. 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/758473-ccj-aprova-aumento-de-penas-para-quem-furtar-ou-roubar-durante-pandemia/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto dobra pena para furto cometido durante calamidade pública**. 2020. Acesso em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/698616-projeto-dobra-pena-para-furto-cometido-durante-calamidade-publica>>. Disponível em: 11 nov. 2021.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL, STF. **HC 139738 AgR**, Rel. EDSON FACHIN, Rel. p/ Acórdão: GILMAR MENDES, 2ª T., DJ: 08/06/2018, DJe-153 de 31/07/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387900/false>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL, STJ. **HC 501.072/SC**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª T., DJ: 06/06/2019, DJe: 11/06/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

ELTZ, Magnun Koury de Figueiredo. **Direito Penal III**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro, Forense, 1985.

JESCHECK, H. H. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, 1981. v. 1 e 2.

MASSON, C. R. **Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General.** 8. ed. Barcelona: PPU, 2010.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano.** Bogotá, Temis, 1976.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, L. R. **Multa penal.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

PRADO, L. R.; BITENCOURT, C. R. **Elementos de Direito Penal:** Parte Geral. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. v. 1.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal.** Madrid, Ed. Reus, 1927 e 1929.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán.** 12. ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal.** 6. ed. Buenos Aires, Ediar, 1991.

A LEI DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

JESSICA VITÓRIA DE ALMEIDA VICTORIO:

Bacharelanda em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus-FAMETRO ¹

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é descrever sobre a Lei do Feminicídio e seus efeitos no Código Penal Brasileiro. Feminicídio é o homicídio de mulheres por razões da condição de gênero que são desencadeados de casos de violência que ocorrem em relacionamentos e violência doméstica, a qual se encontra situações de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Pontuando sobre a visão da sociedade e do homem sobre a mulher, entrando numa análise socio cultura e jurídica, a qual foi levada em conta para o Legislador aprovar a lei. Além de que abordando sobre a real reação da lei no contexto atual da sua, pontuando em quais pontos era para ocorrer sua eficácia e citando as desavenças que colaboram para sua ineficácia na aplicabilidade dentro do ordenamento brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Feminicídio. Gênero. Mulher. Violência contra mulher.

ABSTRACT: The objective of this research is to describe the Femicide Law and its effects on the Brazilian Penal Code. Femicide is the homicide of women for reasons of gender condition that are triggered by cases of violence that occur in relationships and domestic violence, which are situations of contempt or discrimination against the condition of women. Punctuating on the vision of society and men regarding women, entering into a socio-cultural and legal analysis, which was taken into account for the Legislator to approve the law. In addition to addressing the actual reaction of the law in its current context, pointing out at which points its effectiveness was to occur and citing the disagreements that contribute to its ineffectiveness in its applicability within the Brazilian law.

KEYWORDS: Criminal Law. Femicide. Genre. Woman. Violence against women.

SÚMARIO: 1. Introdução; 2. A origem do Feminicídio: 2.1 O patriarcado da sociedade sobre a mulher; 2.2 O inconsciente coletivo sobre a mulher e a violência de gênero 3. Da visão jurisprudencial e legislativa sobre o feminicídio e a necessidade da criação da lei nº 13.104/15: 3.1 O combate à impunidade; 3.2 Retardar o número de casos e evitar mais ocorrências 4. Da ineficácia da lei nº 13.104/15: 4.1 Divergência da natureza da qualificadora do feminicídio e as decisões que favoreceram o agressor/assassino 5. A aplicabilidade da lei 13.104/15 na atualidade e a ineficácia de sua aplicação: 5.1 Proposta de novas soluções para a Lei do Feminicídio 6. Conclusão; 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem a intenção de analisar sobre o Feminicídio no Código Penal Brasileiro e sua procedência e eficácia nos dias atuais. Como se encontra na sociedade, sua

aplicabilidade está sendo feita corretamente, etc. Quando é abordado sobre feminicídio, a primeira imagem ou palavra que associam é a morte de uma mulher. É feminicídio é o assassinato de mulheres por uma questão de gênero num contexto em que existe uma discriminação, ódio, raiva e tentativa de dominação do assassino/feminicista perante a vítima.

O feminicídio ainda é considerado uma Lei recente, pois entrou em vigor há exatos seis anos, onde somente em 2015 quando foi aprovada a Lei Federal 13.104/15 seus efeitos começaram a valer. Anteriormente a esta Lei, ocorria centenas de mortes de mulheres, muitas vezes por companheiros que tinham ciúmes, raiva e ódio, a qual tentaram de várias formas controlar a vida da vítima e seu ato final de controle, era tirar a vida dessas mulheres. O Brasil é considerado o quinto país do mundo com maior número de feminicídios. Durante a pandemia de Covid-19 de 2020, 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. (MANSUIDO, 2020)

A Lei do Feminicídio foi criada devido ao CPMI - Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher do Congresso Nacional, que investigou a violência contra as mulheres nos estados brasileiros entre março de 2012 e julho de 2013. A qual por meio desta lei, ocorreu a alteração no Código Penal junto ao Art. 121 § 2º, VI do CP, acrescentando no Código Penal o feminicídio como um homicídio qualificado.

Feminicídio no entendimento do âmbito penal, nada mais é, que um homicídio qualificado na qual sua tipologia/ característica que diferencia dos outros tipos de homicídios qualificados é a morte de uma mulher por razões de gênero.

Antes da criação da Lei do Feminicídio, não tinha uma penalidade específica para o crime de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, era visto como um homicídio do Art. 121 do Código Penal, sendo isso uma das condições que levou o Legislador a criá-la.

Neste artigo científico, será abordado sobre o porquê a criação da lei foi necessária e porque os casos ainda estão aumentando a cada dia, mostrando uma ineficácia na lei em punir e prevenir casos e qual a solução mais viável para ser adotada. Seria sinal de que a lei não está atendendo sua função maior de punir os assassinos e evitar que mais casos se repitam.

A subjugação máxima da mulher por meio de seu extermínio tem raízes históricas na desigualdade de gênero e sempre foi invisibilizada e, por consequência, tolerada pela sociedade. A

mulher sempre foi tratada como uma coisa que o homem podia usar, gozar e dispor.

Marixa Fabiane Lopes Rodrigues, juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

2 A ORIGEM DO FEMINICÍDIO

A violência contra a mulher se faz presente em todo cenário histórico do mundo, a normalidade em volta deste tipo de violência, a torna um fato cotidiano universal, em cada capítulo da história, há uma mulher agredida, é como se em algum momento do passado, foi determinado que todas as mulheres podem ser tornar vítimas de violência, em qualquer momento de sua vida. (TELES; MELO, 2003)

Para chegar no momento atual, ao ponto de criar uma Lei devido a morte de mulheres por conta do gênero, o feminicídio, temos que voltar é olhar para o início da história, onde tudo começou, onde a razão pareceu surgir, o porquê disso ou daquilo. Por que foi necessário a criação desta lei em nosso ordenamento jurídico?

Era ensinado nas escolas, em reportagens e filmes sobre a Pré-história, que a mulher que era "casada" para servir ao marido, onde ocorria a típica imagem que o homem puxando o cabelo da esposa, visto atualmente como um ato de controle e dominação. A qual ela não tinha opinião ou liberdade para tomar suas atitudes.

Nessa época era possível notar a dominação e controle sobre todas as atitudes das mulheres, inclusive de pensar. As mulheres eram vistas inclusive como "frágeis" pelo fato de menstruarem e até engravidar o direito de "cuidar" delas, pensar e decidir sobre a vida delas, sendo uma forma de controle camuflada como um zelo e cuidado. Onde sabemos que acabou passando do controle essa sensação de "cuidado" sobre as mulheres. (FORTUNATO, 2021)

Mesmo com os avanços devido a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340), em vigor desde 2006, o número de assassinatos no Brasil só aumenta. Inclusive no período de 2020, na fase de pandemia do Covid 19.

Conforme notícia do site Agência Brasil em São Paulo:

De janeiro a abril de 2019, foram registrados 55 casos de feminicídio no estado. No mesmo período de 2020, foram 71 registros. Em 2021, foram 53 assassinatos de mulheres em razão do gênero, segundo dados da Secretaria de Segurança Pública (SSP). Em relação às medidas protetivas, foram mais de 47 mil em 2019 e mais de 52 mil registros em 2020.

Nos primeiros quatro meses de 2021, o total já ultrapassa 21 mil, a tendência, portanto, é de crescimento para este ano. O aumento do desemprego com a crise econômica, o maior peso para as mulheres na divisão sexual do trabalho, o fechamento das escolas e o acesso a outras vivências são algumas das questões que impactam a dinâmica de vida das mulheres na pandemia e acabam por afastá-las das redes de proteção. Já era deficitário e a pandemia provoca uma crise, um déficit ainda maior, aliado ao problema econômico. Com isso a gente vai ter, sem dúvida, um exacerbamento desse quadro de violência, aponta Alessandra. (MACIEL, 2021)

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) destaca que os casos de feminicídio cresceram 22,2%, entre março e abril deste ano, em 12 estados do país, comparativamente ao ano passado. Intitulado Violência Doméstica durante a Pandemia de Covid-19. (BOND, 2020)

Nos meses de março e abril, o número de feminicídios subiu de 117 para 143. Segundo o relatório, o estado em que se observa o agravamento mais crítico é o Acre, onde o aumento foi de 300%. Na região, o total de casos passou de um para quatro ao longo do bimestre. Também tiveram destaque negativo o Maranhão, com variação de 6 para 16 vítimas (166,7%), e Mato Grosso, que iniciou o bimestre com seis vítimas e o encerrou com 15 (150%). Os números caíram em apenas três estados: Espírito Santo (-50%), Rio de Janeiro (-55,6%) e Minas Gerais (-22,7%). Em comunicado à imprensa, a entidade novamente torna públicos registros que mostram queda na abertura de boletins de ocorrência, evidenciando ao mesmo tempo em que as mulheres estão mais vulneráveis durante a crise sanitária, têm mais dificuldade para formalizar queixa contra os agressores e, portanto, para se proteger. (BOND, 2020)

2.1 O patriarcado da sociedade sobre a mulher

Olhando para uma visão da sociocultural, a visão sobre o homem é a dominação e a da mulher da submissão e opressão. Com isso as mulheres se tornam submissas à mercê do controle e domínio do homem. A qual a ideia de domínio já vem estruturada dentro do inconsciente de toda sociedade, onde temos presente o poder patriarcal. Patriarcado é um sistema social baseado em uma cultura, estruturas e relações que favorecem os homens, em especial o homem branco, cisgênero e heterossexual. (FOLTER, 2021)

Estudando sobre a história e todo seu contexto dentro do universo que se encontra a mulher vs. dominação vs. Violência. Constata a dominação sobre a mulher num sistema que contém diversas formas de violência, sendo o patriarcado o sistema de dominação social mais antigo, estando presente no inconsciente da psique da sociedade. Onde o objetivo principal do patriarcado é a dominação sobre as mulheres, tornando-as submissas. Nisso entramos no ponto da violência que muitas mulheres se encontram sujeitas, sendo

essa violência muitos dos casos em ambiente domésticos, que por séries de abusos e agressões acaba que o último ato de controle do homem é o homicídio(feminicídio) desta mulher.

2.2 O inconsciente coletivo sobre a mulher e a violência de gênero

Dentro da mente humana, somos guiados pelo nosso interior, nossa psique (mente, entendimento, intelecto). Que por conta dessa psique somos influenciados no mundo exterior, onde manifestamos nossas ideologias, ideais, concepções, princípios entre outros. É a forma como enxergamos o mundo, onde conseguimos entender o porquê da dominação do homem sobre a mulher.

Quando olhamos o cenário do universo das mulheres, encontramos no plano da violência uma questão muito ligada à violência do parceiro sobre a parceira. Onde a uma questão de dominação sobre o que a mulher faz ou deixa de fazer, abusos psicológicos ou emocional, abuso sexual, abuso tecnológico, abuso patrimonial e abuso físico, o qual por meio desse abuso físico, influência nos cenários em que o abuso físico é recorrente e acontece várias vezes e infelizmente a casos que deixa de ser um abuso físico é entra no grau de Feminicídio imposto no Código Penal- Art. 121, § 2º, VI e Lei nº 13.104/2015. Ressaltando que Feminicídio é a morte de uma mulher por questão de gênero. Onde a mulher é morta porque carrega todo o contexto de ser mulher. Inclusive há os casos de feminicídio de mulheres trans, onde está ligado ao assassinato devido ao gênero.

Deste modo, importante apresentar o conceito de gênero, gênero é um recurso utilizado para se referir à construção social desigual baseada na existência de hierarquia entre os sexos e as consequências que daí se originam. Essa diferença não é só conceitual, tem efeitos políticos, sociais e culturais (FARAH, 2004).

Não é identidade entre homens e mulheres que queremos reclamar, mas uma diversidade historicamente variável mais complexa do que aquela que é permitida pela oposição macho/fêmea, uma diversidade que é também diferentemente expressada para diferentes propósitos em diferentes contextos. Na verdade, a dualidade criada por essa oposição traça uma linha de diferença, investe-a com explicações biológicas, e então trata cada lado da oposição como fenômeno unitário (...). Em contraste, nossa meta é ver não somente diferenças entre os sexos, mas também o modo como essas trabalham para representar as diferenças dentro dos grupos de gênero. A identidade construída em cada lado da oposição binária esconde o múltiplo jogo de diferenças e mantém sua irrelevância e invisibilidade (SCOTT, 1986; LOURO, 1995).

Com relação à violência de gênero, ressalta-se que está se desenvolve em um contexto em que as relações são produzidas socialmente. A violência de gênero só se sustenta em um quadro de desigualdades de gênero. Estas integram o conjunto das

desigualdades sociais estruturais, que se expressam no marco do processo de produção e reprodução das relações fundamentais – as de classe, étnico-raciais e de gênero. A estas relações podem-se agregar as geracionais, visto que não correspondem tão-somente à localização de indivíduos em determinados grupos etários, mas também à localização do sujeito na história, na ambiência cultural de um dado período, na partilha ou na recusa dos seus valores dominantes, nas suas práticas de sociabilidade (ALMEIDA, 2007).

A violência contra a mulher surge a partir de uma desproporção entre os sexos, onde a mulher é sempre vista como fraca, que deve ser protegida, que precisa de apoio e não consegue pensar por si só, uma submissa e o homem o forte, o protetor, o dominador, o responsável para orientar a mulher sobre o que é certo para ensinar a mulher, sobre o que é certo ou errado, pois ela (segundo o contexto social se manifesta) não tem sequer capacidade de juízo sobre o que pensa, sendo o homem o persuasor da relação.

O qual surge a partir de um pensamento desde as épocas das cavernas, onde a sociedade sempre via a mulher como um ser a ser dominado, controlado, guiado é esse pensamento vem até os dias de hoje dentro do subconsciente da sociedade. Onde o homem é a sociedade, inclusive até as mulheres têm a visão de que sempre a mulher deve estar abaixo do homem, como no contexto religiosos e em diversos outros esse pensamento se encontra.

É quando sob um pensamento existente na mente humano que vem desde a séculos atrás, dentro da psique do homem sociedade. É o inconsciente coletivo. A qual segundo uma visão Junguiana ou Analítica, que seu criado Carl Jung acreditava que os seres humanos passam por grandes evoluções além das físicas também passamos pela mentais e psicológica. Então, da mesma forma que evoluímos em cultura, raciocínio físico, o psicológico também é influenciado nessa evolução. É como toda evolução ela fica impregnada no nosso corpo e consciente(mental/psique), onde vamos levando-a para cada geração. Com o psicológico do ser humano não é diferente. Hall e Nordby demonstraram a visão de Jung (2020. p.31)

A evolução e a hereditariedade dão as linhas para a psique, exatamente como faz no corpo.

Inclusive Hall e Nordby ainda demonstrando a visão de Jung (2020. p.31)

A mente, por intermédio de seu correspondente físico, o cérebro, herda as características que determinam de que maneira uma pessoa reagirá às experiências de vida, chegando até a determinar que tipos de experiências terá. A mente do homem é pré-figurada pela evolução.

Prosseguindo com o demonstrado acima, os seres humanos possuem um arquivo mental no inconsciente, onde são totalmente influenciados sobre ele, em todos os contextos da vida, mesmo que não ciente sobre essa parte.

É nesse inconsciente, encontramos dentro o comportamento sobre o machismo estrutural, misoginia, dominação sobre a mulher etc. Não seria possível que um pensamento desses, mesmo em pleno século XXI, exista ainda. Com tantos avanços nos direitos das mulheres, liberdade de opinião etc.

Em movimentos feministas e debates ocorre a seguinte frase: “Em pleno 2021, ainda observamos mulheres sendo ameaçadas, abusadas, espancadas e mortas por serem mulheres”. Quando adotam essa frase estão querendo transmitir a mensagem de que mesmo em uma época que o mundo é mais moderno, cheio de direitos, conquista das mulheres, onde podemos votar, casar, divorciar, trabalhar, fazer tudo que quisermos por sermos seres humanos com direitos iguais, conforme o Art. 5º, I da CF/88.

Mesmo com leis destinadas a proteger o direito das mulheres, ainda continuam sendo vítimas de agressões e mortes por motivos banais com o de ser mulher.

Por isso, a criação de uma Lei, que tem como objetivo condenar assassinos que matam mulheres por questão de gênero, a qual para quebrar essa corrente de dominação e assassinatos, tem que trabalhar na ideia de que tal ato, matar uma mulher por ser mulher, vai valer sua liberdade, o livre arbítrio de ir e vir sem contar que uma vida é tão importante que o fato de a tirar tem que ser sempre ressaltado como algo sublime. Mostrando uma forma de evitar que a sociedade continue matando mulheres e punindo os delatores, erradicando de vez o problema.

3 DA VISÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA SOBRE O FEMINICÍDIO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DA LEI Nº 13.104/15

A partir desta parte do artigo, será demonstrado o que conduziu o legislador a inclusão da qualificadora do feminicídio no Código Penal.

Em 9 de março de 2015, o Projeto de lei do senado 8.305/2014 deu início para a publicação da Lei nº 13.104/15, a qual por meio desta, tivemos a inclusão no Código Penal, Art.121, § 2º, VI do CP, onde através disso, uma nova modalidade de homicídio qualificado surgiu, o feminicídio. No qual uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino.

Sobre a razão de ser lei ou como é conhecido no Latim a *Ratio Legis* do feminicídio, foram necessários alguns pontos cruciais para sua criação.

3.1 O combate à impunidade

Conforme aponta o Barros e Souza (2019), para que os feminicidas (autores do feminicídio) não continuem sendo beneficiados por diversas interpretações jurídicas a respeito do caso, com penas brandas, onde muitos casos são considerados como homicídio simples, crime passional, levados a casos de ciúmes, sendo enquadrado por motivo fútil o que nem sequer deveria ser o caso. Pois como colocado, o feminicídio é matar uma mulher por ser quem ela é, e a sua visão num todo maior.

Expressões, comportamentos, opiniões, posicionamentos, atitudes e vivências. Onde a maioria dos casos de feminicídio são ligados a uma raiva tão forte do feminismo sobre a mulher que muitos juristas tentam colocar penas e decisões menos agravantes com justificativas que de o caso não se enquadra em feminicídio, ou que a pena seja revista pois acreditam que o caso em questão não deve ser punido de tal maneira.

Olhando assim para a morte de uma mulher como algo que sequer tem um significado e direito. Onde homens, matam simplesmente por não poder controlar. É como um pássaro livre e não conseguimos admirar seu voo se tocá-lo e acabar o matando por isso. Então o legislador viu necessário criar esta lei para evitar que continue tendo interpretações jurídicas inaceitáveis, onde usam como “crime passional” ou ciúmes.

3.2 Retardar o número de casos e evitar mais ocorrências

O outro ponto que fez a criação da lei, foi a prevenção de que mais casos ocorram. O feminicídio é o último controle que o homem tem sobre a mulher, onde ele sente literalmente que tem em mãos a decisão de controlar a vida dela. Entre a morte ou a vida. Aqui entra bastante na questão abordada sobre patriarcado, dominação da mulher, que vem desde o inconsciente do homem. (BARROS; SOUZA, 2019)

Neste ponto há um desequilíbrio muito intenso sobre a visão da sociedade machista sobre as mulheres, ao ponto de ser normal matá-las. Onde a criação da lei também veio para alertar e lembrar a sociedade, que o direito à vida e para todos, não importa gênero, sexo, orientação, cultura religiosa ou idade e mostra que o feminicídio é um crime ligado a desigualdade estrutural.

Reconhecer que mulheres estão sendo vítimas por serem quem são, por meio de uma lei, se torna mais claro para o Judiciário e a Sociedade. Não podendo negar o que está acontecendo em nosso país.

Nesse ponto de cima, entra a questão também da Lei Maria da Penha, que sua criação tem o objetivo prevenir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Onde muitos casos de feminicídio, são a maioria deles, acontecem decorrente de uma série de ocorrências de abuso dentro de seus próprios lares, onde infelizmente o feminicídio acaba sendo a última agressão. Ressaltando que a muitos casos de feminicídio

que não decorrem de violências domésticas ou familiares, a várias tipologias de feminicídio adversas dessa mais conhecida, por exemplo feminicídio homoafetivo (uma mulher mata a outra no contexto de violência doméstica e familiar), o feminicídio simbólico heterogêneo que é o feminicídio onde um homem assassinou uma mulher pelo menosprezo na condição de mulher, feminicídio aberrante por aberratio ictus(Por acidente no uso de execução o homem ou mulher atingem uma mulher que não era a mulher que pretendiam executar, entre outros mais tipos de feminicídio) (BARROS; SOUZA, 2019).

Voltando ao ponto da criação da lei, o objetivo é expor a ferida de desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade e proteger a dignidade da mulher, onde bater de frente com a desigualdade é a condição de mulher.

O legislador analisou conforme o estudo condições para atuação da lei do feminicídio: punir os assassinos e evitar que mais casos ocorram.

Conforme pontua Barros e Souza:

A inadmissível situação de violência endêmica contra o sexo feminino levou o Legislador a incluir a rubrica do feminicídio no Código Penal. A mera edição dessa lei, todavia, não será suficiente para acabar com o inaceitável recrudescimento da matança de mulheres no país.

Vale ressaltar que o Direito Penal tem a função de ser a última opção de solução (Princípio da Intervenção Mínima), punindo condutas que são consideradas inadequadas perante a sociedade, ferindo a vida, liberdade que coloca em risco o convívio social. (THEODORO, 2020)

Com a vida em sociedade, surgiu a necessidade de garantir ao indivíduo certos direitos que seriam preteritamente assegurados através da autotutela – ou seja, cada pessoa seria responsável por defender o que entende ser seu por direito. Assim, por entender que essa proteção individual – pela autotutela – teria eficácia mínima, fez-se necessário a heterotutela. Agora, cada um de nós atribui a outrem, o Estado, a responsabilidade de lhe garantir seus direitos. (ALLEGRO, 2005)

Entretanto, diante de diversas divergências e debates, parece ser quase que unânime entre os teóricos contratualistas a defesa da necessidade de um direito punitivo do Estado para que os direitos individuais possam ser de fato efetivados.

De acordo com Toledo (1994, p. 15):

Bem em um sentido mais amplo, é tudo aquilo que nos apresenta como digno, útil, necessário e valioso [...] Os bens são, pois, coisas

reais, ou objeto ideal dotado de" valor, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que além de serem o que são, valem.

Dessa maneira, o direito penal protege os chamados bens jurídicos fundamentais que são eles: A vida, o Patrimônio, a honra, a integridade física, psíquica e orgânica, a imagem, a paz, e outros.

Então desta forma podemos falar o porquê foi necessário a criação da Lei 13.104/15- Lei do Femicídio, onde o bem jurídico que está sendo protegido é a vida.

O legislador reconheceu que era necessário a criação desta Lei devido à crescente massa de assassinatos de mulheres por motivos ligados ao gênero. Onde eram mortas muitas vezes por companheiros. Onde a Lei Maria da Penha- Lei 11.340/06, onde cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, passava do ponto de agressão para assassinato é não era aparada. Sendo os casos julgados apenas como um homicídio por ciúmes. Com a criação da Lei do Femicídio temos a aplicação do Princípio Constitucional: Princípio da Legalidade. Através dela é possível punir adequadamente os casos de feminicídio, pois antes não havia qualificação adequada para tal conduta ilícita. Conforme art. 5º, inciso XXXIX, Constituição Federal- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, sendo representados pelas expressões latinas: *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*.

Voltando na questão da violência, temos que lembrar que é uma ação que utiliza a força como forma de dominar a outrem sendo uma forma de controlar a liberdade e vontade de outrem. A violência no contexto da violência doméstica contra a mulher teve início muito antes dos tempos atuais. Vem dentro inconsciente da sociedade onde temos uma cultura patriarcal, machista e sexista.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o número de mortes de mulheres alcança o patamar de 4,8 para cada 100 mil mulheres, considerando que o Mapa da Violência de 2015 aponta que, entre 1980 e 2013, 106.093 pessoas morreram por sua condição de ser mulher, e que as mulheres negras são ainda mais violentas, que apenas entre 2003 e 2013, houve aumento de 54% no registro de mortes, passando de 1.864 para 2.875 nesse período. Muitas vezes, são os próprios familiares (50,3%) ou parceiros/ex-parceiros (33,2%) que matam as mulheres.

4 DA INEFICÁCIA DA LEI Nº 13.104/15

4.1 Divergência da natureza da qualificadora do feminicídio e as decisões que favoreceram o agressor/assassino

Antes de abordar sobre as decisões que “favorecem” o feminicida, deveremos abordar sobre a visão da qualificadora do feminicídio sobre as controvérsias doutrinárias. Sendo expostas no seguinte entendimento:

Tendo em vista a 1ª posição: A qual, entende que a qualificadora do feminicídio é subjetiva (motivo do crime), na medida em que se enquadra na motivação do agente. (DIRCEU; SOUZA, 2019)

Ou seja, o homicídio cometido por estritas razões relacionadas à condição de mulher, não havendo ligação com os meios ou modos de execução do crime. (DIRCEU; SOUZA, 2019)

A violência doméstica ou familiar e também o menosprezo ou discriminação à condição de mulher não são formas de execução do crime, e sim, a motivação delitiva; portanto, o feminicídio é uma qualificadora subjetiva. (DIRCEU; SOUZA, 2019)

No mesmo sentido é a posição de Bitencourt (Dirceu e Souza 2019, p.42):

O próprio móvel do crime é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas é, igualmente, a vulnerabilidade da mulher tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista.

A visão de Bianchini (Dirceu e Souza 2019, p.42):

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Uma hipótese: mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado a mata. E mata-a por uma motivação aberrante, a de presumir que a mulher deve se submeter ao seu gosto ou apreciação moral, como se dela ele tivesse posse, anulando-lhe opções estéticas ou morais, supondo que à mulher não é possível contrariar as vontades do homem. Em motivações equivalentes a essa há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino, ou do feminino exercendo, a seu gosto, um modo de ser feminino. Em razão disso, ou seja, em decorrência unicamente disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime; é, sim, sua razão, seu motivo.

Posição Do STJ:

“Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empecilho a que incida a qualificadora da surpresa.” (RT 680/406).

As qualificadoras do feminicídio (natureza subjetiva) e as qualificadoras do motivo torpe e fútil (natureza subjetiva) não podem ser cumuladas, constituindo-se um verdadeiro bis in idem a possibilidade de cumulação, uma vez que o desprezível menosprezo à condição da mulher já é um motivo abjeto, repugnante, torpe. (DIRCEU; SOUZA, 2019)

Bem como a 2ª Câmara Criminal do TJMG:

A cumulação da qualificadora referente à futilidade do motivo do crime àquela do feminicídio configuram o vedado bis in idem, uma vez que, inobstante a existência de respeitável entendimento em sentido diverso, ambas são qualificadoras de natureza subjetiva, já que estão ligadas à motivação do agente para a prática delitiva. (Recurso em Sentido Estrito nº 0028221-64.2015.8.13.0572 (1), 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Beatriz Pinheiro Caires. j. 22.09.2016, Publ. 03.10.2016).

2ª posição: para a segunda posição, a qualificadora do feminicídio é objetiva.

Para o autor, com o advento da Lei nº 13.104/2015, que incluiu mais uma qualificadora ao crime de homicídio, cinco passam a ser as espécies de qualificadoras: 1) pelos motivos (incisos I a II – paga, promessa ou outro motivo torpe, e pelo motivo fútil); 2) meio empregado (inciso III – veneno, fogo, explosivo, asfixia, etc.); 3) modo de execução (inciso IV – traição, emboscada, dissimulação, etc.), 4) por conexão (inciso V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) e, a novidade, 5) pelo sexo da vítima (inciso VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino). (DIRCEU; SOUZA, 2019). Para Vicente Maggio, as qualificadoras previstas nos incisos III, IV e VI são objetivas.

Na mesma linha, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ALEGADO BIS IN IDEM DO MOTIVO TORPE COM A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA “F”, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Verifica-se que o acórdão recorrido apreciou as teses defensivas com base nos fundamentos de fato e de Direito que entendeu relevantes e suficientes à compreensão e solução da controvérsia, o que, na hipótese, revelou-se suficiente ao exercício do direito de defesa, inexistindo qualquer omissão.

2. O Tribunal a quo decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe (vingança contra ex-namorada) de qualificadora de natureza subjetiva, e o fato de a vítima e o acusado terem mantido relacionamento afetivo por anos, sendo certo, que o crime se deu com violência contra a mulher na forma da Lei nº 11.340/2006, ser uma agravante de cunho objetivo, não se pode falar em bis in idem no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto.

3. Nessa linha, trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Felix Fischer, REsp nº 1.707.113/MG (DJ 07/12/2017), no qual destacou que considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto 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.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1741418/SP, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018);

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. (AgRg no HC 440945/MG, Min Nefi Cordeiro, Sexta turma, julgado em 05/06/2018).

Segundo essa corrente, a nova qualificadora do feminicídio não deve ser compreendida como móvel imediato da conduta, a exemplo de uma discussão banal, adultério, possessividade, desilusão amorosa, ciúmes excessivos ou inconformismo com o fim do relacionamento afetivo. Em verdade, o texto da qualificadora do feminicídio (inciso VI), que é complementado pela norma explicativa do § 2º-A, descreve hipóteses fáticas que devem ser aferidas objetivamente, a fim de identificar a existência da violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A qualificadora do feminicídio assenta-se em circunstâncias que, para ser bem compreendidas, devem ser conjugadas com os artigos 5º e 7º da Lei nº 11.340/2006 que enumera as hipóteses e formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. (DIRCEU; SOUZA, 2019)

A interpretação do inciso II do § 2º-A confirmar a natureza objetiva da qualificadora na medida em que é aplicável em assassinatos entre pessoas desconhecidas entre si, isto é, sem qualquer relação interpessoal, diferentemente da hipótese do inciso I do § 2º-A, que cuida dos casos em que autor e vítima têm ou mantiveram alguma relação de proximidade, conforme hipóteses do art. 5º, I, II e III, da Lei nº 11.340/2006 (DIRCEU; SOUZA, 2019).

Em arremate, considere-se que a opção político-criminal adotada pela criação desta qualificadora, se bem observada, torna a discussão sobre a sua natureza (se objetiva ou subjetiva) desajustada visto que o legislador penal adotou um modelo típico que procura superar justamente a subjetividade inerente ao motivo torpe e fútil, suscetível de leituras preconceituosas e sexistas. Não fosse essa a razão da reforma legislativa, a alteração seria, na célebre expressão de Michel Foucault, um “isomorfismo reformista”, caracterizado por alterações meramente superficiais, inaptas a produzir qualquer tipo de mudança estrutural e finalística de determinados institutos. (DIRCEU; SOUZA, 2019)

Defende a natureza objetiva desta qualificadora a Comissão Permanente de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher-COPEVID.

Também é a posição do FONAVID-Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência

Doméstica e Familiar Contra a Mulher, que editou o ENUNCIADO 39 que prevê que: A qualificadora do feminicídio, nos termos do art. 121, § 2º-A, I, do Código Penal, é objetiva, uma vez que o conceito de violência doméstica é aquele do art. 5º da Lei nº 11.340/06, prescindindo de qualquer valoração específica. (DIRCEU; SOUZA, 2019)

Os autores dissentem quanto a natureza da qualificadora do feminicídio de modo que Francisco Dirceu Barros filia-se à primeira corrente, e, portanto, entende ser juridicamente impossível a configuração da tese do “feminicídio qualificado privilegiado”, enquanto Renee do Ó Souza compreende mais adequada a segunda corrente. (DIRCEU; SOUZA, 2019)

À vista disso, com a visão doutrinária sobre a qualificadora do feminicídio, notasse que existe uma discordância como será tratada a qualificadora. Por conta dessas duas visões, encontra-se decisões bastante contrárias, na qual irá desencadear inúmeras decisões que ou seguem a qualificadora do feminicídio, qualificando na decisão levando a visão da natureza objetiva ou teremos decisões que abordam totalmente o cunho da natureza subjetiva.

5 A APLICABILIDADE DA LEI 13.104/15 NA ATUALIDADE E A INEFICÁCIA DE SUA APLICAÇÃO

Consequentemente, devido às circunstâncias acerca da definição sobre a natureza da qualificadora do feminicídio, fica árduo a sua aplicação. Por conta de diversas visões.

De acordo com Cíntia Acayaba e Thiago Reis (2021), G1 diz que:

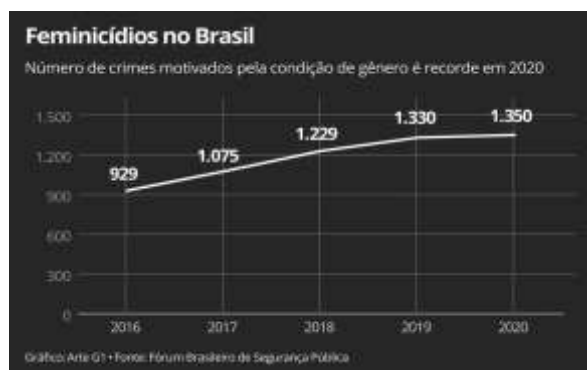
15% dos homicídios de mulheres cometidos por companheiros ou ex não foram classificados como feminicídio em 2020, diz o Anuário. A Lei do Feminicídio, de 2015, prevê que assassinatos cometidos por parceiros ou ex da vítima sejam registrados como tal. No entanto, 377 homicídios de mulheres registrados no ano passado não foram registrados devidamente como feminicídio. O estado do Ceará tem a maior taxa de homicídios de mulheres, mas só 8% foram registrados como feminicídios, muito abaixo da média nacional, de 34,5%.

A qual a notícia pontua que são casos em que o erro da tipificação se deu logo no início, no momento do registro do crime. Isso porque o autor já era conhecido.

Para a diretora do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Samira Bueno, há dois motivos para que os registros não sejam feitos da forma correta: falta de treinamento e preconceito. (ACAYABA; REIS, 2021)

Segundo Samira, falta um treinamento para que os sistemas policial e judiciário não deixem de registrar mulheres como vítimas de feminicídio apenas por elas não "se encaixam no estereótipo da mulher virtuosa. (ACAYABA; REIS, 2021)

O número de vítimas de feminicídio foi recorde em 2020. Houve 1.350 vítimas, um aumento de quase 1% em relação ao ano de 2019.



Evolução dos casos de feminicídio ao longo dos anos — Foto: Arte/G1

Além de tudo, no período da pandemia de Covid-19 de 2020, o número de casos de violência doméstica aumentou, porém, as notificações de crime contra a mulher tiveram redução, onde podemos notar que devido a reclusão por motivos de saúde coletiva, muitos parceiros ficaram mais tempos dentro de suas residências, na qual aumentava os quadros de agressões as vítimas consequentemente aumentando também casos de feminicídios.

Conforme notícia do site Por Camila Maciel - Repórter da Agência Brasil - São Paulo:

“Se a mulher não consegue relatar e obter respostas no primeiro ciclo da violência, nos primeiros níveis desse ciclo, a gente sabe que os quadros obviamente se agravam para feminicídio, que é o ponto final desse círculo”, disse a professora Alessandra Teixeira. De acordo com as pesquisadoras, em artigo divulgado pela Agência Bori, houve aumento de 1,9% dos feminicídios e de medidas protetivas em muitas delegacias e a diminuição de 9,9% de registros policiais de casos de violência contra a mulher, em relação a 2019.

Desde o inquérito policial foram observadas falhas e negligências no atendimento do caso das vítimas, igualmente nos casos de violência doméstica, como foi citado em notícias acima. Por todos estes motivos apontados, temos a Lei do Feminicídio se tornando ineficaz, deixando de cumprir com seu principal objetivo, que é punir e condenar o assassino de mulheres por questão de gênero, por conta desses detalhes que se acontecerem em conjunto, vão continuar a não contribuir na eficácia da Lei, a tornado

simplesmente só mais uma lei não sendo utilizada da sua maneira correta, e não ajudando na sociedade.

5.1 Proposta de novas soluções para a Lei do Feminicídio

No último parágrafo do capítulo anterior, foi pontuado pontos que acabam desencadeando na ineficácia da lei do feminicídio, nisso em conjunto é extremamente prejudicial à sociedade em um todo. Tem uma lei apenas no papel.

Dessa maneira, os Três Poderes têm obrigação de solucionar e acabar com esses problemas que estão influenciando na ineficácia da lei. Uma das medidas que vem sendo adotada, é a aumentar a pena do Feminicídio, conforme site Veja, Por Mariana Muniz (2021), projeto de Lei prevê penas mais duras para Feminicídio, de autoria da deputada federal Rose Modesto (DEM-MS), o Projeto de Lei 2939/2019 prevê alteração da Lei de Execução Penal, a fim de mudar a progressão de regime e vedar a concessão de saída temporária.

À vista disso, o sistema vem adotando novas medidas para que a lei tenha mais eficácia, e conseqüentemente gere benefícios ao todo maior da sociedade.

6 CONCLUSÃO

Tal como apresentado neste artigo, a Lei do feminicídio foi criada devido ao CPMI -Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher do Congresso Nacional. Por meio desta lei, ocorreu a alteração no Código Penal junto ao Art.121 § 2º, VI do CP, através deste o feminicídio adentrou do Código Penal.

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 e patriarcado, determinando os papéis de cada gênero em sociedade.

Por conseguinte, este modelo social implica na violação de direitos, a qual as mulheres são impostas a uma condição de inferioridade em relação aos homens, visão imposta pelo patriarcado, onde ocorre vários tipos de violência, chegando até a o feminicídio.

Levando em questão que a violência contra a mulher surge a partir de uma desproporção entre os sexos, onde a mulher é sempre vista como fraca, que deve ser protegida, que precisa de apoio e não consegue pensar por si só, uma submissa e o homem o forte, o protetor, o dominador, o responsável para orientar a mulher sobre o que é certo para ensinar a mulher, sobre o que é certo ou errado, pois ela (segundo o contexto social se manifesta) não tem sequer capacidade de juízo sobre o que pensa, sendo o homem o persuasor da relação. Entrando assim no ponto da visão Junguiana, dentro do inconsciente

coletivo segundo Jung, a mente herda as particularidade e atributos que determinam de que maneira uma pessoa entende e enxerga sobre a vida.

Apesar de ser um artigo científico com temática na Área de Direito Penal, trouxe essa parte sobre a psicologia junguiana ou analítica para poder dar seguimento em meu pensamento sobre o cenário do feminicídio.

O qual por conta do inconsciente encontramos o comportamento sobre o machismo estrutural, misoginia, dominação sobre a mulher, por isso sendo tanto difícil erradicar esse mal que tanto aflige e limita a vida das mulheres. Com essa citação de análise da psicologia junguiana foi permitido demonstrar que o problema em si da ação do feminicídio, que se encontra muito mais enraizado do que se era imaginado. Pois vem de algo tão internamente que pra mudar ou erradicar é quase algo impossível, tornando os mecanismos de defesa prejudicados. Entretanto, com a visão doutrinária sobre a qualificadora do feminicídio, notasse que existe uma discordância como será tratada a natureza da qualificadora.

Enquanto não houver um entendimento geral do legislador junto com o judiciário, vamos continuar com decisões distintas muitas vezes não sendo classificadas como feminicídio. Levando a outras condenações.

É fato que mesmo com as punições rígidas aplicadas a quem comete o crime de feminicídio, o número de mortes resultantes deste tipo não foi reduzido como deveria, o que leva a ineficácia na aplicação da Lei do Feminicídio. Com base nesses dados apresentados no artigo, fica claro que o número de casos de feminicídio só está aumentando e a Lei do Feminicídio está sendo ineficaz. Inclusive desde o dia de sua criação, não ocorreu uma redução. Os casos em que se enquadra como feminicídio são julgados e condenados muitas vezes como motivo torpe.

Encontrando um Judiciário o qual não consegue enquadrar os casos em feminicídio e igualmente há uma grande instabilidade na questão da natureza da qualificadora do feminicídio o que acaba gerando decisões contrárias muitas vezes em referência ao art. 121, § 2º, VI, do CP, onde o acusado é condenado em outros crimes não sendo julgado por feminicídio. Sendo problemas sociais desta maneira, não são apenas solucionados perante ao Judiciário, é uma questão que deve ser trabalhada no contexto social geral, para que a visão da sociedade sobre a mulher mude trabalhar nas fissuras na questão do Sistema Judiciário e Sistema Policial, que as vítimas inclusive de violência doméstica sejam bem recepcionadas, que a questão do feminicídio fique bem abordado, que o preconceito dessa questão fique reduzido e não prejudique a punição dos feminicidas, para que inclusive quando chegar no Sistema Judiciário não ocorra as desavenças sobre o entendimento da lei, sobre inúmeras discordâncias sobre a sua aplicação. Consequentemente se for trabalhado em todos os polos, sociedade, inquéritos

polícias, denúncias de violência e sistema judiciário, a lei vai passar a cumprir com seu maior objetivo: Punir aquele que mata uma mulher.

7 REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago. 15% dos homicídios de mulheres cometidos por companheiros ou ex não foram classificados como feminicídio em 2020, diz Anuário. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/15/15percent-dos-homicidios-de-mulheres-cometidos-por-companheiros-ou-ex-nao-foram-classificados-como-feminicidio-em-2020-diz-anuario.ghtml> Acesso em: 13 de set. 2021

ALLEGRO, Romana Affonso de Almeida, Bens Jurídicos. DireitoNet, 2005. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2089/Bens-juridicos> Acesso em: 15 de set. 2021

ALMEIDA, Suely Souza de. (org.) Violência de gênero e políticas públicas. Rio de Janeiro, Editora UFRJ, 2007.

BARROS, Francisco Dirceu e SOUZA, Renee do Ó. Feminicídio: Controvérsias e aspectos práticos. J. H. MINUZO, 2019

BOND, Letycia, Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia. Agência Brasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia> Acesso em: 08 de set. 2021

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e Políticas Públicas. Estudos Feministas, Florianópolis, 12 (1): 47-71, janeiro-abril/2004

FORTUNATO, Tammy, Violencia Domestica e Feminicidio, You Tube, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4lFZqDv0zas&feature=youtu.be> Acesso em: 10 de out. 2021

FOLTER, Regiane, O que é patriarcado?. Politize, 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/patriarcado/https://www.politize.com.br/&gclid=CjwKCAiA1aiMBhAUEiwACw25MROtKsWvP7nTeqdGdHhWhzjm-Gy-qa5gyiOsH7lo869lk19D5IwqcxoCRDEQAvD BwE> Acesso em: 10 de out. 2021

HALL, Calvin S. E NORDBY, Vernon J. Introdução à Psicologia Junguiana. Editora Cultrix, v. 2020

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, história e educação: construção e desconstrução. Educação & realidade, v. 20, n. 2, 1995.

MACIEL, Camila, Casos de violência doméstica estão subnotificados na pandemia. Agência Brasil, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-06/casos-de-violencia-domestica-estao-subnotificados-na-pandemia> Acesso em: 15 de out. 2021

MANSUIDO, Mariane, entenda o que é feminicídio e a lei que tipifica esse crime. Câmara Municipal de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/projeto-de-lei-preve-penas-mais-duras-para-femicidio/> Acesso em: 22 de out. 2021

SCOTT, Joan. Gender and the Politics of History. Nova Iorque: Columbia University Press, 1986.

THEODORO, Leonardo. Direito Penal: O que é?. Politize, 2021. Disponível em: https://www.politize.com.br/patriarcado/?https://www.politize.com.br/&gclid=CjwKCAiA1aiMBhAUEiwACw25MROtKsWvP7nTeqdGdHhWhzjm-Gy-qa5gyiOsH7lo869Ik19D5IwqcxoCRDEQAvD_BwE Acesso em: 22 de out. 2021

O ABORTO E A CAUSA DA MORTALIDADE MATERNA

MARIA GABRIELA LIMA BRITO: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Fametro – CEUNI FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho apresentará um assunto bastante discutido e polêmico na sociedade atual, o Aborto e a causa da mortalidade materna. O aborto é a interrupção de uma gravidez após sua concepção, podendo ocorrer de forma natural, acidental, criminosa, legal ou permitida. Atualmente, Para a OMS, a definição de morte materna, nada mais é aquela que decorre de problemas relacionados à gravidez ou por ela majorados. No Brasil, os números de mortes maternas são alarmantes, onde ultrapassam os valores de 50 por 100 mil habitantes, onde segundo a OMS deveriam ser inferiores a 20. Sabe-se que a atual legislação vigente proíbe o aborto, salvo três excludentes de licitude, quando a gravidez decorre de estupro, quando não há outra forma de salvar a vida da gestante ou quando se trata de feto portador de anencefalia.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Saúde. Crime. Morte Materna. Código Penal.

ABSTRACT: This work will present a much discussed and controversial subject in current society, Abortion and the cause of maternal mortality. Abortion is the interruption of a pregnancy after its conception, which can occur in a natural, accidental, criminal, legal or permitted way. Currently, for the WHO, the definition of maternal death is nothing else that results from problems related to pregnancy or increased by it. In Brazil, the numbers of maternal deaths are alarming, where they exceed the values of 50 per 100 thousand inhabitants, where according to the WHO they should be less than 20. It is known that the current legislation in force prohibits abortion, except for three legal exclusions, when the pregnancy results from rape, when there is no other way to save the pregnant woman's life or when it is a fetus with anencephaly.

KEYWORDS: Abortion. Health. Crime. Maternal Death. Criminal Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aborto; 2.1 Conceito de Aborto; 2.2. O aborto segundo o Código Penal Brasileiro; 2.3 O aborto perante a sociedade; 2.4 Punir ou Descriminalizar; 2.5 Direitos humanos da mulher e liberdade sexual; 2.5.1 Aborto e a saúde pública; 2..2 Projetos de lei pró-aborto; 3. Conclusão; 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o aborto pode ser considerado uma importante causa de óbitos maternos no Brasil, mesmo sendo ilegal e considerado crime quando não se tratam de gestações de fetos anencéfalos, gestações resultantes de violência sexual ou quando oferecem risco à vida da gestante, o número crescente de abortos ilegais realizados no

país é alarmante. Segundo dados apontam, os procedimentos em suma, são realizados por mulheres socialmente desfavorecidas, negras, pobres e de baixa renda.

Portanto, mesmo sendo criminalizado e penalizado, a interrupção ilegal de uma gestação não deixa de existir, se tornando um problema do estado e de saúde pública.

A proibição do aborto voluntário funciona como fator lesivo aos direitos humanos da mulher, sendo incompatível com a Constituição Federal brasileira e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil em 1948. Está mais que provado que o aborto existe, é fato social de ampla dimensão e vem sendo realizado, na maioria dos casos, em péssimas condições, fato que coloca em risco a vida de milhares de mulheres. Portanto, não atentar para o problema do abortamento é continuar a reprisar tragédias vividas isoladamente por mulheres e que resultam, às vezes, na morte de milhares de mulheres pobres, negras e jovens, muitas das quais ainda se veem ameaçadas pela denúncia e punição judicial.

Não vemos discussões acerca de planejamento familiar, saúde da mulher, direitos reprodutivos. É crime. As exceções para as punições de um a três anos – para a mulher que aborta – e de três a dez anos – para quem auxilia ou realiza o aborto – são: gravidez em decorrência de estupro, saúde da gestante e, fetos com anencefalia.

2.ABORTO

2.1 CONCEITO DE ABORTO

Aborto (abortus) transporta a ideia de privação do nascimento, interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção, o feto. Do ponto de vista médico, aborto é a interrupção da gravidez até 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou, ainda, segundo alguns, quando o feto mede até 16,5 cm. O penalista Heleno Cláudio Fragoso (1986) ensina que “o aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto”.

2.2 O ABORTO SEGUNDO O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O aborto é considerado crime, previsto no Código Penal Atual, no Título I, Capítulo I, em Crimes Contra a Vida, nos respectivos artigos 124, 125, 126, 127 e 128 que falam, do auto-aborto, quando a mulher pratica o aborto sem ajuda de terceiros, o aborto provocado por terceira sem consentimento da gestante, aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, forma qualificada do aborto e aborto necessário (consideradas exceções à criminalização do aborto), veja-se:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

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

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

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

O jurista e Magistrado Guilherme Nucci leciona as seguintes espécies:

“Aborto espontâneo ou natural: constitui a interrupção da gravidez procedente de causas patológicas, ocorrendo de maneira espontânea, não sendo considerado crime. Já o aborto acidental: é a interrupção da gravidez por causas exteriores, como quedas e choques, portanto não considerado crime. Outra espécie de aborto é o criminoso que consiste na interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto, tipificado como crime no Código penal. O aborto permitido ou legal é a interrupção da gestação com a morte do feto, admitida em lei. Divide-se em aborto terapêutico ou necessário (cessação da gravidez por recomendação médica, a fim de salvar a vida da gestante), em estado de necessidade. A espécie do aborto sentimental ou humanitário é aquela que há autorização legal para interromper a gravidez resultante de estupro, não tipificado como crime no Código Penal. O aborto Eugênico: cessação da gravidez, causando a morte do feto, quando este possui anomalias, ou seja, graves defeitos genéticos, entretanto não é causa de excludente de punibilidade, porém há controvérsias, se há ou não a descriminalização nessas hipóteses. E por fim, o aborto econômico-social consiste na cessação da gravidez, com a morte do feto, por razões econômicas ou sócias, considerado crime no Brasil.” (NUCCI, 2017, p.466-467).

2.3 O ABORTO PERANTE A SOCIEDADE

O certame do aborto no Brasil é antigo e as leis que regem este assunto foram formuladas nos anos 40 durante o período ditatorial do Estado Novo, que desde a época apontava o aborto como um crime. A legislação apontada anteriormente mostra as discordantes formas do crime e as ações que levam uma pessoa a cometer tal ato. A igreja católica teve forte domínio nas questões sobre acatar o aborto na sociedade e tem como opinião que o ato é um crime contra a vida e pecado até os dias de hoje.

No campo ético, o aborto é um assunto que gera muita polêmica e discussão, devido à isso se estabeleceram dois grupos principais: os *Pró-vida*, que reúnem pessoas que são contra o ato, e trazem argumentos como a banalização do aborto e da vida, além de problemas psicológicos. Já os *Pró-escolha* são os que estão a favor de uma legislação que descriminalize a prática, alegando que tal atitude irá auxiliar a mulher e a sociedade no âmbito ético, com a diminuição de clínicas clandestinas, gastos do SUS (Sistema Único de Saúde) e o controle de natalidade.

Em meio a este mundo de conflitos a feminista francesa Gisã aponta uma opinião divergente perante muitos da sociedade. Segundo ela a questão do aborto deve ser opção total da mulher ela querer ou não abortar, pois durante muitos anos a humanidade vem questionando este assunto que envolve não só a vida, mas sim a moral e ética de uma sociedade. Ela aponta também que as mulheres deveriam ser livres para opinar esta questão, pois elas dão à luz e cabe a elas saber o que é melhor. Tendo assim uma contradição entre as sociedades.

Um outro artigo intitulado “Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna”, de autoria de Debora Diniz e Marcelo Medeiros, traz dados importantes sobre a temática. No artigo há indícios que mostram como mulheres de baixa renda são expostas à prática do aborto. Com tantas alternativas para que a gravidez indesejável não aconteça, mulheres ainda engravidam, e algumas respostas por que este ato acontece são: a falta de estrutura familiar, falta do conhecimento do uso de remédios como a pílula, que é adquirida em farmácias, ou o uso incorreto e sem consentimento de médicos destes medicamentos acabam levando à gravidez não desejada e à prática do aborto, mesmo sendo este um ato muito arriscado e violento para a mulher.

Neste mesmo artigo um outro estudo realizado pela Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) chama a atenção. Este estudo fez um levantamento em domicílios realizado em 2010, cuja cobertura abrangeu as mulheres com idades entre 18 e 39 anos em todo o Brasil urbano. Mostrou-se que as mulheres de baixa renda também são as que praticam o aborto com frequência. Segundo o levantamento, após o final da vida reprodutiva já abortaram uma ou mais vezes.

O aborto é o responsável pela alta taxa de mortalidade materna segundo o Sistema Único de Saúde (SUS) e isso mostra que muitas mulheres estão realizando o ato clandestinamente. Ele pode ser feito pelas próprias gestantes, com medicamentos, utensílios inapropriados (como talos, agulhas de crochê, soda cáustica etc.) e em clínicas com pessoas sem formação alguma para a prática, além de pouca higiene.

Dados levantados pela Federação Brasileira de Sociedades de Ginecologista e Obstetrícia (FEBRASGO) mostram que a maioria dos médicos (Ginecologista e Obstetrícia) em muitos dos casos desconhecem os artigos contidos na legislação que trata do aborto, mesmo havendo uma minoria que sabem os procedimentos corretos ditados pela lei.

Percebe-se que a sociedade brasileira precisa de mudanças, tanto na educação quanto na saúde. Os dados levantados pelas pesquisas mostram um índice muito elevado do aborto em mulheres de classe média baixa, evidenciando as implicações sociais do aborto.

Devemos enxergar que o conhecimento muitas das vezes é deixado de lado quando o assunto é a sexualidade, e é neste momento que podem surgir graves dilemas com doenças (como o HIV) e aborto.

O conhecimento obtido pelos médicos também deve ser fiscalizado, já que na maioria das vezes estes desconhecem a formulação correta da lei sobre o aborto. Outro fator é que existem várias divergências sobre aborto na sociedade, onde muitos assuntos precisam ser discutidos tanto em esferas religiosas quanto científicas para o benefício das muitas mulheres que sofrem com a prática do aborto no Brasil.

“O processo de descriminalização e legalização devem ocorrer juntos, o primeiro refere-se a não criminalização das mulheres que decidem não darem continuidade a gravidez, independente das situações previstas por lei, e, a segunda reporta-se à regulamentação do procedimento abortivo, com a criação de políticas públicas de saúde, as quais se estabelece um prazo-limite de semanas de gestação na qual se permite interromper, formas de acolhimento e realização do procedimento na rede pública de saúde e privada, além de garantir orientação e informação sobre planejamento reprodutivo e acesso a métodos contraceptivos.” (MESQUITA, 2011).

2.4 Punir ou Descriminalizar?

2.5 DIREITOS HUMANOS DA MULHER E LIBERDADE SEXUAL

O aborto legal ou necessário é um fato atípico e, portanto, para ser realizado, depende apenas do consentimento válido da mulher. Ocorre que, mesmo sendo expressamente permitido, os médicos escusam-se de realizá-lo sob alegação de divergência moral. Ademais, não há infraestrutura adequada para o procedimento e os profissionais de saúde exigem da mulher autorização judicial, termo de boletim de ocorrência ou avaliação por uma Junta Médica.

Ressalte-se que não há condição imposta à realização do aborto legal e, diante das dificuldades, as mulheres recorrem ao aborto inseguro, fato que explica a alta mortalidade de mulheres em decorrência de procedimentos mal feitos.

A não implementação da política e estrutura para a realização do aborto seguro constitui um atentado à vida e à saúde das mulheres no Brasil e no mundo.

2.5.1 ABORTO E A SAÚDE PÚBLICA

Algumas pessoas acham que o aborto deve continuar sendo proibido, outras, que deve ser legalizado. Cada um tem seus próprios argumentos para defender sua posição, e dificilmente um lado um dia conseguirá convencer o outro, tornando o consenso algo praticamente impossível de atingirmos. Não que isso represente um problema, pois, na verdade, a opinião pessoal pouco importa quando tratamos dessa questão. E por quê?

Porque as mulheres já abortam, independentemente do que pensemos. Segundo o IAG, Instituto Alan Guttmacher, entidade americana que estuda a questão do aborto no mundo, cerca de 1 milhão de mulheres abortam no Brasil todos os anos. As católicas e as evangélicas abortam; as loiras, as morenas, as afrodescendentes, as pobres, as ricas, as adolescentes, as casadas, as que saem com vários parceiros, as que tiveram apenas uma relação sexual na vida e as que são mães, também. E vão continuar abortando, pois a decisão de interromper uma gravidez é pessoal e envolve várias questões que não podemos controlar.

As medidas de saúde pública adotadas pelo Estado levam em consideração, entre outros aspectos, o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, que afirma que o Estado tem o compromisso com a tomada de medidas políticas, sociais e econômicas no sentido de promover e recuperar a saúde da população, de modo a reduzir os agravos que causem mal à coletividade.

Então, relacionemos cada um desses aspectos com a criminalização do aborto, a começar pelos políticos: temos uma lei da década de 1940 que não atende mais às necessidades da sociedade, pois considera crime o abortamento provocado, pela própria gestante e/ou terceiros, cuja pena varia de 1 a 4 anos de cadeia. Impensável punir com detenção milhares de mulheres e pessoas que ajudam na indução do aborto quando mal damos conta dos crimes mais graves.

Agora vejamos a questão social. Vivemos em um país extremamente desigual, e essa disparidade aparece quando analisamos o aborto no Brasil. As moças e mulheres que podem pagar até cerca de 5 mil reais pelo procedimento conseguem realizá-lo com um mínimo de segurança do ponto de vista médico. As pobres, infelizmente, estão sujeitas a todo tipo de agressão física e psicológica a que a situação clandestina lhes inflige. Entretanto, todas correm riscos ao se submeterem ao procedimento, como mostra a morte trágica e recente de Jandira dos Santos Cruz e Elisângela Barbosa, ambas no Rio de Janeiro.

Do ponto de vista econômico, segundo o ginecologista Jefferson Drezett, coordenador do Ambulatório de Violência Sexual e de Aborto Legal do Hospital Pérola Byington, em São Paulo, "os recursos que gastamos para tratar as graves complicações do aborto clandestino são muito maiores que os recursos de que precisaríamos para atender as mulheres dentro de um ambiente seguro e minimamente ético e humanizado".

Outro argumento bastante utilizado por quem é contra a descriminalização do aborto é que as mulheres iriam passar a adotá-lo como método anticoncepcional. Ainda segundo o dr. Drezett, "em quase trinta anos de ginecologia, não conheci uma única mulher que quisesse experimentar uma gravidez indesejada para saber se é bom fazer um abortamento. Usar esse argumento é tratar a mulher como estúpida". Bem, é o que temos feito em larga escala.

Portanto, quem é contra o aborto tem uma saída simples: não o pratique. Ninguém é nem nunca será obrigado a abortar. Por outro lado, a mulher deve ser dona do próprio corpo e ter o direito de decidir se deseja ou não seguir com uma gravidez. E, acima de tudo, como cidadã, tem o direito de ser amparada, acolhida e cuidada qualquer que seja sua decisão.

2.5.2 PROJETOS DE LEI PRÓ-ABORTO

Repercutiu na câmara dos deputados um caso de dificuldade enfrentada por uma criança de 10 anos para realizar um aborto de uma gravidez decorrente de estupro em um hospital no Espírito Santo.

A Casa recebeu até o mês de setembro de 2020, 22 projetos de lei que tratam sobre aborto, um aumento de 83% com relação às 12 apresentações feitas no mesmo período de 2019. Dos 22 textos, oito foram protocolados depois que a história da criança foi exposta, no dia 16 de agosto. Foi necessário que a Justiça autorizasse o procedimento cirúrgico porque o Hospital Universitário Cassiano Antônio Moraes negou à criança o direito de e essa estorvar a gravidez.

O presidente Jair Bolsonaro (sem partido) baixou uma portaria no final de agosto obrigando que médicos comuniquem à polícia todos os pedidos de aborto que cheguem a eles, apesar da proporção que tomou o caso país afora.

Maioria dos textos protocolados tentam restringir o direito ao aborto: essa é a característica de todas as 14 propostas feitas até o final de 2019 e de 16 projetos em 2020. A deputada e pastora Flordelis, (PSD-RJ), propôs no ano passado o PL 788, por exemplo. A mesma pede que "reconheça desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro, conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica".

Caso fosse acatada, a medida estenderia ao feto os mesmos direitos reservados aos já nascidos, impedindo o aborto inclusive nas ocasiões previstas pela Constituição: quando a mulher é vítima de estupro, corre risco de vida ou o feto é anencefálico (ausência da maior parte do cérebro e da calota craniana).

Os projetos de lei foram apresentados em sua maioria, por parlamentares homens: 19 das 36 proposições nesses dois anos.

Quem mais se destacou foi o deputado Capitão Augusto (PL-SP), com nove projetos desde 2017. Em um deles, ele pede "reclusão de três a seis anos" a quem "provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque". Atualmente, a pena é de um a três anos de reclusão.

"A lei é muito branda", disse o parlamentar.. "Em 24 anos de PM, nunca vi ninguém ser preso pela prática de aborto, que não deixa de ser homicídio. Como católico, acredito que a vida existe a partir da concepção."

"Como não se pune de forma rigorosa, aparecem muitas clínicas clandestinas de aborto. Essa pessoa tem de ser responsabilizada", afirma o deputado.

Ele prefere, no entanto, não mexer nos casos já previstos em lei.

"Eu não me meto onde a lei já permite porque, como foi o caso da menina de 10 anos, quem tem de decidir é a criança e a família. Obrigar uma criança a ver sua barriga crescer por 9 meses seria imputar tortura."

Capital Augusto, deputado federal

Essa não é a opinião da deputada Chris Tonietto (PSL-RJ). Nos dois primeiros anos de mandato, que se deu início em 2019, a parlamentar de 29 anos apresentou oito projetos sobre o tema, todos procurando ater o direito ao aborto.

Um deles, o 2893/19, sugere revogar o artigo 128 do Código Penal, que livra de punição o médico que interromper a gravidez por motivo de estupro ou para "salvar a vida da gestante".

"O aborto é sempre um crime", afirmou a deputada.

"O art. 128 exclui a pena, mas o delito do aborto subsiste."

Ela diz que admitir exceções "significa dizer que determinados seres humanos, a exemplo da gravidez em decorrência de estupro, são de categoria inferior".

"No caso da menina de 10 anos, ela, que já tinha sofrido a dor inimaginável dos abusos ao longo de anos, passou a contar com uma outra espécie de dor com a realização do aborto: a de ter um bebê inocente assassinado em seu ventre." Chris Tonietto, deputada federal.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho nos permite concluir que apesar do aborto ser um assunto bastante debatido e polemizado, não deixa de ser um dos maiores problemas atuais de saúde pública. Existem muitas perguntas, em prol de a favor ou contra o aborto, porém, deve-se ser exigido e prevalecido o respeito pelos direitos das mulheres, assim determinados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, sabemos também que o consenso é algo praticamente impossível, não que isso possa ser visto como problema, pois as mulheres continuam abortando, segundo dados apontam, os procedimentos em suma, são realizados por mulheres socialmente desfavorecidas, negras, pobres e de baixa renda. Estima-se que cerca de 1 milhão de mulheres abortam no Brasil todos os anos, segundo o IAG, Instituto Alan Guttmacher, entidade americana que estuda a questão do aborto no mundo.

Verifica-se que o tema envolve não apenas aspectos morais, sociais ou políticos, mas também socioeconômicos, psicológicos e, principalmente, saúde pública. Portanto, o aborto é considerado um problema grave hoje, que não pode ser ignorado, e ainda requer atualizações legislativas e intenso debate.

Em conclusão, portanto, pode-se afirmar que o aborto é uma questão muito difícil e polêmica, porque as discussões sobre o tema dizem respeito diretamente à vida de dois seres cujos direitos se tornam diretamente conflitantes, em uma relação indissolúvel de dependência. Por essa razão, imprimem-se nessa reflexão aspectos importantes em termos de direitos, já que, muitas vezes, os direitos das mulheres no que se refere à saúde, à liberdade de escolha e à igualdade são relegados a um segundo plano.

4 REFERÊNCIAS

ADESSE, Leila; MONTEIRO, Mário F.G; LEVIN, Jaques. **Abortamento, um grave problema de saúde pública e de justiça social**. Revista Radis – Comunicação em Saúde [periódico online]. No 66, fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/sites/default/files/radis_66.pdf>. Acessado em 15 de março de 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção Humanizada ao Abortamento**: Norma Técnica / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. - 2.ed.atul. e ampl. - Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

FREIRE, Renato. **Aborto no Brasil**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_no_Brasil>. Acesso em: 08 Outubro 2021.

ABORTO. Wikipédia. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto>>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Código Criminal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm, 1830. Acesso em: 20/05/2021.

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm, 1890. Acesso em: 20/05/2021.

BRASIL. **Projeto de Emenda Constitucional 181.** Disponível em: <http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>. Acesso em: 28/07/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC. 124.306.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Acesso, em: 03/08/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em 22/04/2021.

CALEGARIA, L. **Entenda por que a Pec 181 está sendo chamada de “cavalo de tróia”.** Disponível em: <https://mdemulher.abril.com.br/estilo-de-vida/entenda-por-queapec-181-esta-sendo-chamada-de-cavalo-de-troia/>. Acesso em: 28/02/2021.

AS DIFERENÇAS ENTRE O SISTEMA MAJORITÁRIO E PROPORCIONAL NO PLEITO ELEITORAL E SUAS IMPLICAÇÕES NA EFETIVA REPRESENTATIVIDADE NO PODER LEGISLATIVO

ERIC EMERICK FRANCO:
Bacharelado do curso de Direito
do Centro Universitário São Lucas
de Ji-Paraná.

LUÍS FERNANDO CALHEIROS CASIMIRO
(orientador)

Resumo: A presente obra tem por objetivo expor o funcionamento dos sistemas majoritário e processo eleitoral para os mandatos do poder legislativo, bem como abordar o sistema eleitoral brasileiro comparando o sistema majoritário e proporcional observando-se as características de cada um deles e procurar entender a necessidade da existência de ambos no ordenamento jurídico brasileiro. O sistema majoritário de eleição é o aplicado ao pleito pelas cadeiras do Senado Federal enquanto o proporcional é aplicado à Câmara dos Deputados Federais. Se, obviamente, existem diferenças entre os dois sistemas, é necessário também correlacionar cada uma ao seu uso. Após descobrir as diferenças entre os dois mencionados sistemas eletivos, ambos serão testados em alguns cenários eleitorais fictícios diferentes para expor como cada um responde à vontade popular e se um é mais eficiente que o outro em gerar resultados fiéis ao anseio popular. E, além disso, buscar entender o que levou os constituintes a não usar o mesmo sistema eletivo para as duas casas legislativas federais.

Palavras-chave: Eleições. Parlamentarismo. Constituição.

Abstract: The present work aims to expose the functioning of the electoral process for the mandates of the federal legislature, as well as approach the Brazilian electoral system comparing the majority and proportional system, observing the characteristics of each of them and trying to understand the need for the existence of both in the Brazilian legal system. The majority election system is applied to the election for the seats of the Federal Senate, while the proportional system is applied to the Federal Chamber of Deputies. If, of course, there are differences between the two systems, it is also necessary to correlate each one to its usage. After discovering the differences between the two aforementioned elective systems, both will be tested in a few different fictitious electoral scenarios to expose how each responds to popular will and whether one is more efficient than the other in generating results faithful to the popular desire. And, in addition, seek to understand what led the constituents not to use the same elective system for the two federal legislative houses.

Keywords: Elections. Parliamentarianism. Constitution.

INTRODUÇÃO

Nas eleições em que se pretende eleger vários candidatos para um cargo são utilizados dois métodos para determinar quais serão eleitos. São conhecidos como sistema proporcional e sistema majoritário de eleição. As eleições no âmbito legislativo sempre utilizarão um dos dois sistemas pois visa eleger um conjunto de pessoas e não apenas um, como ocorre nas eleições do poder executivo.

Neste trabalho será exposto um breve histórico do sistema eleitoral brasileiro e explicado como ambos os sistemas funcionam.

Além disso, ambos os sistemas serão submetidos à um teste em um cenário eleitoral hipotético a fim de analisar os resultados e encontrar neles a diferença entre eles. E a partir disso, concluir quais as implicações causadas pela diferença entre os sistemas e seus reflexos na prática.

O objetivo desse artigo é expor o funcionamento dos sistemas majoritário e processo eleitoral para os mandatos do poder legislativo, bem como abordar o sistema eleitoral comparando o sistema majoritário e proporcional observando-se as características de cada um deles e procurar entender a necessidade da existência de ambos no ordenamento jurídico brasileiro.

Proporcionando ao leitor uma reflexão sobre o sistema eleitoral brasileiro, com isso, podemos observar que não há garantia de como deveria de isonomia entre os votos de um determinado partido referindo-se ao outro, revelando assim, uma distribuição imprecisa das cadeiras.

O primeiro capítulo trata-se do referencial teórico, ao surgimento do sistema eleitoral brasileiro, suas mudanças e implicações sociais, o primeiro registro que se tem de eleição, a criação do Código Eleitoral, como era feito a contabilidade dos votos e o surgimento das urnas eletrônicas.

O segundo capítulo refere-se à utilização mesmo que hipoteticamente da aplicação dos sistemas majoritário e proporcional, sua consequência, qual seria o melhor modelo de sistema para que se ocupe as cadeiras de forma justa e proporcional.

1. O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

Na idade média o sistema que regia um país/reino era decidido pelo monarca que estava no poder, o qual tomava suas decisões por livre e espontânea vontade e, em muitos casos, ia totalmente contra a vontade do povo. Esse fato se dava pois na época em questão, o povo não decidia quem seriam seus soberanos, apenas obedeciam às ordens destes.

Foi depois de muita luta que o povo passou a ter autonomia sobre quem queriam no poder, ou seja, a decisão de quem iria ditar as regras não mais cabia aos monarcas, mas sim a toda a população de um determinado local. Essa forma de decisão do povo criou uma situação jurídica, a qual ficou conhecida por Estado Democrático de Direito.

Conforme aponta Thais Pacievitch (2019), o primeiro registro de uma eleição no Brasil é datada de 1532, a qual foi responsável por decidir quem seria o representante do Conselho de Vila de São Vicente.

O primeiro Código Eleitoral Brasileiro é datado do ano de 1932, sendo este acompanhado pela criação do Tribunal Superior Eleitoral, sendo este sediado na cidade do Rio de Janeiro, no momento histórico nacional que ficou conhecido por Era Vargas, onde o presidente eleito na época em questão era o ilustríssimo senhor Getúlio Vargas.

Das envolturas que contribuíram para a proposição do Código Eleitoral de 1932, frisa-se que nenhuma foi tão importante quanto a revolução de 1930, onde ficou concretizada a moralização do sistema eleitoral, ficando a encargo do governo provisório da época a criação da comissão legislativa eleitoral que discutira o caso.

A legislação foi fruto da luta da sociedade brasileira por eleições confiáveis e passíveis de fiscalização. Veio para promover o alistamento do eleitor, moralizar, administrar, fiscalizar e modernizar o processo de escolha dos representantes do povo para os Poderes Executivo e Legislativo federal, estadual e municipal. Também foi criada para reduzir as costumeiras fraudes eleitorais que ocorriam durante a primeira República (BRASIL, 2019, p. 1).

Foi através da criação deste Código Eleitoral que foi possível que se implementasse a Justiça Eleitoral em todo território nacional, a qual era incumbida de realizar todos os trabalhos eleitorais como apuração de votos, proclamação dos candidatos então eleitos pelo voto popular, bem como a realização das eleições municipais, estaduais e federais.

O Código Eleitoral foi responsável por trazer mudanças significativas para o funcionamento das eleições em todo território nacional, dentre essas mudanças estão a autorização para o voto feminino, a exigência do voto secreto e, a implementação da representação proporcional, em dois turnos simultâneos, mudanças que contribuíram em muito para a concretização da democracia nacional e o direito ao voto (BRASIL, 1932).

Em atenção a mudanças que ocorreram no cenário nacional, foi promulgado no ano de 1965 (Lei n. 4.737/65) o novo Código Eleitoral Brasileiro, o qual passou a versar as regras que devem ser seguidas antes, durante e depois do período eleitoral que ocorre a cada 2 anos, sendo intercalado pela eleição de nível municipal/estadual (prefeitos, vereadores, deputados) e a eleição de nível nacional (presidente, governadores e senadores).

Sendo que, conforme o artigo 82 do Código Eleitoral, as eleições a serem realizadas no Brasil deveram obedecer aos critérios do voto secreto, direito e obrigatório, sendo que este último ponto tende a causar discussões dentre os eleitores, pois se o Brasil é um Estado Democrático de Direito, por que o voto é obrigatório e não facultativo?

Via de regra, as eleições no território nacional devem ocorrer no primeiro domingo do mês de outubro do ano eleitoral, o qual ocorre a cada 2 anos, podendo este ser alterado para data alternativa em caso de força maior, assim como ocorreu nas eleições de 2020, em razão da pandemia do SARS-COV-19 (Covid-19).

Aqueles que almejam disputar a corrida eleitoral devem obedecer a alguns critérios que se encontram expostos no Código Eleitoral de 1965 quanto na Constituição Federal de 1988, sendo um destes critérios a filiação em um partido político, pois o Brasil não é adotando da candidatura sem partido.

Art. 87. Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos.

Parágrafo único. Nenhum registro será admitido fora do período de 6 (seis) meses antes da eleição (BRASIL, 1965).

A respeito desse processo eleitoral a qual o cidadão deve se submeter caso queira concorrer ao cargo parlamentar, Thais Pacievitch (2019, p. 1) aponta que,

O processo eleitoral é organizado pela Justiça Eleitoral, que é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), cuja sede é em Brasília, pelos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE), sendo um em cada estado, território ou Distrito, pelos Juízes Eleitorais e pelas Juntas Eleitorais. Todos estes órgãos são regidos pelo Código Eleitoral, que estabelece as competências de cada órgão/segmento.

Importante frisar ainda que, apesar do voto ser obrigatório, direto e secreto, a Carta Magna de 1988 traz em seu art. 14, §1º, algumas exceções a regra, que podem ocasionar o voto facultativo, assim como aponta o referido artigo constitucional,

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Assim, como aponta o referido artigo, excepcionalmente para os casos em que o cidadão seja analfabeto, maior de setenta anos, e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, o voto obrigatório não ocorrerá, sendo este substituído pelo facultativo, já para os demais cidadãos que possuírem idade entre dezoito a setenta anos, o voto será obrigatório, e caso este não venha a votar, deverá justificar o motivo junto a Justiça Eleitoral, sendo que, caso não registre justificativa, será aplicada multa por não exercício de direito.

Por fim, Thais Pacievitch (2019) ainda aponta que, com implementação das urnas eletrônicas nas eleições de 2000, o processo eleitoral tornou-se ainda mais célere e eficaz, sendo as eleições brasileiras consideradas as mais rápidas, seguras e atualizadas do mundo, onde o cidadão consegue exercer seu direito democrático de maneira rápida e segura.

1.1 O sistema majoritário e proporcional

Quanto ao sistema eleitoral adotado pelo Brasil, esse divide-se em dois, o majoritário e o proporcional. O sistema majoritário é compreendido como sendo aquele sistema que vencerá o candidato que obtiver a maioria dos votos, sendo esta absoluta (50% + 1), ou relativa, a qual considera eleito o candidato que obtiver maior número de votos dentre seus concorrentes.

Nos cargos do Executivo (presidente, governadores e prefeitos), a disputa acontece em duas etapas: primeiro e segundo turno. A legislação brasileira determina que um candidato é eleito em primeiro turno caso ele alcance 50% + 1 dos votos válidos, se obtiver, portanto, a maioria absoluta dos votos. Os votos em branco e nulos

não são considerados votos válidos e são descartados. Se nenhum candidato obtiver a maioria absoluta dos votos no primeiro turno, os dois melhores colocados vão para a disputa do segundo turno, e aquele que obtiver a maioria dos votos válidos é decretado vencedor. Na disputa presidencial, somente Fernando Henrique Cardoso venceu as eleições que disputou no primeiro turno (SILVA, 2018).

O sistema majoritário é aplicado nas eleições que decidirão quem ocupará os cargos de Presidente, Vice-Presidente, Governadores, Prefeitos, Vice-Prefeitos (Poder Executivo), e os membros do Senado Federal (Poder Legislativo), assim como determina a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 46, *caput* e, 77, §2º,

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

[...]

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

[...]

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

Já a eleição que decidira quem tomara posse nos cargos do Poder Legislativo (Deputados Federais, Estaduais, Distritais e Vereadores) pelo período de quatro anos será decidida pelo Sistema Proporcional de votos, o qual é dividido em duas etapas, sendo a primeira a computação dos votos de cada partido, e a segunda a computação dos votos de cada candidato.

Assim este sistema eleitoral também é dividido de duas formas, sendo elas as votações de lista aberta, e as votações de lista fechada. Na lista aberta, a qual é adotada pelo Brasil, é aquela em que os eleitores conseguem votar diretamente no candidato que desejam, já a de lista fechada, é aquela em que os eleitores devem votar no partido político, sendo este o responsável por escolher quem serão os candidatos a ocuparem os mandatos efetivamente.

Este sistema reflete a preferência do eleitorado de cada localidade por determinado partido político, ou seja, se em um local x, o partido y tem maior preferência de votos, este irá dominar o cenário eleitoral, tendo o maior número de representantes eleitos.

O sistema proporcional é utilizado para a eleição de candidatos a deputados estaduais, federais e vereadores. Para isso é adotado o sistema de lista aberta. Os votos computados são os de cada partido ou coligação e, em uma segunda etapa, os de cada candidato. Para conhecer os vencedores, deve-se, antes, saber quais foram os partidos políticos vitoriosos para, depois, dentro de cada agremiação partidária que conseguiu um número mínimo de votos, observar quais são os mais votados. Encontram-se, então, os eleitos.

Para se chegar ao resultado final, aplicam-se os chamados quocientes eleitoral e partidário. O quociente eleitoral é definido pela soma do número de votos válidos, dividida pelo número de cadeiras em disputa. Segundo o TSE, apenas partidos isolados e coligações que atingem o quociente eleitoral têm direito a alguma vaga. Analisa-se o quociente partidário, que é o resultado do número de votos válidos obtidos, pelo partido isolado ou pela coligação, dividido pelo quociente eleitoral. O saldo da conta corresponde ao número de cadeiras a serem ocupadas (BRASIL, 2019, p. 1).

Assim, o sistema eleitoral brasileiro é compreendido por essas duas vertentes, a majoritária e a proporcional aberta, as quais tem funcionado perfeitamente em todas as eleições nacionais desde sua implementação, sem que houvesse qualquer relato de ineficácia ou insatisfação do eleitorado.

2. SIMULAÇÃO DO USO DE AMBOS OS MÉTODOS EM CENÁRIOS HIPOTÉTICOS

Para observarmos como se daria na prática a utilização de ambos os métodos de eleição iremos criar um cenário hipotético. Para isso, vamos considerar “partido político” como um conjunto de pessoas com posicionamentos políticos e ideológico muito assemelhados. Isto é importante para que seja justo o efeito de um candidato “puxar” outro na eleição, pois só faz sentido se eles estiverem correlacionados em suas pretensões como políticos. Estes partidos serão chamados de partido A, partido B e partido C.

Este cenário hipotético será de um ente com 100 mil eleitores que precisa eleger seu poder legislativo que possui 10 cadeiras. Destes 100 mil eleitores, 60% se identificam e votam no Partido A, 30% se identificam e votam no Partido B e os outros 10% se identificam e votam no partido C.

Neste pleito simulado, o Partido A inscreveu 8 candidatos que chamaremos de candidato A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7 e A8; o Partido B inscreveu 4 candidatos que

chamaremos de candidato B1, B2, B3 e B4; e por fim, o partido C inscreveu 2 candidatos, C1 e C2.

Os eleitores que se identificam com o Partido A e nele votaram, ficaram distribuídos entre os candidatos do partido da seguinte: A1 com 20% dos votos totais, A2 com 15%, A3 com 12%, A4 com 4%, A5 com 3%, A6 com 3%, A7 com 1,5% e A8 com 1,5%.

Já no partido B, os candidatos receberam as seguintes porcentagens de votos: Candidato B1 ficou com 9,5%, B2 com 8%, B3 com 7% e B4 com 5,5%.

E por fim, no Partido C, o candidato C1 recebeu 6% dos votos e o C2 recebeu 4%.

2.1 APLICAÇÃO DO SISTEMA MAJORITÁRIO

Tendo como base o cenário hipotético apresentado e a forma como o sistema eleitoral majoritário determina quais candidatos serão eleitos faremos a simulação de quais candidatos seriam eleitos neste cenário.

O sistema majoritário determina que serão eleitos os candidatos mais votados. Então, é necessário colocar os candidatos numa classificação dos mais votados aos menos votados. Ficando assim: A1 (20%), A2 (15%), A3 (12%), B1 (9,5%), B2 (8%), B3 (7%), C1 (6%), B4 (5,5%), A4 (4%), C2 (4%), A5 (3%), A6 (3%), A7 (1,5%) e A8 (1,5%).

Desta forma, se são 10 cadeiras a serem ocupadas, devem ser eleitos os 10 primeiros da classificação, tendo como eleitos os candidatos A1, A2, A3, B1, B2, B3, C1, B4, A4 e C2.

Assim, o Partido A conseguiria eleger 4 candidatos, o Partido B também elegeria 4 candidatos e o Partido C elegeria 2.

2.2 APLICAÇÃO DO SISTEMA PROPORCIONAL

Utilizando o mesmo resultado de votação, do cenário hipotético usado para simular o resultado no sistema majoritário, analisaremos quais candidatos seriam eleitos no sistema proporcional.

No sistema proporcional, é feito um cálculo em que se divide a quantidade de eleitores pelo número de cadeiras a serem preenchidas. Neste caso, 100 mil eleitores para 10 cadeiras. Significa dizer que cada 10% de eleitores (10 mil) tem potencial de eleger 1 candidato. Transportando o raciocínio para uma visão partidária, poderemos afirmar que o Partido A tem eleitores suficientes para eleger 6 candidatos, o Partido B para eleger 4 e o Partido C para eleger 1. Terminado o cálculo de quantas cadeiras cada partido poderá ocupar, é escolhido quais candidatos de cada partido ocuparão as respectivas cadeiras. O critério é o de mais votado. Os 6 candidatos mais votados do Partido A, os 3 mais votados do Partido B e o mais votado do Partido C. Assim, estariam eleitos os candidatos A1, A2, A3, A4, A5 e A6 do partido A, os candidatos B1, B2 e B3 do Partido B, e o candidato C1 do Partido C.

3. AS IMPLICAÇÕES NA EFETIVA REPRESENTATIVIDADE NO PODER LEGISLATIVO

Ao compararmos os resultados obtidos em ambos os sistemas de eleição aplicados em um mesmo cenário eleitoral poderemos fazer algumas observações.

Na simulação em que foi aplicado o sistema majoritário, embora o Partido A tenha o dobro de eleitores que o Partido B, 60% e 30% respectivamente, ambos alcançaram o mesmo número de candidatos eleitos. Noutra comparação, temos que o Partido A possui 6 vezes a quantidade de eleitores do Partido C mas elegeu apenas o dobro de candidatos em relação a este. Isso ocorreu porque no Partido A alguns candidatos tomaram muito mais votos que o necessário para ser eleito. O candidato A1, por exemplo, recebeu 20% dos votos. Se seus eleitores tivessem a possibilidade de se organizar previamente, poderiam se dividir em 2 grupos e eleger mais 1 candidato. Na mesma lógica, se todos os 60% de eleitores do partido A pudessem previamente se organizar para dividir os votos entre seus candidatos, poderiam fazê-lo entre 6 candidatos com a certeza de que seriam eleitos.

Já no sistema proporcional, os candidatos são eleitos de acordo com a votação de seus partidos exatamente porque os eleitores não podem organizar a distribuição de votos como foi proposto. Desta forma, o legislativo será preenchido por candidatos em proporção semelhante ao seu eleitorado.

No sistema majoritário os partidos A, B e C elegeram 4, 4 e 2 candidatos respectivamente, enquanto no sistema proporcional elegeram 6, 3 e 1 respectivamente. Fica, assim, evidente que no sistema proporcional este poder legislativo atenderá melhor aos anseios dos eleitores.

4. CONCLUSÃO

Constata-se do presente estudo que há diferença entre o sistema majoritário e o sistema proporcional no que diz respeito aos resultados obtidos em uma mesma situação hipotética. O sistema majoritário tem uma tendência a diminuir no conjunto de candidatos eleitos a diferença proporcional que se dá nos eleitores. Já no sistema proporcional, o intuito é de transportar ao legislativo candidatos eleitos de cada segmentação partidária em proporções semelhantes ao que se tem naquele grupo de eleitores.

No exemplo de possível cenário como resultado de eleição no sistema proporcional, observou-se que os candidatos A5 e A6 foram eleitos com 3% de votos cada um deixando de fora da lista de eleitos 2 candidatos com mais votos, os candidatos B4 com 5,5% dos votos e o candidato C2 com 4% dos votos. A princípio, ao olhar os candidatos de forma individual, esta seria uma situação de injustiça pois candidatos mais votados teriam perdido para candidatos menos votados. Porém, observou-se que o sistema proporcional não faz

injustiça neste caso. Pelo contrário, ele fez com que os eleitores, com número suficiente para eleger vários candidatos, mas que votaram de maneira concentrada em um ou dois candidatos, tivessem seus votos aproveitados e não desperdiçados como ocorreu no caso do sistema majoritário.

REFERÊNCIAS

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

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL, Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. **Código Eleitoral**. Disponível em:

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL, Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. **Código Eleitoral**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Serviço: saiba a diferença do sistema majoritário e proporcional**. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-do-sistema-majoritario-e-proporcional/>>. Acesso em: 02 out. 2021.

PACIEVITCH, Thais. **Eleições no Brasil**. 2019. Disponível em:

<<https://www.infoescola.com/direito/eleicoes-no-brasil/>>. Acesso em: 02 out. 2021.

SILVA, Daniel Neves. **História das eleições no Brasil**. 2019. Disponível em:

<<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/historia-das-eleicoes-no-brasil.htm>>. Acesso em: 02 out. 2021.

O DIREITO DAS SUCESSÕES DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE QUANDO CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS

ADRIA BARROSO DE ANDRADE REIS:
Bacharelanda em Direito pelo CEUNI-
FAMETRO

RESUMO: Este trabalho foi desenvolvido a partir dos questionamentos sobre a garantia dos direitos do cônjuge sobrevivente em relação aos demais herdeiros, no caso de casamento em regime de separação total de bens quando ocorrer de um dos cônjuges vir a óbito. Buscando respostas no Código Civil, que através do art. 1.829, assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer com os herdeiros ascendentes e descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação total de bens. O direito da sucessão do cônjuge sobrevivente, nos casos de casamentos sob regime de separação total de bens é uma constante preocupação do ramo das sucessões, uma vez que restam dúvidas sobre como amparar ou garantir os direitos do cônjuge que continua vivo em relação aos herdeiros da pessoa que foi a óbito, evitando uma grande injustiça social. Com essa pesquisa, pretende-se mergulhar em estudos que possam corroborar com o ramo das sucessões legítimas e que sirvam de subsídios a novos trabalhos acadêmicos a respeito do tema. Além disso, espera-se influenciar nas reparações de possíveis injustiças aos cônjuges sobreviventes que possam ter perdido o direito à herança que, no mínimo, teria o direito de concorrer com os herdeiros.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão. Separação de Bens. Herança.

ABSTRACT: This work was developed from questions about the guarantee of the surviving spouse's rights in relation to the other heirs, in the case of marriage under a regime of total separation of property when one of the spouses dies. Seeking answers in the Civil Code, which through art. 1,829, ensures the surviving spouse the right to compete with the ascendant and descendent heirs of the author of the inheritance when married under the conventional separation of property regime. The right of succession of the surviving spouse, in cases of marriages under a regime of total separation of property, is a constant concern of the succession branch, since there are doubts about how to support or guarantee the rights of the spouse who remains alive in relation to the heirs of the person who died, avoiding a great social injustice. With this research, it is intended to delve into studies that can corroborate the field of legitimate successions and that serve as subsidies for new academic works on the subject. In addition, it is expected to influence the reparations of possible injustices to surviving spouses who may have lost the right to inheritance, which, at the very least, would have the right to compete with the heirs.

KEYWORDS: Succession. Separation of Goods. Heritage.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do casamento. 3. O Regime de bens. 4. Regime de separação de bens. 4.1 As garantias dos direitos das sucessões do cônjuge sobrevivente quando casado no regime da separação de bens. 4.2 Das sucessões legítimas. 4.3 Da ordem da vocação hereditária. 4.4 Vocação concorrente do cônjuge com os descendentes e direito real de habitação. 4.5 A reserva da quarta parte da herança em favor do cônjuge sobrevivente na concorrência com os descendentes. 4.6 Sucessão do cônjuge sobrevivente. 4.7 A partilha de bens e o reflexo do regime de bens. 4.8 Entendimento do STJ, descarta a hipótese de o cônjuge sobrevivente casado com separação de bens ser herdeiro necessário. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda o problema gerado pelo casamento em regime de separação total de bens, em caso de óbito de um dos cônjuges, e se existe garantia dos direitos do cônjuge sobrevivente em relação aos demais herdeiros.

E apresenta a hipótese trazida pelo Código Civil, através do art. 1.829, assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer com os herdeiros ascendentes e descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação total de bens.

Foi estabelecido como objetivo geral: Analisar o regime de casamento da separação total de bens e como tratar a sucessão de bens para o cônjuge sobrevivente. Além disso, adotaram-se os seguintes objetivos específicos: demonstrar como ocorre a sucessão legítima de bens; verificar quando ocorre a vocação concorrente do cônjuge com os descendentes e direito real de habitação; explicar como ocorre a sucessão do cônjuge sobrevivente.

O direito de sucessão do cônjuge sobrevivente, nos casos de casamentos sob regime de separação total de bens é uma constante preocupação do ramo das sucessões, uma vez que restam dúvidas sobre como amparar ou garantir os direitos do cônjuge que continua vivo em relação aos herdeiros da pessoa que foi a óbito, evitando uma grande injustiça social.

Com essa pesquisa, pretende-se mergulhar em estudos que possam corroborar com o ramo de sucessões legítimas e que sirvam de subsídios a novos trabalhos acadêmicos a respeito do tema.

Além disso, espera-se influenciar nas reparações de possíveis injustiças aos cônjuges sobreviventes que possam ter perdido o direito à herança que, no mínimo, teria o direito de concorrer com os herdeiros.

2 DO CASAMENTO

Tartuce (2019, p.1076), conceitua casamento como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto.

Segundo Cassettari (2020, p. 591), casamento é a união de pessoas de sexos distintos ou do mesmo sexo (casamento homoafetivo) reconhecida e regulamentada pelo Estado, constituída com o objetivo de criação de uma família e baseada em um vínculo de afeto.

A concepção família é muito antiga e vem ultrapassando gerações através dos séculos. Óbvio que a família tem passado por transformações sociais inerentes a cada época, por isso as leis que preveem os direitos da família, também passa por reformas adequações. Assim, é necessário abrir um parágrafo para entender o que vem a ser família, na conceituação de alguns estudiosos a saber:

1- é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum (NADER, 2014, p. 3)

2- A família contemporânea pode ser conceituada como um conjunto, formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência (família nuclear). Pode ser formada por duas pessoas, casadas ou em união livre de sexo diverso ou não com ou sem filho ou filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental); uma só pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada ou mesmo casada e com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade. [GLANZ, 2005, p.30)

A concepção família se redesenha em função dos avanços sociais em concordância com o momento histórico de cada época. Isso fica claro que se for feita uma análise entre o modelo antigo de família patriarcal e a família contemporânea, que vêm ao longo dos tempos se readequando, tirando de foco o poder masculino sobre a mulher e os filhos, dando passagem a uma nova cultura onde prevalecem os interesses de família, sejam eles sociais, afetivos ou econômicos.

No modelo antigo de família, os filhos eram preparados para sustentar os pais na velhice, por isso a preferência por homens. Atualmente esse hábito perde o papel com o

advento da aposentadoria trazida pela previdência. Esse fator foi muito importante e “decisivo a progressiva independência econômica, social e jurídica feminina, bem como a redução da quantidade média de filhos das entidades familiares”, segundo Lobo (2008, p. 3).

A partir da Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento de união estável e da família monoparental através do arts. 226, § 3º e 4º, tirando do casamento o monopólio da formação da família. Além disso, com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), torna como único requisito básico para formar família “o afeto”, derrubando aquele compromisso de se fazer casamento por interesses comuns, e deixa de ser jurídico, passando a ser fatídico.

Diante da nova visão de casamento a família deverá ser reconhecida como todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.

Segundo Lôbo (2005, p.134-5), “a dignidade é o maior valor do ser humano”, mas chama a atenção para a importância da construção da personalidade, através da afetividade, pois esse conjunto de elementos é que compõe a dignidade de um indivíduo. Nessa construção o papel da família é fundamental, pois é nela que se aplica vários níveis de relações como as patrimoniais, as afetivas, as dos direitos e deveres e as de exercício de papéis, todos buscando um só objetivo a intimidade da família e a afetividade.

Essas mudanças que estão ocorrendo nas nossas formas de organização – família, escola, empresa, amizade – implicam em modificações em nossos anseios e quanto ao exercício de papéis. Há uma maior complexidade nas relações humanas em geral e na emergência dos conflitos. Os impasses, que eram resolvidos de modo tradicional na esfera mais rígida das organizações ou mesmo levados ao Judiciário, necessitam de outra forma de tratamento que considere inclusive seu potencial transformador. (LÔBO, 2005, p. 139)

Para Lôbo (2005, p. 145-146), “o regime de bens entre cônjuges inaugura o direito patrimonial de família e trata o casamento como o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano”, cuja natureza está baseada em duas teses principais que são: a que sustenta ser ele uma instituição e a que caracteriza como contrato. Diversos legistas abordam esse tema usando outras formas de tratamento, porém todas convergem para esse pensamento, que vem explicitado da seguinte forma:

Quanto à natureza jurídica do casamento, há duas teses principais: a que sustenta ser ele uma instituição e a que o caracteriza como contrato.

Segundo a ótica institucionalista, o casamento é uma instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei.

Uma vez que houve adesão ao “estado matrimonial”, a vontade dos nubentes não é bastante, sendo automáticos os efeitos da instituição por serem de ordem pública ou cogentes.

O estado matrimonial é um estatuto imperativo com regras preestabelecidas ao qual os nubentes simplesmente emprestam sua adesão, sem liberdade de adotar outras normas. (LOBO, 2005, P. 146)

Um casal tem total liberdade para escolher sob qual regime de bens pretende casar-se. Porém, muitas situações de dúvidas ocorrem quando um dos cônjuges vem a óbito e como ficará definida a situação da herança, uma que o regime da separação total de bens não limita o patrimônio particular dos cônjuges do início até o fim do casamento, e isso vem à tona na hora do falecimento de um deles. Para isso, os regimes de bens para o casamento foram criados, como meio de inibir a integração do patrimônio dos nubentes, sempre de acordo com a vontade de ambos.

3. O REGIME DE BENS

Regime de bens é um conjunto de regras que visa disciplinar as relações patrimoniais entre marido e mulher, relativos à propriedade, disponibilidade, administração e gozo de seus bens.

Para Farias e Rosenvald (2017, p. 426), regime de bens é o estatuto que disciplina os interesses econômicos, ativos e passivos, de um casamento, regulamentando as consequências em relação aos próprios nubentes e a terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento, em vida ou por morte.

Pode ser considerado como o estatuto patrimonial dos cônjuges e compreende as relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros e a sociedade conjugal.

O regime de bens está estatuído, em regras gerais, no Art.1.639 do Código Civil com a seguinte redação:

Art.1.639.É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial impedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Art.1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Segundo Tartuce (2019, p.1126) demonstra que são quatro os regimes previstos pela atual Codificação Civil, a saber:

Regime de Comunhão parcial – arts. 1.658 a 1.666 do CC.

Regime de Comunhão universal de bens – arts. 1.667 a 1.671 do CC.

Regime de participação final nos aquestos – arts. 1.672 a 1.686 do CC.

Regime de separação de bens – arts. 1.687 a 1.688 do CC.

Tartuce (2019, p. 1126), chama atenção para dois detalhes importantes: primeiro a extinção do *regime dotal*, conhecido como regime dos coronéis. Segundo o rol não é taxativo (*numerus clausus*), mas exemplificativo, sendo possível criar outro regime, inclusive combinando regras dos já existentes, como o pacto antenupcial.

Neste trabalho, estará limitado a uma abordagem sobre o Regime de Separação Total de Bens e a garantia dos direitos do Cônjuge sobrevivente.

4. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

Regime de separação de bens é aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao casamento.

Trata-se de um regime em que haverá patrimônio individual, e incomunicabilidade de separação de bens, a saber:

LEGAL ou obrigatório: se imposto pela lei (CC, art. 1.641)

CONVENCIONAL: pode ser absoluta, se estabelecer a incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos, ou relativa, se a separação

se circunscrever apenas aos bens presentes, comunicando-se os frutos e rendimentos futuros (CC, art. 1.687)

Adaptado de Tartuce, 2019, p, 1136)

Para este trabalho, o foco será o Regime de Separação Total de Bens. Nesse caso, a manutenção da família caberá ao casal (CC, art. 1.688), quando aos rendimentos de seus bens na proporção de seu valor, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Quando ocorre dissolução, ou seja, término da sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges, extinguem-se o casamento e o regime de bens, dessa forma:

a) os bens comuns que se comunicam serão divididos de acordo com o regime, a cada parte será denominado meação. Assim teremos a meação do morto e a meação do vivo;

b) os bens que não se comunicam em razão do regime de bens são denominados bens particulares, e cada um fica com o seu. (Adaptado de Cassettari, 2020, p. 654)

A meação do morto e seus bens são chamados de herança e serão divididos de acordo com as regras sucessórias.

4.1 As garantias dos direitos das sucessões do cônjuge sobrevivente quando casado no regime da separação de bens

Segundo Cassettari (2020, p. 773), a palavra sucessão significa substituição de uma pessoa por outra, em caráter não transitório, na titularidade do conjunto de bens deixado pelo morto. Existem seis possibilidades de classificar a sucessão:

Sucessão à título universal: tal modalidade ocorre quando for feita a transferência de todo o patrimônio (transferência total), como no caso da incorporação de uma sociedade;

Sucessão a título singular: neste caso não há transferência de todos os direitos e deveres, mas somente de alguns, por exemplo, no caso do legado, que ocorre quando o testador determina a transferência de bens determinados;

Sucessão por determinação legal: trata-se de hipótese que se encontra descrita na própria lei que irá prever a substituição, conf art. 12 da Lei n. 8245/91 (Lei de Locações);

Sucessão por vontade das partes: tal modalidade se dá quando duas pessoas celebram um negócio jurídico, com o objetivo de determinar a substituição do titular de determinado direito;

Sucessão *inter vivos*: trata-se de sucessão que ocorre em vida;

Sucessão *mortis causa*: trata-se da sucessão que ocorre em razão da morte. (Adaptado de CASSETARI, 2020, p. 773-774)

Cassetari (2020, p. 774), defende que a propriedade é um direito real que em regra, possui caráter perpétuo. Portanto, o direito sucessório terá a importantíssima função de permitir a continuidade da propriedade, que, por sua vez tem respaldo constitucional.

No Código Civil o direito sucessório possui o seguinte conteúdo:

- 1) Sucessão em geral: Trata-se de regras para todo o direito sucessório.
- 2) Sucessão legítima (que deriva da lei): trata-se daquela em que o legislador estabelece a sua vontade na norma.
- 3) Sucessão testamentária: hipótese em que a pessoa, não contente com a regra prevista em lei, deseja estabelecer outras regras para a sucessão.
- 4) Inventário e partilha: regras para a formalização da sucessão do inventário.

4.2 Das sucessões legítimas

Gonçalves (2020, p. 19), explica que, no direito das sucessões, a palavra sucessão é empregada em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente de morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*.

Os herdeiros legítimos, aqueles que constam na lei, são pessoas que mantêm com o falecido um vínculo de direito de família, seja ele oriundo do parentesco, do casamento, ou ainda de união estável.

Para Gonçalves (2020, p. 42), a Sucessão Legítima representa a vontade presumida do *de cuius* de transmitir seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, caso contrário, teria deixado testamento. Portanto, transmite-se a herança a seus herdeiros indicados na lei (CC. Art.1.829).

Gonçalves (2020, p.42), afirma que a sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil e que a escassez de testamento ocorre por razões de ordem cultural ou costumeira.

4.3 Da ordem da vocação hereditária

Gonçalves (2020, p.42), defende ainda que o novo Código Civil de 2002, não alterou a ordem da vocação hereditária, estabelecida no diploma de 1916, porém incluiu o cônjuge supérstite no rol dos herdeiros necessários (CC, art. 1.845), determinando que concorra com os herdeiros das classes descendentes e ascendentes, e faça parte da terceira classe com exclusividade.

Após essa alteração, houve uma redução na probabilidade de elaboração de testamento para evitar o privilégio do cônjuge supérstite.

Segundo Gonçalves (2020, p.161), a ordem dos sucessores é realizada por classes, sendo que a mais próxima exclui a mais remota (CC, arts.:1833, 1836 e 1840).

O Código Civil, através do artigo 1.829, estabelece a seguinte ordem para a vocação hereditária, a saber:

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.” (Adaptado de Gonçalves, 2020, p. 163)

4.4 Vocação concorrente do cônjuge com os descendentes e direito real de habitação

Conforme o art. 1.846 do Código Civil, pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. Isso garante o direito de não ser afastado pelo arbítrio do autor da herança, podendo diminuir, onerar, gravar, ou mesmo suprimir a legítima dos herdeiros necessários, salvo caso de deserdação. (GONÇALVES, 2020, p. 173)

Ao cônjuge sobrevivente é assegurado o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, independente do regime de bens. (CC. art. 1.831)

Conforme Gonçalves (2020, p. 173), o cônjuge sobrevivente permanece em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, mas passa a concorrer em igualdade de condições com os descendentes do falecido, salvo quando já tenha direito à meação em face do regime de bens do casamento.

Se o art. 1.829 do Código Civil estabelece que diante da ordem da vocação hereditária, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, o regime de separação total de bens não está excepcionado ou ressalvado, o que permite concluir que a concorrência está garantida, segundo afirma Gonçalves (2020).

O art. 1.829, inciso I, do Código Civil, somente assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor quando casados no regime de separação total de bens, de comunhão parcial de bens ou participação final nos aquestos.

4.5 A reserva da quarta parte da herança em favor do cônjuge sobrevivente na concorrência com os descendentes

Segundo Gonçalves (2020, p. 180), o art. 1.832 do Código Civil trata da chamada reserva da quarta parte da herança, que diz que em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

Ainda segundo Gonçalves (2020, p. 181), o objetivo da norma é assegurar um patrimônio mínimo ao cônjuge sobrevivente, papel que era exercido, no Código Civil de 1916, pelo chamado usufruto viual.

Ao assegurar a reserva da quarta parte, somente quando todos os dependentes forem comuns é a alternativa que melhor atende *a mens legis*, pois a intenção do legislador foi beneficiar o cônjuge, acarretando o menor prejuízo aos filhos. Assim, o maior quinhão será destinado ao cônjuge, e os filhos não serão prejudicados pois isso lhes será revertido futuramente. (GONÇALVES, 2020, p. 180)

4.6 Sucessão do cônjuge sobrevivente

Quando ocorrer a falta de ascendentes, a herança da pessoa que tenha falecido enquanto casada ou separada de fato, há menos de dois anos, será deferida, por inteiro, ao cônjuge sobrevivente. É o que afirma Gonçalves (2020, p. 186).

O Código Civil, no art. 1.838, dispõe: Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão inteira ao cônjuge sobrevivente. Porém no art. 1.571, diz que não se justifica, que o cônjuge sobrevivente seja chamado à sucessão se dissolvida a sociedade conjugal, uma vez que o vínculo conjugal está dissolvido.

Segundo Gonçalves (2020, p.187), a concorrência do companheiro com o cônjuge é matéria que desafia solução jurisprudencial. O Legislador procurou priorizar o direito sucessório do companheiro. Para isso, o art. 1.830 do Código Civil exclui o direito do

cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, estava separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos.

4.7 A partilha de bens e o reflexo do regime de bens

De acordo com Fux (2021), a partilha de bens é o nome dado ao processo que visa destinar os bens de uma pessoa falecida a seus herdeiros. Porém, é necessário estabelecer diferença entre herdeiro e meeiro.

Herdeiro é a pessoa que faz parte da sucessão patrimonial do falecido legalmente. Já o meeiro é a pessoa que tem direito a receber metade do patrimônio comum, não em decorrência do falecimento, mas sim, pelo regime de bens adotado quando da união com a pessoa falecida. (FUX, 2021).

Também, é necessário diferenciar patrimônio comum e patrimônio particular, que, para Fux (2021) patrimônio comum significa que os bens móveis e imóveis que forem adquiridos pelo casal durante o casamento ou a união estável pertencem ao casal.

Já o patrimônio particular se refere ao patrimônio adquirido antes do casamento/união estável ou, ainda que adquirido durante a relação conjugal, o bem é legalmente reconhecido como particular.

A partilha se dá com base no regime de casamento escolhido pelos cônjuges. Dados os tipos de patrimônio, três situações são possíveis:

- 1 – Existe somente patrimônio comum: Se o patrimônio de ambos foi conquistado após o casamento, o cônjuge sobrevivente tem direito a 50% do patrimônio comum por ser o meeiro. O restante do patrimônio comum é dividido entre os filhos herdeiros.
- 2 – Existe somente patrimônio individual: Se na época do casamento, o cônjuge falecido já tinha patrimônio, o patrimônio individual deve ser dividido igualmente entre o cônjuge sobrevivente e os filhos, pois todos serão considerados herdeiros.
- 3 – Existe tanto patrimônio individual quanto comum: Quando há tanto patrimônio individual quanto comum, o primeiro deve ser dividido igualmente entre o cônjuge sobrevivente e os filhos e o segundo será partilhado de forma que o cônjuge receba metade e o restante pertencerá aos filhos. Adaptado de (FUX, 2021)

Há que se observar que no caso de um dos filhos tenha falecido, os filhos deste herdeiro terão direito à parte que seria de seu pai.

4.8 Entendimento do STJ, descarta a hipótese de o cônjuge sobrevivente casado com separação de bens ser herdeiro necessário

Segundo o Colégio Notarial do Brasil seção São Paulo – CNBSP, há um caso em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação total de bens não participa da sucessão como herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido.

Trata-se de um caso em que o STJ acolheu o pedido de três herdeiros para negar a procedência do pedido de habilitação no inventário, formulado pela viúva do pai, uma vez que os filhos solicitaram o inventário sob o rito de arrolamento dos bens do pai, que faleceu em janeiro de 2006.

Ainda segundo o CNBSP eles declararam que o pai havia deixado bens imóveis a inventariar e que era casado pelo regime de separação convencional de bens, conforme comprovado em certidão de casamento, ocorrido em março de 2005, e escritura pública de convenção antenupcial com separação de bens.

A viúva, cônjuge sobrevivente, manifestou discordância no que se refere à partilha e postulou sua habilitação no processo de inventário, como herdeira necessária do falecido. Em decisão interlocutória, o pedido foi deferido determinado a manifestação dos demais herdeiros, filhos do falecido.

Segundo relato do CNBSP, em primeira instância, o pedido foi acolhido para declarar a viúva habilitada como herdeira do falecido marido. A sentença determinou, ainda, que o inventariante apresentasse novo esboço de partilha, no qual ela fosse incluída e contemplada em igualdade de condições com os demais sucessores do autor da herança.

O entendimento foi de que provado que a viúva era casada com o falecido sob o regime de separação de bens convencional, ou seja, foi feito um pacto antenupcial, não sendo o caso de separação obrigatória de bens, onde o cônjuge não seria considerado herdeiro necessário, daí resultando que concorre com os sucessores em partes iguais.

Os filhos interpuseram agravo de instrumento (tipo de recurso) sustentando violação ao próprio regime de separação convencional de bens, que rege a situação patrimonial do casal não só durante a vigência do casamento, mas também quando da sua dissolução, seja por separação, divórcio ou falecimento de um dos cônjuges.

O relato conta que o pai foi casado com a mãe dos herdeiros e que ela havia morrido num acidente em 1999. Em março de 2005, ele casou-se novamente, no regime de separação convencional de bens, inclusive dos aquestos (bem adquirido na vigência do matrimônio), expressamente descrito na escritura do pacto antenupcial, que dessa segunda união não advieram filhos, já que o pai estava com a saúde bem debilitada.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) negou o agravo. Para o TJ, a regra do artigo 1.829 do Código Civil (CC) de 2002 aplica-se ao cônjuge sobrevivente casado sob regime de separação convencional. Opostos embargos de declaração pelos herdeiros, estes foram rejeitados.

Mais uma vez, os filhos recorreram, dessa vez a STJ, onde a relatora, Ministra Nancy Andrighi, destacou que não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte.

Segundo CNBSP, a relatora alega que a separação obrigatória a que se refere o art. 1.829, I, do CC/02 é gênero que congrega duas espécies: a separação convencional e a legal. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário, e que uma vez que o casal escolheu voluntariamente se casar pelo regime da separação total de bens, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

Considerando ainda, que o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum, não requereu a alteração do regime, não houve doação entre os cônjuges, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

"O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do artigo 1.829, inciso I, do CC/02, em consonância com o artigo 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade", acrescenta. (CNBSP, 2007). Esse relato demonstra a fragilidade em que o cônjuge sobrevivente é exposto, e de acordo com entendimento nosso, deveria ser revisto, de modo que os direitos do cônjuge sobrevivente venham a ser garantidos.

5. CONCLUSÃO

É notória a polêmica que existe nos casos de casamentos em regime de separação total de bens, principalmente quando ocorre óbito de um dos cônjuges, e como é frágil a garantia dos direitos do cônjuge sobrevivente em relação aos demais herdeiros.

Geralmente, a grande incidência de casos ocorre quando uma pessoa viúva, com família formada, patrimônio constituído pelo casal, durante o primeiro casamento. O viúvo ou viúva, se vê diante a necessidade de recomeçar a vida e se unir a uma nova pessoa, porém, no intuito de preservar o interesse dos filhos do primeiro casamento, em relação ao patrimônio, a pessoa se lança num casamento de separação de bens convencional e/ou obrigatória. Tornando frágeis as possibilidades de amparo ao futuro cônjuge em caso de óbito do cônjuge detentor dos bens.

Embora o Código Civil, através do art. 1.829, assegure ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer com os herdeiros ascendentes e descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens, poderá ocorrer discordâncias entre os filhos herdeiros e o cônjuge sobrevivente, inclusive situações que se arrastam na justiça por muito tempo, e algumas vezes, ao cônjuge sobrevivente é negado o direito à herança, em favor dos filhos, tido com herdeiros legítimos.

É certo que o direito do cônjuge sobrevivente, de um casamento sob regime de separação total de bens, constitui uma grande preocupação do ramo das sucessões, pois a ele é garantido o direito de herdeiro concorrente, ou seja, ele ainda terá que enfrentar a disputa sobre o patrimônio a herdar, e ficará suscetível à maneira que os demais herdeiros acolhem essa disputa. Se há uma boa concordância, e quando há herdeiros do novo casamento, ainda há uma grande chance para o cônjuge sobrevivente.

Porém, quando não há entendimento entre as partes e não existem filhos na nova relação, maior será a fragilidade do cônjuge sobrevivente. O que lhe tornará dependente de decisão judicial, que poderá lhe ser favorável ou não.

A sugestão deixada a partir deste trabalho, é que haja uma melhoria na lei, que contemple melhor os direitos do cônjuge sobrevivente, influenciando nas reparações de possíveis injustiças aos cônjuges sobreviventes que possam ter perdido o direito à herança que, no mínimo, teria o direito de concorrer com os herdeiros.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94** - Brasília: Senado Federal, Subsecretário de Edições Técnicas, 2008. 464 p.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito Civil** - 8ª Edição – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 976 p.

GLANZ, Semy. **A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro** - Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2005. 716 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil** – Direito Civil Brasileiro vol 7 – 14 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LÔBO, Paulo. **Famílias (Direito Civil)**. São Paulo: Saraiva, 2008. 407 p.

*NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** – 36.a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.*

TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil**: volume único – 9 ed – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

CNBSP, 2007. Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo. **Cônjuge sobrevivente casado com separação de bens não é herdeiro necessário**. Disponível em https://www.cnbsp.org.br/url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=2065&filtro=1Um&Data=&lj Acessado em 12 de outubro de 2021.

FUX e Associados - Advocacia Empresarial. 2021. Partilha de bens entre filhos herdeiros e cônjuge sobrevivente: como funciona?. Disponível em <https://fuxeassociados.adv.br> Acessado em 20 de outubro de 2021.

PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

SESAN GAMA DO VALE:
Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário Fametro –
CEUNI FAMETRO.

RESUMO: A Lei nº 12.403/2011, dentre outras providências, alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, referentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Interessa de perto, neste momento, a prisão preventiva. Será demonstrado, sucintamente, a evolução desse instituto jurídico desde a sua concepção pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, até a atualidade. Também será examinado a mudança de paradigma dessa medida, consolidada pela Lei 12.403, com a análise das novas diretrizes dessa prisão processual. O interesse se justifica porque a decisão de manter ou não o imputado preso – e isso, agora, necessariamente deve ser feito mediante prisão preventiva. A existência de centenas de milhares de presos provisórios em território nacional traduz em números a importância do tema e, inegavelmente, foi razão para a alteração do CPP em 2011 e mais recente com o pacote anticrime.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Preventiva. Presunção de Inocência. Compatibilidade.

ABSTRACT: Law No. 12,403/2011, among other measures, amended several provisions of the Code of Criminal Procedure, relating to procedural arrest, bail, provisional release and other precautionary measures. At the moment, preventive detention is of interest. It will be briefly demonstrated the evolution of this legal institute since its conception by Decree-Law nº 3.689, of October 3rd, 1941, until today. The paradigm shift of this measure, consolidated by Law 12,403, will also be examined, with the analysis of the new guidelines for this procedural arrest. The interest is justified because the decision whether or not to keep the accused in prison - and this, now, must necessarily be done through preventive detention - is one of the most important in criminal proceedings, with consequences not only on the effectiveness of the material law but also on society and in the life of the imputed. "The development of pre-trial justice is a story of philosophical debates, practical challenges, broadening research and evolving standards." The existence of hundreds of thousands of pre-trial detainees in national territory translates into numbers the importance of the issue and, undeniably, was the reason for the alteration of the CPP in 2011 and more recently with the anti-crime package. Alternatives to prison are sought, giving other options to the judge and abandoning the archaic "binary or bipolar system" of prison or liberty.

KEYWORDS: Pre-trial Detention. Presumption of Innocence. Compatibility.

Sumário: 1. Introdução - 2. Conceito e fundamentos da prisão preventiva. 2.1 Histórico sobre prisão preventiva. 2.2 Fundamentos legais da prisão preventiva. 2.2.1 Conceitos legais e doutrinários sobre a prisão preventiva. 2.2.2. Compatibilidade da prisão preventiva frente ao princípio da presunção de inocência. 2.2.3 O Instituto da prisão preventiva sob o prisma da presunção de inocência. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o instituto da prisão preventiva para garantia da ordem pública; da ordem econômica; pela conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência e materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, no ordenamento jurídico brasileiro, com foco na questão de sua legitimidade frente ao princípio da presunção de inocência, assegurado na Constituição Federal de 1998. Analisa-se, desta maneira, qual medida é possível para compatibilizar o princípio da presunção de inocência e o instituto da prisão preventiva para garantia da ordem pública, uma vez que esta não possui finalidade instrumental, inerente às medidas cautelares. Nesse artigo, são apresentadas as diversas posições doutrinárias acerca do tema, mostra-se que prevalece a divergência de opiniões no que se refere à possibilidade dessa compatibilização. Há posições extremadas, que defende a inconstitucionalidade de tal modalidade de prisão dado seu típico caráter extraprocessual, o que faz com que a custódia preventiva se consubstancie em uma pena antecipada; bem como há quem defenda a possibilidade de uma interpretação da cláusula de ordem pública conforme a Constituição Federal, sustentando a necessidade de, além da instrumentalidade, acautelar o meio social. For fim, após analisar a garantia da ordem pública que é inerente ao clamor público, a magnitude do crime e à reiteração delitiva, entende-se que somente há de se falar em legitimidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública nos casos de comprovada possibilidade de reiteração criminosa, em que, a partir de um juízo de ponderação a ser realizado no caso concreto, entenda-se que a entidade dos bens jurídicos que possam ser eventualmente colocados em risco pela liberdade do acusado seja superior ao dano ocasionado pela privação de sua liberdade, por mais que essa seja a mais drástica medida cautelar antes da sentença.

2 – CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA.

2.1 Histórico sobre prisão preventiva.

As prisões, historicamente, eram um local onde o acusado esperava o seu julgamento. Em caso de condenação, o que quase sempre acontecia, as penas eram cruéis podendo ser até mesmo de morte. Apenas no final do século XVIII e início do século XIX, a detenção passou a ser vista como sanção criminal sobre um delito praticado por alguém, passando, a prisão, a se tornar peça fundamental no conjunto de punições. (AMARAL, 2013)

No Brasil não foi diferente e, até o século XVIII, as prisões eram locais de custódia, onde o réu ficava resguardado até o julgamento e a aplicação da pena. Vale lembrar que nessa época as penas eram de morte, tortura, humilhação, lesões corporais, como mutilações, e confisco de bens, até que em 1824, com a nova Constituição Brasileira, as penas cruéis foram banidas. (ENGBRUCH, 2012).

Em 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil pela lei de 16 de dezembro de 1830. O Código substituiu o livro V das Ordenações Filipinas de 1603, que mesmo depois da Independência continuou em vigor por determinação de uma Assembleia Nacional Constituinte. O Código Criminal do Império introduziu a prisão simples e a prisão com trabalho, e possuía quatro partes, sendo elas: dos crimes e das penas; dos crimes públicos, dos crimes particulares e dos crimes policiais. Foi complementado posteriormente pelo Código do Processo Penal de 1832. Em 1890 foi promulgado o novo Código Penal, que autorizava a prisão preventiva caso a autoridade não fosse obedecida depois da 3ª advertência. (ENGBRUCH, 2012).

Em 1940, com o advento do Código Penal a pena de morte foi definitivamente abolida, mantendo-se o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade. Em 1977, foi promulgada a Lei nº 6.416, que alterou o processo penal e brasileiro. A mudança mais significativa no cenário brasileiro com relação à execução da pena, veio com o advento da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais – que, efetivamente, passou judicializar a execução penal no país. (AMARAL, 2013).

2.2 Fundamentos legais da Prisão preventiva.

A Constituição Federal, que é a norma de maior hierarquia do país, na redação do artigo 5º, LXI, traz os requisitos mínimos para que seja decretada prisão, nesse sentido: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Além da cláusula pétrea prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal Brasileira, que afirma, “todos os julgamentos dos órgão do poder judiciário, serão publicados, e fundamentadas todas as decisões”, tal lição, é semelhante a que consta no artigo 315 do Código de Processo Penal, em razão disso, é cogente que o magistrado apresente causas fundamentadas para privar alguém de sua liberdade, sendo intolerável a mera repetição de termos legais, sem apontar, em quais fatos se apoia para extrair sua conclusão.

Antes da Lei 12.403/2011, constituíam quatro hipóteses de especificação do chamado *periculum in mora*, quais sejam: conveniência da instrução criminal; garantia da aplicação da lei penal; garantia da ordem econômica e garantia da ordem pública. Com o

advento da supracitada lei, a prisão preventiva passa a poder ser decretada, também, em caso de inadimplemento dos deveres impostos por outras medidas cautelares.

Ao se tratar de *periculum libertatis*, é de suma importância que a autoridade judiciária detecte, quais os atos característicos futuros que se almeja evitar, e indicar quais foram os elementos fáticos, que induziram à convicção de que esse ato possa se concretizar.

A nova redação, o artigo 312 do Código de Processo Penal, vigora da seguinte maneira:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º - A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

O caput do artigo 312 do Código de Processo Penal, descreve quatro fundamentos da prisão preventiva, quais sejam: a garantia da ordem pública; a conveniência da instrução criminal; a garantia da aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica.

A primeira hipótese, de garantia de ordem pública, é normalmente relacionada à continuidade da prática criminosa, podendo, ou não, ter analogia ao delito que tenha se praticado.

Na lição de Norberto Cláudio Pâncaro Avena o qual disserta com acerto sobre o instituto, leciona: "Compreende-se justificável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública quando a continuidade do acusado em liberdade, pela sua alta periculosidade, implicar intranquilidade social em razão do receio de que volte a delinquir". (AVENA2017, p. 981).

Já na hipótese de garantia da ordem econômica, o legislador especificou a uma determinada categoria de crimes ligados as questões de livre-concorrência, livre mercado, domínio de mercado de bens e serviços, entre outros e, sendo imprescindível que a gravidade da infração, a repercussão social e a probabilidade de reiteração da conduta criminosa, sejam fatores que evitem a paz social.

O terceiro fundamento para estabelecimento da prisão preventiva, conforme previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, está relacionado com a conveniência da instrução criminal, cujo o objetivo da prisão é prender o indiciado que, em liberdade, coloca em risco a produção de provas e atrapalha a instrução criminal.

O quarto fundamento para decretação da prisão preventiva, refere-se ao fato de o juiz identificar que o acusado tentará se desvencilhar da aplicação da lei penal, por motivo de fuga, para não se submeter à pretensão penal decorrente de futura condenação.

A Lei nº 12.403, disciplinou nova redação ao artigo 313 do Código de Processo Penal, o qual definiu das condições em que se admite a prisão preventiva, verbis in:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º - Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

2.2.1 Conceitos legais e doutrinários sobre a prisão preventiva.

Em se tratando de prisão preventiva, Guilherme de Souza Nucci, assevera que é “uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”. (NUCCI 2012, p. 604).

Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette, a prisão preventiva está ligada a fatores de exigência e adequação, conforme proporcionalidade de sua aplicação aos casos objetivos.

Norberto Cláudio Pâncaro Avena, desenvolveu conceituou a prisão preventiva como “modalidade de segregação provisória, determinada judicialmente, desde que afluam os pressupostos que a permitem, e as conjecturas que a admitem”, (AVENA, 2017, p. 972).

Assim, seguindo raciocínio do dispositivo legal, Walfredo Cunha Campos, conceituou a prisão preventiva como segue: “É a prisão cautelar decretada em qualquer fase das investigações policiais ou do processo penal, sendo fundamentada na necessidade de se resguardar a ordem pública, a instrução criminal ou a futura pretensão da lei penal”.

Como já fora citado anteriormente, a lei nº 12.403, alterou diversos artigos do Código de Processo Penal. Assim, se procedeu, no artigo 1º, a nova redação para o artigo 282, § 4º e § 6º do CPP, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 4º - No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312 deste código.

§ 6º - A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observando o art. 319 deste código.

Nos casos em que o juiz verificar que o indivíduo perpetrou o fato protegido pelas excludentes de ilicitude, através de provas constantes nos autos, a prisão preventiva não poderá ser decretada, conforme leciona o artigo 314 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva tem natureza cautelar, tendo em vista a disposição do artigo 312, referente aos fundamentos, sendo sua finalidade a tutela da sociedade, a investigação criminal e a aplicação da penal. É importante salientar, conforme disposição do § 6º do artigo 282, deve ser evitada, sendo decretada apenas nos casos especificados em lei.

2.2.2 – COMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

2.2.3 O Instituto da prisão preventiva sob o prisma da presunção de inocência.

Ao abordar tema prisão preventiva, inevitavelmente, surge a compulsão de avaliar sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Isso porque “O direito à

presunção de inocência estabelece princípio impulsionador e reitor, por dignidade, do regime de prisão provisória”, (SANGUINE. Prition provisional 2003, p. 230).

O princípio da presunção de inocência, analisado sob um panorama mais drástico, induziria à completa inadmissibilidade das prisões decretadas antes da condenação. Nesse sentido, visando resguardar a ilegitimidade do encarceramento preventivo, temos Luigi Ferrajoli. Este, em sua obra "Direito e Razão", após desenvolver um panorama histórico do princípio da presunção de inocência e relacionar tal instituto com o princípio da submissão à jurisdição, bem como analisar o instituto da prisão preventiva, manifestou-se favorável à ilegitimidade do cárcere preventivo. Assim Dispõe o autor:

Penso que a mesma admissão em principio *ante iudicium*, qualquer que sejam o fim que lhe queira associar, contradiz na raiz o princípio da submissão à jurisdição. Que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força de arbítrio. (FERRAJOLI Direito..., 2002. p. 446)

Contudo, no que se refere ao clássico antagonismo entre presunção de inocência e prisão preventiva, verifica-se que, atualmente, a doutrina majoritária defende a impossibilidade de se sustentar a completa ilegitimidade da prisão provisória.

Sendo assim, a doutrina mais fundamentada, encarou a questão relativa à natureza jurídica da presunção de inocência, apontando que esta não é uma verdadeira presunção em sentido técnico-processual, visto que não é possível encontrar nela todos os elementos que configura a estrutura das presunções. Em outras palavras, a presunção de inocência não pode ser tida como uma presunção legal (ou de direito).

Destarte, a doutrina converge no sentido de qualificar a presunção de inocência como uma verdade provisória. Logo, a presunção de inocência protege o suspeito em todo o caso até que, se produza a prova e, com ela, a garantia jurídica da culpabilidade. As verdades interinas distinguem-se das presunções legítimas, haja vista que, estas necessitam de uma prova antecipada no processo, para que, a partir dessa prova, passar ao fato desconhecido através de uma regra lógica ou de experiência. De modo distinto, a verdade interina não existe ligação entre duas afirmações, bem como não existe um fato real comprovado para se chegar ao fato presumido: esse aparato de enlace extraído na normalidade, é substituído pelo mandato estabelecido pelo legislador antecipadamente. No caso da presunção de inocência, na ausência da prova de culpa equivale, enquanto não se produza prova em contrário, tem-se, portanto, que a presunção de inocência, no

Processo Penal, assemelha-se a uma presunção *turis tantum*, a qual manifesta seus efeitos até que seja afastada por uma prova que demonstre o contrário.

Outrossim, considerada a natureza de verdade provisória atribuída à presunção de inocência, esta pode entregar-se a prisão preventiva quando, demonstradas a materialidade delitiva e os indícios de autoria, bem como se a prisão preventiva estiver baseada na absoluta necessidade. É nesses termos, o Código de Processo Penal, em seu artigo 312, autoriza a decretação da prisão preventiva, desde que conste uma das condições ali elencadas, sempre que presentes os pressupostos de "prova da existência do crime" e "indícios suficientes de autoria". (VARALDA, Restrição..., 2007, p. 53), (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 p. 519-520).

Destarte, certo é que a presunção de inocência não pode ser aplicada com todo o seu rigor verbal, pois, se assim fosse, nenhuma prisão preventiva estaria justificada. Certo é também, consoante exposto, que a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência, entende pela compatibilidade entre os dois institutos. Assim, admitida a compatibilidade, imprescindível é encontrar um ponto de equilíbrio entre a presunção de inocência e a prisão provisória.

Em busca do referido ponto de equilíbrio, Odone Sanguiné salienta, primeiramente, que a prisão preventiva será legítima ou não de acordo com os fins com os quais ela se relaciona e que, dado a função limitadora que a prisão de inocência desempenha frente à prisão preventiva, esta deverá ser sempre excepcional" Nesse termos, funcionando a presunção de inocência como limite de caráter teleológico para encher o vazio de fins, entende o referido autor que- para que se obedeça ao significado de presunção de inocência como regra de tratamento do imputado - o critério e limite constitucional reitor para distinguir entre fins legítimos e fins inconstitucionais da prisão preventiva é a proibição que esta tenha como finalidade a antecipação da pena. (SANGUINE, Prisión provisional.... 2003, p. 440), (74 Ibid. p. 441), (75 Ibid., p. 447).

De qualquer sorte, em que pese a dificuldade do tema, Odone Sanguiné salienta que a doutrina mais garantista vem convergindo pelo menos em relação a um ponto: a prisão preventiva não pode ter um caráter exclusivo de pena, não pode ser decretada como uma antecipação da pena, já que esta só poderá ser imposta pela condenação definitiva. (SANGUINÉ, Prisión provisional..., 2003, p. 446-447).

Nessa linha de argumentação, defende Sanguiné que, a fim de que a prisão preventiva não tenha finalidade punitiva, ela não pode perseguir fins de natureza penal (prevenção geral e especial), mas apenas fins de caráter processual "assegurar o processo e a prova". (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 379).

Com efeito, grande parte dos autores sustenta que a harmonização entre a presunção de inocência e a prisão preventiva pode ser alcançada sempre que a privação de liberdade tiver uma finalidade exclusivamente cautelar, aqui sendo cautelaridade vinculada à noção de instrumentalidade.

Antônio Magalhães Gomes Filho compartilha desse ponto de vista ao afirmar que "as prisões decretadas anteriormente à condenação encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual. Isso porque, "diversa da prisão penal propriamente dita, a prisão cautelar não deve objetivar a punição, constituindo apenas instrumento para a realização do processo ou para a garantia de seus resultados. (GOMES FILHO, Presunção..., 1991, p. 65. 80.), (Ibid., p. 59).

De forma análoga, Fernando da Costa Tourinho Filho entende que as medidas cautelares, gênero do qual faz parte a espécie "prisão preventiva", tem por objeto assegurar os meios para que os efeitos da decisão definitiva não se tornem ilusórios. Concluindo, pois, que a prisão preventiva apenas não viola o princípio da presunção de inocência, ao ser permitida, única e exclusivamente para os fins do processo penal. (TOURINHO FILHO, Processo penal, 2008, p. 521).

De acordo com a referida argumentação, portanto, a prisão preventiva mostra-se legítima sempre que visar a objetivos instrumentais como assegurar a presença do acusado ou a futura execução da pena, porquanto, nesse caso, a privação da liberdade não tem uma função de antecipação da pena. Nessa linha, não tendo a prisão preventiva os fins próprios da pena, não há falar em juízo de culpabilidade prévio a condenação. Não ofende, pois, o princípio da presunção de inocência.

Nesses termos, certo é que a prisão preventiva fundada na necessidade de se resguardar o feito principal já é amplamente aceita pela doutrina, visto que não traz em si o caráter de pena antecipada. Transpondo-se tal fundamento para o Código de Processo Penal brasileiro, especialmente para o seu artigo 312, é possível constatar, de plano, que, das quatro condições elencada para a decretação da prisão preventiva (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal e assecuração de eventual pena a ser imposta), duas delas conveniência da instrução penal e assecuração da pena, encontram legitimação, certamente, em seu caráter instrumental.

No que tange à decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução penal, trata-se da prisão decretada "em razão de perturbação ao regular andamento do processo. Como perturbação ao regular andamento do processo pode-se entender o fato de o réu ameaçar testemunhas, intimidar peritos ou o próprio ofendido, ou ainda realizar qualquer outro incidente que crie obstáculos e ocasione prejuízo à instrução. Nessas situações, "o poder coercitivo do Estado se justifica para impedir que o réu prejudique a

atividade jurisdicional, perturbando a obtenção da verdade. (OLIVEIRA, Curso.... 2009. p. 489), (TOURINHO FILHO, Processo penal, 2008, p. 52).

A decretação da segregação preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, a seu turno, diz com as hipóteses em que há risco real de fuga do suspeito e logo, risco de não aplicação da lei caso sobrevenha sentença penal condenatória. Todavia, mister referir que tal risco de fuga deve ser sempre um risco concreto. "não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu". (OLIVEIRA, op cit, p. 489).

Assim sendo, a doutrina, seguida pela jurisprudência pátria, revela-se uníssona na conclusão acerca da constitucionalidade da segregação preventiva calcada nas hipóteses de conveniência da instrução criminal e assecuração da pena. Nas palavras de Roberto Delmanto Junior, temos: "esses dois requisitos [conveniência da instrução criminal e o assecuramento da aplicação da lei pena], por si só, traduzem a essência de toda medida cautelar e, a priori, bastariam à tutela do bom andamento do processo e da efetivação de seu resultado. (DELMANTO JUNIOR. As modalidades.... 1998, p. 148).

Assim, no que tange ao tema do objeto em tela, qual seja, a possibilidade de compatibilização entre o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado, e a prisão preventiva, tem-se que encontrar uma resposta definitiva para a questão não se mostra uma tarefa fácil. Consoante demonstrado, as opiniões e respectivas fundamentações a respeito do tema modificam-se de autor para autor, sendo praticamente inviável encontrar um consenso.

Nesse âmbito, constata-se que, assim como há quem sustente a incompatibilidade entre os dois institutos, há quem defenda a busca de um ponto de equilíbrio entre eles, sob o risco de se ter um processo penal desarmado e inoperante para alcançar seus fins primordiais. Entretanto, mesmo entre a grande parte da doutrina que se posiciona favoravelmente à compatibilidade entre presunção de inocência e prisão preventiva, também se encontram divergências, principalmente no que tange à necessidade da prisão preventiva, para ser legítima, calcar-se em fins instrumentais.

3 – CONCLUSÃO

Portanto, com a solvência em questão que, há posicionamentos distintos, principalmente quando o assunto diz respeito com a constitucionalidade da segregação preventiva baseada na hipótese da garantia da ordem pública; Assim como há posições extremadas, as quais se protege a inconstitucionalidade de tal espécie de prisão dado seu típico caráter extraprocessual, o que faz com que a custódia preventiva se constitua em uma pena antecipada; noutra banda, há aqueles que protegem a probabilidade de uma

interpretação da cláusula de ordem pública conforme à Constituição Federal, sustentando a necessidade de, além da instrumentalidade, acautelar o meio social.

4 – REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Código Criminal da Primeira República de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm

Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm

BRITO, Alexis Couto de.; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403 Comentada: Medidas Cautelares, Prisões provisórias e liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

DEZEM, **Guilherme Madeira**. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ENGBRUCH, Werner. SANTIS, Bruno Morais di. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, p. 143-161, set./dez. 2012.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal anotado**. 26 ed. de acordo com as Leis nº 12.830/2013 e 12.850/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: (Lumem Juris, 2004).

MAGNO, Levy Emanuel. **Processo Penal**. 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Ivan Luís; MARTINI, João Henrique Imperia. **Processo Penal III**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual Penal**. 3 ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Código de Processo Penal Comentado. 15ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Manual de processo e execução penal. 12 ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Prisão e Liberdade. 4 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 14 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. – 11ª ed. – Salvador: Judispodvim, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 3**. – 33 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. A prisão e a liberdade em 20 anos de Constituição. Revista do Advogado, São Paulo, n. 99, p. 21-29, set. 2008.

FERRAJOLI, Luigi Direito e razão teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer or al São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flavio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 729. p. 377-387, 1996.

GOMES FILHO Antonio Magalhães, Presunção de inocência e prisão cautelar São Paulo: Saraiva, 1991.

ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

SELMARO FELIPE RODRIGUES:
Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: Este artigo científico tem como finalidade, apresentar uma abordagem sobre o assédio moral no ambiente de trabalho, partindo do pressuposto o aspecto histórico de assédio moral, o conceito de assédio moral, a relevância social da investigação sobre as formas de assédio moral no ambiente de trabalho e sobre a posição jurisprudencial em relação à proteção ao trabalhador. Pois, partindo-se do princípio que existem formas jurídicas legais, expressas e diretas do combate ao assédio moral no ambiente de trabalho, a pesquisa busca contribuir com a revelação do problema, os avanços e retrocesso alcançados em seus impactos gerados após a Reforma Trabalhista pela Lei 13.467/2017. As consolidações das Leis trabalhistas, que discorresse sobre o avanço do dano extrapatrimonial, levando em conta a discussão de quantificar valores conforme a gravidade do dano tornando objeto de encontro a Constituição Federal. Apontar soluções para diminuir e proteger o trabalhador diante do abuso do poder patronal, uma vez que é dever de todos assegurar a integridade física e psicológica do trabalhador. Pretende a pesquisa, ao confirmar a existência de leis e jurisprudências no sentido do combate ao assédio moral, aceitar que o problema existe e o primeiro passo para tentar resolver, é aplicar as legislações vigentes e conscientizar que o assédio moral, não faz parte do contrato de trabalho e a contrariedade é passível de ações trabalhistas e rescisões indiretas.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Evolução histórica do assédio Moral; 2. Consequências do assédio moral; 3. Posição Jurisprudencial; 4. Consolidação das Leis Trabalhista.

ABSTRACT: This scientific article aims to present an approach to bullying in the workplace, assuming the historical aspect of bullying, the concept of bullying, and the social relevance of research on the forms of bullying in the workplace and on the jurisprudential position in relation to worker protection. Because, starting from the principle that there are legal, express and direct legal forms of combating bullying in the workplace, the research seeks to contribute to revealing the problem, the advances and setbacks achieved in its impacts generated after the Labor Reform by Law 13,467/2017. Consolidation of Labor Laws, which discussed the advancement of off-balance sheet damage, taking into account the discussion of quantifying values according to the severity of the damage, making it an object of conflict with the Federal Constitution. Point out solutions to reduce and protect the worker from the abuse of employer Power, since it is everyone's duty to ensure the worker's physical and psychological integrity. The research intends, by confirming the existence of laws and jurisprudence in the sense of combating bullying, accepting that the problem exists and the first step to try to solve it, is to apply the current legislation and

make aware that bullying is not part of the contract and the contrariety is subject to labor claims and indirect terminations.

KEYWORDS: 1. Historical evolution of moral harassment; 2. Consequences of bullying; 3. Jurisprudential Position; 4. Consolidation of Labor Laws.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos históricos e conceituais acerca do assédio moral. 3. Consolidação das leis trabalhistas – dano extrapatrimonial. 4. Noção do direito do trabalho. 4.1 Atributos do direito do trabalho. 5. Assédio moral. 5.1 Espécies de assédio moral. 6. Entendimentos jurisprudenciais quanto ao assédio moral. 7. Criminalização do assédio moral. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao escolher o tema assédio moral no ambiente de trabalho, este artigo de pesquisa dará a oportunidade de expor a grande relevância no que diz respeito a reforma trabalhista pela Lei 13.467/2017, quanto ao dano patrimonial e a consolidação das leis trabalhistas. A problemática aqui apresentada ampara-se na investigação para saber se o assédio moral no ambiente de trabalho traz grandes transtornos à dignidade da vida da vítima deste delito. A relevância dessa temática está na sua impactante reação na alteração da constituição das leis trabalhistas, pois não se alterou o que é substancial, no que diz respeito ao assédio moral, mas a Lei 13.467/2017 em seu artigo 223, letra G, quantifica valores conforme a gravidade de leve, média, grave e gravíssima, tornando objeto de encontro a Constituição Federal.

Seu planejamento encontra-se amparado na hipótese que se o empregado “A” ganha R\$ 3.000,00 e o empregado “B” ganha R\$ 5.000,00 e ambos sofrem o mesmo assédio moral, “B” vai ganhar muito mais que “A”, porém, ambos são seres humanos e digno do mesmo recebimento, gerando uma discriminação. O referencial de análises adotado para dar sustentação ao tema da pesquisa é de enfoque ao quantitativo julgado pelo magistrado no dano extrapatrimonial no qual surge uma discriminação de fato irresponsável, pois o dano extrapatrimonial nunca foi objeto de quantificação. Vale ressaltar, que o método de abordagem utilizado na pesquisa é bibliográfico como livros, materiais de internet, monografias e artigos científicos e jurisprudências e outros.

Este trabalho está distribuído em seis seções, onde na primeira abordará o conceito de assédio moral e suas espécies no ambiente de trabalho.

Na segunda serão apresentadas as mudanças que impactaram na lei 13.467/2017 em frente à reforma da consolidação das Leis Trabalhistas e o que vai de encontro a Constituição Federal, no aspecto de direitos, discriminação e principalmente a proteção da dignidade do bem estar do empregado vítima de assédio moral em seu local de trabalho

laboral, demonstrando a importância da avaliação de cada caso, e observando que o impacto é extremamente individual, e não se podendo materializar e quantificar de valores coletivos ao dano sofrido, de forma justa e com reflexos devastadores.

Já na terceira seção, serão desenvolvidos os temas relativos à noção e atributos do direito do trabalho que visa à proteção de garantias e direitos dos empregados, independentemente de classe, neste contexto temos duas correntes que são a subjetivista e objetivista, como também o direito coletivo através das convenções coletivas e acordo coletivo do trabalho, direito a greve e a preocupação de fiscalização árdua quanto ao combate do trabalho escravo pelo ministério do trabalho e ministério público do trabalho.

Na quarta seção temos o tema do assédio moral e suas configurações, tema deste artigo o qual demonstra as características, degradação do meio ambiente de trabalho, através do que a vítima sofre no ambiente laboral hostil e insalubre para saúde psicológica, acarretando transtorno e até o suicídio e grande impacto para o empregador, a configuração do assédio moral pode se dar em linha vertical, horizontal e transversal, o que se diferencia entre a hierarquia ou a posição de cargos, ou seja, da mesma forma que o superior hierárquico pode ser o assediador, o empregado em escala inferior de hierarquia também pode ser o assediador, como também entre colaborador na mesma posição hierárquica.

Na quinta seção temos a desenvoltura de julgados jurisprudenciais, sendo um a favor e outro negado a vítima do assédio moral no ambiente de trabalho, e a clareza do ambiente de trabalho no qual envolve fadiga, movimentos repetitivos e geralmente de intensa pressão por metas a serem cumpridas.

Por fim, na sexta seção apresentamos a criminalização do assédio moral no ambiente de trabalho, com grande importância ao demonstrar que este ato configura delito no âmbito penal garantidos pela Constituição federal, no qual tem foco de coibir e punir o agente agressor de suas vítimas de comportamentos, gestos e frases irresponsáveis dirigidas a vítima do assédio moral.

Assim, pretende a pesquisa confirmar a existência do assédio moral no ambiente de trabalho a visão protecionista do direito do trabalho, o transtorno gerado a vítima e as penalidades existentes ao agente agressor, confirmando existência do assédio moral, suas hipóteses, seus impactos, que ferem o princípio da dignidade humana e que trazem à deterioração do desempenho da qualidade laboral dos empregados, gerando a degradação física, mental e psicológica e diversos transtornos a organização empregadora.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS ACERCA DO ASSÉDIO MORAL

O assédio moral teve seu aparecimento nos tempos antigo, ele caminhava com os seres humanos desde as primeiras relações de trabalho e está presentes nos mais variados grupos sociais.

Para Barros (2016), "o assédio moral tem sua inicialização desde a escravidão, onde os escravos eram tratados como objetos, sem direitos como pessoa".

Nessa época o trabalho era visto de forma degradante, algo a ser realizado por seres inferiores, ou seja, por escravos onde eles eram submetidos a trabalhos extremamente desgastantes e com ameaças e torturas constantes, o que não parou nos escravos, na idade média por sua vez, o trabalho era considerado assim uma forma de servidão, tendo que os servos eram obrigados a trabalhar para os senhores em troca de segurança e terra pra plantar, eles trabalhava com ameaças dos seus senhores mesmo sendo livres, ainda tinham que trabalhar sem o mínimo de dignidade, e sem direito algum.

Apesar do grande avanço histórico contra o assédio moral, ainda pendura dentro do ambiente de trabalho, trabalhadores em situações críticas nas quais sofrem com intenso terror físico, mental e psicológico. Apesar de findada a escravidão em meados dos anos 1880, os trabalhadores continuam sendo assediados pelos seus superiores.

Segundo ALKIMIN, (2013)

A prática do assédio moral no ambiente de trabalho consolida-se a partir de uma polaridade de influências, onde um polo "comanda" a relação e a outra "aceita" passivamente as coordenadas (temporariamente ou não), incitado por condicionantes diversos. Essa polaridade nem sempre é de natureza funcional, mas, indubitavelmente, cria uma hierarquia invisível, informal e não legitimada de poder. Por esse ângulo, o assédio moral no ambiente de trabalho também alcança indivíduos pertencentes a um mesmo nível hierárquico (assédio moral de linha ou horizontal). Não obstante se reconheça essa possibilidade, o assédio moral mais observado é o vertical, incidente sobre a mão-de-obra situada na base da hierarquia funcional. (Assédio moral na relação de trabalho. Curitiba: Juruá Editora) ALKIMIN, (2013).

Para Marie-France Hirigoyen que corrobora com a tese da Dra. Margarita Barreto:

O assédio moral no trabalho é qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica

ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (HIRIGOYEN, 2001, p.83)

Portanto com a prática do ato de assédio moral o trabalhador se submete a diversos tipos de constrangimento provenientes do empregador, superior hierárquico, colega de trabalho do mesmo nível hierárquico e até por terceiros relacionados à empresa dentro do ambiente laboral.

No que se relaciona o assédio moral, segundo HIRIGOYEN (2001, p.27),

Se observar uma relação dominante/dominado, na qual aquele que comanda o jogo procura submeter o outro até fazê-lo perder a identidade “através de “uma fria racionalidade, combinada a uma incapacidade de considerar os outros como seres humanos”. Viram-se instrumentos, meros objetos, e assim é consumado o ato de” coisificar.

Tal conduta acaba acarretando verdadeira ameaça à qualidade do seu trabalho, além de degradar seu psicológico, de forma que o trabalhador requeira demissão e seja penalizado com a perda do emprego.

3. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS – DANO EXTRAPATRIMONIAL

Após a reforma trabalhista pela Lei 13.467/2017 o legislador inicia o dano antes denominado como Dano Moral, para a nomenclatura de dano Extrapatrimonial, haja vista a ocorrência deste dano está incluso no aspecto do dano moral e tão amplo como o dano não patrimonial. Desta forma, pode se entender que a legislação, por mais avançada e moderna que seja, não tem o condão de albergar todos os casos de incidência do extrapatrimonial sofrido pelo sujeito no qual se limitou a esta nomenclatura em sua atual legislação.

Segundo, Sergio Pinto, na CLT Universitária em conformidade com a reforma trabalhista-23^a (2018, pag.32), os artigos abaixo:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de emprego apenas os dispositivos deste título.

Destaca Sergio Pinto (2018. Pag. 31), a hipótese na constituição das Leis trabalhistas da ocorrência do dano extrapatrimonial enobrece o empregador naquilo que lhe foi prejudicado, à sua banalização, como muitos já quiseram fazer crer, esta longe de acontecer. Isto provém exatamente do fato de que o dano moral segue a mesma trajetória do ser humano, pois um é corolário do outro. Deste modo, entendemos que não existe

como limitar ou restringir a aplicação deste instituto do dano extrapatrimonial a apenas aos casos específicos neste estreito limite legal, quanto a valores, pois cada dano refere-se a algo particular sofrido.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titularidades exclusivas do direito à reparação.

Conforme explica Sergio Pinto (2018. Pag. 32), em uma análise preliminar, sem maiores pretensões, o artigo 223-B, traz um conceito de dano moral que limita sua ocorrência apenas aos titulares do direito material à reparação, o que foge à realidade dos fatos, podemos perceber que vários direitos da personalidade que encarnam a configuração do dano extrapatrimonial não foram compreendidos neste artigo, como por exemplo, o direito à vida privada, à vida familiar, estes são, plena e feliz, a beleza, a qualidade de vida, etc. O que exigira para sentença do magistrado, no caso concreto, à devida subsunção do fato a norma legal.

Aduz Sergio Pinto, na CLT Universitária de acordo com a Reforma Trabalhsta-23ª (2018, pag.32) que em seu artigo:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: a natureza do bem jurídico tutelado; II. A integridade do sofrimento ou da humilhação; III. A possibilidade de superação física ou psicológica; IV. Os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V. a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI. As condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII. O grau de dolo ou culpa; VIII. A ocorrência de retratação espontânea; IX. O esforço efetivo para minimizar a ofensa; X. O perdão, tácito ou expresso; XI. A situação social e econômica das partes envolvidas; XII. O grau de publicidade da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação. Ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II. Ofensa de natureza média até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III. Ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV. Ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. § 2º. Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário

contratual do ofensor. § 3º. Na reincidência entre as partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. Certamente este artigo trata da parte mais tormentosa para os aplicadores do direito. “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Paragrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Em meios aos artigos expostos os magistrados em seus arbitramentos da indenização por dano moral devem considerar a gravidade do dano e a dimensão do que trouxe de prejuízo ao reclamante, devem ser executadas as penalidades da criminalização aos autores do assédio moral em suas vítimas, visando valer o princípio da razoabilidade conforme o artigo 5º, V e X da Constituição Federal/1988 e artigos 12, 186, 187 e 944 do código Civil Brasileiro.

No entanto, para o Superior Tribunal de Justiça obteve entendimento pela Súmula nº 281, tendo sido fixado no sentido de que: “A indenização por dano moral não está sujeita a tarifação prevista na Lei de Imprensa”, cremos que o estabelecimento de critérios objetivos, como ora proposto pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº13.467/2017) promoverá um parâmetro do valor da reparação aos magistrados e aplicadores do direito, bem como uma maior previsibilidades e segurança jurídica aos atores sociais.

Ou seja, se identifica o problema pelo magistrado no caso concreto, pois a dignidade humana não é mensurável, não tem preço, do contrário, possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuição que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada, daí a necessidade de identificar os parâmetros, critérios e análise substancial de cada caso.

4. NOÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Os ensinamentos de VÓLIA (P.4,2010) destacam-se três correntes para definição e entendimento do direito do trabalho, e a denominação do entendimento da corrente doutrinária majoritária.

Explicando sobre a complexidade das seguintes formas: A ótica da corrente subjetivista, demonstra que as pessoas da relação de emprego, ou seja, o empregado e o empregador, abrange uma frequência de destaque na fragilidade da condição econômica do sujeito empregador pela sua hipossuficiência na frente do empregador que possui maior condição na esfera jurídica ou ate assessoramento na relação do contrato de trabalho.

Quando que na segunda corrente, de nomenclatura objetiva possui matéria que realça o direito do trabalho e não seus destinatários. Nesta corrente, a posição subjetivista da objetivista, se difere no sentido de que são frente e verso da mesma moeda, se separar uma corrente da outra, acaba se tornando insuficiente o conceito para entender o direito do trabalho em sua real plenitude e contexto.

Enquanto na ótica da terceira corrente, denominada de mista, compreendida e objeto de defesa da corrente doutrinária e majoritária, possui valor no empregado e empregador da relação do contrato de trabalho e no conteúdo e materialidade substancial do direito do trabalho, nesta corrente existe, a legalidade refletida nos princípios que regulam e ligam as relações de emprego com remuneração na esfera pública ou privada.

4.1 ATRIBUTOS DO DIREITO DO TRABALHO

BARROS (2011, p.732/33) definiu o Direito do Trabalho como característica de proteger o empregado, ou seja, por lei ou de aspectos mínimos que respeitam as condições para atividade executada, como também, através de medidas a serem adotadas através da representação sindical, desenvolvimento e dinamismo e dinamismo de medidas sociais.

As características subjetivistas e objetivista, possui a abertura de avanços e direitos ao sujeito empregado, pois as três correntes, possui valoração a dignidade e defesa dos direitos e deveres da Consolidação das Leis Trabalhistas, montando um leque na história da defesa dos direitos do empregador, respeito e buscando consolidar a legalidade dos princípios do assédio moral, calando a voz de um passado que não havia normas, de violação a lei e princípios constitucionais, que resultava na massa de trabalho escravo e péssimas condições de ambiente de trabalho. Vólia, (2018, P.16).

Existe uma preocupação com os empregados ociosos, a não permissão de anúncios discriminatórios é o espelho que visa demonstrar que o princípio da dignidade humana precisa ser respeitado, e não se pode existir discriminação em anúncios na busca de candidatos a vaga com discriminação de sexo, idade, cor, pois isso vai de encontro a Constituição Federal e a norma do direito do trabalho vê-se as proposições de (VÓLIA, 2018, P.6).

O Direito do Trabalho possui relevante preocupação no quesito social do empregado na relação de emprego, a Emenda N°45/04 expandiu a competência da Justiça do Trabalho, o direito material no direito do trabalho ficou expansivo e célere no aspecto processual do trabalho, as ações tiveram mais celeridade, tornaram-se UMA, e independente de rito processual, os magistrados buscam instruir e dinamizar sentenças rápidas as relações de emprego celetista ou estatutária tem a proteção da justiça do trabalho, possui proteção das normas e saúde do trabalho, pois o atributo e essência é a proteção dignidade do empregado.

Neste sentido o labor, o pacto laboral tomou uma visão de necessidade social, como direitos e deveres, os empregados passaram a ter valorização e dignidade humana nos seus postos de trabalhos, como também a firmeza e realização da segurança do trabalho no quesito de evitar acidentes e afastamento previdenciários, com este as legislações formalizaram cada vez, e garantias aos trabalhadores.

5. ASSÉDIO MORAL

Na definição de BARROS (2011, p.732/33) que ensina que o assédio moral como o conjunto de pretensões importuna relacionado ao empregado, essas pretensões seria a pretensão do desejo, uma ideia, no que tange um comportamento por parte do agressor com a intenção de importunar, incomodar, trazer prejuízo, uma transgressão do ponto de vista mental e físico na saúde do empregador. Ou seja, o assédio moral é o conjunto de condutas abusivas, irresponsável que se manifesta através da atitude, palavra, frases, constrangimentos, e atitudes que denegam a imagem do empregado exigindo metas exorbitantes, expondo a situações vexatórias e humilhantes, principalmente para se sentir inferior e chegar inclusive ao pedido de demissão, deixando seus direitos rescisórios para trás.

Com este ensinamento entendemos que a caracterização do assédio moral pode ser definida como a conduta abusiva do agressor contra a vítima. Deixando cristalina a atuação abusiva naquilo que se esperava uma conduta ética e respeitosa, o que infelizmente ocorre no ambiente de trabalho, o que caracteriza o assédio moral de visibilidade do comportamento através de gestões e palavras que constrangem o empregado nas atividades laborais.

No entendimento de Vólia, (2018, P.23), que nos ensina que o assédio moral como atitude do superior hierárquico, ou no que tange as configurações dos tipos de assedio como a conduta de palavras e gestos corriqueiros, prolongados, específicas, vexatórias e humilhantes na atividade laboral, e no exercício da função pactuada no contrato de trabalho ou seja, comportamento que reúne elementos para compreensão e caracterização, no foco de fazer a vítima desistir da continuidade da relação de emprego de seu contrato de trabalho, abrindo mão de seus direitos rescisórios.

Para Nascimento, 2004, (p. 922, 2004), observa que o assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva de natureza psicológica, que atenta a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações vexatórias e desnecessária, capaz de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição o empregado ou deteriorar o ambiente de trabalho.

Sergio Pinto (p. 27, 2018), define que para relacionarmos as configurações e fases do assédio moral, precisamos diferenciar a identificação das fases do assédio moral para compreender e permitir conjugar uma ótica diferenciada da evolução deste tema, com esse ensinamento, enseja-se uma perspectiva de configurações cristalinas conforme mencionadas abaixo.

Para a autora francesa Marie-France Hirigoyen (2002, p. 76), "Assediar", segundo o dicionário, significa "perseguir", "cercar", "importunar", conceitos estes que estão ligados a figura do empregador, ou seja, o assédio é uma violência que parte do chefe, mas, não é sempre assim que ocorre o assédio. Esse tipo de prática violenta conta o empregado pode partir também de pessoas que possuem cargos hierarquicamente iguais, ou seja, colegas do labor. Assim podemos definir que o assédio horizontal e o vertical são sinônimos de assédio moral, assim como o termo mobbing.

5.1 ESPECIES DE ASSÉDIO MORAL

São três espécies basicamente de assédio moral, o assédio vertical, horizontal e misto. O assédio vertical geralmente se dá por meio de duas formas, sendo a primeira quando é praticado por um superior hierárquico com objetivo de atingir o seu colaborador, ou seja, do chefe para o subordinado, essa modalidade é denominada vertical descendente,

Já na segunda forma de assédio moral, ocorre quando é praticado do subordinado para o seu superior hierárquico, essa forma de assédio é denominada vertical ascendente, sendo que raramente acontece.

Neste sentido Martins menciona que:

O assédio vertical ascendente pode ocorrer quando "um grupo de subordinado se insurge contra o chefe em razão da forma de chefiar e de utilizar mudanças radicais no sistema de Trabalho. Os métodos do chefe não são aceitos pelo grupo. As ordens de serviços não são cumpridas e há hostilidade ao chefe. O objetivo é desestabilizá-lo (...)". (Martins 2015, p.28).

Seguindo os ensinamentos de Sergio Pinto (p. 27, 2018), para relacionarmos as configurações e fases do assédio moral, precisamos realizar a identificação das fases e nos fazer permitir a conjugação da ótica que se abstrai dos aspectos específicos relacionados ao agressor e a vítima, como também o estágio, o local e suas modalidades.

O assédio moral na configuração vertical é aquele existente na relação de emprego, no qual a subordinação é a característica principal, ou seja, a posição hierárquica desta configuração se subdivide em duas tangentes: o assédio moral descendente e o assédio

moral ascendente, sendo o descendente aquele assédio em que o agressor é o superior hierárquico, ou seja, é quando o chefe, supervisor, ou todo o cargo de nível hierárquico acima do nível hierárquico da vítima, quando que o vertical ascendente é o assédio moral de configuração contrária, ou seja, é quando a prática do assédio é provocado de nível hierárquico inferior ao da vítima, é quando é praticado pelo empregado contra sua chefia.

Uma vez que tratamos das configurações do assédio moral, nos deparamos com frequentes situações conflituosas e deprimentes no ambiente de trabalho, o conflito de relações muitas vezes tem originalidade no aspecto de mudanças e excessivas cobranças ao empregado, ocasionando uma guerrilha no ambiente de trabalho, tornando um ambiente de desprazer, conflituoso, e até insalubre no aspecto mental para o empregado, torna-se uma tortura a ida para o trabalho e acarreta crises de ansiedade para o término do expediente.

Por outro lado o assédio moral na configuração, horizontal está na configuração em que os envolvidos possuem a mesma escala de nível hierárquico, acontece, quando uma ou mais pessoas se atacam, por gestos e palavras com as características corriqueiras e vexatórias, nesta configuração é inexistente a relação de subordinação entre os mesmos, ou seja, todos estão na mesma escala de nível hierárquico, porém existe a responsabilidade por parte do empregador e de manter a ordem e não coibir a má conduta por parte de seus empregados.

Visto que as configurações mencionadas, elucida muitos pontos para caracterizar quem é o assediador, quem é a vítima, quem são os que indiretamente também colaboram para o assédio moral acontecer, como também demonstra que não existe perfil para ser vítima ou agressor, existem leis que criminalizam e o direito do trabalho que visa a proteção, garantias, direitos e deveres a classe de empregados transmitindo uma justiça protecionista na frente de sujeitos hipossuficientes que necessitam de respeito mútuo para fazer o crescimento industrial e econômico crescer nacionalmente.

Por último, verifica-se o assédio moral misto que exige os três tipos de sujeitos, o agressor horizontal, vertical e a vítima. Nesse caso, o agressor sofre o assédio por colegas e superiores, a agressão se dar por meio de ação do superior ou colega e com o passar do tempo se generaliza.

6. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS QUANTO AO ASSÉDIO MORAL

Podemos citar as jurisprudências abaixo, com entendimentos a favor e contra do Supremo Tribunal Federal, com julgados após a Reforma Trabalhista no âmbito do assédio moral, o assunto vem se manifestando, sendo útil destacar alguns julgados como o Recurso Ordinário nº. 0021423-55.2017.5.04.0334, publicado em 31/08/2018. Diante disto

Desembargador Clovis Fernando Schuch Santos deixa claro que cumpre evidenciar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

EMENTA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. Ausente os requisitos ensejadores da indenização pecuniária por assédio/dano moral, ação ou omissão do empregador, o dano sofrido pelo empregado e o nexo causal, não há falar em indenização correspondente. (TRT da 4ª Região, 3ª Turma, 0021423-55.2017.5.04.0334 RO, em 31/08/2018, desembargador Clovis Fernando Schuch Santos).

Ensina Marie- France Hirigoyen, Assédio moral e seus efeitos jurídicos, Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS, 2002, n.228. Pag.16. Retrata que:

O assédio moral corresponde a: [...] qualquer conduta abusiva (gesto, palavras, comportamento, atitude...) que atende, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

Vale reafirmar que a interpretação deste julgado é desfavorável ao reclamante, não sendo reconhecido o Recurso Ordinário pela ausência dos requisitos ensejadores e o nexo causal, deixando o direito material visível sem a repetição de condutas tendentes a expor o Reclamante a situações incomodas ou humilhantes.

Por conseguinte, vale ainda afirmar que, a título de ilustração, o Recurso Ordinário nº 0020653-47.2016.5.04.0124, publicado em 11/05/2018, o Ilustre Desembargador Clovis Fernando Schuch Santos sustenta que a reclamante ao carregar por mais de 12 horas por dia, lhe causava fortes dores e corria o risco de agravar sua enfermidade.

Cita o artigo 186 do código civil de 2002 e o artigo 5º da Constituição da república, fundamentando que é evidente o desencontro do direito material, e evidente o ato ilícito omissivo do réu, o qual existe nexo de causalidade com o dano sofrido, devendo ser devidamente indenizada.

EMENTA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. Evidenciada a conduta abusiva – omissiva ou comissiva; repetida ou sistematizada – que atente contra a dignidade ou integridade psíquica, ou mesmo física do trabalhador,

caracterizando está o assédio moral, sendo devido, então, o pagamento de indenização por dano moral. (TRT da 4ª região, 5ª Turma, 0020653-47.2016.5.04.0124 RO, em 11/05/2018, Desembargador Clovis Fernando Schuch santos).

Com a exposição, e as metas que todo trabalhador possui a serem cumpridas, e diversas normas internas seja de qualidade, exigências de qualificação, normas internas e de segurança e saúde no trabalho e inúmeras cláusulas apontadas no contrato de trabalho, que muitas vezes a carga horária corriqueira e exaustiva traz um cansaço psicológico no empregado.

De frente com as avançadas e novas tecnologias, a mão de obra sofreu impacto na contratação de pessoas, até em diminuição de esforço físico no trabalho, substituído pelo esforço mental, gerando inúmeras influências negativas no ambiente de trabalho laboral, pois a atividade mental requer mais dinamismo e versatilidade. O efeito disso foi um desgaste emocional e difícil adaptação nas mudanças de um ambiente de trabalho.

Neste sentido, é imprescindível destacar recente entendimento sobre o tema:

RECURSO DE REVISTA – ASSÉDIO MORAL – CONFIGURAÇÃO O Eg. TRT concluiu pela ocorrência de assédio moral, entendendo que a reclamante fora submetida a situações constrangedoras e excessivas quanto ao atendimento de metas, com cobranças patronais feitas de maneiras desarrazoada, dentro da sistemática da empresa, e utilização de palavras de baixo calão nas reuniões diárias que realizava, ofendendo a honra da trabalhadora. A alteração do julgado implicaria o revolvimento do conjunto fático – probatório. Vedado nesta instância, nos termos da Súmula nº 126. HORAS EXTRAS – REGISTROS DE FREQUENCIAS – ÔNUS DA PROVA A Eg. Corte de origem consignou que as horas extras foram deferidas com base na jornada revelada pelas provas testemunhais. Assim, ainda que fossem acolhidos os argumentos da reclamada quanto ao ônus da prova, persistiria o fundamento mencionado, suficiente para manter incólume o desfecho da controvérsia. Recurso de Revista não conhecido. (TST – RR: 11655420135090001 Data de Publicação: DEJT 06/03/2015).

Destaca-se que esse julgado evidenciou o Reconhecimento do Assédio moral sofrido pela reclamante, tendo seu recurso provido e fundamentado para sua devida indenização a ser paga pelo empregador.

Menciona Maria Helena Diniz, *apud* instituições no Direito do Trabalho, Alexandre Agra Belmonte, 3ª Edição, renovar, p. 445 que ao considerar o ato lesivo á moral ou aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, de forma a insultar, levemente, a imagem profissional do empregado, impedindo sua ocupação no mercado de trabalho, que por sua vez é reputado ao assédio moral sim, por isso a fundamentação deste recurso provido é lícita e indiscutível.

7. CRIMINALIZAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

Visto que ao realizar a aplicabilidade de crime no agressor em sua conduta ilícita, no aspecto restrito ao assédio moral, o qual se encontra tipificado no código penal em seu artigo 132, 146, 147 e 149. Esses artigos tipificam condutas delituosas os quais o agente produz perigo a vida, a dignidade, a saúde da vítima, como também tipifica o delito de ameaça e ao combate do trabalho escravo.

Geralmente, os métodos corriqueiros e utilizados no assédio moral são os seguintes: o sentimento de culpada da vítima, perseguição, a ridicularização, a humilhação, ocasionando vergonha, vexame ao extremo para a vítima. Esses métodos ocasionam um processo destrutivo à saúde física e mental da vítima, principalmente no requisito de sua relação de autoestima e seu trabalho desenvolvido no seu ambiente de trabalho, gerando doenças e alinhamento de pensamentos suicida.

Porquanto a constituição Federal, juntamente com o código penal, busca prevenir e responsabilizar atitudes de agressores, e empresas que não tomam medidas de coibir e combater o assédio moral e suas consequências danosas ao empregado, essas matérias demonstram cada vez mais o interesse em criminalizar e fazer o agente agressor ter penalidade duras, levando uma grande reflexão ao tema no intuito de coibir e eliminar atitudes irresponsáveis de agentes agressores que se aproveitam e se escondem em escalas hierárquicas para realizar e ridicularizar com característica corriqueira em suas vítimas.

Embora, o assédio moral, principalmente no seu ambiente de trabalho ocasione na vítima um sentimento gradativo da autoconfiança, podemos destacar que se pode existir uma real punição ao agressor deste delito, pois o aspecto na esfera criminal abrange artigos legais que defendem a vida, a dignidade humana e o respeito mútuo, possui um intuito preventivo na saúde física e mental do empregado. O agente agressor também pode ser enquadrado na tipificação dos crimes contra a honra, encontrados nos artigos 139 e 140 do código penal, a vítima pode ingressar com processo diretamente ao agressor por injúrias, difamações e calúnias levantada no ambiente de trabalho.

8. CONCLUSÃO

Buscou-se afirmar que o assédio moral causa a perda do interesse pelo trabalho e o prazer de laborar com qualidade e boa desenvoltura em seu ambiente de trabalho, sobre a desestabilidade emocional e provocando não apenas o agravamento, nexos causais de patologias já existente, mas, como também o surgimento de novas doenças e induzimento ao suicídio, fazendo com que seu desempenho no âmbito produtivo diminuísse e atingindo negativamente as mais diferentes áreas da vida dos empregados como no aspecto profissional, pessoal, familiar, social, dentre outras.

Inicialmente, discorre-se sobre a origem do assédio moral no Brasil, a magnitude e impactos sofridos pela consolidação das Leis Trabalhistas, no aspecto da Lei 13.467/2017 e sobre o dano extrapatrimonial na sua limitação do ato de indenizar a vítima que sofre o assédio moral, atingindo muitas vezes, os demais empregados, com a queda da produtividade e qualidade dos seus serviços, ocorrência de doenças profissionais, afastamento previdenciário, incidentes e acidentes de trabalho, ocasionando a rotatividade de trabalhadores e o aumento de ações judiciais pleiteando direitos trabalhistas e indenizações em decorrência do assédio sofrido, é cristalino a complicação de calcular o tamanho do prejuízo moral, principalmente no caso do assédio Moral, pois como se vai calcular ou levantar o dano que a vítima sofreu, tendo frustradas as realizações profissionais, pessoais, sua auto-estima e sua dignidade como trabalhador.

Em seguida definiu-se que o assédio moral, e suas configurações no Direito do Trabalho, precisam de definição de hierarquia para sua devida caracterização e reconhecimento, até porque, dependendo da situação do assédio moral, um superior hierárquico pode estar sendo a vítima do assédio moral, por isso, se fez necessário à distinção das configurações do assédio moral na vertical descendente, aquele feito pelo empregador, superior hierárquico contra seu subordinado, assédio moral na vertical ascendente, aquele feito por um ou vários empregados contra seu superior hierárquico, quanto que no assédio moral na horizontal, ocorre entre colegas de trabalho de níveis hierárquicos iguais, podendo ocorrer por um conflito de relacionamento e convivência entre os dois, ou por discriminação de sexo, ou ainda por pura competitividade de metas e reconhecimento profissional, que muitas vezes é estimulada pelos próprios superiores, importante destacar que não existe um perfil psicológico de vítima de assédio moral, pode acontecer com qualquer empregado.

Adiante se passou a discorrer sobre entendimentos jurisprudenciais sobre o assédio moral no ambiente de trabalho, no qual o artigo demonstra três julgados demonstrando o ato de indenizar e suas características e o outro julgado no ato de não indenizar pelo não reconhecimento do ato lesivo à dignidade da vítima, configurando que a atividade laboral desenvolvida no ambiente de trabalho que se fixar ao delito do assédio moral, deve se configurar nas vertentes mencionadas para ter seu pleito reconhecido.

No contexto da criminalização do assédio moral a vítima pode encontrar proteção na esfera criminal, como nos crimes contra a honra, encontramos nos artigos 139 e 140 do código penal, artigos 132, 146 e 147 do mesmo código que combate e previne a saúde do empregador e trabalho escravo.

As vítimas do assédio moral vivem, na maior parte das vezes em situações de vulnerabilidade, as vítimas sofrem prejuízos no local de trabalho, bem como, no âmbito familiar, o que acaba por prejudicar a vida dentro e fora do ambiente de trabalho. Consequentemente o assédio moral cria clima desagradável dentro do local de trabalho, de disputa, stress e assimilação.

Diante do exposto e das discussões travadas conclui-se que é possível considerar a criação de leis específicas sobre referido tema, mesmo porque havendo legislação que permita reparar o dano sofrido pela vítima, além de servir como combate à prática do ato em razão da punição, haveria caráter pedagógico garantindo adoção de medidas preventivas.

9. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: 2016.

ALKIMIN, M.A. **Assédio moral na relação de trabalho**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. 15–19 p

MARTINS, Sergio Pinto, Editora Saraiva, **CLT Universitária de acordo com a Reforma Trabalhista**- 23ª Ed. 2018.

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

VÓLIA, Bomfim cassar. **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo. 2010.

VÓLIA, Bomfim cassar. **Reforma Trabalhista** – Direito material – EJUD Vitoria. O direito do trabalho e a reforma trabalhista – EJUD Vitória. 2018.

NASCIMENTO, Sônia A.C Mascaró. **Assédio moral no ambiente do trabalho**. São Paulo: Revista LTr, N. 68, nº 08, ago. 2004. p.922.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral e seus efeitos jurídicos**, Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS, 2002, n. 228. Pag. 16.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio Moral no emprego**. 4ª ED. São Paulo: Atlas, 2015.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO DO RIO GRANDE DO SUL,
Recurso Ordinário: 002142355201750403341-rs, Rel. des. Clovis Fernando Schuch Santos 2017, <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/RecursoOrdinario>. Acesso em novembro 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO DO RIO GRANDE DO SUL,
Recurso Ordinário: 00206534720165040124-rs, Rel. Des. Clovis Fernando Schuch Santos, 2016, <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/RecursoOrdinario>. Acesso em novembro 2018.

A IMPORTÂNCIA DA ATUALIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS QUE AUTORIZAM AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICA E TELEMÁTICA PARA A INSTRUÇÃO DOS PROCESSOS PENAIS

GEDEON VELOSO DOS SANTOS:
Graduando do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro

RESUMO: É possível verificar que decisões em primeira instância, acórdão em segunda instância e a jurisprudência dos tribunais superiores ao discorrerem sobre a importância da devida aplicação da Lei nº 9296/96 demonstram que o bem maior a ser tutelado é a garantia da privacidade e sigilo de dados dos elementos constituintes da comunicação. Sendo a aplicação da lei em comento exceção, logo constitucionalmente aplicável somente mediante ordem judicial. Evidente que a lei fora publicada em 1996 e seu corpo sofreu com a desatualização social ao longo do tempo. Desse modo, com o estágio evolutivo das telecomunicações hoje, seus critérios e sua aplicação encontram suporte fático para a garantia da segurança pública no que diz respeito ao processo penal? Mostrar a importância dessa atualização é o foco dessa pesquisa que, arrolando bibliográfica e documentalmente, os critérios determinados na letra legal, desenvolverá sua evolução ao longo da história culminando na avaliação dos critérios legais à realidade da prática processual penal.

Palavras-chave: Processo penal. Investigação criminal. Interceptação telefônica. Interceptação telemática. Autorização judicial.

ABSTRACT: It is possible to verify that decisions at first instance, judgment at second instance and the jurisprudence of higher courts when discussing the importance of the proper application of Law No. 9296/96 demonstrate that the greatest asset to be protected is the guarantee of privacy and confidentiality of data of the constituent elements of communication. As the application of the law is an exception, then constitutionally applicable only by court order. It is evident that the law was published in 1996 and its body suffered from the social downgrading over time. Thus, with the evolutionary stage of telecommunications today, do its criteria and its application find factual support for guaranteeing public safety with regard to criminal proceedings? Showing the importance of this update is the focus of this research that, listing the criteria determined in the legal letter, bibliographically and documentally, will develop its evolution throughout history, culminating in the evaluation of the legal criteria to the reality of the criminal procedural practice.

Keywords: Criminal proceedings. Criminal investigation. Telephone intercept. Telematic intercept. court authorization.

SUMÁRIO: 1INTRODUÇÃO, 2DESENVOLVIMENTO, 3INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA: 3.1 Conceituação legal, 3.2 Critérios legais, 3.3 Critérios legais destacados na jurisprudência, 4 DA POLÍCIA JUDICIÁRIA E SEU INQUÉRITO: 4.1 Do inquérito policial, 5 DA EVOLUÇÃO DOS MEIOS COMUNICATIVOS: 5.1 Da necessidade de evolução dos mecanismos investigativos para a persecução criminal, 5.2 Da atualidade da questão da interceptação telemática, 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre a importância da atualização dos critérios que autorizam as interceptações telefônicas e telemáticas nos processos em que o investigado, age de modo a dificultar o prosseguimento investigativo processual.

O bem maior tutelado constitucionalmente, nesse caso, é o direito à privacidade e o dever do Estado, imposto pela carta magna, de não interferir na vida particular de seus representados.

Em contraponto, observa-se que, na sociedade atual, há necessidade de priorização às práticas Estatais de repressão e combate a atividade criminosa cuja evolução, no Brasil, tornou-se fato cotidiano atingindo uma natureza quase cultural.

Exemplificando o fato acima exposto, aplicando a técnica da observação assistemática, verificou-se a origem, nos presídios do Rio de Janeiro, do Comando Vermelho (CV), recentemente no Amazonas a fusão do Primeiro Comando da Capital (PCC), com origem nos presídios em São Paulo, com a Família do Norte (FDN), facção criminosa dissidente do CV e atuante no Amazonas, formando o Primeiro Comando do Norte (PCN), mostram que em grande parte a estrutura do crime vem se organizando e demonstra aspectos de evolução social.

Pode-se deduzir que, as organizações criminosas como as citadas acima, para a atuação em diversas áreas do país utilizam-se de uma estrutura comunicativa robusta e avançada.

Recursos para a manutenção em sigilo dessas atividades são muitos. É de conhecimento geral que aplicativos como Whatsapp, Telegram, Messenger e outros similares, possuem tecnologia de criptografia de ponta a ponta. Ou seja, procuram resguardar com mais segurança à privacidade das comunicações entre duas pessoas.

Não se questiona, nem é objeto dessa pesquisa a legalidade e aplicação desse nível de segurança nos serviços de telecomunicação. Mas com o avanço desse nível segurança para o usuário comum, as organizações criminosas também se beneficiam na proteção de seus atos.

Por esse viés, os critérios para o deferimento de interceptação telefônica e telemática se adequam a realidade das investigações criminais? Esses critérios vêm acompanhando o avanço tecnológico das telecomunicações?

Com este arcabouço apresentado, esta pesquisa visa mostrar a importância da atualização regular dos critérios que autorizam as interceptações telefônicas e telemáticas, diante da evolução tecnológica dos sistemas de comunicação relativos aos procedimentos que instruem o processo criminal.

De modo que para atingir a essa finalidade, desenvolver-se-á a evolução histórica dos princípios protetores do direito à privacidade; se identificará os critérios aplicados no ordenamento jurídico brasileiro; se inferirá da jurisprudência regional e nacional os critérios aplicados; validar-se-á, de acordo com o atual estágio da evolução tecnológica criptográfica, se os critérios estão sendo atingidos; e se avaliará se esses critérios, de fato, se adequam à realidade.

Para que fossem atingidos os objetivos, geral e específicos, a natureza da pesquisa empregada, por ser descritiva, concentrou-se na exploração bibliográfica e documental sobre o fenômeno observado.

Sendo o fenômeno observado igual ao objeto da pesquisa – os critérios empregados na autorização das interceptações telefônica e telemática – a exploração bibliográfica expos quais são e como são empregados, enquanto a exploração documental, em grande parte realizada nos sítios eletrônicos dos tribunais regional e superiores, relacionaram esses critérios com a prática.

Como consequência, ao fim da pesquisa espera-se contribuir no alargamento da discussão atual instrumentalizando uma avaliação clara da relação entre a evolução tecnológica na área de telecomunicações e a necessidade de atualização dos paradigmas que garantem ao Estado a manutenção da ordem e segurança de sua população.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

À época em que o direito de governar se confundia com a natureza divina do governante, o poder do Estado era soberano e inquestionável, pois do contrário haveria o questionamento ou oposição às determinações divinas e “a justiça divina e a justiça natural são, por sua essência, constantes e invariáveis (...)” (BECCARIA, 2000).

Desse modo, sendo constante e invariável, deduz-se seu absolutismo. E à medida que “o velho pensamento, pré-científico cedeu o passo a uma forma de pensar despida de ideias, quase mágica”, (JASPERS, 1976) socialmente o conceito de Estado evoluiu, deixou de centrar-se no divino e concentrou-se na figura de um homem que detinha os poderes

para dirigir as vontades da população que se encontram dentro das delimitações territoriais de sua jurisdição

Dessa evolução a sociedade saiu do sistema político baseado no divino e, portanto, absoluto, cuja representação áurea pode ser resumida na frase que é atribuída ao Rei-Sol, Rei Luis XIV que reinou a França no período de 1638 a 1715, no original “Je suis la Loi, Je suis l'Etat; l'Etat c'est moi” que em tradução livre para o português afirma “Eu sou a Lei, eu sou o Estado; o Estado sou eu”. Fuks contextualiza o significado dessa frase analisando o raciocínio que condensa a lógica da monarquia absolutista, pois “estava nas mãos do Rei o controle de todos os aspectos fundamentais do seu território” e todas as decisões vitais ao governo eram direcionadas ao monarca (2019).

Com a ascensão da valorização dos direitos individuais, os defensores do Estado Absolutista, em maioria, acabaram cedendo espaço a um modo diferente de organização estatal. Carvalho explica essa evolução como a equivalência do Estado ao direito, com a constituição de uma personalidade jurídica (1999, p.41). Há um enxugamento dos direitos do Estado e de seus governantes, “aparecem as Constituições escritas, como instrumento de racionalização do poder e de renovação do pacto social dos contratualistas” (ibidem, p.46).

Souza afirma que “a institucionalização do Estado de Direito de modo coerente (...) ocorreu depois da Revolução Francesa, nos Estados liberais do século passado [XIX], fundados precisamente na doutrina do ‘império da lei’” (1984, p.26).

Logo, os deveres e direitos do Estado, de toda a administração, passaram a restringir-se dentro daquilo que estivesse regido pela Lei, não por vontade divina, ou pela vontade do Príncipe, mas estabelecido em um texto que após aprovado depois do devido processo legal – processo legislativo – deve valer como obrigação para todos dentro dos seus limites jurisdicionais (MEIRELLES, 1991, p.78).

No Brasil, Silva ensina que “a concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres” (2000, p.117). Visando resguardar os direitos dos cidadãos, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 (CF/88) em seu Título II – dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I – dos direitos e deveres individuais e coletivos por seu art. 5º, inciso XII de maneira inalterável defende:

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:

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Observa-se assim que quaisquer esforços no sentido de autorizar medida que viole cláusula pétrea da constituição é inconstitucional, todavia, para fins de “investigação criminal ou instrução processual penal” surge uma exceção.

Tal exceção não fere a ordem da evolução do pensamento protecionista que a Carta Magna tutela, mas visa, piamente, a proteção da sociedade dos males que a mente humana é capaz de se auto afligir nas condutas criminosas. A própria motivação para a manutenção da exceção que é a interceptação telefônica, demonstra a importância de sua aplicação quando não cabem mais outros recursos para a persecução criminal.

O caminho adotado pela CF/88 é o da liberação restritiva ou do recurso investigativo objeto desse estudo, ou seja, “todos os direitos fundamentais devem ser submetidos a um juízo de ponderação quando entram em rota de colisão com outros direitos fundamentais” (LIMA, 2020), dando maior relevância aqueles que possuem a prioridade in casu.

Desse modo, as garantias, em harmonia com os fundamentos da CF/88, não são absolutas, e nem poderiam ser devido ao mau uso, ou sua má invocação por indivíduos que não usam de boa-fé - os criminosos (idem, p. 513).

Em razão da necessidade de alargar melhor a regulamentação do tema, o legislador apresentou a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996 (Lei nº 9.296/96 - Lei das interceptações telefônicas), que vem regulamentando o assunto e direciona grande parte das decisões judiciais sobre o tema.

Esta lei sofreu atualizações recentes em 2019 com as leis nº 13.869 e 13.964 que lhe incluíram alguns artigos e alteraram a redação de outros, mas sem modificar substancialmente o conteúdo.

3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA

3.1 Conceituação legal

A análise semântica da nomenclatura do termo empregado pela lei das interceptações telefônicas inicia o percurso do que se deseja conceituar nesta pesquisa.

Têm-se em seu artigo 1º versa sobre “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza (...)” (BRASIL, 1996).

De acordo com o que dispõe o dicionário Aurélio (2000, p.395), dentre outros significados, o verbo interceptar significa “(...) 2. Reter, deter (o que era destinado a outrem). (...) 4. Captar.” Desse modo, em acordo com o que dispõe a letra da lei, interceptação telefônica significa a captação ou detenção de mensagens (chamadas) telefônicas entre dois ou mais interlocutores.

Todavia, o termo empregado tem sua interpretação estendida por força do que dispõe o parágrafo único do art. 1º da lei em comento: “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.” (BRASIL, 1996). Gomes e Maciel (2018, p. 92) explicam que o legislador conceituou de modo genérico os demais modos de comunicação empregando o termo “telemática” por se tratar da ciência que estuda as comunicações “de dados, sinais, imagens, escritos, e informações por meio do uso de combinado de informática”. Ou seja, ao utilizar o termo telemática, o legislador se referia às telecomunicações em suas mais variadas formas, com ênfase ao meio informatizado e suas ramificações, evoluções (idem).

3.2 Critérios legais

Com o advento do Estado Democrático de Direito e com a consequente garantia de direitos fundamentais, o que inclui o direito a privacidade. Sendo o Brasil signatário do Pacto de São José da Costa Rica, por força do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992 seu artigo 11, 2 (BRASIL, 1992) determina que:

Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Em conformidade com o que a CF/88 regula em seu art. 5º, XII atribuindo à interceptação a natureza super excepcional – “é inviolável o sigilo (...) salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que que a lei estabelecer (...)” (BRASIL, 1988). De modo que, na lei das interceptações telefônicas, o artigo 2º trata como nulas, ou “não admitidas” as interceptações que atendam a qualquer das seguintes hipóteses (BRASIL, 1996):

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Além dos critérios de clareza, indicação e qualificação dos investigados, conforme o parágrafo único do art. 2º (idem).

Logo, para que haja a determinação judicial da interceptação o juiz deverá verificar o atendimento aos critérios materiais, em cada caso, se há indícios razoáveis de autoria ou pelo menos de participação dos indivíduos; se, de fato, não é possível obter provas por outros meios; e se o fato a ser investigado é tipo penal punido com pena de reclusão.

3.3 Critérios legais destacados na jurisprudência

A observação da letra legal apenas em sua essência não demonstra a efetividade de sua aplicação. De modo que para medir sua eficiência se faz importantíssimo destacar como os critérios para o deferimento da medida em estudo são ponderados pelos órgãos jurisdicionais.

No Tribunal do Justiça do Amazonas (TJ/AM), sob a relatoria do Meritíssimo Juiz de Direito Cezar Luiz Bandiera (2021, p. 11), a egrégia corte acordou:

Não há nulidade, quando as interceptações telefônicas cumprem os requisitos previstos na Lei nº 9.296/1996. Ademais, no processo penal brasileiro, a nulidade somente se solidifica quando comprovado o prejuízo para a parte, nos termos do art. 563 do CPP.

No curso do processo criminal oriundo da operação *anastasis*, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ratificou a decisão do juízo de primeiro grau que autorizou e depois prorrogou sucessivas a interceptação telefônica naquele processo. Nas palavras do Ministro Rogério Schietti Cruz (2021, p.3):

VI. O Juiz de primeiro grau, além de haver justificado a imprescindibilidade das interceptações telefônicas, também destacou que, à época dos fatos, havia ciência da existência de um grupo criminoso que agia de maneira organizada, com o envolvimento de diversas pessoas, inclusive menores de idade, para a narcotraficância, o que evidenciou a necessidade de adoção da medida invasiva, a fim de subsidiar as investigações das infrações penais.

Uníssono a essas decisões verifica-se também como apontam os acórdãos no Supremo Tribunal Federal (STF). No *Habeas Corpus* 161.488 de Minas Gerais, nas palavras do relator Ministro Marco Aurélio:

(...) o afastamento do sigilo de comunicações (...) aludiu às razões expostas na representação da autoridade policial e manifestação do Ministério Público (...) revelado indícios razoáveis de envolvimento na prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Indicou especificamente a linha telefônica relacionada a Marcelo e autorizou a quebra referente ao aplicativo Blackberry. (...) concluindo ausentes outros meios visando obter prova do cometimento dos crimes. Foram preenchidos os requisitos versados na Lei nº 9.296/1996.

Tanto em nível estadual quanto federal, respeitadas as competências jurisdicionais, verifica-se que os critérios são aplicados em acordo com o que se dispõe na CF/88. Lima (2020, p. 527) afirma que “o provimento que autoriza a interceptação tem natureza cautelar” e está condicionada à prévia autorização judicial.

Como se subsumi dos corpos decisórios expostos acima, encontram-se presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*. No primeiro critério é necessária a concorrência de elementos determinantes da existência de um crime, posto que justificará o sacrifício de direito fundamental à intimidade (*idem*). No segundo caso, deverá ser ponderado “o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar” para o processo (*ibidem*).

Para a ser considerada lícita a interceptação telefônica, além dos requisitos constitucionais, “ordem judicial, forma da lei, investigação criminal ou processual”, os pressupostos do art. 2º da Lei da Interceptação telefônica, que são os mínimos para a garantia de que a interceptação “não será empregada em qualquer caso e sem critérios seguros”, (GOMES, MACIEL, 2018 p.104).

4 DA POLÍCIA JUDICIÁRIA E SEU INQUÉRITO

Embora receba o nome de polícia judiciária, a polícia investigativa é extensão do Poder Executivo e seu objetivo é de auxiliar o Poder Judiciário no cumprimento de medidas que tenham por escopo o esclarecimento de fatos referentes ao cometimento ou não de delitos (LIMA, 2020, p.567).

Logo, por ser extensão da administração pública, deve-se pautar pelos mesmos princípios, dentre eles, e nesse caso o que se destaca, o princípio da eficiência dos atos administrativos, que afirma que as ações da administração devam se pautar a cumprir um fim específico e que, em concomitância aos princípios da economia e celeridade, possam atingir sua finalidade do melhor modo e com o uso mínimo de recursos (COUTO, 2011, p.102).

A principal atividade da polícia judicial é investigar e essa ação se instrumentaliza no inquérito policial. Guimarães (2014, p.426) empresta o conceito mais simples que se pode utilizar no momento para explicar esse instrumento como “conjunto de diligências da Polícia Judiciária, colhendo indícios e informações para apurar a prática de ilícito penal e sua autoria”.

É importante ainda esclarecer que nessa fase, o procedimento tem natureza inquisitória e sigilosa, ou seja, o seu curso, geralmente, não é público e não se admite o contraditório, posto que visam exclusivamente a apuração de fatos (*idem*).

Gomes (2020, p.79) afirma que após, analisar a legislação infraconstitucional pátria em vigor, conclui-se que o sistema investigativo, praticado na competência da polícia judiciária, no Brasil é o inquisitório”.

4.1 Do inquérito policial

O Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941 que institui o Código de Processo Penal (CPP) no seu Livro I que trata do Processo em Geral e especificamente no Título II – do inquérito policial, detalha os procedimentos para a instauração e prosseguimento ou não do processo investigativo (BRASIL, 1941).

Não é escopo desta pesquisa esmiuçar o desenvolvimento desses procedimentos, todavia é importante destacar algumas de suas propriedades impostas pelo CPP.

As peças do inquérito policial serão conectadas em um só processo escrito, portanto formal, e deverão ser assinadas pela autoridade policial (art. 8º CPP). Terá o prazo de 10 (dez) dias se o réu estiver preso e 30 (trinta) dias quando estiver solto (art. 10 CPP). Um relatório minucioso de todo o apurado será enviado ao juiz competente (art. 10, §1º CPP). Se necessário para esclarecimento, a autoridade policial poderá requerer ao juiz a devolução do inquérito para “ulteriores diligências” caso em que serão realizadas dentro do prazo marcado pelo juiz (art. 10, §3º CPP), nesse último caso, ocorre o início da demonstração de que o inquérito policial possui uma característica informativa e não necessariamente probatória, fato corroborado pelo art.; 12 CPP que determina que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” (BRASIL, 1941).

É imperioso ressaltar que, embora o inquérito policial possa esclarecer sobre fatos e autorias criminais, a autoridade policial não é o titular da ação penal, pois nos crimes de ação pública é o Ministério Público seu titular, dando início ao processo penal com a Denúncia (art. 24 CPP) (*idem*).

Nesse sentido, uma vez que se evidencia a necessidade da produção de provas por meio de interceptação telefônica ou telemática, esta deverá ocorrer primariamente em

corpo de processo penal já instaurado, visto que os critérios que regem a permissão da produção deste tipo de prova determinam a autorização pelo juiz.

Logo, as interceptações telefônicas e/ou telemáticas, em sede de inquérito policial poderão não possuir natureza probatória, mas apenas informativa. Esse fato pode ser subsumido nas palavras de Bandiera (AMAZONAS, 2021) ao fundamentar a manutenção das provas oriundas de interceptação telefônica em fase inquisitória, *in verbis*:

(...) afasto a alegada nulidade e acrescento que a peça inquisitiva é meramente informativa e nada impede que o Juízo se baseie nas investigações. O que não se aceita é que sejam exclusivas na confirmação dos crimes.

5 DA EVOLUÇÃO DOS MEIOS COMUNICATIVOS

Vergastado o tema da imprescindibilidade da manutenção do direito à privacidade, ao redor do mundo, inúmeras empresas de informática e telecomunicação aceleram trabalhos para garantir a manutenção da privacidade e sigilo de informações de diversas pessoas. Corrobora esse fato o implemento de políticas empresariais como a desenvolvida pela empresa estrangeira *The TOR Project Inc* que afirma como objetivo principal “ter uma forma de usar a internet com o máximo de privacidade possível” com a crença comum de que “os usuários da Internet devem ter acesso privado a uma web sem censura”. Estabelecendo sua missão de (TOR, 2021):

Proteger os direitos humanos e liberdades por meio da criação e implementação de tecnologias de anonimato e privacidade livres e de código aberto, provendo apoio a seu uso e disponibilidade irrestritos. Ao mesmo tempo, contribuimos para o avanço de sua compreensão científica e popular.

Seguindo políticas similares à da *TOR Project Inc* diversas empresas de telemática desenvolvem processos de comunicação com criptografia de ponta a ponta, em que os dados da comunicação são codificados entre um a ponta da comunicação (emissor) até e outra ponta (receptor). Na hipótese de uma interceptação de dados, estes deverão estar codificados (encriptados) e a chave para decifração estaria apenas acessível às duas pontas da comunicação. Nesse caso, nem os provedores do serviço teriam acesso ao conteúdo das comunicações.

Fazem uso desta tecnologia empresas como *Facebook*, proprietária do mensageiro eletrônico *WhatsApp*, *Telegram*, *Signal* e outros mensageiros eletrônicos. Essas e outras empresas investem altas somas de dinheiro e tempo para garantir que seus usuários tenham a acesso à proteção de seus dados.

Verifica-se assim, que hodiernamente a proteção à privacidade não se limita à troca de correspondências (cartas e demais documentos), telefonia e seus congêneres (fax, SMS, PBAX), mas também, com o implemento do acesso à internet, à dados transmitidos e recebidos via *web*.

5.1 Da necessidade da evolução dos mecanismos investigativos para a persecução criminal

Não se trata em ir ao lado oposto do ordenamento jurídico, buscando o entendimento diferente do que está submetido a lei, está expresso que a interceptação somente será possível com autorização judicial.

Todavia, no desenvolvimento da investigação, há situações que impedem o avanço da produção de provas. Vezes que os cometedores de crimes, na tentativa de se manterem escondidos utilizam-se dos meios permitidos ao público para a manutenção de seu anonimato. Assim, se há o risco de uma interceptação telefônica, já utilizam mais telefones e sim aplicativos de mensagens eletrônicas que inviabilizam a interceptação das comunicações.

Lima (2018, p.520) explica que hoje o uso do telefone celular deixou de ser apenas para a realização de chamadas – conversação – a longa distância para permitir o acesso a múltiplas funções como forma de comunicação, textos, gravações de áudio, vídeos, imagens etc. Tudo isso de modo tão simples e acessível quanto realizar uma ligação.

Diante de um aparato tecnológico tão acessível e robusto do ponto de vista da segurança dos dados que não ajuda interceptar determinado número de telefone, em dispositivo móvel, se não é possível acompanhar, ter acesso ao uso de aplicativo utilizado na comunicação por voz ou escrita.

Gomes e Maciel (2021, p.55) explicam que no século passado a comunicação telefônica abrangia apenas a conversação oral, enquanto nos dias atuais com a internet e o desenvolvimento de tecnologias de transmissão de dados cada vez mais velozes, o conceito de telefonia mudou drasticamente, logo, "o mundo jurídico deve focar a expressão [telefonia] (atualizando-se permanentemente)".

Diante desse cenário, sabendo que a comunicação está sendo feita através de aplicativos, que utiliza forma bastante parecida com a telefonia convencional, para fazer ligações, que os tribunais, e a suprema corte consideram válidas, e possíveis a interceptação de dados e telemáticas. Verifica-se assim a necessidade da manutenção da atualização dos critérios que autorizam e mantêm as interceptações.

5.2 Da atualidade da questão da interceptação telemática

O embate sobre a interceptação telemática surgiu quando da aplicação da novel Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 que estabeleceu os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, conhecida como o Marco Civil da Internet, com a veterana lei de interceptação telefônica.

Em dois processos distintos, em comarcas distintas ao longo do território nacional brasileiro, ao destaque temporal não concomitantes, dois juízes, ao determinar a interceptação telemática em contas de WhatsApp para produção de provas em seus respectivos processos, tiveram suas determinações não cumpridas pela empresa desenvolvedora do aplicativo, momento posterior em que aplicaram a penalidade de suspender o uso do aplicativo em todo território nacional, como forma de constranger a empresa a obedecer as determinações judiciais.

Com a aplicação das penalidades previstas no Marco Civil da Internet, iniciou-se uma enorme discussão sobre a abrangência e viabilidade da interceptação telemática para a instrução criminal. Pois se de um lado é possível sua autorização, por outro lado, o recurso de criptografia de ponta a ponta torna quase impossível sua aplicação. E a responsabilização e possível penalização dos fornecedores do serviço também ficam prejudicadas em razão da inviabilidade técnica, pois nem mesmo os provedores do serviço teriam acesso à chave decriptadora do conteúdo da comunicação.

Os fatos acima trazidos encontram-se em fase de discussão no STF na Ação Direita de Inconstitucionalidade ADI nº 5527 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 403 cujos objetos respectivamente são a interpretação constitucional de dispositivos da Lei 12.965/2014, para suspender o funcionamento desses aplicativos e o questionamento da decisão do juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias no Rio de Janeiro, que suspendeu o serviço de aplicativo mensageiro.

Nesse sentido a relatora do ADI nº 5527 a Ministra Rosa Weber votou pelo entendimento de que a Lei 12.965\2014, não pode ser utilizada para suspender os aplicativos de mensagens, como WhatsApp, segundo ela os art.12, Inc. III, que fala da suspensão temporária das atividade , e o inciso IV, da Proibição de exercício das atividades que envolvam os atos também previstos no art. 11; remetem à suspensão de atividades de operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicação previstas no art. 11, da lei de Marco civil da internet, não podem servir de argumento para paralização total de um aplicativo, como foi entendido alguns juízes de primeira instância que proferiram decisões que suspenderam o funcionamento do aplicativo em 2016 e 2017.

Noutro turno, o Ministro Luiz Edson Fachin, nos autos da ADPF nº 403, votou pela inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 7º, II, e 12, III, ambos do Marco Civil da Internet, para a afastar qualquer interpretação do dispositivo que autorize ordem judicial

que exija acesso excepcional a conteúdo de mensagem criptografada ponta-a-ponta ou que, por qualquer outro meio, enfraqueça a proteção criptográfica de aplicações da internet.

Ferreira (2021, p.14) afirma que se mantida a linha de raciocínio apresentada nos autos da ADPF nº 403 “criminosos no Brasil estariam protegidos pela criptografia”, pois se a determinação judicial não efetiva a interceptação do fluxo, também não teria capacidade o Poder Judiciário sancionar eventual descumprimento da ordem.

Verifica-se que há uma discrepância entre o que se espera da aplicação legal da prática jurisdicional. Claro, que quando muito explícitas as circunstâncias fáticas, dificilmente se denegará o poder à autoridade policial no curso da instrução criminal, pois nas palavras do Ministro Celso de Mello (STF, 1999, p.89) “não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

Isso se acentua quando há relevante interesse público e aplicação dos termos estabelecidos pela própria CF/88. Nesse ínterim as palavras do Ministro Celso de Mello, reforçam (idem):

O estatuto Constitucional das liberdades públicas, (...) permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantias pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Desse modo, verifica-se que há no ordenamento jurídico brasileiro espaço para o avanço criterioso dos meios para que se coíbam práticas criminosas partindo do ponto em que se avançam nas tecnologias os três Poderes Estatais possam responder com celeridade e eficiência na prestação de sua tutela legal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O arrolamento bibliográfico e documental realizado pela pesquisa, tornou evidente a necessidade da manutenção dos critérios que autorizam as interceptações telefônicas e telemáticas, pois a história corrobora que o avanço da sociedade para a utilização de tecnologias telemáticas mais rápidas, eficiente e seguras aprofundam-se nas relações sociais que abraçam cada vez mais os serviços *on-line* (bancos, redes de venda e compra, serviços de entrega etc.).

Os critérios que hoje são utilizados foram estabelecidos há mais de vinte anos atrás, embora houvesse à época condições de imaginar como seria o futuro, o emprego de

termos genéricos, no corpo da Lei de Interceptações Telefônicas evidenciam sua caducidade quando comparados com o estágio evolutivo das comunicações atuais.

Isso se reflete na jurisprudência que se pacifica no que diz respeito à interceptação de comunicação por meios tradicionais, a exemplos, telefone e correspondências físicas, mas encontram óbice em ambientes virtuais de troca de mensagens, por possuírem a garantia de segurança de dados mais robusta que, em geral, impede o implemento Estatal da interceptação de dados nesse meio.

Óbvio salientar que nesse respeito, abusando da garantia fundamental do direito ao sigilo, privacidade, anonimato, as organizações criminosas se locupletam. Restando ao Poder Público criar alternativas que minimizem esse abuso na busca de meios preventivos e, no combate, a criação de técnicas que estructurem de modernidade as práticas já empregadas de investigação.

Questões como o virtual conflito entre a Lei de Interceptação e o Marco Civil da Internet apenas comprovam que, ao avaliar a contemporaneidade dos critérios empregados na autorização das interceptações estas mostram-se vagas e pouco propensas a garantir o fim da persecução criminal.

Isso só reforça que o Poder Judiciário deve se apressar em atualizar seus paradigmas visando acompanhar a realidade do desenvolvimento telemático. O Poder Legislativo deveria observar com mais seriedade a regulamentação dos métodos empregados pelo Estado na aplicação administrativa da justiça. E por fim o Poder Executivo, visando a manutenção da segurança e ordem pública, deveria investir com mais seriedade na formação pessoal e tecnológica da polícia judiciária.

7 REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0000646-26.2017.8.04.6501**. Relator: Meritíssimo Juiz de Direito Cezar Luiz Bandiera. Presidente Figueiredo/AM. 13 de julho de 2021. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2940960&cdForo=0>>. Último acesso em: 29 de outubro de 2021.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di; ANGELIS, Flório de (trad.). **Dos delitos e das penas**. Bauru: Edipro, 2000.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal**. Publicada no DOU de 03/10/1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Último acesso em 26 de outubro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no DOU de 05/10/1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Último acesso em: 16 de junho de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Último acesso em: 26 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Publicada no DOU de 25/07/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Último acesso em: 16 de junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.802.964 – SC (2020/0322269-0)**, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília-DF. 08 de junho de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003222690&dt_publicacao=16/06/2021>. Último acesso em 29 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário no Habeas Corpus (RE no HC) 49.146/SE**, Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília-DF. 13 de setembro de 2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16443695/recurso-extraordinario-habeas-corpus-re-no-hc-49146>>. Último acesso em 16 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452-1 RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. 16 de setembro de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Último acesso em: 26 de outubro de 2021.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 6 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERREIRA, Caio Porto. **Hacking e Infiltrações Policiais em Resposta ao Uso de Criptografia por Organizações Criminosas**. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/837/465>. Último acesso em: 26 de outubro de 2021.

FUKS, Rebeca. Frase **O Estado sou eu**. Disponível em: <<https://www.culturagenial.com/frase-o-estado-sou-eu/>>. Último acesso em: 16 de junho de 2021.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. São Paulo: Editora Cultrix LTDA, 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Neomésio José de. **Intervencionismo e direito; uma abordagem das representações**. Rio de Janeiro: AIPE, 1984.

TOR Project Inc. **História**. Disponível em: <https://www.torproject.org/pt-BR/about/history/>.
Último acesso em: 26 de outubro de 2021.

A IMPORTÂNCIA DAS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA, APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, NO COMBATE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

WILIAN DE SÁ ARAÚJO:

Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário São Lucas -
Ji-Paraná/RO.

MICHAEL LUCAS COUTINHO DUARTE

(orientador)

RESUMO: o escopo central deste artigo é apresentar, por meio das fontes consultadas, como as mudanças na legislação penal brasileira, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ajudaram no combate da violência contra a mulher, Identificando o tratamento adquirido pela mulher com a CF/88. Dessa forma, o artigo busca demonstrar, através de conceitos históricos, as mudanças legislativas no tratamento desse problema social que, no entender de muitos historiadores, foi criado ao longo do tempo com legislações que ressaltavam o papel de submissão da mulher. Além disso, é destacado as leis mais atuais de combate da violência contra a mulher, em especial a Lei 11.340/2006, Lei 13.104/2015 e, a mais recente, Lei 14.188/21.

Palavras-chave: História. Violência. Constituição. Direito. Mulher.

ABSTRACT: the central scope of this article is to present, through the sources consulted, how the changes in Brazilian penal legislation, with the enactment of the Federal Constitution of 1988, helped in the fight against violence against women, Identifying the treatment acquired by women with CF/88. Thus, the article seeks to demonstrate, through historical concepts, the legislative changes in the treatment of this social problem that, according to many historians, was created over time with legislation that emphasized the submission role of women. In addition, the most current laws to combat violence against women are highlighted, in particular Law 11.340/2006, Law 13.104/2015 and, the most recent, Law 14.188/21.

Keywords: History. Violence. Constitution. Right. Woman.

1.INTRODUÇÃO⁹⁴

⁹⁴ Texto adaptado do Projeto de Pesquisa apresentado na disciplina TCC 1, 2021.

A legislação brasileira é repleta de inovações que, quase sempre, refletem os interesses de grupos de influência social, seguramente representados nas casas de leis brasileiras.

Nesse contexto, o presente artigo busca ressaltar as mudanças na legislação penal brasileira, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ajudaram no combate da violência contra a mulher, sendo que nem sempre, ao longo da história, teve a tutela jurisdicional que possui hoje.

Parte da sociedade acredita que penas mais duras ajudam a coibir a prática da violência contra a mulher, contudo, é bom ter em mente que esta não é a única política para o enfrentamento. Ressalta-se ainda que é necessária a declaração da inconstitucionalidade de previsões legais que excluem a ilicitude na prática de violência contra a mulher, como por exemplo, a ainda usada “legítima defesa da honra”.

Nesse sentido, é importante verificar se a legislação penal está combatendo, de forma eficiente, a prática da violência contra a mulher.

Atualmente, o movimento feminista, que impulsiona o combate da violência de gênero, está em pauta em vários debates, tendo em vista a continua prática desse crime. Destarte, com base em doutrinas, torna-se necessário demonstrar, brevemente, como a prática da violência contra a mulher foi construída e como vem sendo desestimulada pela legislação penal brasileira, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na condição de cidadão, é essencial o acesso à informação, de forma didática, possibilitando um senso crítico sobre a legislação penal brasileira, ajudando a traçar os caminhos que devem ser seguidos, visando maior efetividade da legislação penal no combate da violência contra a mulher.

O presente artigo foi proposto com o intuito de analisar, com base na legislação penal brasileira, como o Brasil vem enfrentando esse problema social, elucidando quais os mecanismos que utiliza para resolver tal problema.

Dessa forma, com uma maior compreensão sobre o assunto, a sociedade poderá enxergar e se posicionar de maneira mais efetiva sobre o tema.

Cabe salientar que o presente artigo não busca exaurir o tema, mas sim, demonstrar a importância dessas alterações que tiveram o intuito de combater esse problema social que, pode-se dizer, atravessa gerações e longos debates.

2.CONTEXTO HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA⁹⁵

A legislação brasileira, ao longo do tempo, é responsável por dizer o que é aceito ou não pela sociedade. Em virtude disso, as leis brasileiras, nos seus primórdios, criaram uma cultura em que a mulher tinha o dever, assim como os filhos, de obediência ao homem. Com isso, a mulher ganhou um papel de submissão em que o não cumprimento das ordens de seus maridos poderiam acarretar em severos castigos.

Nesse trilhar, cabe salientar que a violência contra a mulher nem sempre foi vista como violência, tendo em vista que estas, por força de lei, em especial as Ordenações Filipinas que ficou em vigor até o Código Civil de 1916, estabelecia o poder disciplinar que o marido tinha em face da mulher.

Na opinião de Batista Pereira (apud GODOY, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-12/embargos-culturais-ordenacoes-filipinas-violencia-mulheres>>. Acesso em: 15/05/2021), “No Livro V das Ordenações, espelha-se todo o despotismo e a beatice da cultura portuguesa arcaica que herdamos, na qual a misoginia e o androcentrismo eram enfáticos e assumidos”.

Ressalta-se que, ao analisar a história brasileira, pode-se inferir que, desde o Brasil colônia, apenas adjetivos como o de reprodutora era introduzida ao conceito de ser mulher, sendo esta, responsável apenas por cuidar dos filhos e da casa. Nesse trilhar, qualidades como liderança, intelecto, sabedoria, entre outras, eram empregadas apenas aos homens.

A violência contra a mulher ou violência de gênero, como é reconhecida internacionalmente, é um assunto que vem ganhando destaque, na medida em que é reconhecida como um problema social que foi construído ao longo do tempo.

Cabe salientar que, esse problema social, ao tratar a mulher como um indivíduo inferior ao homem, é drasticamente mais evidente quando é relacionada com a cor, pois a violência, nesse caso, é culturalmente acentuada, tendo em vista o racismo ainda existente no Brasil.

Com isso em mente, para Mary Del Priore (2013, p.24),

Temperadas por violência real ou simbólica as relações eram vincadas por maus-tratos de todo tipo, como se veem nos processos de divórcio. Acrescente-se à rudeza atribuída aos homens o tradicional racismo, que campeou por toda parte: estudos comprovam que os gestos mais diretos e a linguagem mais chula

⁹⁵ Texto adaptado do Projeto de Pesquisa apresentado na disciplina TCC 1, 2021.

eram reservados a negras escravas e forras ou mulatas; às brancas se direcionavam galanteios e palavras amorosas. Os convites diretos para fornicação eram feitos predominantemente às negras e pardas, fossem escravas ou forras. Afinal, a misoginia – ódio das mulheres – racista da sociedade colonial as classificava como fáceis, alvos naturais de investidas sexuais, com quem se podiam ir direto ao assunto sem causar melindres.

Destarte, a luta iniciada pelas mulheres precisou do apoio do Estado, sendo este, responsável para dizer o que é aceito ou não pela sociedade, tendo em vista que aquilo que não é regulado pelo Estado vive as margens da sociedade.

Ao ser estabelecido o tratamento igualitário entre homens e mulheres, com a Constituição Federal de 1988, nasce o dever do Estado, através de legislações específicas, de estabelecer medidas que tornem eficaz esse direito constitucional.

Não obstante o código Penal seja de 1940, este passou por diversas alterações, em especial a Lei Maria da Penha de 2006, que estabelece mecanismos para coibir a prática de violência contra a mulher, e a Lei 13.104/2015 que introduziu o feminicídio como qualificadora do homicídio.

Noutro giro, ainda existem muitas críticas que norteiam a legislação penal brasileira, como por exemplo, a inconstitucionalidade da legítima defesa da honra que está sendo debatida este ano no Supremo Tribunal Federal, sendo este instituto geralmente usado para absolvição de homens que cometem crimes passionais.

3. DO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL⁹⁶

A violência contra a mulher é um fato que sempre esteve presente na história do país, mas nem sempre teve a visão e proteção que se tem nos dias contemporâneos. Ganhou tal notoriedade pela visibilidade que teve em casos que comoveram a sociedade, marcados pela sua brutalidade e barbárie. Apesar da Carta Magna ter garantido diversos direitos, foi somente em 2006, com a Lei Maria da Penha que houve a implantação de legislação específica para regular o processo dos crimes praticados contra a mulher.

Não obstante a legislação penal brasileira tenha dado um grande salto no combate da violência contra a mulher, com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha e a Lei n. 13.104/2015 que qualificou o feminicídio, isso só foi possível com a promulgação da

⁹⁶ Texto adaptado do Projeto de Pesquisa apresentado na disciplina TCC 1, 2021.

Constituição Federal de 1988 que, segundo Adriana Ramos de Mello (2018. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 19/04/2021),

Tanto no âmbito público como no privado, a Constituição Federal de 1988 inovou no tratamento dispensado à mulher. De maneira direta, equiparou homens e mulheres em direitos e deveres, proibindo o tratamento discriminatório e prevendo a proteção ao mercado de trabalho da mulher. De forma indireta, abriu caminho para a proteção estatal à família “criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, de acordo com o disposto no artigo 226.

A título de conhecimento, os dispositivos constitucionais que ajudam no combate da violência contra a mulher são oriundos, especialmente, da “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”, em 1986, sendo esta elaborada durante o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, contendo reivindicações em diferentes aspectos para tutelar os direitos das mulheres, sendo entregue para o Congresso Nacional.

Assim, ainda sobre a carta aos constituintes, Adriana (2018. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 19/04/2021) preceitua que,

No item 7 da sessão de “reivindicações específicas” da Carta há expressamente a reivindicação de uma lei que coíba “a violência, na constância das relações familiares, bem como o abandono o abandono dos filhos menores.” A influência no texto constitucional é novamente observada, especialmente no parágrafo 8º do art. 226, que prevê a obrigação do Estado na “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Com isso, uma das primeiras alterações no Código Penal, em atenção à Constituição Federal de 1988, sendo que, a título de conhecimento, também foi uma recomendação da resolução n. 52/86 da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi realizada pela Lei n. 10.886/2004 que, em seu art. 1º, incluiu os §§ 9º e 10º no art. 129, *in verbis*:

Art. 1º O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 9º e 10:

"Art. 129.

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido,

ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço)." (NR)

Infere-se do texto acima que o legislador, ao tratar sobre o crime de lesão corporal, buscou atribuir penas mais severas para coibir a prática de violência doméstica. No entanto, essa resposta, com penas mais graves, não foi bem aproveitada, tendo em vista a competência dos Juizados Especiais para crimes como o de lesão corporal simples e leve, sendo considerados de menor potencial ofensivo. Nos dizeres de Damásio (2014, p.51),

Não tínhamos, pois, mudança de relevo, uma vez que a violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, resultando lesões corporais leves, embora considerada violação dos direitos humanos, prosseguia como infração de menor potencial ofensivo.

A grande mudança no tratamento da violência contra a mulher ocorreu, especialmente, com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, que afirmou o entendimento de que a violência contra a mulher é uma violação dos direitos humanos.

A Lei n. 11.340/2006 é fruto, especialmente, de uma recomendação da Organização dos Estados Americanos-OEA, tendo em vista o relatório que evidenciou a omissão e a negligência do Brasil no tratamento do caso de violência que Maria da Penha Fernandes sofreu.

Destarte, essa lei buscou dar efetividade paga as garantias constitucionais, especialmente, o art. 226, § 8º, da CF/88, que preceitua a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito da família e dos que a integram.

Nesse contexto, segundo Maria Elizabeth (2018. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/os-direitos-da-mulher-nos-30-anos-da-constituicao-federal-brasileira/>> Acesso em: 16/05/2021)

[...] a Lei no 11.340/06 estatuiu regras e institutos de extrema importância como a alteração no Código Penal, para impor como agravante o cometimento de crime com abuso de autoridade ou prevalecimento de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; a modificação do conceito de lesão corporal decorrente de violência doméstica, pela diminuição da pena mínima

de 6 para 3 meses, e o aumento da máxima de 1 para 3 anos; e a inaplicabilidade da Lei no 9.099/95, por exclusão taxativa do art. 41, com o conseqüente afastamento da competência dos Juizados Especiais devido a alteração do quantum sancionatório, já que antes, os crimes de violência contra mulher eram entendidos como sendo de menor potencial ofensivo, e, na maioria das vezes, operava-se a sua desclassificação.

Dessa forma, pode-se entender que uma das principais contribuições da Lei Maria da Penha, foi a previsão de criação dos “juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher”, retirando o entendimento de que os crimes de violência contra a mulher fazem parte dos crimes de menor potencial ofensivo, sendo que a sua constitucionalidade já foi reconhecida pelo STF.

Em que pese a entrada em vigor da Lei Maria da Penha possa ser considerada um divisor de águas, outra importante medida, como fruto de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência doméstica, visando a diminuição da violência de gênero, foi a aprovação da Lei Federal n. 13.104/2015 que incluiu o “feminicídio” no Código Penal como qualificadora do homicídio.

Nesse cenário, verifica-se que o Estado, ao estabelecer a pena de reclusão de 12 a 30 anos no feminicídio, busca demonstrar uma maior repressão contra a violência contra a mulher, demonstrando uma maior preocupação com esse problema social

A respeito desse problema social, NUCCI (2021. p. 564) explica que,

No Brasil, verifica-se uma subjugação da mulher no nível cultural, que resvala em costumes e tradições. Constitucionalmente, todos são iguais perante a lei. Essa afirmação normativa não mais bastava, tendo em vista que as mulheres continuavam a sofrer dentro de seus lares (principalmente) inúmeras formas de violência física e psicológica. Adveio a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) contendo normas explicativas, programáticas e determinadas, com o fito de tutelar, de maneira mais eficiente, a condição do sexo feminino, em particular nos relacionamentos domésticos e familiares. O feminicídio é uma continuidade dessa tutela especial, considerando homicídio qualificado e hediondo a conduta de matar a mulher, valendo-se de sua condição de sexo feminino [...]. Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher.

Fica evidente que esse é um problema que foi criado ao longo do tempo, sendo que, no momento atual, busca-se estabelecer medidas para coibir essa prática, em atenção ao que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu.

No entanto, atualmente, com relação a prática da violência contra a mulher, as restrições e sanções impostas aos agressores não são eficazes em sua totalidade, no que se refere a finalidade da Lei que é proteger a vida e dignidade da mulher. Nos dizeres de NUCCI (2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>, acesso em: 19/04/2021),

A única forma de proteger, com maior eficácia, as mulheres brasileiras é impor aos agressores penas realmente severas por ameaças, lesões e descumprimento de medidas protetivas. Se os delitos preliminares forem apenados de maneira condizente pode ser que os agressores se sintam desestimulados a prosseguir no trajeto da agressão. O que me parece inócuo é pretender resolver a situação geral de agressão às mulheres com penas ínfimas para os delitos antecedentes ao feminicídio.

Nesse trilhar, percebe-se que a prática da violência contra a mulher é criada aos poucos, com pequenos delitos por parte do agressor que, a princípio, ainda não são corretamente desestimulados pelas penas impostas pelo Estado.

4.DA LEI 14.188/21

A pandemia trouxe um novo cotidiano para as famílias do mundo inteiro, devido as restrições que foram impostas para combater a doença.

Dessa forma, devido ao isolamento social, entre as várias mudanças que ocorreram, cabe destacar o aumento da violência doméstica, visto que, em muitos casos, a violência contra a mulher é praticada por seus companheiros ou ex-companheiros.

Nesse contexto, Francini Imene Dias Ibrahin e Amanda Tavares Borges (2020. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/85555/violencia-domestica-em-tempos-de-confinamento-obrigatorio>> Acesso em: 17/10/2021) explicam que,

[...] a Organização Mundial da Saúde alertou sobre o aumento da violência doméstica na pandemia da Covid-19. A Itália, por exemplo, que iniciou o isolamento social mais cedo do que o Brasil, registrou um aumento de 161,71% nas denúncias telefônicas entre os dias 1º e 18 de abril de 2020, de acordo com o Ministério da Família e da Igualdade de Oportunidades. Na Argentina, o canal de denúncias, “Linha 144”, teve um aumento de 39% na segunda quinzena de março. No Brasil, o número de denúncias feitas pelo “Ligue 180”

aumentou 34% entre março e abril deste ano, em relação a 2019, segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; ao comparar apenas o mês de abril de 2020, o crescimento de denúncias foi de 36%.

Cabe salientar que, não obstante o isolamento tenha sido imposto para muitas pessoas, isso não justifica a prática da violência familiar, sendo este, um problema social que ficou mais evidente com a pandemia, devido o maior tempo que a vítima passou com o seu agressor.

Nesse trilhar, surgiu a preocupação sobre como a mulher, vítima da violência, poderia procurar ajuda, visto que passa o tempo todo com o seu agressor, ficando inviabilizado qualquer forma de tentativa.

Diante disso, o foi sancionada a Lei n. 14.188 de 28 de julho de 2021, que criou o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, visando que entidade de natureza pública e privada realizem o treinamento dos seus funcionários para detectar o sinal vermelho na mão da vítima, qual seja: um "X" vermelho.

Com isso, ao identificar o sinal, basicamente, o funcionário deverá entrar em contato com a polícia e, nesse meio tempo do deslocamento da polícia, tentará separar a vítima do agressor.

Outra novidade que ocorreu com a Lei n. 14.188/2021 foi o § 13º adicionado no art. 129 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

[...]

§ 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro anos).

Destarte, não obstante já tenha a qualificadora do crime de lesão corporal no § 9º do art. 129, se referindo a prática do crime entre familiares, aproveitando-se das relações domésticas, o § 13º é claro ao qualificar o crime quando for praticado contra a mulher, aumentando a pena, com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro anos).

Nesse contexto, percebe-se a tentativa do Estado coibir a prática da violência contra a mulher através de penas maiores, visando desestimular tal conduta.

Além disso, a Lei n. 14.188/2021 trouxe um novo tipo penal, visando atender melhor as diferentes situações as quais as mulheres estão sujeitas, qual seja, a “violência psicológica”, prevista no art. 147-B do Código Penal, *in verbis*:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

O dispositivo começa ressaltando o resultado naturalístico de causa, isto é, estamos diante de um crime material, cuja a consumação irá depender do efetivo dano emocional a mulher, contudo, vale destacar que estamos diante de uma Lei sancionada recentemente e, portanto, ainda haverá muita discussão sobre os entendimentos a respeito do seu texto.

Segundo os professores Renato Borelli, Leonardo Castro e Fábio Roque (2021). Disponível em < <https://blog.grancursosonline.com.br/lei-14-188-21/>> Acesso em: 17/10/2021)

O crime consiste em causar dano emocional (resultado naturalístico) à mulher por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação da vítima.

Cabe salientar ainda que esse tipo penal pode ser considerado um crime subsidiário, haja vista à expressão no final do artigo, qual seja: “se a conduta não constitui crime mais grave”.

Por fim, a última inovação, não menos importante, foi a alteração no art. 12-C da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) que incluiu o termo “psicológica”, demonstrando a maior preocupação do legislador em tutelar o bem estar das mulheres diante das várias situações vexatórias em que são expostas convivendo com o agressor.

Dessa forma, os professores Renato Borelli, Leonardo Castro e Fábio Roque (2021). Disponível em < <https://blog.grancursosonline.com.br/lei-14-188-21/>> Acesso em: 17/10/2021) explicam que

O artigo 12-C trata da medida de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. A mudança se deu apenas em relação à integridade psicológica, adicionada ao caput do dispositivo. Com a entrada em vigor da Lei nº 14.188/21, passa a ser possível a imposição da medida de natureza cautelar também em proteção à integridade psicológica da vítima, e não apenas à integridade física. O restante do artigo permaneceu íntegro.

Destarte, diante dessa cultura de violência que as mulheres são expostas, que ficou mais evidente com a pandemia, mostra-se plausível as alterações trazidas pela Lei n. 14.188/21, visando a diminuição da prática dessa conduta, demonstrando que os números dessa violência ainda são motivo preocupação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi um estudo baseado em pesquisa bibliográfica, tendo como base em doutrinadores que possuem referência no âmbito penal, em especial o Desembargador Guilherme de Souza Nucci, que abordou a necessidade de penas mais severas para desestimular a prática da violência contra a mulher.

Outra fonte, para se obter uma breve análise histórica do contexto social da mulher no Brasil, foi utilizada na pesquisa as abordagens feitas por alguns historiadores, entre eles, pela professora, historiadora e escritora brasileira Mary Lucy Murray Del Priore, explicando que essa conduta foi criada ao longo da história, tendo uma grande contribuição das legislações que tratavam as mulheres como pessoas inferiores.

Ressalta-se que, visando uma abordagem constitucional sobre o tema, foi analisado obras referentes ao tratamento da violência contra a mulher após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, não obstante a legislação tenha sofrido alterações para diminuir a violência contra a mulher, ainda não pode ser considerado o suficiente, tendo vista o aumento dessa violência na pandemia, o que deve ser ainda analisado com calma para tutelar as várias situações vexatórias em que as mulheres são expostas.

6. REFERÊNCIAS

BORELLI, Renato.; CASTRO, Leonardo.; ROQUE, Fábio. **Sancionada lei 14.188 do Sinal Vermelho contra Violência Doméstica**. Gran Cursos, 2021. Disponível em < <https://blog.grancursosonline.com.br/lei-14-188-21/> >. Acesso em 17.10.2021.

BRASIL. Casa Civil. Secretaria-Geral. Código Penal. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 16.05.2021.

BRASIL. Casa Civil. Secretaria-Geral. Lei do feminicídio. **Lei n. 13.104 de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em 21.04.2021.

BRASIL. Casa Civil. Secretaria-Geral. **Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004**. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica". 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.886.htm>. Acesso em 16.05.2021.

BRASIL. Casa Civil. Secretaria-Geral. Lei Maria da Penha. **Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 21.04.2021.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **As Ordenações Filipinas e mais um exemplo de violência contra as mulheres**. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em 15.05.2021.

IBRAHIN, Francini Imene Dias.; BORGES, Amanda Tavares. **Violência doméstica em tempos de confinamento obrigatório a epidemia dentro da pandemia**. Jus, 2020. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/85555/violencia-domestica-em-tempos-de-confinamento-obrigatorio>>. Acesso em 17.10.2021.

JESUS, Damásio D. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006**, 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502616028. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616028/>>. Acesso em 16.05.2021.

MELLO, Adriana Ramos. **A Constituição Federal de 1988 e o Combate à Violência Contra as Mulheres**. In: 30 ANOS DA CARTA DAS MULHERES AOS CONSTITUENTES. Anais de Seminários da EMERJ. 2018. p. 10-20. Disponível em <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/serie_anais_de_seminarios/2018>. Acesso em 19.04.2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Poder Legislativo deve atuar mais e melhor no combate à agressão contra mulheres**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em 19.04.2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 17^a. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530993566. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993566/>>. Acesso em 20.05.2021.

PRIORE, Mary Del. **Violência e racismo: o outro lado dos “amores de antigamente”**. História Hoje. Disponível em <<https://historiahoje.com>>. Acesso em 19.04.2021.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Os direitos da mulher nos 30 anos da Constituição Federal Brasileira**. Justiça e cidadania. 218.ed. 2018. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/os-direitos-da-mulher-nos-30-anos-da-constituicao-federal-brasileira/>>. Acesso em 16.05.2021.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A CARACTERIZAÇÃO DA VÍTIMA DO DELITO

GABRIEL PIMENTEL ARAUJO:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: Os crimes contra a dignidade sexual estão ocorrendo cada vez mais em nossa sociedade, tornando uma matéria abominável pela sociedade. Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar as previsões legais pertinentes a temática e o seu avanço no reconhecimento do crime. De fato, as alterações à nova Lei nº 12 015/09 tratam principalmente da hipótese de atos criminosos nos crimes de dignidade sexual, optando por comprovar, além das alterações, as autênticas consequências no sistema jurídico. A Lei 12.015 / 2009 introduziu uma nova interpretação do direito penal, que expeditamente transmutou o título de "Crimes contra os costumes" para "Crimes contra a dignidade sexual", para abordar de forma mais aprofundada do que a aplicação do direito penal a este respeito, no que verbaliza respeito aos crimes sexuais. Para isso, o presente estudo tende a desenvolver uma argumentatividade a respeito do crime de estupro em relação a vulnerabilidade das vítimas. A metodologia adotada foi do método indutivo por meio de pesquisa bibliográfica na análise de uma ideia previamente estudada por estudiosos da área.

Palavras-chaves: Crime. Direito penal. Crimes sexuais. Dignidade sexual. Lei 12.015/2009.

ABSTRACT: *Crimes against sexual dignity are taking place more and more in our society, making it an abhorrent matter for society. Thus, the present work aims to demonstrate the legal provisions relevant to the subject and its progress in the recognition of crime. In fact, the amendments to the new Law No. 12 015/09 deal mainly with the hypothesis of criminal acts in crimes of sexual dignity, opting to prove, in addition to the amendments, the authentic consequences in the legal system. Law 12.015/2009 introduced a new interpretation of criminal law, which expeditiously transmuted the title from "Crimes against customs" to "Crimes against sexual dignity", to address in more depth than the application of criminal law in this regard, with regard to sexual crimes. The methodology adopted was the inductive method through bibliographical research in the analysis of an idea previously studied by scholars in the field.*

Keywords: Crime. Criminal law. Sex crimes. Sexual dignity. Law 12015/2009.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. TIPIFICAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CÓDIGO PENAL. 2.1. Estupro na antiguidade/ contexto histórico dos crimes sexuais e o advento da lei nº 12.015/2009. 2.2. A cultura do estupro nos dias de hoje. 2.3. A instrutura típica da vulnerabilidade. 2.3.1. Os princípios norteadores ao crime contra a dignidade sexual. 3. COMO A PALAVRA DA VÍTIMA PODE CONTRIBUIR COM A INJUSTA CONDENAÇÃO. 3.1. A

lei nº 13.718/2018 e a lei nº 13.772/2018. 3.2. Consequência da injusta condenação. 3.3. Características psicológicas do agressor. 3.3.1. Vulnerabilidade absoluta e relativa. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA.

1.INTRODUÇÃO

De acordo com as transmutações introduzidas pela Lei dos Números. 12 015/09 no Código Penal de 1940, uma nova abordagem aos crimes contra a dignidade sexual foi introduzida. A partir disso, é importante trazer uma argumentatividade sobre a legislação aplicável.

Atendendo ao argumento apresentado, o seu delineamento insere-se numa nova abordagem legislativa introduzida no sistema de justiça penal no que se refere aos atentados à dignidade sexual, nomeadamente aqueles a principal conversão é provocada pela lei n.º 12 015/09 em crimes contra a dignidade sexual humana. Ser exposto.

Pela lei 12.015/09, a liberdade sexual abrange todos os indivíduos, pois a preocupação de alguns legisladores é o direito de cada um à autonomia sexual. Apesar das profundas transformações sociais vividas ao longo da história da humanidade, o crime de estupro ainda está enraizado em seu meio, um dos maiores problemas é a ignorância, pois não distingue as vítimas com base na cor da pele, raça, idade, religião e classe social profundamente menos.

Anteriormente da entrada em vigor da referida lei, crimes contra a dignidade sexual, crime contra o costume, previsto no código penal brasileiro, para esses crimes, essencialmente, seriam iniciados processos penais privados e sobretudo publicidade incondicional, o Ministério Público responsável pela execução desta ação.

Porém, por meio da Lei nº 12.015 / 09, transmutações primordiais foram feitas aos agressores sexuais e com eles uma série de efeitos jurídicos também emergiram, às vezes positivos (por exemplo, quando as medidas mais severas são tomadas contra um esturador susceptível) e às vezes de forma negativa.

Entre a lista de consequências negativas trazidas pela lei está uma transmutação na natureza do processo por estupro que, por sua própria natureza, pode ser qualificado como lesão corporal ou morte, aderido pelo público incondicionalmente, sem o testemunho da vítima para registrar uma reclamação.

É bem sabido que crimes sexuais (como estupro, assédio sexual) afetam vigorosamente a proximidade humana. Concretamente, a investigação proposta por este trabalho é de fundamental essencialidade, sobretudo porque pretende verificar se as alterações introduzidas no direito penal, relacionadas com o crime de agressão à dignidade

sexual, atingem ou não o seu objetivo, ou seja, se não for uma garantia efetiva interesses legítimos são amparados.

O Estado impõe sanções a atos considerados crimes, violando assim o sistema jurídico e prejudicando os bens legítimos amparados, como bens, vida, sexualidade, integridade física e outros comportamentos. Portanto, o direito penal é percebido visualmente como uma ferramenta de controle social para reprimir e prevenir atos de violação de bens amparados por lei.

2. TIPIFICAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CÓDIGO PENAL

Para melhor compreender a questão, é compulsório conceituar o crime de estupro de pessoa susceptível, que é típico do Código Penal (1940) no artigo 217A Estupro de pessoa susceptível. Nesse ínterim, examina-se especialmente o peso da palavra da vítima e a vontade do Estado de condenar o perpetrador, valendo-se do poder do povo e dos jornalistas, sem apoiar a contraditória e abrangente defesa. Este é um assunto atual e cercado de discussões mundiais sobre a criminalização do autor com consequências inimagináveis. Deve-se lembrar que o Estado tem o poder e o dever de amparar a dignidade sexual e moral, a honra objetiva e subjetiva da sociedade como um todo.

O crime de estupro de pessoa susceptível, atualmente tipificado no artigo 217 A 1 do Código Penal Brasileiro, é cometido com violência fictícia contra pessoa que não tem discernimento nem condições para consentir com tal ato. Nesse ínterim, é primordial enfatizar o que uma pessoa é considerada em risco se incorporar o crime de estupro de pessoa que precisa de égide (Art. 217 A). Embora mais tarde exasperemos esclarecer todos os pontos relacionados às características do crime, um breve resumo. A vítima menor de 14 anos é considerada em risco por criancice, é considerada indetectável pela prática, o doente ou portador de retardo mental afetado por essas situações não pode perceber visualmente o fato, ou o agente que por qualquer motivo não resiste em outra situação.

2.1 Estupro na antiguidade/ contexto histórico dos crimes sexuais e o advento da lei nº 12.015/2009

No Brasil, os crimes contra a dignidade sexual são regulamentados no Título VI do Código Penal. O primeiro capítulo analisa a evolução histórica dos tipos de punições que incluem essa questão antes do surgimento da Lei nº 12.015 / 09, que a modifica. Esta abordagem é indispensável para compreender os valores prevaletentes, que transbordaram no direito penal sobre a atuação do legislador com repercussões no campo do direito penal, também através da classificação criminal de determinadas condutas socialmente relevantes.

A Lei nº 12.015 / 09 representou um avanço primordial nas questões do artigo 213 do Código Penal, uma vez que deixou de conceber a mulher como autor do crime nem o homem como sujeito ativo, qualificando sua legenda da seguinte forma: "*Art. 213º forçar alguém, com violência ou grave ameaça, a ter uma conjunção carnal ou a praticar ou fazer com que pratique outro ato libidinoso,*" e, portanto, ambos podem se encontrar na condição de sujeito ativo ou passivo.

Outro aspecto, parte primordial da nova lei foi a unificação do crime de violência sexual com o crime de estupro, o que engendrou polêmica sobre a possibilidade de aplicação do crime perpetuado aos crimes unificados, discernido visualmente pelo artigo 71º do Código Penal.

Será possível analisar o desenvolvimento do conceito frênico social sobre a questão da sexualidade e do papel da mulher, o que também levou ao desenvolvimento de figuras criminosas para melhor amparar as mulheres e tirar o foco da moralidade e dos bons costumes para entrar na liberdade individual. É indiscutível que o direito penal sempre teve um vínculo entre moralidade e religião, portanto, no domínio da sexualidade, examinou o vínculo jurídico entre a dignidade sexual e o direito penal.

No direito canônico, por exemplo, uma prostituta nunca poderia ser vítima de estupro, uma vez que tal crime só tem a mulher virgem como sujeito passivo, com a obrigatoriedade de caracterizar o crime, a violência como elemento. Expressa que mesmo os conceitos mentais e desejos libidinais foram reprimidos pela igreja, que vislumbra a égide da honra e não, como se busca hoje, a dignidade sexual.

Nesse diapasão, Valdir Sznick (1992, p. 12) descreve bem quando se cogita o comportamento social, sujeito à intervenção da norma penal:

Essa liberdade sexual, uma subespécie da liberdade normal, não pode ser tolhida ou cerceada. Daí, quando intervêm na relação sexual – entre dois seres, normalmente de sexos diferentes – fatores alheios, como a violência, há necessidade de intervenção do direito. E, quando a violência é grave, o direito penal.

A lei de 7 de agosto de 2009, n. 12.015, modificou o título VI da parte especial do decreto-lei 7 de dezembro de 1940. Como toda nova lei, vai levantar interpretações inusitadas também para o legislador, pois, como disse o saudoso Ewelson Soares Pinto, "*a Lei é como o samba do delinquente, vestir camisa listrada e andar*" libertando-se da vontade do legislador.

2.2 A cultura do estupro nos dias de hoje

A violência sexual se tornou um dos maiores temores das mulheres hoje. Casos de estupro e assédio na esfera pública e privada enchem a mídia e as formas de violência são tão cruéis que atingem proporções inimagináveis. A violência contra as mulheres foi descrita como "uma das violações dos direitos humanos mais praticadas e menos reconhecidas no mundo". Ela se manifesta de diversas formas, dá mais velada à mais flagrante, cujo extremo é a violência física" (GROSSI, 1996, p. 136).

No passado, a inocência da vítima em casos de estupro era medida por sua idade, seu status social e se ela era virgem ou não. Atualmente, a vitimização é medida pelas vestimentas que a mulher utiliza, seu pudor e a forma como ela lida com sua sexualidade. Uma mulher de vista como aquela que sai à noite e não tem companheiro estável muitas vezes torna-se vítima que "pede para ser violada", justificando assim o crime. O estupro de uma mulher modesta, por outro lado, seria discernido opticamente com mais indignação.

Ressalte-se que a conduta de vitimização também extrapola o direito penal, competente para condenar crimes, o que recria o perfil do agressor, destacando suas qualidades, e também da vítima, em busca de algum detalhe que justifique o crime, que pode ser, por exemplo, a vestimenta que vestiu ou uma possível traição. Essa condição do Judiciário reflete o fato de que o próprio Judiciário é condicionado pelos costumes e pelo comportamento da sociedade. Não é possível obter um número autêntico de vítimas de violência sexual, principalmente porque muitos casos são silenciosos, seja por temor ou vergonha da vítima, seja por falta de resolução do crime.

O que se deve buscar é a vontade da lei, em sua genuinidade e em seu contexto, por meio da aplicação de métodos técnicos, mas antes - ou mais do que qualquer outra coisa - no que verbaliza respeito à sua razão de ser no mundo jurídico.

Quando a religião entra na esfera da liberdade sexual, ela entra na esfera privada de forma exagerada, enfatizando que esta não pode ser restringida. Como exemplo concreto de invasão, cita-se a legislação anglo-saxônica, que incluiu a homossexualidade e o incesto entre os crimes comprovados e, assim, desencadeou um claro atentado à dignidade humana, diante das excessivas repreensões criminais em um ambiente eminentemente íntimo, como o ato sexual.

A lei romana afirma o crime "*estupro no sentido mais amplo, denota qualquer congresso carnal não sancionado e, no sentido mais estrito, a coexistência com uma virgem ou uma mulher solteira, mas verdadeiramente.*"

Segundo a doutrina húngara, o direito romano já enfatizava a égide aos crimes sexuais e se referia ao estupro no sentido mais amplo como uma conjugação carnal, que se delineava por contornos ilícitos, e o estupro no sentido mais estrito como concubinato

com uma virgem ou mulher solteira, desde que essa veracidade perpetuou sendo seus aspectos morais.

No código UrNamu do ano 2050 a.C deve-se notar que o Código UrNamu pode ser percebido visualmente como uma das primeiras disposições legais que descrevem a égide da dignidade sexual.

Segundo estudo de Antonio García Pablos de Molina (2008, p. 13), sobre crimes sexuais, o art. 130 do Código de Hamurabi, que estabelece que se alguém tiver agredido sexualmente uma mulher virgem que ainda resida com parentes biológicos ou originários, apanhada em flagrante, será punida com pena de morte e a mulher estuprada ficará livre, desde que, segundo o código de Hammurabi, o que se busca amparar é, autenticamente, a honra incorporada na dignidade sexual da vítima.

No direito penal brasileiro, o Código Penal de 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança da honra, previsto no art. 219, relação sexual com uma mulher com menos de 17 anos; cópula por meio de violência ou ameaças com qualquer mulher prevista no art. 222º e art. 224º, de uma mulher menor de 17 anos, com a relação sexual.

Neste momento nacional de violência de todos os tipos, respeito à dignidade humana, combate à pedofilia e principalmente à violência sexual, a reforma jurídica só pode ser interpretada com esses componentes.

No entanto, ameaça uma interpretação que nega e honra a violência sexual, em particular a dignidade da criança e da mulher e, sobretudo, viola o bom senso e o princípio do respeito da proporcionalidade e do caráter preventivo do direito penal.

Uma das transformações legislativas foi a alteração do artigo 213, com a inclusão do artigo 214 (ataque violento ao pudor), desaparecendo a referência às mulheres como contribuintes. Foi escrito assim:

Título VI Dos crimes contra a dignidade sexual

Capítulo I Dos crimes contra a liberdade sexual Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos

No caso de violação de quem precisa de égide, é imprescindível reconhecer a preocupação do legislador por uma punição mais severa do suspeito, uma vez que o

legislador previu circunstâncias na antiga lei de presunção de violência em que a vítima não está de acordo ou não pode resistir.

Com base nesses aspectos, houve a presunção legal do uso da violência, uma vez que na ausência de consentimento ou resistência foi assumido ato de violência.

A presunção aplicada quando a vítima tinha menos de 14 anos, com a tendência dos acadêmicos a atribuir a essa presunção um valor parente e não absoluto; da mesma forma, agiam quando a vítima era mentalmente deficiente ou quando a vítima não conseguia resistir. A nova lei é bastante clara e objetiva, buscando sancionar qualquer relação sexual ou ato considerado libidinoso praticado com ou sem o consentimento de menores de 14 anos e de pessoas com imprescindibilidades especiais.

No passado, as infrações contra os costumes tenderam a aplicar a aplicação da lei ao processo privado, e os processos públicos foram tornados legais ou incondicionais, conforme previsto por lei.

Os processos instaurados antes da entrada em vigor da Lei 12.015 / 09 trouxeram indignação doutrinária, pois em colossal parte não concordaram que a vítima tivesse o exclusivo arbítrio de instaurar o processo. A gravidade representa o interesse público, desejo de punir adequadamente os agentes criminosos, razão pela qual a doutrina alegava que o Estado deveria sancionar o ato criminoso solicitado pelo Ministério Público para iniciar tais crimes.

2.3 A instrutura típica da vulnerabilidade

Em primeiro lugar, é imprescindível definir o conceito de "crime de estupro" preconizado pelo art. 213, Código Penal, por ser composto por diversos elementos. Assim, para evitar ser induzido pela simples exposição do termo, generalizá-lo, e também não cometer o erro de tipo, podemos diferenciar da melhor forma de acordo com o segue nos próximos tópicos do presente estudo.

Nas unidades lexicais de nossa língua, recolhidas em dicionários prevalentes, o estupro é a conduta de forçar alguém "[...] com violência ou ameaça de praticar ato sexual contra sua vontade", momento que evidencia o crime preconizado pela art. 213, Código Penal, com a formulação dada pela Lei de 7 de agosto de 2009 n. 12.015.

A palavra estupro é derivada da expressão *stuprum*, na composição dada pelo artigo 213 do código penal, pela lei 12.015 de 2009, o detalhe da conduta anterior qualificada como violência sexual perpetuada, mas se beneficiou da descrição anteriormente utilizada apenas para caracterizar o crime de agressão violenta ao pudor, com o tempo perdeu sua autonomia tipológica, agora temos uma figura criminosa unificada com definição.

Art. 213 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Ao ordenar a dissolução do violento atentado ao pudor com o artigo 213 do código penal de "estupro", o legislador preferiu seguir a denúncia unitária de conduta exercida com violência ou grave ameaça à liberdade sexual. De acordo com o Código Penal, a conjunção carnal é uma linguagem codificada, ou seja, os órgãos sexuais, tanto oral quanto anal, denominada "Atos libidinosos" conforme descrito no artigo citado. Ressalte-se que o código penal o qualifica como crime prevalente, qualificando-o assim como uma nova figura da violação de pessoa susceptível, para que tal conduta possa ser simples ou básica, nas formas qualificadas e prescritas no Capítulo I, crimes contra a sexualidade. liberdade, e os artigos seguintes.

Ressalta-se que o Código Penal o classifica como crime generalizado, razão pela qual é classificado como nova figura de violação de pessoa susceptível, para que tal conduta possa ser simples ou simples, nas formas qualificadas e prescritas no Capítulo I, dos Crimes, contra a Sexualidade, Liberdade e seus artigos seguintes. Casos de estupro e assédio, tanto públicos quanto privados, preenchem a mídia, e as formas de violência são tão cruéis que atingem proporções inimagináveis e se tornam um dos maiores temores das mulheres hoje.

Assume-se que o conceito de crimes sexuais está diretamente relacionado com a égide da inviolabilidade da dignidade humana no que expressa verbalmente respeito à liberdade sexual da pessoa, uma vez que a sexualidade é parte integrante do ser que deve ser exercida e expressa sexualmente sem qualquer tipo de coerção, violência ou ameaça grave, desde que a pessoa tenda a manter uma relação sexual livre, espontânea e sem restrições mentais ou físicas.

A prática do estupro não se confina mais ao ato de inserir o pênis na relação vaginal; parcial ou totalmente do pênis para a cavidade vaginal. Ainda não se circunscreve às relações sexuais, como já mencionado o comportamento típico do crime, é difundido assim como todo ato violento ou libidinal praticado pelo contribuinte "homem ou mulher". Favorece que passemos a ter o crime uniforme e abrangente na nomenclatura de introdução da cópula e / ou dos atos libidinais se o agente o praticar de maneira indevida ou por meio de grave ameaça à vítima.

Logo, temos o entendimento de Capez (2010, p.20):

Esse era o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro passou a abarcar também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, de forma

que, a partir de agora, será possível sustentar a continuidade delitiva em tais casos. Desse modo, se o agente, por diversas ocasiões, constranger a vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, a com ele praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso diverso do coito vaginal, há continuidade delitiva (CP, art. 71). Nesse sentido, tem decidido o STF: “Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. É o indivíduo menor de 14 anos ou aquele 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. Tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos passivos do crime em exame”.

Vale ressaltar que os atos criminosos são expressos por um verbo que significa “restringir”, que afinal tem o significado de forçar, forçar, ferir, ou seja, forçar alguém a fazer ou não algo contrário à sua vontade, ou melhor, contra sua vontade sexual. Apesar da unificação da tipologia, entendemos que o ato de estupro deve ser classificado como crime único, conforme descrito no artigo 213º do Código Penal.

Os bons costumes estão diretamente relacionados à atividade sexual e mostram que as pessoas de nível médio devem se comportar de forma que as regras sociais da vida não sejam violadas para não prejudicar a lei. Nesse sentido, a moralidade está diretamente relacionada à moralidade sexual, a conexão média que as pessoas fazem que lhes sanciona se comportar com humildade em sociedade e venerar e venerar sua liberdade sexual, especialmente no que verbaliza respeito à vontade ou não do corpo.

Assim, a moralidade sexual acompanha a ideia de boa moralidade outorgada pela sociedade em que a pessoa está inserida, que deve atuar de acordo com as normas legais e sociais que lhe são impostas.

2.3.1 Os princípios norteadores ao crime contra a dignidade sexual

No combate aos crimes sexuais, a lei como um todo enumera os princípios que norteiam a dignidade sexual do homem, percebido visualmente que os princípios são o nascimento da norma penal, nesse sentido e objetivamente se apresentam como princípios vinculados aos crimes anteriores: Dignidade da pessoa humana, liberdade e dignidade sexual, cujo objetivo é a busca da égide da dignidade sexual humana.

Segundo Kant, a dignidade humana reside na faculdade de ser autônomo, ou seja, no fato de que os seres humanos são as únicas criaturas que podem se submeter livremente às leis morais reconhecidas como originárias da razão prática. Essa competência de autonomia está relacionada às leis físicas que regulam o universo e a si mesmo, em uma

dimensão noumênica que torna o ser subjetivo, livre, feito de interioridade e consciência moral.

Esta dimensão o sanciona ser autônomo, isto é, um sujeito moral que reconhece o valor e o carácter vinculativo das regras que se impõe e se mantém fiel ao imperativo categórico.

O princípio da dignidade humana garante a égide das pessoas em situações que as possam embaraçar ou expor a condições de desacato, promovendo assim a busca da égide da dignidade humana em sua existência. Este princípio encontra-se na Constituição Federal de 1988 no Art. 1º Na redação do inciso III:

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.

A dignidade da pessoa humana é a base última do Estado Democrático de Direito, bem como de todas as normas jurídicas que estabelecem regras para uma convivência pacífica e harmoniosa entre os membros da sociedade brasileira, com base na liberdade, harmonia social e não discriminação. sobre raça, gênero, religião, escolha política, etc.

As mulheres triunfaram vitoriosamente espaço na sociedade, mas a violência de gênero teve impacto direto na maior derrota histórica do sexo feminino, quando as mulheres, ao serem retiradas do campo do trabalho produtivo para serem presas em casa, eram reprodutoras de herdeiras para os homens. quem possuía os meios de produção.

É primordial notar que nem todas as mulheres acomodaram para esse propósito. A maioria das mulheres indigentes iniciou a trabalhar na prostituição. O advento da propriedade privada celebra a inauguração do mundo patriarcal e a truncagem da humanidade histórica das mulheres, em muitos casos, a meros objetos, algumas a serviço sexual de engendrar herdeiros e outras à satisfação do prazer masculino.

Pela igualdade de gênero, nem tudo correu bem e de forma pacífica, houve muitas resistências, pois buscavam a plena liberdade não só para exercer sua sexualidade, mas também eram tão produtivos e competentes quanto os homens no ambiente de trabalho e precisavam dos mesmos direitos. e o mesmo respeito pela comunidade e eram trancados em casa, encurtados a donas de casa e objeto de procriação. Os homens utilizaram muita violência que inicialmente os levou para uma prisão privada e depois utilizaram táticas ideológicas.

Nesse interim, os crimes sexuais estão fortemente relacionados à dignidade sexual inerente ao ser humano, que é considerada um valor e não um princípio. Assim, quando se refere ao conceito da palavra dignidade, a definição de crimes sexuais fica desacreditada.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Grecco (2011, p. 46), a dignidade é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dentro do exposto, há uma conexão direta entre a palavra dignidade e a égide do ser humano contra qualquer ato degradante e desumano, ou seja, diante dos crimes sexuais que tornam a pessoa vítima, denegrem e desumanizam a pessoa.

A dignidade nas suas várias formas está devidamente relacionada com a vida sexual da pessoa e com algo que é inerente ao ser humano, a saber, a dignidade sexual como um tipo especial de dignidade humana.

Nesse sentido, a dignidade, segundo Nucci (2010, p. 41 - 42), é um sentimento de solenidade e autoestima na pessoa, elemento fundamental de sua formação pessoal. Portanto, a essência da vida sexual pode ser realizada à vontade e sem interferência do estado ou da sociedade.

Neste contexto, o conceito de crime sexual deambula de mãos dadas com o conceito e definição de dignidade, e dignidade sexual humana é a liberdade de dispor da própria vida sexual, com respeito à liberdade alheia, uma vez que os crimes sexuais são sexuais. ato que vigilante contra a dignidade e lesa a vida íntima da pessoa lesada.

3. COMO A PALAVRA DA VÍTIMA PODE CONTRIBUIR COM A INJUSTA CONDENAÇÃO

Este artigo analisa os interesses jurídicos penais amparados em crimes sexuais, tratando a liberdade e a dignidade sexual como os principais interesses jurídicos amparados pelo Estado. Para Jescheck (1993, p. 06) os interesses jurídicos são: "Os bens essenciais para a convivência humana na comunidade e, conseqüentemente, devem ser amparados pelo poder coercitivo do Estado por meio de punições públicas".

Nesse sentido, Luiz Régis Prado (2011, p. 632) fala do crime de estupro e enfatiza a liberdade sexual da pessoa no sentido mais amplo como bem jurídico amparado, ou seja, inclui a integridade sexual e a autonomia. A liberdade sexual dá ao homem o direito à inviolabilidade carnal.

Os estudiosos Estefam e Campos (2010, p. 89) deixam claro que a lei, ao amparar a dignidade sexual do homem, ampara o direito de dispor do próprio corpo da melhor forma possível para os fins da sexualidade.

Bruno (2003, p. 05-06), por sua vez, traz uma breve definição de bem jurídico como:

[...] tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. São interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam a categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções de vida de determinado momento.

O ponto específico da égide criminal no caso de crimes sexuais é a coerção involuntária de atos sexuais. Além disso, é primordial enfatizar a educação moral de crianças e jovens como um bem jurídico criminoso, por isso sua maturidade sexual requer da égide do Estado. Levando isso em consideração, Nucci (2014, p. 44) aponta: "A dignidade sexual afeta a autoestima das pessoas em sua vida sexual íntima e privada, sem intervenção governamental neste contexto, exceto para atos de violência contra adultos e agressividade contra a educação de crianças e jovens".

No crime de estupro, Flávio Monteiro de Barros (2010, p. 12) discorre:

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e também a honra sexual da mulher. Trata-se de direito disponível, excluindo-se o crime diante do consentimento da vítima, desde que esboçado antes da consumação. O agente, na dúvida se a vítima consentiu ou não à conjunção carnal, responde pelo crime, a título de dolo eventual.

De acordo com a doutrina, conclui-se que o bem jurídico amparado, no Título VI do Código Penal, é a liberdade sexual e também a honra sexual, no caso das mulheres. O bem agora amparado pelo direito penal fica disponível e o crime excluído quando a vítima concorda com um ato antes da consumação, em caso de dúvida ou não sobre o

consentimento da vítima, o agente é responsável pelo crime de qualquer fraude, como foi explicado.

Embora o Título VI do Código Penal expresse verbalmente “Crimes contra a dignidade sexual”, a distinção entre dignidade sexual e liberdade sexual deve ser venerada. A dignidade sexual é um atributo dos susceptíveis e invulneráveis. Porém, há uma diferença na forma de tutela a que esse tipo de pessoa é dirigido.

Para que haja interferência criminosa em crimes de natureza sexual, deve haver violação específica dos interesses jurídicos. Uma lesão da qual não se deve suspeitar em relações sexuais consensuais entre pessoas capazes, como aquelas em risco. O ponto de viragem entre a égide criminal da dignidade sexual daqueles que precisam de égide e aqueles que não precisam de égide é a liberdade de escolha.

Segundo a doutrina da maioria, a verdadeira e verdadeira missão do direito penal é a égide dos interesses jurídicos. Segundo Pacelli e Callegari (2016), esse processo se deve à amplitude de interesse jurídico que o legislador inclui no âmbito da égide penal. Portanto, é particularmente primordial enfatizar a essencialidade de definir “interesses jurídicos”.

Bonfim e Capez (2004) ressaltam que a devida essencialidade é dada à definição jurídica do bem, uma vez que a legislação vigente deve harmonizar o exercício de suas atribuições de controle social ao cumprimento dos princípios constitucionais que restringem sua atuação na medida do que é possível - direito penal - Restrição da intervenção do Estado no domínio da individualidade humana.

Por exemplo, Cruz (2008) ensina que o interesse jurídico, além da explicação do papel do direito penal, marca o constrangimento de sua intervenção, uma vez que o Estado constitucional democrático só pode anular a liberdade de seus cidadãos de exercerem a égide de os seus bens jurídicos de acordo com o princípio da intervenção mínima através do direito penal.

No caso do "estupro por fraude", por exemplo, a égide recai, como no caso do estupro, sobre a liberdade sexual da pessoa no sentido mais amplo. Difere do estupro na medida em que a vítima se vicia elementarmente em decorrência da fraude praticada, já que nesse crime conhecido como peculato sexual a vítima é iludida pelo culpado do sujeito atuante.

No que se refere à análise do crime de assédio sexual no artigo 216A do Código Penal, o legislador também ampara a liberdade sexual examinando visualmente os casos em que a vítima se envergonha do comportamento do agente que é hierárquico em relação à superioridade da vítima. ou um com a procura de emprego, cargo ou função.

Scolanzi (2012) argumenta que o direito penal está tomando medidas para encontrar formas de manter uma sociedade pacífica em que o meio de repressão é a formulação de criminosos incriminadores para sancionar a aplicação de sanções penais contra aqueles que, com suas ações, violam o indicam risco concreto de violação dos interesses jurídicos de terceiros, caso não sejam punidos por outras áreas do direito, o que corresponde ao princípio da subsidiariedade.

Se porventura, o crime sexual contra pessoa que precisa de proteção, a tutela refere-se sobre a dignidade sexual. Tendo como exemplo, art. O artigo 217-A da Lei Penal que trata do estupro de vulnerável estipula que o bem legal protegido é a liberdade sexual, precipuamente devido à vulnerabilidade da vítima e não envolve mais a alegada violência. O foco é nesta definição de direito penal, não há suporte para o interesse jurídico nesta área, que visa promover o desenvolvimento sexual, saúde e idade adequada para eles.

Como se sabe, a sociedade está em perpétuo desenvolvimento, ocasionando transmutações no campo da sociologia e, portanto, do direito. Segundo a reflexão de Scolanzi (2012), é por isso que é imprescindível que o Estado institucionalize formas de sistematizar o controle social, de forma formal; isto é, por meio de padrões.

Desse ponto de vista, verifica-se que o direito penal desempenha uma função excepcional na esfera social e no ordenamento jurídico brasileiro, que é a exploração dos meios que sancionam a evolução fleumática da sociedade. Nesse sentido, a principal função do direito penal é formalizar e buscar prover os meios para promover o direito e a justiça, prevenir o cometimento de crimes e amparar o interesse jurídico.

No art. 218 do Código Pena, o bem jurídico tutelado, conforme lição de Flávio Monteiro de Barros (2010, p. 47), é:

[...] a dignidade sexual dos menores, visando evitar a sua contaminação e depravação sexual. O consentimento da vítima não exclui o crime, ainda que seja emancipada, pois a imaturidade decorrente da idade por si só é fator impeditivo de sua adesão à conduta criminosa.

Neste contexto, cabe ao legislador amparar os bens e valores fundamentais da pessoa humana, o que inclui o reconhecimento de que a tutela confere direitos fundamentais. Assim, mostra a essencialidade da égide dos interesses jurídicos nos crimes contra a dignidade sexual no combate efetivo aos crimes sexuais indicados por lei. Após a identificação do interesse jurídico amparado pelo Código Penal, no Título VI, que trata dos "Crimes contra a dignidade sexual", cabe explicar sucintamente a "Questão e Responsabilidade Ativa" pelos crimes contra a fim de esclarecer e ampliar nosso conhecimento da dignidade sexual.

A principal tarefa do direito penal é revalidar os valores vigentes na sociedade, partindo do pressuposto de que a multidão é composta por pessoas com valores semelhantes que optam por “seguir” a maioria e venerar o grupo minoritário. Isso implica que a materialidade do direito penal deve basear-se nos interesses e valores sociais que a maioria tem como valores mais ascendidos, e sem prejuízo da observância dos princípios constitucionais.

Assim, as condutas que atingem o tear criminoso não podem sofrer meras violações de ordem política, moral ou religiosa. Pelo contrário, o principal objetivo do direito penal deve ser o de suspender como atos criminosos apenas os comportamentos de pessoas que violem os valores básicos, as boas relações e a convivência social, bem como o desenvolvimento do grupo humano e a existência de uma sociedade pacífica e comunidade harmoniosa.

Os princípios constitucionais garantem que o Estado venera os seus cidadãos e não viola os direitos que lhes são garantidos constitucionalmente. Nesse sentido, os princípios constitucionais atuam como escudo protetor contra qualquer ato arbitrário do Estado. Em matéria de crimes sexuais, procura-se garantir a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso II, da Constituição Federal.

Nesse sentido, como discernido opticamente acima, visa garantir ao indivíduo (homem ou mulher) a livre escolha, a liberdade sexual, desde que haja um pleno desenvolvimento da personalidade no que expressa verbalmente respeito aos atos sexuais.

O princípio da proporcionalidade regula a formação de criminosos incriminadores, a imposição de penas e o processo penal de uma pessoa pelo Estado. Além de confinar a vontade da sociedade de punir os crimes contra a dignidade sexual. Nessa percepção visual social, assume que o resultado é tanto mais adequado quanto maior e mais severa a punição, repressão ou sofrimento. A proporcionalidade, por sua vez, busca o “meio-termo” para dirimir a reclamação.

3.1 A lei nº 13.718/2018 e a lei nº 13.772/2018

Não há dúvidas que nos últimos anos, a dinâmica dos crimes sexuais disparou de forma absurda. Houve várias manchetes na mídia relatando incidentes de assédio sexual e abuso no transporte público. Nesse interim, temos um dos casos mais impactantes que tenha sido o de um homem que ejaculou no ombro de uma mulher que dormia em um ônibus na Avenida Paulista em São Paulo. O homem foi preso no local, mas foi surpreendente que o menino tenha sido libertado menos de 24 horas depois, quando foi levado para a audiência de custódia.

Desde então, vários casos semelhantes aos de São Paulo foram relatados, mas o entendimento dos juízes foi completamente dissonante. Alguns consideraram esse tipo de comportamento um crime de estupro e outros um abuso público de humildade.

Logo, toda essa discussão pela ausência de previsão legal, teve um fim com a promulgação da Lei nº 13.718/2018, que revogou o art. 61 da Lei das Contravenções Penais, e conseqüentemente modificou a importunação pública ao pudor em importunação sexual, que passou a estar previsto no art. 215-A do C.P. Vejamos:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Vale mencionar ainda que foi criado o crime de revelar uma cena de estupro ou cena de estupro susceptível, cena de sexo ou pornografia, também conhecido como pornografia de vingança conforme descrito:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A inovação legislativa relacionada ao crime de art. O 218C surgiu de uma demanda crescente do movimento feminista para combater a chamada "pornografia de vingança". Houve inúmeros casos de homens expondo suas namoradas na Internet, postando fotos e vídeos íntimos para se vingar ou até mesmo se gabar do fim do relacionamento. Também houve muitos casos de hackers invadindo computadores de celebridades e expondo fotos íntimas a a mídia para triunfar vitoriosamente dinheiro.

Além dessas mudanças, foi dada ao art. 225º uma reformulação onde propõe que, doravante, todos os crimes contra a liberdade sexual, bem como os crimes sexuais contra pessoas que precisam de égide, sejam processados por meio de processo penal público sem reserva de representação.

Por fim, ocorreu a ampliação da pena que foi criado de 1/3 (um terço) para 2/3 (dois terços) no caso de estupro coletivo, quando o crime é cometido por meio da interação de 02 (dois) ou mais agentes, e neste caso de estupro corretivo, quando se trata de controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

3.2 Consequência da injusta condenação

Conforme já mencionado nesse trabalho o crime de estupro é considerado crime hediondo, uma vez que causa danos irreversíveis e irreparáveis à vítima, causando não só danos psicológicos, mas também danos na conclusão de uma sentença, percebido visualmente que esse crime geralmente ocorre de forma clandestina, muitas vezes sem a possibilidade de prova de paternidade.

Desta forma, as pessoas acusadas de cometer tal crime são detidas sem provas concretas e mesmo sem investigação adequada, resultando em inúmeros casos de condenações ilícitas. Muitas vezes, essas sentenças causam danos irreparáveis à vida do acusado e devem ser levadas em consideração. O artigo trabalha esses malefícios, demonstrando o que inexoravelmente acontece a essas pessoas em diversas ocasiões, por isso é compulsório analisar concretamente todas as possíveis provas e testemunhos que ajudem a desvendar a veracidade, para que isso não perpetuaram em conformidade com a legislação brasileira. sendo uma prática perpétua.

O autor Guilherme Nucci, conceitua a palavra da vítima como:

O titular do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador e, em razão disso, é também o interessado pela punição do agente causador da ofensa sofrida. É por essa razão que é possível concluir que o ofendido é uma figura do processo tão parcial quanto o acusado, haja vista a sua assunção do ônus de provar aquilo que está imputando ao acusado. Considera-se assim, que as suas declarações e atos podem estar eivado por todo tipo de emoções e interesses. (NUCCI, 2011, p. 103)

Examina-se que quando o acusado é condenado e não há outra prova como prova, a palavra da vítima é utilizada como a única prova no julgamento e pode ser utilizada para condenar indevidamente uma pessoa. Nota-se que há imensa complexidade em provar se o fato era genuinamente verdadeiro, ocorrido ou não. Com o testemunho da vítima, pode haver o perigo de errôneas memórias, e quando a vítima acredita absolutamente no que está expressando verbalmente, quando em sua imaginação isso aconteceu e na genuinidade não.

A palavra da vítima é de colossal essencialidade, se quando o fato é questionado, o depoimento deve permanecer consistente e em harmonia com o resto dos fatos e deve ser consistente, não deixando margem para dúvidas no momento do julgamento. A vítima diretamente envolvida no crime de estupro certamente estará recoberta de sentimentos perturbadores pelo sofrimento pelo ocorrido, podendo surgir distorções naturais nos depoimentos.

A maioria das vítimas só denuncia a violência sexual após 48 horas, o que dificulta o exame físico criminal, ainda mais arduamente difícil quando a vítima é adulta e não virgem. Geralmente ocorre sem testemunhas e também sem provas materiais e se desenvolve durante o processo de estupro em torno da comparação entre a palavra da vítima e a do agressor. À luz do depoimento da vítima, a imparcialidade do juiz é essencial para avaliar as provas em julgamento e para um julgamento verdadeiro e com direitos iguais para todas as partes, para que não resultem condenações injustificadas.

3.3 Características psicológicas do agressor

O valor da memória das vítimas envolvidas no crime de estupro aponta para um processo de reconstrução que leva a um reaprendizado. O estado emocional da vítima é de colossal essencialidade, pois a mente humana é instável e pode transmutar com o passar dos anos. A cada oportunidade de evocação de uma memória, é realizado algum tipo de reconstrução mental que orienta as memórias do que aconteceu antes e depois, dessa forma a pessoa pode ficar desconcertante e as informações podem transmutar. Então o depoimento da vítima depende do seu estado emocional, que pode influenciar nos fatos, após vivenciar qualquer tipo de trauma sexual, seja físico ou psicológico, sua faculdade psicológica para enfrentar essa circunstância é diferente, a pessoa se sente desprotegida, com sentimento de temor, insegurança, o que faz com que os motivos refletidos em seu depoimento tenham alguma mistificação em seus conceitos mentais e não mostrem a clareza do que estava acontecendo.

Os crimes sexuais não acontecem por acaso, porque apenas um minúsculo número de abusadores de crianças age sem planejamento ou previsão. Para a maioria desses criminosos, o planejamento inicia horas, dias ou até meses antes da ação. Embora entendam que estão agindo fora da lei, eles racionalizam seu comportamento e se convencem de que não estão cometendo nenhum crime e que seu comportamento é aceitável. O molestador de crianças se convence de que a criança deseja ter um relacionamento sexual com ela e projeta nela os conceitos mentais e sentimentos que deseja dela. Ele interpreta a resposta humana da vítima às suas ações preparatórias e manipulativas como uma resposta positiva aos seus desejos sexuais e está convencido de que seu comportamento abusivo não é prejudicial nem prejudicial.

O agressor é uma pessoa que exibe um comportamento que ameaça os cidadãos e a segurança pública. Dentre as condutas criminosas, o crime de estupro é um dos mais descartados pela sociedade e até mesmo por presidiários condenados por outros crimes. A maioria dos agressores sexuais utiliza substâncias ilegais e afirmam ser compulsivos por acreditarem que não conseguem controlar seus impulsos após o uso de drogas (COSTA; MELLO, 2012).

Segundo Araújo (2002), a qualidade mais marcante do agressor é utilizar sua perspicácia para ludibriar a criança, aproveitando sua susceptibilidade e infantilidade. A vítima passa a viver uma situação traumática que inclui uma perplexidade de sentimentos: culpa, temor, ventura, abandono e exasperação.

Geralmente, os agressores planejam seus crimes horas, dias ou às vezes meses antes da ação, mostrando que os crimes sexuais não estão sendo realizados de forma simples, o número daqueles que agem sem planejamento ou intenção é minúsculo. Esses criminosos racionalizam seu comportamento, sabendo que estão infringindo a lei, até se convencerem de que estão praticando um comportamento aceitável e que não estão cometendo nenhum crime (SERAFIM AP, et al, 2009).

Para Carreiro (2012), os agressores sexuais são em sua maioria brancos, têm entre 41 e 60 anos, possuem ensino médio incompleto, renda média de 1 salário mínimo e trabalham no alojamento geral. Portanto, o estuprador é discernido opticamente como um cidadão normal, sem afetar quaisquer características conspícuas. Para avaliar o risco de reincidência entre presidiários por estupro, 69% dos 84 presidiários correm o risco de reincidência por crimes sexuais, de acordo com seu estudo.

De acordo com a pesquisa de Braun (2002), o perfil dos agressores evidenciou que a maioria tem idade média de 35 a 44 anos, brancos, com ensino fundamental incompleto, trabalham na construção de prédios, consomem álcool e drogas para violar para a mulher. vítima, acusado criminalmente, ameaçar a vítima, ter certo grau de parentesco (pai biológico) e estuprar no próprio apartamento vários dias da semana, durante o dia, à noite e sem suspeita

3.3.1 Vulnerabilidade absoluta e relativa

O Código Penal Brasileiro data de 1940, e menores de 14 anos e pessoas com deficiência mental têm a presunção absoluta de susceptibilidade estabelecida pela Lei 12.015 / 2009. A nova nomenclatura introduzida pela lei anterior refere-se a pessoas que não resistem à prática de relações sexuais. Seria como expressar verbalmente que o ato sexual é considerado violento independentemente da vontade dessas pessoas. Existem muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre susceptibilidade e, segundo Nucci (2009) apud Rogério Grecco (2014, p. 741):

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência, agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa posição que nos parece mais acertada.

Para o Estado, esses indivíduos não possuem o julgamento indispensável sobre o ato sexual, e aqueles que praticam associação carnal ou atos libidinais com esses agentes são classificados como estupradores e capturados nos termos do artigo 217A do Código Penal. Inferir susceptibilidade absoluta é expressar verbalmente que a pessoa não tem julgamento sobre suas ações.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPROS DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. ARTIGO 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA Nº 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRITÉRIO ETÁRIO. MENOR DE 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a jovem (com 13 anos à época) e o denunciado (com 20 anos ao tempo dos fatos) mantiveram relacionamento amoroso, do qual gerou uma filha. Tal conduta, em tese, subsumi ao disposto no artigo 217-A, caput, do Código Penal e alinha-se ao posicionamento adotado a partir de 2017 pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 593, dispondo ser irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. No entanto, afigura-se factível a relativização da vulnerabilidade em episódios envolvendo adolescentes (maiores de 12 anos de idade), por entender que o critério etário não pode ser apreciado de forma absoluta, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, vedada na esfera criminal. Deve o magistrado, nortear-se pela sua consciência, apreciando a questão posta, observando se a vítima se insere em um contexto... de vulnerabilidade a atrair a incidência da norma penal incriminadora para, ao final, aplicar a legislação de modo razoável e equitativo, a fazer justiça no caso em concreto. Na espécie em análise, a prova angariada revela que as relações sexuais ocorreram de forma

voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva, revestida de peculiaridades que permitem a flexibilização da sua vulnerabilidade. Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a manutenção da absolvição do réu com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70077439917, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 25/07/2018).

(TJ-RS - ACR: 70077439917 RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 25/07/2018, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/08/2018).

Hoje fica arduamente difícil corroborar tal conceito mental, principalmente no que verbaliza respeito à Internet, que oferece uma gama de informações e pode ser acessada por todos, desde crianças até idosos. Quando a susceptibilidade é relativizada, coloca-se diante do sujeito que tem consciência de sua ação, ou seja, se ela é verídica ou errônea.

No entanto, deve-se examinar visualmente que muitas pessoas não conhecem a lei, ou seja, não conhecem a ilegalidade desse comportamento específico e não agem sem saber que estão violando um interesse jurídico amparado pela lei.

Em nosso sistema penal, a responsabilidade é subjetiva, ou seja, a dolo e a culpa devem ser comprovadas, e após a leitura do artigo 217A, quem praticar a conduta descrita pode ser processado. Neste caso, é como se a pessoa agisse voluntariamente e não admitisse a culpa, por isso se expressa verbalmente que o legislador foi profundamente rígido na elaboração da norma que pune severamente quem a infringir.

Com os novos meios de comunicação, principalmente com o advento da internet e a explosão das redes sociais, o comportamento sexual desses menores tem se tornado mais flagrante, como a exposição de seus corpos, sua intimidade sexual, sem a menor vergonha ou preocupação sobre os danos que esses comportamentos podem causar. Toda essa exposição traz colossal satisfação à sensação de fazer parte de uma sociedade virtual. Diante do Estado, essas pessoas não têm o julgamento mandatório sobre o ato sexual, e as pessoas que praticam ato sexual com esses agentes são classificadas como estupradores e classificadas no artigo 217 A do Código Penal da mesma forma que aquelas que o ato cometido com pessoa com deficiência mental está enquadrado no §1º da mesma disposição.

CONCLUSÃO

Tem havido uma colossal evolução nas sociedades em relação ao estupro, antes considerado natural, para alguns costumes e para muitos um crime físico e psicológico violento contra a dignidade humana. Considerando os avanços da legislação, então, por meio da digitação, esse avanço natural da sociedade pode retornar a posições e padrões que antes eram fixados em costumes básicos.

Quando se fala em estupro, logo contemplamos "mulher para a vida" e "mulher honesta", enquanto hoje qualquer pessoa pode discernir sua liberdade sexual prejudicada, de acordo com a legislação penal em vigor, um exemplo é que no direito penal anterior não houve menção de estupro de homens e meninos, apenas de violência contra a mulher, e isso é resultado de avanços no campo social, admitindo que todo ser humano requer e é portador de certos bens legais e merece sua égide.

A transmutação terminológica está diretamente relacionada com o bem legalmente amparado, a que o título atual corresponde: "Dos crimes contra os costumes", percebido visualmente que os supostos crimes ameaçam a dignidade e a liberdade sexual, e, portanto, também a transmutação do que quem quer amparar o meio social no que verbaliza respeito às normas legais.

Nesse contexto, entende-se que a principal transmutação promovida pela Lei nº 12.015 / 09 reside nos crimes de estupro e lesão corporal violenta e indecente, que atualmente se agrupam sob uma única forma de sanção (art. 213), que é simplesmente chamado de "estupro".

Ao destacar alguns dos princípios mais cruciais que garantem a égide nos crimes contra a dignidade sexual, identificamos a imensa diferença que fazem para a lei e procuramos proceder com uma sanção justa e satisfazer a percepção visual do direito penal, e para alguns, especialmente a vítima. e para suas famílias, a justiça só seria feita com punições mais radicais, como o sofrimento extenuante do agressor em prisões superlotadas e que passou por períodos de sofrimento sem fim, humilhação, castração e até violência sexual ou em muitos casos ter que pagar com suas próprias vidas.

Contudo, a legislação trabalha para tornar tais crimes cada vez mais puníveis trazendo sanções que sejam coercíveis ao criminoso, assim como o crime foi determinado reprovável pela sociedade.

Por fim, vale destacar que o presente trabalho alcançou o objetivo previamente traçado, trazendo um aparato geral dos crimes sexuais de forma informativa não obtendo função de se esgotar a matéria. Conseqüentemente, o mesmo estudo se torna uma ferramenta para futuras pesquisas sobre a temática servindo de base informacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

BINTERCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2 ed.º. Editora Atlas S.A. São Paulo. 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

IVÁNOVA, Adelaide. **O martelo**. Lisboa: Douda Correria, 2016.

MAIA, Adrieli Gonçalves. **O crime de estupro e sua correlação com a evolução da dignidade da pessoa humana e os direitos das mulheres**. Revista UNAR, Araras, v. 09, nº 02, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 1. ed. Inter Saberes. 2017.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 2ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Organização Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros. 2015.

SOARES, Bárbara M. **Enfrentando a violência contra a mulher**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para concursos**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016

CONTRATO DE NAMORO: UMA ANÁLISE DA SUA (IN)EFICÁCIA COMO MEIO DE AFASTAR O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL

EDEGAR ARTHUR HAGESTEDT FILHO:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

DIOLINA RODRIGUES SANTIAGO SILVA⁹⁷

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo científico versa a respeito do negócio jurídico denominado de contrato de namoro. O objetivo principal é responder se esse acordo é um instrumento válido e eficaz em nosso ordenamento jurídico. Já o problema questiona se tal contrato é um instrumento com eficácia de provar a inexistência de uma união estável. Justifica-se a presente pesquisa no meio acadêmico em decorrência da dúvida que permeia sobre o assunto ocasionando um palco para grandes discussões e diálogos sobre o contrato de namoro, ainda, no âmbito social, pela importante função do contrato em si, pois, seja ele qual for, tem um papel crucial em nossa sociedade atual. Para tanto, o método utilizado será o dedutivo. Quanto às hipóteses é que inexistente qualquer violação na elaboração do contrato de namoro em nossa legislação pátria, isto é, não se caracteriza qualquer ilegalidade na realização desse acordo, seja de natureza constitucional ou infraconstitucional. Por fim, os resultados alcançados foram que o contrato de namoro é um acordo válido, de acordo com o artigo 104 do Código Civil, e sua eficácia é relativa, não tendo o condão de descaracterizar a união estável, e sim de declarar que na relação afetiva existe apenas um mero namoro.

Palavras-chave: Contrato de namoro; União estável; Eficácia.

ABSTRACT: This scientific article deals with the legal transaction called dating contract. The main objective is to answer whether this agreement is a valid and effective instrument in our legal system. The problem, on the other hand, questions whether such a contract is an effective instrument to prove the inexistence of a stable union. This research in academia is justified as a result of the doubt that permeates the subject, causing a stage for great discussions and dialogues about the dating contract, even in the social sphere, due to the important function of the contract itself, as it is whichever it is, it plays a crucial role in our society today. For that, the method used will be the deductive one. As for the hypotheses, there is no violation in the drafting of the dating contract in our country's legislation, that

⁹⁷ Mestra. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: diolina.santiago@unest.edu.br

is, there is no illegality in the execution of this agreement, whether constitutional or infra-constitutional in nature. Finally, the results achieved were that the dating contract is a valid agreement, according to article 104 of the Civil Code, and its effectiveness is relative, not having the power to mischaracterize the common-law marriage, but to declare that in the relationship affective there is only a mere dating.

Keywords: Dating contract; Stable union; Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

O direito de família é um dos ramos jurídicos que mais sofrem modificações ao longo do tempo, e isso se dá em razão de uma constante evolução social e cultural que a sociedade vem passando. Tais mudanças têm como finalidade se adequar mais próximo possível da nossa realidade atual.

Neste ponto, observa-se que a união estável foi incluída nessas modificações, visto que, anteriormente não passava de um fato social sem qualquer tipo de repercussão jurídica reconhecida, para ser declarada posteriormente como uma forma legítima de entidade familiar.

Diferente do casamento, que existe toda uma solenidade, a união estável por muitas vezes é caracterizada pela sua informalidade, neste caso, é necessário observar se os requisitos estabelecidos pela legislação estão sendo realmente respeitados.

Ocorre que, com a necessidade de verificação desses requisitos e também em decorrência da dificuldade de deixar explícita a intenção ou não de constituir família em algumas relações, foi o ponto crucial para que alguns casais procurassem um resguardo jurídico no enfático contrato de namoro.

Dessa forma, o presente trabalho visa discutir a respeito do contrato de namoro, que vem se tornando uma possível solução para os casais que não possuem intenção de constituir família, pelo menos no momento atual, possibilitando desfrutar do seu namoro sem correr o risco de ter sua relação confundida com uma união estável, bem como todos seus efeitos jurídicos.

A problemática principal que é trazida no decorrer da pesquisa questiona o seguinte: o contrato de namoro é um instrumento eficaz para provar a inexistência de uma união estável?

Justifica-se a presente pesquisa no meio acadêmico em decorrência da dúvida que permeia sobre o assunto, o que levou os doutrinadores especialistas neste ramo do direito, a adotarem diferentes caminhos, ou seja, significa dizer que não houve um consenso sobre

o novo tipo de instrumento contratual pactuado pelos brasileiros, ocasionando um palco para grandes discussões e diálogos sobre o contrato de namoro.

Justifica-se, ainda, no âmbito social, a realização desse estudo em função do contrato em si, pois, seja ele qual for, tem um papel crucial em nossa sociedade atual, tendo em vista sua abrangência e utilização frequente em diferentes esferas, bem como pela possibilidade de gerar consequências jurídicas para os contratantes.

Embora existam opiniões distintas a respeito do contrato de namoro, o importante é trazer os principais argumentos que exploram, de um lado, a invalidade do contrato, e de outro a possibilidade de efetuar-se esse tipo de negócio jurídico, da mesma forma que, é necessário examinar a utilidade do contrato de namoro para os casais e para a sociedade, melhor dizendo, se o uso desse instrumento irá beneficiar ou prejudicar as partes que o pactuam.

Nesta ótica, ressaltasse também a importância da pesquisa, em frente à demanda crescente pela sua elaboração em nossa coletividade, como forma de regular as relações pessoais que, todavia, enfrentam uma pertinente dúvida quanto a sua segurança jurídica e seus reflexos patrimoniais.

O objetivo geral do trabalho é verificar se o contrato de namoro irá eficazmente gerar serventia como prova cabal de descaracterizar a união estável, produzindo os efeitos jurídicos às partes contratantes ante os princípios da função social e a boa-fé presentes no direito contratual.

Os objetivos específicos são: avaliar se existe possibilidade jurídica do objeto no contrato de namoro, como requisito de validade dos negócios jurídicos previsto no artigo 104 do Código Civil; diferenciar o namoro simples, namoro qualificado e união estável; comprovar que a realidade dos fatos prevalece sobre uma declaração convencionada entre as partes em um contrato; por fim, apurar se o contrato de namoro é instrumento hábil para comprovar a existência de um namoro, sendo este considerado como um fato social.

Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho será voltado para explorar inicialmente assuntos mais abrangentes, para que seja possível compreender de melhor forma, por exemplo, como é vista a instituição da família em nossa sociedade contemporânea, além disso, entender como funciona a união estável e diferenciar essa entidade familiar das formas distintas de namoro, como também observar a maneira que as relações amorosas estão se comportando na atualidade.

O segundo capítulo cuidará de fazer uma abordagem direcionada ao contrato de namoro, bem como apresentar os diversos entendimentos doutrinários a seu respeito, do mesmo modo que discorrerá da eficácia e validade deste acordo em frente ao nosso

ordenamento brasileiro, uma vez que, a possibilidade de efetuar o contrato em estudo, vai gerar aos contratantes repercussões jurídicas importantes.

A presente pesquisa utiliza a metodologia da pesquisa jurídica, que é “voltada às instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico.” (BITTAR, 2015, p. 53). O método de abordagem teórica utilizado será o dedutivo, com finalidade de analisar teorias e concepções utilizadas, partindo para tanto de premissas gerais (BITTAR, 2015, p. 34) para verificar se o contrato de namoro poderá ser realmente um instrumento válido no ordenamento pátrio.

Já a espécie de pesquisa adotada será a exploratória, consoante à análise qualitativas, fundamentada em coletas de dados através de estudos bibliográficos, ou seja, entendimentos desenvolvidos por doutrinadores como Zeno Veloso, Carlos Roberto Gonçalves, Sílvio de Salvo Venosa, dentre outros, tal qual pesquisas documentais, neste caso, realizadas através das legislações e jurisprudências.

Os resultados alcançados foram que o contrato de namoro é um acordo válido, de acordo com o que dispõe o artigo 104 do Código Civil, e sua eficácia é relativa, não tendo o condão de descaracterizar a união estável, e sim de declarar que na relação afetiva existe apenas um mero namoro sem qualquer repercussão jurídica reconhecida. Sendo assim, é plenamente possível realizá-lo, desde que seja pactuado de acordo com a realidade de fato vivida pelo casal e respeitando todos os princípios como da boa-fé e função social presentes no direito contratual.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A família exerce um papel muito importante na vida de qualquer pessoa, em virtude de ser o primeiro contato de um indivíduo com a convivência em sociedade e também para a construção de valores morais, éticos, etc. Devido a sua grande relevância social, não poderia a família ser meramente um espaço para formação do ser humano, no qual ficaria desamparada da proteção estatal.

Muito pelo contrário, em consequência da sua relevância para o corpo social, merece toda a atenção e segurança do nosso ordenamento jurídico, como satisfatoriamente regulou nossa Carta Magna de 1988, reconhecendo a família como “base da sociedade”. (BRASIL, [2021a]). Vale ressaltar, que o instituto da família passou por grandes modificações, seja elas de caráter conceitual como também estrutural.

Atualmente, já não é mais possível nem adequado definirmos família como era feito tradicionalmente, no qual era composta pelo pai como detentor do pátrio poder, mãe e filhos, esta conhecida como família nuclear, e que exerciam com maior intensidade funções econômicas, patrimoniais, e para fins de reprodução.

Muito bem pondera sobre o assunto o doutrinador Madaleno (2021, p.5),

A família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias de núcleos familiares construídos com suporte na aquisição de patrimônio.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, várias mudanças ocorreram no âmbito do direito de família, trazendo consigo novos modelos de famílias, afastando aquela ideia ultrapassada de que o núcleo familiar se constituía apenas através do matrimônio.

Madaleno (2021, p.5) acrescenta ainda que:

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.

Ou seja, a família que era vista como núcleo econômico e de reprodução, passa agora a ser compreendida como um espaço de afetividade entre seus membros, abrindo portas para novas concepções a respeito do tema, bem como o reconhecimento de novos meios de constituição de família, no qual tinha o legislador o dever de reconhecê-las e garantir sua proteção.

Vejamos como se posicionaram Gagliano e Pamplona Filho (2021, p.17) acerca dos novos modelos de famílias: “É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam - e infelizmente existem - arranjos familiares constituídos sem amor”.

Importante reforçar que a consagração da dignidade da pessoa humana em nossa Constituição, sendo considerada como um macro princípio, foi fundamental para concretização de muitos direitos, sejam eles de natureza familiar ou de qualquer outro ramo. Em decorrência disso, hoje já é possível o reconhecimento de várias formas distintas de constituir uma família, destacamos aqui a união estável, entidade familiar de grande relevância que será abordado neste trabalho.

2.1 RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Por muito tempo, o que hoje chamamos de união estável, na verdade era denominado como concubinato (GONÇALVES, 2021), porém, com o reconhecimento legal dessa entidade familiar (união estável) como meio de constituir família, vários dos entendimentos já formulados pela doutrina e pelos tribunais tiveram que se adaptar conforme os casos concretos apresentados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou expressamente a proteção da união estável em seu artigo 226, § 3º, dispondo que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL, [2021a], não paginado).

Já é de notório saber que as relações com orientações sexuais diferentes das relações heterossexuais devem ser protegidas de igual forma, com o fim de evitar discriminação que é vedado em nosso país. Com propriedade, a respeito desse tema, prelecionam Chaves e Rosenvald (2011, p.520),

Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas.

Para identificar a existência de união estável em uma relação, é necessário verificar alguns requisitos que estão disciplinados, especificamente no artigo 1.723 do Código Civil, com a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.” (BRASIL, [2021b], não paginado).

Dividem-se os requisitos trazidos pela lei da união estável em objetivos, que seria a convivência duradoura, pública e contínua, e requisito subjetivo, que é a intenção de constituição de família. Este poderá ser o requisito mais complexo de comprovar, uma vez que, tal intenção de constituir família pode não está tão explícito, dificultando o reconhecimento da entidade familiar, e conseqüentemente, poderá ser direcionado a um mero relacionamento afetivo, como é o caso do namoro. (GONÇALVES, 2021).

Segundo Gonçalves (2021, p.243),

Não configuram união estável, com efeito, os encontros amorosos mesmo constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem as viagens realizadas a dois ou o comparecimento

juntos a festas, jantares, recepções etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família.

Alguns casais optam por formalizarem suas uniões estáveis firmando um contrato, entretanto, somente isto não é capaz de provar a existência da entidade familiar, sendo necessário também comprovar os requisitos mínimos. Vejamos o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANULAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL. A escritura pública, embora dotada de fé pública, não acarreta presunção juris tantum da veracidade dos fatos declarados, apenas prova a formação das declarações das partes e não sua eficácia. Havendo prova concreta de que não existiu união estável entre a apelante e o de cujus, necessário se faz a anulação da escritura pública de união estável, com a consequente declaração de inexistência da mesma. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70060016508, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em: 27-08-2014).

A união estável merece receber toda atenção necessária para impedir qualquer tipo de fraude que tenha como intuito se aproveitar da atual potencialidade da instituição. Os Tribunais nesta ótica exercem um papel importante, traçando caminhos que possam identificar o uso inadequado e ilegal para fins de vantagens patrimoniais, desvirtuando a real intenção da instituição.

2.2 DIFERENÇAS DO NAMORO SIMPLES, NAMORO QUALIFICADO E UNIÃO ESTÁVEL

Para melhor compreensão do trabalho, faz-se necessário diferenciar o namoro simples, namoro qualificado e união estável, trazendo as principais características que os distingui, conforme entendimento já consolidado.

O namoro simples é o mais fácil de ser diferenciado, devido ser a fase inicial de um relacionamento. Em nosso ordenamento inexistente o reconhecimento da natureza jurídica do namoro, sendo assim, tal "status social" não gera nenhuma repercussão jurídica em decorrência da sua constituição. (MANHÃES, 2021).

Observa-se como lecionou Oliveira (2011, p.256):

Dá-se então, o namoro, já agora um compromisso assumido entre homem e mulher que se entendem gostar um do outro. Pode ser paixão à primeira vista, embora nem sempre isso aconteça, pois o amor vai se consolidando aos poucos, com encontros e desencontros do casal embevecido. Do latim *in amoré*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo.

No namoro simples, embora já exista uma relação afetiva entre o casal, pode ser que não haja um tempo razoável e contínuo de duração, ou então não exista compromisso recíproco, bem como a ausência da demonstração pública do casal perante a sociedade.

O problema não está em identificar o namoro simples, mas sim em diferenciar o namoro qualificado e a união estável, em razão de existir uma linha tênue entre estes, dificultando determinar, por exemplo, quando o namoro qualificado termina para então ser configurado o começo da união estável.

Por este motivo, seja o receio de caírem na malha jurídica da união estável e seus respectivos efeitos, muitos casais brasileiros convencionaram celebrar, o denominado "contrato de namoro", negócio jurídico firmado com o objetivo de afastar o regramento do Direito de Família. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2021, p.157).

Já o namoro qualificado, como bem demonstrado acima, tem maior proximidade com a união estável, em decorrência de já encontrarem presentes alguns requisitos desta entidade familiar, como publicidade, continuidade e durabilidade. Em razão disso é denominado de namoro qualificado, pois tais requisitos se encontram mais marcantes e visíveis na relação amorosa.

O que o diferencia da união estável, é justamente por não haver objetivo de constituir família, ou pode ser que exista, porém, esse objetivo seja futuro, não podendo gerar consequências jurídicas, enquanto que na união estável, o objetivo de constituir família é atual, no presente, o que possibilita todos os efeitos legais do seu reconhecimento.

Vejamos o atual entendimento do Tribunal de Justiça do Amapá:

CIVIL E PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E POSTERIOR DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS - AUSÊNCIA DE AFFECTIO MARITALIS - NAMORO QUALIFICADO. 1) Para que haja o reconhecimento da união estável entre as partes faz-se necessária a comprovação da existência de *affectio maritalis*, isto é, a vontade de constituir família, o que, *in casu*, não ocorreu, tratando-se apenas de mero namoro

qualificado. 2) Diante da inexistência de união estável, não há que se falar em partilha de bens. 3) Apelo não provido. (APELAÇÃO. Processo Nº 0023284-49.2018.8.03.0001, Relator Desembargador GILBERTO PINHEIRO, CÂMARA ÚNICA, julgado em 11 de Março de 2021).

Sendo assim, fica demonstrada a importância de diferenciar esses tipos de relacionamentos abordados, para que posteriormente facilite o entendimento de quando há situação de união estável e quando há namoro simples ou qualificado, bem como a utilização adequada do contrato de namoro nestas circunstâncias.

2.3 RELAÇÕES AFETIVAS E A MODERNIDADE LÍQUIDA: DIREITO DE NÃO CONSTITUIR FAMÍLIA COMO NOVA REALIDADE A SER ABORDADA

Como já foi dito, a sociedade está em uma constante evolução, e isso acaba acarretando inúmeras modificações nas relações humanas, sejam elas de natureza social, cultural, dentre outras. Portanto, isso acaba gerando uma tarefa árdua ao direito que necessita acompanhar a atual realidade.

O novo modo de conviver como um membro social ganhou traços diferentes, trazendo consigo grandes mudanças comportamentais dos indivíduos. Cita-se para exemplificar as novas formas de relações interpessoais ou então no modo de portar-se nessa "moderna" coletividade. O grande sociólogo polonês Zygmunt Bauman, foi o responsável por desenvolver um novo modo de pensar acerca das relações pessoais que antes eram solidas e passaram a ser superficiais e temporários.

Assim acabou surgindo um novo conceito denominado de Modernidade Líquida, desenvolvido pelo escritor Bauman (2007, p.7),

A 'vida líquida' é uma forma de vida que tende a ser levada à frente numa sociedade líquido-moderna. 'Líquido-moderna' é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. A liquidez da vida e da sociedade se alimentam e se revigoram mutuamente. A vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, não pode manter a forma ou permanecer em seu curso por muito tempo.

Na sociedade líquido-moderna, as pessoas precisam aprender a reinventarem-se diariamente, uma vez que nada costuma ser duradouro, as relações sociais passam a ficar enfraquecidas, os compromissos que eram rigorosos, se tornam revogáveis a qualquer momento, dentre muitas outras mudanças. Os relacionamentos amorosos também sofrem

modificações, com uniões que podem ter um vínculo forte, intenso, porém extinguível a qualquer momento, resumindo, nada é feito para durar por muito tempo (BAUMAN, 2007).

Essa nova era da Modernidade Líquida trouxe uma cultura do imediatismo, em conjunto com o consumismo, onde não é mais possível esperar para que seus desejos sejam satisfeitos, onde consumir se torna algo praticamente obrigatório, e os desejos se tornam frustrações rapidamente, originando um ciclo de consumo e descarte que se refletiu em várias outras esferas (BAUMAN, 2007).

Assim, podemos considerar o Amor Líquido um ramo dessa nova tendência social, onde os relacionamentos estão diante de constante fragilidade e flexibilidade, posto que, a satisfação instantânea vai em contradição de esforços demorados. De acordo com Bauman (2004, p.65): “Por essa razão, os compromissos duradouros são vistos na era líquida como focos de opressão, cujo engajamento contínuo produz uma situação de dependência degradante”.

Tal abordagem da teoria desenvolvida pelo sociólogo Zygmunt Bauman, é necessária para explicar o modo que vem se comportando atualmente os indivíduos em nossa sociedade, trazendo a ideia de “fragilidade dos laços humanos de hoje” (BAUMAN, 2004), como também de “homem sem vínculos” (BAUMAN, 2004).

Estamos vivendo em uma época em que sucessivamente conseguimos conquistar maior liberdade existencial, deixando para trás toda idealização que fora construída com rigidez, formalidades e limitações sociais, no qual hoje já não tem mais espaço para fazer parte da nossa realidade. É completamente admissível desfrutar de relações espontâneas que realizem os interesses almejados.

Pode-se apontar como exemplo, a forma que antigos casais se relacionavam em comparação com as relações amorosas atuais. Observa-se que os antigos relacionamentos, que eram caracterizados por serem mais rigorosos, onde o namoro era uma fase preparatória para um futuro casamento, vão dando espaço para formas totalmente distintas de se relacionar.

Nestes tempos modernos, as opções amorosas expandiram, surgindo até mesmo relacionamentos abertos:

Em um relacionamento aberto, não há sentido de exclusividade, e as duas pessoas concordam que podem se relacionar com outras pessoas sem isso ser considerado como uma traição ou infidelidade. Este tipo de relacionamento é visto como uma alternativa aos relacionamentos baseados na monogamia, o tipo de relacionamento mais comum atualmente. (SIGNIFICADOS, 2021).

Ainda trazendo os ensinamentos de Bauman (2004) na era do amor líquido, as pessoas acabam procurando se satisfazer ao máximo com seus parceiros, buscando o aproveitamento total da relação no presente, não pensando no futuro, para ter noção se realmente aquele relacionamento irá perdurar ao longo do tempo, enquanto que o hoje é vivido sem limites. Assim, as relações começam sem um projeto de vida pré-estabelecidos, com o fim de não ocorrer à limitação da liberdade individual.

Consequentemente, o ordenamento jurídico brasileiro precisa se adequar a essa nova realidade social, do qual chega ser um caminho oposto que estava sendo construída anteriormente, que buscava reconhecer os relacionamentos amorosos como caminhos para a constituição de possíveis famílias. Portanto, deve-se agora reconhecer também o direito de não querer formar uma família.

Claro que não devemos generalizar tais ações, sabe-se que sempre haverá aqueles que buscam em uma relação, como no namoro, uma fase de preparação com propósitos de constituir uma futura família, entretanto, é necessário abrir os olhos para as novas concepções que estão surgindo, visto que, "o direito é um organismo vivo". (FEBBRAJO; LIMA, 2017).

3 DO CONTRATO DE NAMORO

Em decorrência da lei 9.278/96, que deixou de exigir o prazo mínimo de cinco anos para o reconhecimento das uniões estáveis, posteriormente, iniciou-se uma preocupação dos casais que se encontravam em algum relacionamento que ainda não configuraria como tal entidade familiar, exemplo do namoro, onde já é possível identificar alguns dos requisitos previstos no artigo 1.723 do Código Civil como convivência pública, contínua e duradoura (BRASIL, [2021b]).

Em virtude disso, como forma de afastar a união estável, alguns casais acabaram recorrendo para uma alternativa que pudesse resguardar e proteger suas relações que são desprovidas de interesse de constituir família. E foi diante dessa demanda que surgiu o instrumento contratual intitulado como contrato de namoro, gerando muitos questionamentos a seu respeito e dividindo opiniões pelos operadores do direito.

Acabou nascendo então, um novo tipo de contrato atípico (quando não são disciplinados expressamente pelo Código Civil) em que cada vez mais, era notável o crescimento pela busca e utilização na sociedade. E foi assim que se iniciou a questionar a validade e os efeitos gerados por este tipo de acordo que busca regular as relações entre pessoas.

Muito bem explana sobre o assunto Teixeira e Tepedino (2020, p.188),

Nos últimos anos, o crescente reconhecimento das uniões estáveis como entidades familiares suscitou o receio de que relacionamentos afetivos não inteiramente maduros, em linha limítrofe com a convivência familiar, pudessem ensejar comunicação patrimonial. Iniciou-se, com isso, a prática dos chamados “contratos de namoro”, pactos por meio dos quais casais de namorados passaram a estabelecer convencionalmente a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade de seus respectivos patrimônios, em busca de segurança jurídica.

Aduz Maria Berenice Dias (2016, p. 432) que, a insegurança que permeia nessas relações de namoros, foi a razão para a realização de um contrato com a intenção de afastar o comprometimento de ambos, bem como também se livrar de uma comunicabilidade patrimonial, tanto do presente, quanto do futuro.

Dessa forma, é possível observar que em decorrência da dificuldade de dizer o momento correto que um namoro passa a ser caracterizado como união estável, surgiu à oportunidade para que os casais sem intenção de constituir família realizassem o contrato de namoro para não correrem o risco de terem seus relacionamentos reconhecidos como entidades familiares, bem como para buscar prevenir eventuais efeitos legais não desejados.

Ainda sobre a motivação da elaboração de tal contrato, Lôbo (2019, p.172) diz que:

Em virtude da dificuldade para identificação do trânsito da relação fática (namoro) para a relação jurídica (união estável), alguns profissionais da advocacia, instigados por seus constituintes, que desejam prevenir-se de consequências jurídicas, adotaram o que se tem denominado “contrato de namoro”.

Com isso, pode-se notar que o citado contrato de namoro já é uma realidade em nossa sociedade, importante ressaltar que chegam a ser uma ferramenta jurídica indicada por alguns advogados, e que sua confecção pode ser realizada nos próprios Tabelionatos de Notas, pois não há impedimentos legais para a lavratura deste acordo.

Assim, é necessário analisar a validade do negócio jurídico em questão, também o principal objetivo deste, e se esse instrumento vai gerar serventia, sendo capaz de provar a existência de um mero namoro ao invés de ser reconhecida uma possível união estável, tal como seus efeitos.

3.1 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

Consoante a visível divergência doutrinária a respeito do tema explanado, ratifica-se a necessidade da realização de um estudo mais amplo, explorando de forma mais específica os entendimentos já construídos e suas fundamentações. Portanto, para melhor compreensão do estudo, serão divididas e abordadas as correntes que acreditam na nulidade do contrato, e de outro lado àqueles que defendem a validade bem como a eficácia relativa do acordo.

Como já mencionado, não existe um entendimento unânime quanto ao devido acordo, muitos doutrinadores acreditam na nulidade desse contrato, vejamos o posicionamento de Venozza (2021, p.407),

Propendo, portanto, pela corrente que entende que esses contratos de namoro são nulos (art. 166, VI do Código Civil). Sua finalidade, na massiva maioria das vezes, é proteger o partícipe que possui patrimônio em detrimento daquele que não o tem, com nítida ofensa aos princípios da dignidade humana e do direito de família. Assim sendo, um contrato desse jaez não poderá nunca impedir o reconhecimento da união estável, assim como uma declaração de união estável poderá levar a uma conclusão de sua inexistência.

Teixeira e Tepetino (2020) consideram que esse negócio jurídico não tem utilidade, pois a autonomia negocial do acordo, não teria condão de negar futura configuração de união estável, poderia apenas afirmar a situação patrimonial no momento da pactuação.

Em consonância com essa ideia da falta de validade do contrato em estudo, Flávio Tartuce (2020, p.3), nos relata que: "Assim, mesmo não havendo proibição para a lavratura de contratos de namoro pelos Tabelionatos nos Estados, a minha posição doutrinária é pela sua nulidade absoluta, diante do claro intuito de fraude presente em tais atos (...)."

No entendimento de Rolf Madaleno (2021, p.1260) em relação aos efeitos gerados pelo contrato de namoro em frente a união estável, relatou que:

[...] seus efeitos não decorrem do contrato e sim do comportamento socioafetivo que o casal desenvolver, pois, se com o tempo eles alcançaram no cotidiano a sua mútua satisfação, como se fossem um casal e não mais apenas namorados, expondo sua relação com as características do artigo 1.723 do Código Civil, então de nada serviu o contrato preventivo de namoro e que nada blindava a relação se transmudou em uma inevitável união estável.

Por outro lado, temos quem defenda a legalidade desse negócio jurídico, dado que, inexistente qualquer violação na elaboração do contrato de namoro em nossa legislação

pátria, isto é, não se caracteriza qualquer ilegalidade na realização desse acordo, seja de natureza constitucional ou infraconstitucional.

Um grande defensor dessa corrente é o doutrinador Zeno Veloso (2016, não paginado) que muito bem discorre do contrato de namoro:

É uma declaração bilateral em que pessoas maiores, capazes, de boa-fé, com liberdade, sem pressões, coações ou induzimento, confessam que estão envolvidas num relacionamento amoroso, que se esgota nisso mesmo, sem nenhuma intenção de constituir família, sem o objetivo de estabelecer uma comunhão de vida, sem a finalidade de criar uma entidade familiar, e esse namoro, por si só, não tem qualquer efeito de ordem patrimonial, ou conteúdo econômico.

Esclarece ainda, Zeno Veloso (2016, não paginado) que a busca pela elaboração do contrato de namoro não tem como finalidade de "mercantilizar o envolvimento" ou então "monetizar o afeto", como alegam alguns doutrinadores, e sim para definir de forma clara e especificada, que o relacionamento amoroso existente é apenas um simples namoro.

De fato, complementando ainda o entendimento arquitetado por Veloso (2016, não paginado) o contrato de namoro também tem a intenção importantíssima de: "Prevenir e evitar a alegação da existência de efeitos materiais que podem ser de grande monta, de altíssimo valor".

Já referente à argumentação da doutrina que afirma que o negócio jurídico em estudo tem como foco principal burlar a lei, faz-se necessário expor as acertadas palavras de Xavier (2015, p. 85): "Alegam estes autores que o contrato de namoro seria uma figura inócua por ser eivada de nulidade. Isso porque, conforme o artigo 166, inciso VI do Código Civil, o negócio jurídico em apreço teria por objeto fraudar lei imperativa."

Entretanto, não existiria motivo cabível para imputar previamente a vontade dos contratantes em fraudar a lei. É crucial o respeito ao princípio da presunção da inocência no direito brasileiro. Sendo assim, deveria ser uma faculdade do casal a regulamentação de sua vida íntima, sem que sejam imputados de estarem agindo fraudulentamente, apenas pelo fato de concordarem em regular suas relações pessoais (XAVIER, 2015).

Dessa maneira se posicionou GONÇALVES (2021, p.254),

O denominado "contrato de namoro" tem, todavia, eficácia relativa, pois a união estável é, como já enfatizado, um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana. Se as aparências e a notoriedade

do relacionamento público caracterizarem uma união estável, de nada valerá contrato dessa espécie que estabeleça o contrário e que busque neutralizar a incidência de normas cogentes, de ordem pública, inafastáveis pela simples vontade das partes.

Seguindo a mesmo raciocínio do doutrinador acima, Tânia Nigri (2020) lembra que, efetuado contrato de namoro, este poderá colaborar como meio de prova quando levado para apreciação no Judiciário, por exemplo, situação em que seu ex-namorado(a) busca na justiça o reconhecimento da união estável e seus efeitos jurídicos, não aceitando o namoro como de fato era, todavia, não significa que esse documento lhe garantirá uma decisão judicial reconhecendo que o vínculo era apenas um namoro, já que sempre preponderará, no Poder Judiciário, a realidade.

Nesta perspectiva, podemos afirmar que um ponto em comum defendido por toda a doutrina é que, a realidade dos fatos sempre irá prevalecer em frente ao que foi pactuado pelas partes, ou seja, não adianta nada um documento formalizando e declarando que existe apenas um namoro, mas que na realidade se trata de uma relação onde os requisitos da união estável já estão presentes, isso seria uma fraude, e desvirtua totalmente a real intenção do contrato de namoro.

3.2 PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ DOS CONTRATOS

Embora nosso ordenamento jurídico assegure a liberdade de contratar, esse direito não é absoluto, posto que o artigo 421 do Código Civil salienta que: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, [2021b], não paginado). Determinada função social do contrato trata-se de cláusula geral implícita que tem o dever de limitar os acordos de vontade das partes.

Assim como também sempre deverá prevalecer nós contratos os princípios da probidade e boa-fé conforme artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL, [2021b], não paginado). Tais princípios tem o papel essencial de orientar e controlar as relações contratuais.

A respeito da função social do contrato e sua importância no ordenamento jurídico como princípio, dispõe Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.95),

O contrato, portanto, para poder ser chancelado pelo Poder Judiciário deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica.

Assim sendo, a liberdade contratual no ordenamento jurídico brasileiro não é um direito absoluto, visto que, caso contrário, as pessoas teriam plena liberdade para dispor sobre qualquer coisa ou assunto, o que não é possível, isso porque os interesses dos contratantes não podem sobrepor os interesses sociais, deve-se sempre observar se o acordo vai gerar efeitos prejudiciais à coletividade social.

De acordo com Coelho (2012), considerando as leis em vigor que tratam sobre as relações contratuais, é perceptível que a função social dos contratos trata-se de uma cláusula geral, ou seja, serve para impedir que apenas os interesses individuais dos contratantes sejam respeitados. Isso irá garantir que os contratos não sejam utilizados de forma a prejudicar quaisquer interesses públicos, coletivos ou difusos.

Trazendo novamente os entendimentos de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.95), orientam que:

Com isso, queremos dizer que o fenômeno da socialização do contrato (função social) e o reconhecimento da boa-fé objetiva são mais do que simples parâmetros interpretativos, traduzindo, sobretudo, normas jurídicas (princípios) de conteúdo indeterminado e natureza cogente, que devem ser observadas pelas partes no contrato que celebrarem.

Já a respeito da probidade e a boa-fé dos contratos Rizzardo (2021, p.33) nós ensina que:

A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres. Impende que haja entre os contratantes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não encontrariam ambiente propício para se efetivarem.

Conforme doutrinador Venosa (2021, p.38): “princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.”

Outro princípio que vigora nas relações contratuais é a autonomia das vontades. Embora a liberdade de contratar não seja absoluta, esse princípio deve ser exercido sempre que não houver algum impedimento plausível.

Segundo Venosa (2021), a liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos diferentes. Primeiro deles é da liberdade de contratar ou não, uma vez que ninguém pode ser obrigado a firmar um acordo, bem como também a liberdade para estabelecer o conteúdo do contrato, ou então escolher a modalidade do contrato. Em segundo plano, possibilita a utilização dos modelos contratuais constantes no ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).

Em respeito ao princípio da autonomia privada, não há que se falar em invalidade do atípico contrato de namoro, se a realidade fática for de namoro, pois estes acordos podem ser firmados respeitando todos os limites legais, principalmente resguardando os artigos 421 e 422 do Código Civil que cita os princípios da função social, proibidade e boa-fé contratual.

3.3 CONTRATO DE NAMORO, UMA SOLUÇÃO PARA OS CASAIS NA PANDEMIA

Com a chegada do novo coronavírus no Brasil, houve a necessidade da população se adaptar a uma nova realidade, a pandemia trouxe consigo uma nova forma de viver, trabalhar, estudar, etc. Logo, com a precisão de manter o isolamento social ou até mesmo para diminuir gastos, alguns casais de namorados submeteram-se a conviverem juntos neste período que mudou a rotina de inúmeras pessoas.

É deste ponto que surge uma nova discussão, como fazer para que a convivência compartilhada não venha ocasionar futuras consequências jurídicas? Melhor dizendo, qual a maneira de se resguardar de uma possível discussão no judiciário que busque na habitação compartilhada do casal reconhecer direitos como da união estável?

Observa-se que o meio mais adequado para devida situação, foi a formalização do contrato de namoro, do qual uma parcela dos casais que estavam nesta situação optou por realizar, buscando através deste acordo um máximo de resguardo possível. Podemos reparar que conforme dados divulgados pelo Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo (2020), foi possível constatar esse aumento na demanda pelo contrato:

A modalidade cresceu 54% no Brasil, de acordo com dados do Colégio Notarial do Brasil – seção São Paulo, entidade responsável pelos tabeliães de notas e de protestos em cada Estado. Desde 2016, o Brasil já registrou cerca de 40 contratos de namoro, ainda segundo a entidade Notarial. Este número pode ser ainda maior, devido a muitos casos não serem públicos.

Já quanto à coabitação de duas pessoas que namoram e passam a conviver juntos em um mesmo lar, é importante frisar que o simples fato dessa moradia ser compartilhada

entre o casal, não é o suficiente para a relação existente ser caracterizada como uma entidade familiar.

Vejamos o prestigiado entendimento que o Superior Tribunal de Justiça firmou sobre o respectivo tema:

O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado ‘namoro qualificado’ –, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social” (STJ, REsp 1.454.643/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03.03.2015, DJe 10.03.2015)

Portanto, seguindo a inteligência da jurisprudência acima citada, constata-se que a convivência provisória temporária dos casais que estão na fase de namoro em seus relacionamentos, independentemente de ser durante o período de pandemia ou em qualquer outro tempo, não poderá ser unicamente utilizada como motivo para o reconhecimento de uma união estável.

Deve-se observar um conjunto de requisitos antes, e não só meramente caracterizar uma entidade familiar considerando a circunstância de existir uma moradia compartilhada. Para Lôbo (2019, p.172), “[...] Com o compartilhamento consequente da moradia, podem já ter migrado da relação de namoro para a união estável. Cabe verificar se há convivência afetiva duradoura, pública e contínua como se casados ou companheiros fossem”.

Ou seja, sempre haverá necessidade de comprovar os requisitos, lembrando que existem casais que não coabitam no mesmo local, mas que formam uma entidade familiar, em contrapartida morar junto não é um sinônimo de constituição de família, ainda mais

em época de pandemia, onde existem fortes fatores que colaboram para essa prática. Novamente, o contrato de namoro contribuirá para evitar possíveis batalhas judiciais, uma vez que deixara claro e bem delineado que a convivência compartilhada não passa de mero relacionamento afetivo.

3.4 DA VALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE NAMORO

É imprescindível averiguar efetivamente, a existência ou não da possibilidade de realizar o contrato de namoro, da mesma maneira que em caso de já convencionado o acordo, apurar se de fato estão sendo respeitos todas as determinações da nossa legislação brasileira.

No que se refere à validade do negócio jurídico em apreço, para que seja possível constatar a sua legitimidade, melhor dizendo, para que o contrato de namoro seja considerado válido, devemos apreciá-lo à luz do artigo 104 do Código Civil verificando se há: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prevista ou não vedada em lei. (BRASIL, [2021b]).

Quanto aos requisitos previstos no artigo 104 do Código Civil, o que mais é alegado pela doutrina que acredita na invalidade do contrato de namoro, seria a falta de objeto lícito do mesmo.

Isso porque para os defensores dessa corrente, o referido acordo não teria validade jurídica em razão da falta de possibilidade jurídica do seu objeto. Pois a união estável é um fato da vida, uma situação fática que detém proteção constitucional, sendo regulada por ordens cogentes, de ordem pública, bastando que o casal se porte como se casados fossem, e com indícios de definitividade para ser reconhecida (GAGLIANO; PAMPLONA, 2021).

Entretanto, há de se lembrar de que o objeto principal do contrato de namoro não é a união estável como pensam muitos doutrinadores, muito menos desqualificar tal entidade familiar, o principal propósito desse pacto é apenas para relatar que aquele casal não tem intenção nenhuma de constituir família no momento, bem como consequentemente se livrar de qualquer repercussão jurídica, visto que o namoro é apenas um “status social”.

Embora o contrato de namoro venha ganhando maior propagação na sociedade, ele ainda é um assunto novo em discursões no judiciário, com poucas decisões sobre seu tema. Igualmente a doutrina, os tribunais não conseguiram chegar a um consenso unânime.

A 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu sobre o tema expondo que:

Em especial, o contrato de namoro firmado pelas partes (fls. 41/43), que foi celebrado dentro dos ditames do artigo 104, do Código Civil, inexistindo patente vício de vontade que poderia ensejar, de plano, o reconhecimento de eventual nulidade. De tal sorte, é válido (TJSP. Apelação Cível nº1000884-65.2016.8.26.0288 9ª Câmara de Direito Privado, Relator Rogério Murillo Pereira Cimino, julgado em 25/06/2020).

Ou seja, não havendo vícios e nem provas que comprovem a infidelidade do que foi acordado, não existem motivos pertinentes para o não reconhecimento do acordo, muito menos para não reconhecer como lícito o objeto do contrato de namoro. Para Manhães (2021, não paginado), entendeu que: “Assumem como verdade tácita que a intenção de todos que estipulam esse contrato é fraudar a lei, mas tal presunção não pode ser tida como realidade absoluta, afinal a boa-fé sempre será presumida, enquanto a má fé deverá ser provada”.

Ademais, a existência de fraude em nosso ordenamento jurídico não é uma novidade que o contrato de namoro trouxe, muitos antes disso já havia inúmeros acordos sendo estipulados com intuitos fraudulentos, forjados e simulados. Ora, se previamente rotula-se ao contrato de namoro que será utilizado para fins ilícitos, todos os demais contratos deveriam ser tidos como nulos, o que está realmente acontecendo é visível afronta ao princípio da boa-fé. (MANHÃES, 2021).

Já no que se refere à eficácia do contrato de namoro, é um ponto muito importante que precisa ser abordado de forma a entender como irá ocorrer por certo os efeitos desse acordo nos casos concretos, em quais hipóteses poderá ser realmente cabível, dentre outros importantes aspectos.

Conforme fora já debatido, o contrato não tem potencial absoluto de ser considerado eficaz, uma vez que, caso as partes optem por realizarem tal documento, isso não invalida que possa ser levado à apreciação o reconhecimento de possível união estável.

Todavia, se o casal realmente não convivia como uma família, ou talvez essa intenção de constituir um relacionamento mais serio seja apenas futuro, o acordo celebrado será avaliado de forma positiva, o que não pode acontecer é relatar no contrato um mero namoro, sendo que na verdade já existia uma união estável, neste caso, o que foi pactuado não terá qualquer validade, e por fim, nenhuma eficácia.

Nas palavras de Lôbo (2019) a união estável é uma relação jurídica da qual se caracteriza como um ato-fato jurídico, isso significado dizer que presentes os requisitos dispostos na lei, será o suficiente para aquela relação ser reconhecida legalmente como uma entidade familiar, independentemente da vontade das pessoas envolvidas, razão pela

qual o contrato discutido tem eficácia limitada, servindo como elemento de prova, que, no entanto, pode ser contraditado por outras provas.

De tal forma, não é juridicamente correto falar que o contrato vai descaracterizar a união estável, pois uma vez caracterizada, um acordo firmado entre as partes não tem potencial de modificar essa realidade. Sendo assim, ao invés de descaracterizar tal união estável, na verdade, o contrato de namoro tem o papel de declarar à única e exclusiva intenção de não constituir família, como também que a relação não passa de um simples namoro.

Conforme muito bem explica Zeno Veloso (2016, não paginado):

As partes declaram, expressa e inequivocamente, sem conotação de fraude, intuito dissimulatório ou ilicitude, observados os princípios de probidade e boa-fé, e sem violar normas imperativas, a ordem pública e os bons costumes, a inexistência de uma relação jurídica. Em que lei há uma proibição de que isso seja feito? E se não há proibição, em nome do liberalismo, da autonomia privada, da democracia, vigora o secular princípio: *permitted quod non prohibetur* = tudo o que não é proibido é permitido.

É essencial ressaltar também que as pessoas que desejam firma tal acordo, sempre que possível, procurarem orientação adequada para realização do mesmo, a fim de que possa refletir os efeitos esperados, bem como para estipular todas as cláusulas necessárias, como exemplo, uma data de renovação do contrato (caso ainda estiverem namorando na data estipulada) para facilitar como meio de prova caso levado à apreciação no judiciário.

Finalizando, para Poffo (2010, não paginado),

Deve-se permitir que estas pessoas, que pretendem namorar sem criar direitos e deveres entre si, possam se relacionar sem o receio de serem lesadas quando tiver fim a relação afetiva. Caso contrário, as relações não serão mais amorosas, mas sim negociais, de modo que antes de iniciarem qualquer aproximação, os pares deverão celebrar contrato de namoro para resguardarem seu patrimônio.

Destarte, ficou demonstrado à importância de aprofundar um pouco mais a respeito da existência, validade e eficácia dos contratos de namoro. Desta forma, é possível observar que o instrumento em estudo se destina a declarar que o casal não está se relacionando com desejo de constituir uma entidade familiar. Trata-se de um documento decorrente de uma decisão de duas pessoas, desimpedidas e conscientes, exercendo seus

direitos de liberdade, apenas para constar que na relação amorosa está sendo resguardado por um negócio jurídico válido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, verificou-se que o instituto da família passou por muitas transformações ao longo dos anos, trazendo novos conceitos e novas formas de constituição. Notoriamente, a principal mudança ocorrida foi a nova forma de olhar para seu núcleo familiar, passando de entidades rígidas e dando prioridade aos novos laços de afeto que buscam garantir ampla felicidade de seus membros.

O reconhecimento e proteção da união estável em nosso ordenamento jurídico brasileiro é um exemplo de toda a evolução que a sociedade percorreu até chegar aos dias atuais. Dessa forma, estabeleceu que não é necessariamente obrigatório que haja uma formalização, como o casamento, para ser caracterizada uma entidade familiar.

Todavia, existem requisitos legais definidos para que se possa certificar que aquela relação em concreto realmente se trata de uma família, pois, uma vez identificada, resultará em diversos efeitos jurídicos, que estão regularizados extensivamente em nossa legislação vigente.

Com todo esse progresso social enfrentada pela nossa coletividade, não foi só apenas a forma de constituir família que evoluiu com o passar do tempo, mais também a forma de se relacionar efetivamente com alguém. O amor líquido é uma teoria que busca explicar essa evolução, do qual os indivíduos começaram ceder maior espaço para as relações desprovidas de toda rigidez e formalidade, que eram antes quase sempre presentes.

É nesta perspectiva que se enquadra o contrato de namoro, pois este tem o condão de fazer com que seus pactuantes possam desfrutar de uma relação com seu companheiro, sem que haja riscos de serem surpreendidos com qualquer tipo de tentativa que porventura tragam algum tipo de responsabilidade, o que torna este acordo um instrumento perfeitamente necessário para a presente geração.

Isto posto, o namoro, sendo um relacionamento sem qualquer tipo de reconhecimento e repercussão jurídica, passou ser uma preocupação para os casais, pois, embora não sejam uma entidade familiar, existem requisitos que já podem ser observados como no caso do namoro qualificado, elevando os riscos de serem confundidos com uma união estável.

Com receio de terem suas relações que não tinham nenhuma intenção de constituir família em uma entidade familiar, casais de namorados começaram pactuar os

denominados contratos de namoros, e com isso, começou-se a questionar a validade de tais acordos, dividindo opiniões ao seu respeito.

O contrato de namoro é um documento crucial para diferenciar a existência de namoro e a constituição de família chamada de união estável, isso porque grande parte dos casais que firmam esse devido acordo já está compartilhando a mesma moradia, algo totalmente aceitável no atual momento que enfrentamos uma pandemia, tanto para fins de isolamento social quanto na diminuição de gastos.

Assim sendo, os casais de comum acordo, podem procurar um Tabelionato de Notas para firmar o contrato de namoro, considerando que não existe nenhum impedimento legal para a lavratura deste negócio jurídico, ficando estabelecido que naquela relação não há nada além de que um mero namoro, que por consequência não produz nenhum efeito jurídico, pois se trata de apenas um fato social.

Quanto à validade do contrato de namoro, é perfeitamente possível realizá-lo em conformidade com nosso ordenamento jurídico, em especial respeitando todas as determinações do artigo 104 do Código Civil, uma vez que o objeto do acordo é declarar a existência de um namoro e conferir ao casal o status de namorados.

Entretanto, embora exista um contrato de namoro formulado entre o casal estipulando um vínculo afetivo caracterizado como um mero namoro, este acordo pode não produzir seus efeitos desejados, uma vez que, a união estável é um instituto protegido por lei, por isso é importante lembrar que tal acordo deve ser sempre produzido conforme realidade fática do casal.

Portanto, a declaração de namoro é ato lícito, totalmente válido perante nossa legislação, não violando direitos, devendo ser realizado respeitando os princípios da função social e a boa-fé presentes no direito contratual. À vista disso, sua eficácia será relativa, pois caso não seja firmada declarando de fato a realidade vivida pelos pactuantes, não terá condão algum de produzir os efeitos almejados.

É importante ressaltar que, o contrato não tem potencial para descaracterizar a união estável, tal negócio jurídico busca declarar à existência de um mero namoro, logo, caracterizada a união estável, não há nada que possa ser feito a respeito, pois nesta hipótese não existe qualquer acordo que possa modificar a situação fática existente.

O contrato de namoro poderá ser sim ser eficaz para provar a inexistência de uma união estável, bem como ser utilizado como meio de prova no judiciário, desde que observadas às formalidades e princípios do direito contratual. Deste modo, este instrumento que também será utilizado para proteger o patrimônio individual dos contratantes, vai facilitar na hipótese de um possível término na relação, pois questões de

pensão, como também de herança e partilha de bens serão resolvidas facilmente, desde que apresentado o documento acordado.

O referido contrato tem se mostrado cada vez mais relevante em nosso meio social, isso porque foi a forma mais adequada de documentar expressamente a inexistência atual ou futura da intenção de constituir família, requisito crucial para configurar união estável, sendo assim, é visto como importante meio de prova quando levados para apreciação no judiciário, bem como forma de prevenção de possíveis consequências jurídicas a exemplo da comunicabilidade patrimonial.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ, Tribunal de Justiça, **Apelação Cível nº 0023284-49.2018.8.03.0001**, Relator Desembargador GILBERTO PINHEIRO, CÂMARA ÚNICA, julgado em 11 de Março de 2021. Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1182697235/apelacao-apl-232844920188030001-ap/inteiro-teor-1182697238>. Acesso em: 23/06/2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.454.643/RJ**, 3.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03.03.2015, DJe 10.03.2015. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/83f97f4825290be4cb794ec6a234595f>. Acesso em: 19 ago. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3 : contratos**. 5^o. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL - SEÇÃO SÃO PAULO. **Folha do Bico: Contrato de namoro facilita vida financeira de casais**, 2021. Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=19892&filtro=&Data=&lj=1366>. Acesso em: dia, mês e ano.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4º ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9º ed. 2011.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa. Autopoiese, **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>. Acesso em: dia, mês e ano.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Direito de família** - vol. 6 – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – volume 6: direito de família – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família** – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NIGRI, Tânia. **União estável** – São Paulo: Blucher, 2020.

OLIVEIRA, Euclides. **Direito de Família: Namoro – Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2011.

POFFO, Mara Rúbia Cattoni. Inexistência de união estável em namoro qualificado. **IBDFAM**, 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/601/Inexist%C3%A2ncia+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+em+namoro+qualificado>. Acesso em: 18 dez. 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, **Apelação Cível nº70060016508**, 7ª Câmara Cível, Relator Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em: 27-08-2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 23/06/2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos** – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SIGNIFICADOS, **Relacionamento aberto**, 2021. Disponível em:
<<https://www.significados.com.br/relacionamento-aberto/>>. Acesso em: dia, mês e ano.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família** – v. 5 – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de família** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELOSO, Zeno. É Namoro ou União Estável? **IBDFAM**, 2016. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: dia, mês e ano.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil: contratos** – 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**, volume 5 – 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

XAVIER, Marília Pedrosa. **Contrato de namoro: Amor líquido e direito de família mínimo** – 1ª. ed. – Paraná: Clássica Editora, 2015.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS EM FACE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS DOS CONSUMIDORES EM TEMPOS DE MASSIFICAÇÃO DE DADOS

THAYANNE VIEIRA SILVA: Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA⁹⁸
(orientador)

RESUMO: A temática do trabalho possui como questão central o estudo da responsabilidade civil das empresas em face da Lei Geral de Proteção de Dados, dando-se ênfase à proteção dos dados pessoais sensíveis dos consumidores em tempos de massificação dos dados. Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral que foi o de verificar se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) assegura a reparação dos danos sofridos por aqueles que possuem dados pessoais em poder de empresas. A metodologia empregada foi a pesquisa jurídica exploratória, sendo os dados levantados por pesquisa bibliográfica e documental, valendo-se do método dedutivo, com vistas a revelar como a LGPD atua na proteção do consumidor. Dentre os resultados alcançados tem-se que a LGPD não fez menção à adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, com exceção dos casos em que se aplicam claramente as normas de defesa do consumidor, ficando a cargo dos operadores do direito a tarefa de decidir qual seria o melhor instituto a ser aplicado na reparação dos danos causados no âmbito do tratamento de dados pessoais. Assim, concluiu-se que o silêncio da lei foi eloquente e que não cabe ao titular de dados a injusta tarefa de comprovar a culpa do agente de tratamento, sendo o instituto da responsabilidade civil objetiva o melhor caminho para garantir a reparação de danos no âmbito da LGPD e proteger de forma adequada os direitos dos titulares de dados pessoais.

Palavras-chave: Dados pessoais. Tratamento. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: The theme of the work has as its central question the study of the civil liability of companies in the face of the General Law of Data Protection, emphasizing the protection of sensitive personal data of consumers in times of data massification. This study was guided by a general objective, which was to verify whether the General Law of Data Protection (LGPD) ensures the repair of damage suffered by those who have personal data held by companies. The methodology employed was exploratory legal research, with data collected through bibliographic and documentary research, using the deductive method to reveal how the LGPD acts in consumer protection. Among the results achieved is that the LGPD made no mention of adopting the theory of objective or subjective liability, with the exception of cases in which the rules of consumer protection clearly apply, leaving it to the

⁹⁸ Titulação: Mestre em Prestação Jurisdicional e Direito Humanos (UFT) Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: romulodireito1@gmail.com

operators of the law to decide which would be the best institute to be applied in the repair of damage caused in the processing of personal data. Thus, it was concluded that the silence of the law was eloquent and that it is not up to the data subject the unfair task of proving the guilt of the processing agent, with the institute of strict liability being the best way to ensure the repair of damages under the LGPD and adequately protect the rights of personal data subjects.

Keywords: Personal data. Processing. Liability.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo da responsabilidade civil das empresas em face da Lei Geral de Proteções de Dados (LGPD).

Assim, tem-se por tema desta pesquisa a análise do tratamento dado pelas empresas aos dados pessoais sensíveis dos consumidores, surgindo, assim, o seguinte problema de pesquisa: as empresas que não observarem as regras acerca do tratamento sobre os dados pessoais dos consumidores, a partir do marco legal da LGPD, estarão sujeitas às normas de responsabilidade civil, podendo esta responsabilidade ser objetiva?

O estudo se justifica pois a difusão da tecnologia para os diversos campos da vida é algo inevitável, de forma que o ciberespaço, na contemporaneidade, passa a ser palco e meio pelo qual ocorre a chamada sociedade de informação. Por ser a vida tomada pela tecnologia, vê-se o consumidor compelido a transitar pelo meio virtual para o usufruto de produtos e serviços, tendo de se submeter a uma relação na qual, pela especial incapacidade técnica e controle acentuado dos fornecedores, deve ser considerado hipervulnerável.

A hipervulnerabilidade do consumidor na sociedade de informação é explorada de forma predatória, pois os seus dados são o novo ouro da contemporaneidade, uma vez que são utilizados para a tomada de decisões, estratégias de *marketing* e, em última instância, lucro. Por esse motivo, releva-se o estudo da tutela jurídica dos direitos da personalidade do consumidor na sociedade de informação pela LGPD.

Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral, que foi o de verificar se a Lei Geral de Proteção de Dados assegura a reparação dos danos sofridos por aqueles que possuem dados pessoais em poder de empresas.

O caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, quais sejam: destacar o tratamento jurídico nacional dispensado aos dados pessoais dos indivíduos nos meios digitais a partir das disposições legais da LGPD; apontar quais os deveres recaem sobre as empresas detentoras de dados pessoais nas relações estabelecidas com os consumidores; e verificar

como se dá a responsabilidade civil das empresas no tratamento dos dados pessoais dos consumidores a partir das regras normativas previstas na LGPD e no CDC, de modo a saber se esta responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

Para fins didáticos, o trabalho foi dividido em três seções: na primeira seção foi estudado o tratamento jurídico sobre os dados pessoais dos indivíduos nos meios digitais. Na segunda, foi discutido o papel das empresas detentoras de dados pessoais a partir do marco legal da LGPD. Por fim, na terceira seção, foi abordado sobre o tratamento dos dados pessoais dos consumidores nos meios digitais e a responsabilidade civil das empresas.

Como metodologia foi empregado o método dedutivo, com vistas a revelar como a LGPD atua na proteção do consumidor, por meio de uma pesquisa documental, tendo como fonte a legislação brasileira, e bibliográfica, com a intenção de compreender o desenvolvimento da abordagem jurídica da matéria até o estágio atual. Para tanto, foram pesquisados artigos disponibilizados nos periódicos da Capes, livros e demais produções sobre a temática.

Assim, não restam dúvidas sobre a relevância deste estudo tendo em vista que a proteção de dados, cuja essencialidade já é rediscutida no cenário mundial, passou a ser abordada apenas recentemente no Brasil. Somente em setembro do ano de 2020 entrou em vigor a lei específica que tutela tão relevante segmento social, de forma que estudos sobre seus efeitos, em momento tão tenro, mostram-se pertinentes para a sociedade como um todo.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO SOBRE OS DADOS PESSOAIS DOS INDIVÍDUOS NOS MEIOS DIGITAIS

Este capítulo aborda o tratamento jurídico sobre os dados pessoais dos indivíduos nos meios digitais. Para tanto, inicia trazendo a evolução histórica da proteção de dados no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, passando-se, na sequência, a expor sobre a relação de transparência entre o titular dos dados pessoais e os controladores.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DE DADOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E DE PRIVACIDADE

No Brasil ainda não há previsão constitucional expressa acerca do direito à proteção de dados pessoais. O controle de dados pessoais iniciou com previsões genéricas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), encontrando-se albergado indiretamente no dispositivo que versa sobre a intimidade, a vida privada, a

honra e a imagem das pessoas cujas definições integram a privacidade, tal como se verifica no dispositivo constitucional que dispõe sobre o *habeas data*.

Doneda (2006) enfatiza que não havia complexo normativo unitário em relação à temática, mas sim diversas disposições no ordenamento jurídico, cujo sentido deveria ser extraído da cláusula geral da personalidade.

Embora não existisse legislação específica para regular a proteção de dados no Brasil até a publicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a proteção de dados pessoais era feita através de interpretação sistemática dos diplomas legais em vigência na época (SARTORI, 2016). A proteção de dados pessoais fora tratada na legislação nacional a partir de dispositivos constitucionais que balizaram tal proteção e por legislações especiais que tratam da temática de forma superficial.

No texto constitucional, o remédio constitucional denominado *habeas data*, previsto em seu art. 5º, inciso LXXII, é responsável por assegurar o direito de acesso às informações relativas ao cidadão que constam em registros e bancos de dados de entidades privadas, governamentais ou outros de caráter público, assim como o direito a ter referidos dados retificados. Doneda (2006) afirma, porém, que a utilização da ação constitucional não dispõe de instrumentos suficientes para garantir a proteção de dados devido ao seu caráter somente instrumental, corroborando a ausência de delineamento acerca do direito material à privacidade.

Na legislação infraconstitucional, a abordagem evolutiva da proteção de dados perpassou pela publicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC, pela Lei de Cadastro Positivo, pela Lei de Acesso à Informação e pelo Marco Civil da Internet (MCI) até culminar com a publicação da LGPD.

O CDC, em seu art. 43, disciplina os bancos de dados e o cadastro dos consumidores. Em consonância com o CDC e a fim de complementá-lo, foi publicada a Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), que disciplina a formação de cadastro e banco de dados por meio de dados relacionados às operações financeiras e adimplemento para fins de concessão de crédito de certa pessoa.

Ainda em relação à sequência evolutiva da legislação infraconstitucional no que pertine à proteção de dados no Brasil, em novembro de 2011 foi publicada a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que foi a primeira lei sobre o tratamento de dados na internet e regulamentou o inciso XXXIII do art. 5º da CRFB/1988, salvaguardando o direito fundamental de o indivíduo ter acesso às informações armazenadas em bancos de dados vinculados a órgãos públicos.

A regra geral que obrigue que se busque pelo consentimento do cidadão para acesso ou divulgação de seus dados é destaque da legislação em epígrafe, somente sendo dispensada nos casos de cumprimento de ordem judicial, proteção aos direitos humanos e estudos científicos relevantes à sociedade, de interesse da população, casos em que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado.

Em 2014, a Lei nº 12.965, que ficou conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), inaugurou uma norma específica para princípios, garantias, direitos e deveres nas relações que ocorrem no ambiente eletrônico. Dentre os princípios previstos estão expressos em seu art. 3º a privacidade e a proteção de dados. Os pilares do MCI são a neutralidade da rede, a privacidade e a liberdade de expressão. Verifica-se na legislação menção expressa à necessidade do consentimento do usuário para a coleta, uso, armazenamento e tratamento de seus dados pessoais, tal como para a sua transferência para terceiros. Qualifica-se o consentimento como livre, expresso e informado.

Por não ser legislação específica sobre proteção de dados, muito conceitos não foram contemplados no MCI. Por esta razão, o Decreto nº 8.771/2015 foi promulgado para regulamentar a lei e disciplinar a proteção e tratamento de dados, porém manteve-se silente no que diz respeito à definição de dados pessoais. O panorama jurídico nacional à época ainda não se mostrava suficiente e satisfatório para que se implemente uma tutela da privacidade informacional de fato efetiva, posto que os instrumentos jurídicos disponíveis não abordavam especificamente a tutela de dados pessoais, já que a privacidade informacional possui um caráter mais específico do que outros desdobramentos deste direito da personalidade.

Após divulgação do vazamento de dados pessoais de usuários da rede social denominada Facebook, com captação de tais dados pela empresa Cambridge Analytica, que utilizara informações contidas em mais de 50 milhões de perfis para fins da campanha eleitoral americana (CONFESSORE, 2018), e da acusação de comercialização de dados pessoais por uma empresa pública federal brasileira de processamento de dados, o Congresso brasileiro convocou audiência pública para discutir o tema de proteção de dados por intermédio da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado (SENADO NOTÍCIAS, 2018).

O governo brasileiro, então, optou pela criação de um diploma legal específico sobre a proteção de dados pessoais com vistas ao preenchimento da lacuna legislativa existente no Brasil acerca do tema, processo que se iniciou com o Projeto de Lei 53/2018 da Câmara dos Deputados e culminou com a LGPD, Lei nº 13.709/2018. Segundo Bernardo Souza e Ingrid Oliveira:

A LGPD assegurou a proteção de dados pessoais das pessoas naturais por meio da garantia dos direitos fundamentais da

privacidade e transparência. Com a Lei, o conceito de privacidade ganha um novo significado, menos relacionado com o direito ao anonimato em maior ou menor grau e mais ligado ao empoderamento do indivíduo com relação aos seus dados pessoais (SOUZA; OLIVEIRA, 2021, p. 14).

Desse modo, o indivíduo, titular dos dados pessoais, passa a ser protagonista no tocante à sua privacidade e detentor do direito à proteção de dados, possuindo controle ou, no mínimo, transparência sobre a coleta, o uso, o tratamento e a destinação de suas informações pessoais.

A LGPD versa sobre a coleta e tratamento de dados pessoais dos cidadãos, bem como sobre as punições aplicáveis em casos de eventuais transgressões. Fundamenta-se na livre iniciativa, no desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, tecnológico do país, em harmonia com a dignidade e com o exercício da cidadania.

Em seu art. 1º apresenta como objetivo a proteção da liberdade e privacidade, bem como a proteção ao livre desenvolvimento da pessoa natural. Trata-se segundo Souza e Oliveira,

[...] de uma nova abordagem do tema “privacidade”, baseada na boa-fé e no dever de informação, visa a estabelecer limites, garantir a segurança e total transparência no processo de coleta e tratamento de dados pessoais, garantindo, assim, a proteção de dados do indivíduo (SOUZA; OLIVEIRA, 2021, p. 15).

Ana Frazão (2019) afirma que não só a privacidade é posta em risco pela economia movida a dados, mas também a própria individualidade e autonomia, devendo o resgate da dignidade dos titulares de dados e o cumprimento de direitos relacionados à autodeterminação informativa serem objetivos centrais da LGPD.

Conhecer alguns conceitos e terminologias trazidos pela legislação é fundamental para facilitar o enquadramento de casos concretos em situações nas quais seja imperativa a aplicação da lei.

Maia (2019) conceitua o titular de dados como toda pessoa natural a quem os dados pessoais passíveis de tratamento se referem e faz reflexão acerca da adoção do termo titularidade ao invés de propriedade na legislação, asseverando que a noção de titularidade não está restrita ao direito de propriedade, uma vez que os dados pessoais possuem aspectos extrapatrimoniais, além dos patrimoniais. Portanto, entende que tal opção legislativa revela a intenção do legislador de imprimir ao exercício do direito à

proteção de dados caráter direto e imediato, haja vista que representa o direito fundamental à privacidade.

Dados pessoais são definidos como qualquer informação relacionada à pessoa natural que viabilize a sua identificação ou a faça identificável como, por exemplo, nome e sobrenome, idade, domicílio, números de telefone, infrações administrativas e penais, placas de automóvel, perfis de consumidores, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, dentre outros (GUILHERME, 2021).

Dados sensíveis, por sua vez, são os que se relacionam às características da personalidade do indivíduo e de suas escolhas individuais, a exemplo da origem racial ou étnica, religião, opinião política, filiação a sindicato, filiação a organizações de natureza religiosa, filosófica ou política, condições de saúde, dados genéticos ou biométricos, se vinculado a uma pessoa natural, consoante o art. 5º, inc. II da LGPD (GUILHERME, 2021).

Dados anonimizados referem-se a dados relativos a um titular que não possa ser identificado, mesmo valendo-se de meios técnicos razoáveis à época de seu tratamento. A anonimização, a seu turno, é o emprego de meios técnicos, no instante do tratamento, que consigam desvincular o dado de seu titular, perdendo a possibilidade de associação a um indivíduo, mesmo que indiretamente (PINHEIRO, 2018). Ressalta-se que certo dado só é considerado efetivamente anonimizado se não for mais possível a reconstrução das informações de forma a vinculá-la novamente ao seu titular. Caso a identificação ocorra, então ele não é, de fato, um dado anonimizado e sim, apenas dado pseudonimizado e estará, então, sujeito à LGPD.

Consentimento, segundo Maia (2019) é a manifestação feita de forma livre, informada e inequívoca através da qual o titular externa sua concordância com o tratamento dispensado a seus dados pessoais para determinados fins, não sendo permitidas autorizações generalizadas e sendo proibido o tratamento em caso de autorização obtida mediante comprovado vício de consentimento. Por livre entenda-se a liberdade do titular de não ser obrigado a consentir tratamento de seus dados. Por informada entenda-se a transparência na informação sobre o que o titular exatamente está consentindo para que ele possa tomar a decisão de forma consciente. Por fim, entende-se por inequívoca a manifestação do titular na qual não haja qualquer dúvida acerca da verdadeira aceitação das condições e repercussões do tratamento de seus dados.

Isto posto, esclarecidas as principais alterações trazidas pela LGPD no âmbito do direito à privacidade, passa-se à análise sobre a relação de transparência entre o titular dos dados pessoais e os controladores.

2.2 DA RELAÇÃO DE TRANSPARÊNCIA ENTRE O TITULAR DOS DADOS PESSOAIS E OS

CONTROLADORES

O art. 6º é o responsável por listar importantes princípios que devem nortear a aplicação da LGPD assegurando a relação de transparência entre o titular dos dados pessoais e os controladores.

O art. 6º da LGPD tem a seguinte redação no seu caput: “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...]” (BRASIL, 2018, s.p.).

Veja-se que a boa-fé é mencionada não como um princípio específico, mas como uma característica que deve ser aliada ao princípio da transparência e a todos os demais que dele decorrem.

O princípio da transparência é uma diretriz fundamental num projeto de LGPD, já que fazer com que o tratamento seja claro, preciso, sem obscuridades é fundamental (PINHEIRO, 2018). Sem transparência, não se pode proceder a qualquer tipo de tratamento, exceto os resguardados pelos sigilos comercial e industrial. Portanto, segundo Maldonado e Blum (2020, p. 25), “a transparência é necessária para garantir a confiança nos procedimentos, permitindo a compreensão dos titulares que, se necessário, poderão desafiá-los e exercer seus direitos”.

A transparência é tão importante que a LGPD declara que o consentimento será nulo se as informações transmitidas ao titular forem enganosas ou abusivas. Também se exige a transparência para tratamentos especialmente feitos com base no legítimo interesse (art. 10, § 2º) e quando os dados forem de crianças e adolescentes (art. 14, § 6º) (SOMBRA, 2019).

Decorrentes do princípio da transparência tem-se o princípio da finalidade, o princípio da adequação e o princípio do livre acesso.

A finalidade refere-se à realização do tratamento servindo a propósitos legítimos, específicos e informados ao titular, sem que seja possível o tratamento posterior de maneira incompatível com essas finalidades (SOMBRA, 2019). Nos dizeres de Maldonado e Blum:

O princípio da finalidade conta com grande relevância prática, pois, por meio dele, é garantido ao titular, mediante informação prévia, as fronteiras de legalidade do tratamento de seus dados, delimitando os propósitos do tratamento, desde que lícitos, e de terceiros que poderão ou não ter acesso aos dados. Visa mitigar o risco de uso secundário à revelia do titular (MALDONADO; BLUM, 2020, p. 26).

Assim, considera-se o princípio da finalidade um dos mais importantes, já que a própria lei repete a expressão por 30 vezes, ligando-a ao consentimento e também a outros princípios (adequação, necessidade por duas vezes e qualidade, incs. II, III e V todos do art. 6º).

Este é o princípio que dará claro direcionamento ao titular do que será feito com seus dados e tem grande importância prática na medida em que pretende impedir tratamentos de dados à revelia do titular. Quanto aos propósitos legítimos, trata-se de atividades permeadas pela legalidade, bons costumes e boa-fé. É o atuar no sentido diametralmente oposto de atividades ilícitas, de má-fé (CRESPO, 2019).

A adequação refere-se à compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, conforme o contexto do tratamento e nada mais é que a correlação das finalidades do tratamento de dados com o contexto do tratamento, evitando desvirtuação. É, assim, o vínculo lógico de pertinência entre a finalidade objetivada do modo que foi informada ao titular dos dados (SOMBRA, 2019).

Há, aqui, uma clara necessidade de observação da finalidade objetivada, o que foi transmitido ao titular dos dados e como efetivamente ocorre o tratamento dos dados.

Já com o princípio do livre acesso almeja-se permitir que o titular de dados exerça um direito seu: o de ter acesso aos dados tratados pelo controlador. E isso deve ser feito de modo facilitado, sem obstáculos ou impedimentos, para a totalidade dos dados constantes nos registros do controlador (PENNA, 2020). Está, portanto, relacionado ao artigo 9º, que indica quais são os direitos do titular de dados, como saber qual a finalidade do tratamento, a duração, dados do controlador, com quem seus dados são compartilhados, etc.

Tem-se, por fim, o princípio da qualidade dos dados que também goza de grande importância, pois, segundo Maldonado e Blum:

Qualquer imprecisão, seja um dado pessoal equivocado, seja desatualizado, pode ser catastrófico ao titular, como ocasionar um erro de tratamento médico, recusa de crédito, vedação de participação em concursos públicos, eliminação em processo seletivo, ou, até mesmo, uma prisão injusta (MALDONADO; BLUM, 2020, p. 28).

Pior, uma vez coletado e tratado o dado pessoal impreciso, sem que seja sanada a respectiva imprecisão na fonte, o risco de que esse dado viciado seja tratado de forma permanentemente incorreta é bastante elevado (MALDONADO; BLUM, 2020). Assim, os controladores precisam adotar medidas, desde o momento da coleta, que, por padrão,

garantam a precisão e, quando necessário, a atualização dos dados.

3 O PAPEL DAS EMPRESAS DETENTORAS DE DADOS PESSOAIS A PARTIR DO MARCO LEGAL DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Este capítulo aborda o papel das empresas detentoras de dados pessoais a partir do marco legal da LGPD. Para tanto, inicia expondo a situação jurídica dos agentes de tratamento de dados pessoais e os direitos dos consumidores como titulares dos dados pessoais em poder das empresas.

3.1 DA SITUAÇÃO JURÍDICA DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Os agentes de tratamento são o controlador, que recebe e mantém o registro dos dados pessoais dos titulares valendo-se do consentimento ou de hipóteses de exceção, e o operador é aquele que realiza tratamento de dados pessoais motivado por contrato ou obrigação legal (art. 5º, inc. IX, da LGPD). Ambos os agentes podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado. Já o encarregado é a pessoa natural, recomendada pelo controlador e deverá executar tarefas relacionadas ao público em geral, titulares de dados, com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, além de funcionários e fornecedores de sua empresa (PINHEIRO, 2018).

A legislação é aplicável a todos que tratam dados pessoais em território nacional, nas hipóteses em que os dados tenham sido capturados no território nacional, mesmo que o tratamento não seja feito no Brasil, ou quando empresas objetivem ofertar ou fornecer bens ou serviços ou o tratamento de dados de pessoas que se encontram no território nacional. Tais empresas podem ser pessoas físicas ou jurídicas, organizações públicas ou privadas.

Sobre os agentes de tratamento de dados, explicam Francoski e Tasso que:

Os Agentes de Tratamento terão a atenção voltada para a classificação dos bancos de dados, assim como dos campos de informação, avaliando se determinado dado é sensível ou não, qual foi o objetivo de coletá-lo e se é necessário mantê-lo ainda e por quanto tempo. Coletar informação desnecessária, ainda que não seja sensível, é aumentar seu risco no tratamento (FRANCOSKI; TASSO, 2021, s.p.).

Mais que cumprir a lei, é necessário ter meios para comprovar que todo o tratamento de dados é praticado adequadamente. O agente de tratamento de dados deverá, assim, demonstrar ter adotado procedimentos autorizados e exigidos pela lei, mas, principalmente, ser capaz de comprovar terem sido eficazmente implementados na organização. É que, mesmo tendo agido imbuído de boa-fé, sem se poder demonstrar esse

intuito, de nada valerá perante autoridades de fiscalização ou em demandas administrativas e judiciais para, de alguma forma, atenuar sua responsabilidade (SOUZA; SILVA, 2019).

Além disso, o art. 42 da LGPD traz as hipóteses de responsabilização dos agentes de tratamentos quando causarem danos patrimoniais, morais, individuais ou coletivos, em razão do tratamento de dados que realizarem. E as exclusões de responsabilidade são limitadas à demonstração de que não fizeram o tratamento, que o dano aconteceu em razão de culpa exclusiva da vítima ou que nos termos do art. 43, “embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados” (BRASIL, 2018, s.p.). Isso só se poderá demonstrar, se houver boas práticas de governança, de *compliance* e de *accountability*. Sem estas, a exclusão da responsabilidade muito dificilmente será declarada.

O *accountability* é a responsabilização e prestação de contas como elementos a serem concretizados para demonstrar a conformidade com a lei (PENNA, 2020).

Accountability é um termo bastante comum na língua inglesa, sem tradução exata para o vernáculo. É comumente traduzido como responsabilidade das organizações e seus membros pelas atividades que praticam. É uma prestação de contas sobre o que fazem, como fazem e os efeitos destas ações, mas não em termos numéricos e sim com foco num viés de desempenho relativo à governança (CRESPO, 2019).

O conceito de *accountability* foi bastante estendido com o tempo, com divisões materiais e de alcance sobre sua aplicação. No entanto, aqui assume-se o conceito como a possibilidade de responsabilizar agente públicos ou privados em razão das suas atividades.

O *General Data Protection Regulation* (GDPR) trouxe o conceito de *accountability* para a proteção de dados e, na legislação brasileira, está insculpido no art. 6º, X, e foi denominado princípio da responsabilização e da prestação de contas.

Como dito alhures, é por este princípio que se impõe mais do que o cumprimento da lei, havendo a obrigação de se adotar medidas para que seja possível comprovar a efetivação da implementação de um programa de *privacy compliance* na organização. Desta forma, cabe ao agente de tratamento de dados fazer tudo o que for possível para cumprir as obrigações legais (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020).

Claro que não se pode exigir perfeição nem nada que esteja em absoluta desproporcionalidade com os recursos financeiros e técnicos disponíveis. Mas é preciso providenciar uma estrutura de governança corporativa que garanta o cumprimento das normas de proteção de dados e que disponibilize um conjunto de documentos que podem

provar que estas obrigações estão realmente sendo satisfeitas. Não basta, portanto, uma atuação imbuída de boa-fé, sendo imprescindível demonstrá-la de forma objetiva.

Os elementos concretos que podem personificar a existência de responsabilidade pelo tratamento de dados pessoais pode ser enxergada pela existência de políticas, normativas e procedimentos, pela existência de controles internos, pelo constante monitoramento para evitar falhas e para impedir sua reincidência, pela existência de procedimentos de auditoria, dos registros das atividades processantes (art. 37 da LGPD), dos registros da atuação independente de um encarregado de proteção de dados ou de um encarregado de proteção de dados - DPO (art. 41 da LGPD), da realização de *assessments* e relatórios de impacto (art. 38), de registros de incidentes de segurança (art. 48 da LGPD) e de violação de dados, além de treinamentos e planos de respostas a incidentes. Isso tudo pode ser extraído do art. 50 da LGPD, que trata dos programas de *privacy compliance* e das boas práticas nacionais e internacionais de um robusto programa de *compliance* (BRASIL, 2018).

Tudo isso, posto em prática, tenderá a evitar que existam punições em patamares altos, já que no juízo de gravidade de uma violação deverão ser levadas em conta as medidas técnicas adotadas (art. 48, § 3º, c.c. art. 50 da LGPD).

Como resumo, o dever de responsabilidade ou *accountability* imporá às organizações que, além de alterar suas rotinas em fluxos de tratamentos de dados pessoais, providenciem a estruturação de um verdadeiro programa de *compliance* com foco nos dados pessoais, de modo a demonstrar efetivamente sua implementação por meio de registros robustos e coerentes de atividades voltadas à proteção de dados pessoais (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020).

Os desafios, portanto, vão muito além de seguir normas previstas em lei, passando pela necessidade de ter uma forte organização interna, desenhar processos, treinar pessoas, classificar informações e saber quais devem ser preservadas, por quanto tempo, quais devem ser descartadas e como isso é realizado, bem como estruturar as atividades para atender às diversas entidades que poderão fiscalizar as atividades de tratamento de dados pessoais, como também implementar formas de atendimento aos direitos dos titulares de dados pessoais.

Estes pontos supracomentados podem não exaurir tudo o que é preciso fazer para se proporcionar elementos de *accountability*, mas, certamente, já são desafios grandes o suficiente para trazer dificuldades de implementação pela grande maioria das organizações.

3.2 DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO TITULARES DOS DADOS PESSOAIS EM PODER DAS EMPRESAS

Referente aos direitos dos titulares de dados, conforme art. 17 da LGPD, são direitos fundamentais dos titulares de dados o direito de liberdade, de intimidade e de privacidade, considerados gerais e exemplificativos, devendo ser interpretados conforme os dispositivos da legislação. Já o art. 18 da LGPD arrola no corpo de seus nove incisos direitos específicos dos titulares de dados. Os agentes de tratamento são os responsáveis pela verificação da manutenção desses direitos.

Dentre os direitos estabelecidos pela lei, diferenciam-se os já anteriormente previstos nas legislações referentes à proteção de dados dos direitos enumerados pela LGPD ainda não previstos anteriormente em legislação nacional. Citam-se como direitos considerados tradicionais, com previsão anterior expressa, dentre os enumerados no art. 18, a confirmação de que houve tratamento; o acesso aos dados; a correção/atualização de dados que se encontram incompletos, inexatos ou desatualizados. Os demais direitos são considerados novos (PINHEIRO, 2018).

Embora intitulado como direitos no próprio corpo da lei, Souza e Silva (2019) revelam que as disposições não representam propriamente direitos, uma vez que versam sobre questões procedimentais e instrumentais que podem ser adotadas pelos titulares de dados visando garantir o seu direito à privacidade. Tratam-se, dessa forma, de mecanismos constitucionais com o objetivo de prevenir, mitigar e sanar danos, bem como garantir o exercício do direito à proteção de dados.

Não há, portanto, inovação de direitos atribuídos aos titulares de dados pessoais. O rol de direitos elencado no art. 18 representa conteúdo acerca da noção contemporânea de privacidade composta pela correção na coleta e no tratamento das informações; pela segurança física e lógica da coletânea dos dados; pela publicidade dos bancos de dados pessoais; pelo acesso aos dados pessoais; pela exatidão dos dados coletados e obrigatoriedade de sua atualização; pelo respeito ao princípio da finalidade e ao direito ao esquecimento (SOUZA; SILVA, 2019).

Com o objetivo de fortalecimento da garantia de segurança dos dados, várias obrigações aos agentes de tratamento são arroladas na LGPD, que vão desde procedimentos a serem cumpridos a mecanismos de prevenção e controle de danos. Ficam sujeitos a sanções em caso de infrações cometidas que perpassam por advertências, multas, suspensão ou até mesmo proibição de atividades de tratamento de dados, dependendo da gravidade do caso. No que tange à responsabilidade civil pela ocasião de danos, o diploma cumulou a possibilidade de responsabilizar o responsável pelo tratamento juntamente com os subcontratantes e responsabilidade solidária, sendo possível o direito de regressar sobre os demais agentes (CRESPO, 2019).

Aponta-se como ponto negativo da LGPD em relação à responsabilidade civil o fato de o ônus da comprovação do preenchimento dos três requisitos para a

responsabilização, quais sejam ilicitude, dano e nexo de causalidade, ser dos lesados, conforme exposto no art. 82. Entende-se que o ideal seria atribuir responsabilidade objetiva à pessoa física ou jurídica detentora dos dados de terceiros, uma vez que elevaria o comprometimento com o tratamento adequado de dados, devendo sempre ser possível a inversão do ônus da prova.

4 O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES NOS MEIOS DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS

O artigo 42 é a principal disposição da LGPD que trata da responsabilidade civil dos agentes de tratamento, ou seja, controlador e operador. O encarregado não é considerado agente de tratamento, por força do inc. VIII do art. 5º da LGPD, respondendo de maneira diferenciada por seus próprios atos.

Já o controlador é aquele que detém todo o poder decisório sobre o tratamento de dados, enquanto o operador apenas executa as instruções passadas pelo primeiro, geralmente por força de contrato de prestação de serviços, parceria, sociedade em conta de participação etc. (SOMBRA, 2019).

A premissa do art. 42 é de que o controlador ou o operador respondem pelos danos que causarem, sejam eles materiais ou morais, individuais ou coletivos, por violação à LGPD. Segundo Frazão (2019), o uso da palavra “ou” entre controlador e operador destaca a ideia de que cada um é responsável pelos atos que praticou e pelos danos que causou, não havendo, por via de regra, a aplicação de responsabilidade civil solidária ou subsidiária entre eles.

A responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados se orienta pela regra geral contida nos arts. 18699, 187100 e 927101 do Código Civil.

O nexo causal do dano encontra-se intrinsecamente ligado à violação da LGPD, sendo que, se não houve violação, não se torna aplicável o art. 42, não se configurando ato ilícito.

99 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

100 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

101 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Na doutrina pátria clássica, o conceito de responsabilidade civil pode ser entendido como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2020, p. 3).

Do desdobramento do conceito acima, é apresentada a responsabilidade civil objetiva, consoante predispõe o parágrafo único do art. 927 do CC, como aquela responsabilidade que resta caracterizada independentemente da existência da culpa, bastando apenas que se comprove a ocorrência do dano e do nexo de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2010).

Já a responsabilidade civil subjetiva tem os seus fundamentos na caracterização da culpa do agente (DINIZ, 2020). Assim, a culpa deve ser comprovada pela parte que sofreu o dano. A doutrina ensina que:

A responsabilidade civil subjetiva é caracterizada pela consubstanciação da culpa, uma concepção clássica do agente causador do dano através da caracterização da culpa. De modo que a prova da culpa do agente causador é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade é subjetiva pois depende do comportamento do indivíduo .

Os pressupostos para a ocorrência da responsabilidade civil objetiva apontam três fatos necessários para sua caracterização: a) ação (comissiva ou omissiva); b) dano; c) nexo de causalidade (entre o dano e a ação).

[...]

Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão.

c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimenta um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente [...]". (DINIZ, 2020, p. 33-34).

Tem-se pois que a responsabilidade civil objetiva independe da culpa. Nessa situação a culpa é presumida.

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 67), nexa causal é o “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano”.

Contudo, a LGPD criou duas hipóteses de responsabilidade solidária nas quais o operador responderá junto com o controlador pelos danos causados, prevista no § 1º, quais sejam: (i) quando o operador violar da LGPD; e, (ii) quando o operador não seguiu as instruções de tratamento estabelecidas pelo controlador. As duas hipóteses não são cumulativas, apesar de na maioria das vezes o ato de não seguir as instruções impacte diretamente nos princípios estabelecidos na LGPD, ou seja, geram violação indireta da lei (por exemplo, o operador que diferentemente das instruções, compartilhou os dados pessoais em vez de apenas os armazenar, violou o princípio da finalidade e adequação) (FERREIRA; FREITAS, 2020).

Na responsabilidade solidária, pode o credor da indenização cobrar o valor total da dívida toda de qualquer um dos responsáveis solidários, tal como preconiza o art. 264 do Código Civil.

Segundo Tepedino, Frazão e Oliva (2020, s.p.), “ao não seguir as instruções do controlador, o operador se equipara a ele por usurpar o poder decisório sobre o tratamento de dados, daí sua responsabilização, conforme o § 1º do inciso I”.

A primeira hipótese destaca a importância de o operador conhecer e aplicar a LGPD, não podendo depender do controlador para determinar suas ações, do ponto de vista do cumprimento da lei (SOMBRA, 2019).

A segunda hipótese de responsabilização solidária do operador se dá pelo não seguimento das instruções do controlador quanto ao tratamento de dados, o que aumenta a relevância de que tais instruções sejam claras e precisas, não podendo se permitir a existência de obscuridades ou dúvidas. Assim, a comunicação das instruções passará a ser a pedra de torque nas relações jurídicas entre controlador e operador no que toca ao tratamento de dados pessoais (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020).

Por fim, se no tratamento de dados houver a participação de mais de um controlador, ambos serão solidariamente responsáveis pelo ressarcimento de dados, mas entre eles poderá haver ação de regresso, nos termos do art. 934 do Código Civil e do § 4º do mesmo artigo.

Assim, é importante observar que à primeira vista, a LGPD pode parecer apontar para uma possível escolha pela responsabilidade civil de ordem subjetiva, visto que não há

qualquer menção expressa ao risco inerente à atividade de tratamento de dados e, por outro lado, como expõem Francoski e Tasso (2020), a inversão do ônus da prova, prevista no § 2º do referido artigo, parece ser uma exceção concedida mediante decisão judicial que considerar o titular do dado hipossuficiente na relação com o agente de tratamento para fins de produção de prova.

O art. 43102 da LGPD traz as excludentes de responsabilidades. O inc. III deste artigo, ao incluir a culpa do titular dos dados, ou de terceiros, como excludente de responsabilidade, também pode levar à conclusão de que a indicação do culpado, seja ele o titular do dado, o controlador ou operador, seria elemento indispensável para a caracterização do dano.

Entretanto, ao analisar os dispositivos citados, percebe-se que a LGPD não declara expressamente qual seria a responsabilidade a ser aplicada. Não há indícios diretos da aplicabilidade de uma conduta negligente, imperita ou imprudente; bem como não há indícios de uma responsabilização independente da culpa. Assim, segundo Ferreira e Freitas (2020), qualquer conclusão é um exercício de hermenêutica a ser realizado pelos operadores do direito.

O art. 45103 da LGPD, por sua vez, não deixa dúvidas de que quando o tratamento de dados se dá em situações consumeristas aplica-se o CDC.

Também, o CDC é claro no que concerne à adoção do instituto da responsabilidade civil objetiva, conforme pode ser observado nos arts. 12 a 14. Assim, o que se pode deduzir da aplicabilidade do art. 45 da LGPD é que sempre que o titular do dado for qualificado como consumidor poderá invocar a responsabilidade objetiva para pleitear o seu direito.

Do exposto, respondendo ao questionamento levantado para este capítulo - as empresas que não observarem as regras acerca do tratamento sobre os dados pessoais dos consumidores, a partir do marco legal da LGPD, estarão sujeitas às normas de responsabilidade civil, podendo esta responsabilidade ser objetiva? - tem-se que embora em um primeiro momento, a responsabilidade pareça subjetiva por não ser feita menção ao risco inerente à atividade de tratamento de dados, o que parece mais plausível é que seja aplicada a responsabilidade objetiva já que não cabe ao titular de dados a tarefa de fazer prova da culpa do agente de tratamento.

102 Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

103 Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral que foi o de verificar se a Lei Geral de Proteção de Dados assegura a reparação dos danos sofridos por aqueles que possuem dados pessoais em poder de empresas.

O caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa. Para tanto, foi dado destaque ao tratamento jurídico nacional dispensado aos dados pessoais dos indivíduos nos meios digitais a partir das disposições legais da LGPD; e, na sequência, apontou-se quais os deveres recaem sobre as empresas detentoras de dados pessoais nas relações estabelecidas com os consumidores.

Outros paradigmas nortearão a presente pesquisa, e um objetivo específico fundamental para se chegar à conclusão deste estudo foi o de verificar como se dá a responsabilidade civil das empresas no tratamento dos dados pessoais dos consumidores a partir das regras normativas previstas na LGPD e no CDC, de modo a saber se esta responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

Verificou-se que a vida em sociedade depende de um complexo arcabouço jurídico capaz de determinar direitos e obrigações, além de garantir que as vítimas de lesões injustas sejam compensadas por quem lhes causou danos. Nos casos dos danos civis, o instituto da responsabilidade civil é indispensável para determinar quais as medidas necessárias para garantir sua reparação.

Na sequência constatou-se que a responsabilidade civil encontra na culpa a sua raiz e impingiu por muito tempo às vítimas o dever de provar que seu algoz, por ação, omissão, imprudência, negligência ou imperícia, realizou, voluntariamente, atitude capaz de lhe causar dano, características inerentes à responsabilidade subjetiva. No entanto, foi destacado que a teoria do risco foi a evolução necessária para a recepção da responsabilidade objetiva, onde não se faz mais necessária a comprovação do elemento culpa, mas apenas a existência do dano e o nexo de causalidade.

Tal teoria foi recepcionada irrestritamente pelo CDC, diante da hipossuficiência da relação de consumo. Com o surgimento de novas tecnologias, tem sido sugerida também como solução eficaz nos casos de decisões automatizadas, determinadas por algoritmos e inteligência artificial, que tenha o potencial de causar prejuízos a direitos humanos fundamentais, portanto, tem um risco alto inerente à sua operação.

Demonstrou-se também que embora a teoria da culpa ainda tenha destaque no art. 927 do Código Civil, o diploma também acolheu a teoria objetiva, em determinadas

hipóteses, onde o risco inerente à atividade impõe a obrigação de reparar os danos eventualmente causados, independentemente da comprovação de culpa pelo agente que causou o dano.

Observou-se que a LGPD, por sua vez, não fez menção à adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, com exceção dos casos em que se aplicam claramente as normas de defesa do consumidor, ficando a cargo dos operadores do direito a tarefa de decidir qual seria o melhor instituto a ser aplicado na reparação dos danos causados no âmbito do tratamento de dados pessoais.

Desta feita, para solucionar o caso, reputou-se importante considerar todos os princípios e fundamentos da lei que demonstram claramente a relação de hipossuficiência do titular de dados pessoais diante do agente de tratamento, bem como o fato de que o direito, principalmente no campo da tecnologia, evoluiu da responsabilidade subjetiva, que tem a reparação fundada na culpa, para uma tendência moderna à objetivação do instituto na teoria do risco. Não obstante, deve-se observar igualmente a obrigação que os agentes de tratamento têm em prestar contas de maneira proativa quanto à adoção de todas as medidas eficazes para o cumprimento da Lei.

Por fim, como desfecho, foi possível concluir que o silêncio da lei foi eloquente e que, neste contexto, não cabe ao titular de dados a injusta tarefa de comprovar a culpa do agente de tratamento, sendo o instituto da responsabilidade civil objetiva o melhor caminho para garantir a reparação de danos no âmbito da LGPD e proteger de forma adequada os direitos dos titulares de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 3 Set. 2021.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. *The New York Times*, Nova York, 04 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acesso em: 3 Set. 2021.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021.

CRESPO, M.X.F. Compliance Digital. In: CRESPO, M.X.F. **Governança, Compliance e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** 37 ed. São Paulo: Saraiva. 2020. v. 7.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRANCOSKI, Denise; TASSO, Fernando. Os Agentes de Tratamento e as Novas Perspectivas do Encarregado nos Órgãos Públicos - Parte I - A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Setor Público. In: FRANCOSKI, Denise; TASSO, Fernando. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Lgpd**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

GUILHERME, Luís Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Proteção de Dados: LGPD comentada**. São Paulo: Almedina, 2021.

MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

MALDONADO, Viviane; BLUM, Renato. Art. 1º - Capítulo I. Disposições Preliminares. In: MALDONADO, Viviane; BLUM, Renato. **LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020.

PENNA, Thomás Murta. Proteção de Dados vs *blockchain*: o armazenamento *off-chain* como garantia de direitos dos titulares de dados pessoais no Brasil. In: PEDROSA, Clara Bonaparte. **Direito e Tecnologia**: discussões para o século XXI. Belo Horizonte: Legal Hackers, 2020. p. 131-158.

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

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Considerações iniciais sobre a proteção jurídica das bases de dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). **Direito & Internet**, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). Bauru: Edipro, 2000.

SARTORI, Ellen Carina Mattias. Privacidade e dados pessoais: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 9, ano 3, p. 49-104, out./dez., 2016.

SENADO NOTÍCIAS. **Projeto de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é aprovado no Senado**. 15.08.2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/10/projeto-de-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-aprovado-no-senado>. Acesso em: 7 set. 2021.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade de proteção de dados**: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Bernardo; OLIVEIRA, Ingrid. Ícones de Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados. In: SOUZA, Bernardo; OLIVEIRA, Ingrid. **Visual Law**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021. p. 7-23.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Direitos do titular de dados pessoais na Lei 13.709/2018: uma abordagem sistemática. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (*e-book*).

EUTANÁSIA E OS ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES E A POSSIBILIDADE DE SUA NORMATIZAÇÃO

Ademar de Andrade Mourão Neto:
Graduando em Direito pela Faculdade
Metropolitana de Manaus - FAMETRO

MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO OLIVEIRA DE SOUZA
(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo examinar de forma aprofundada o direito à vida e até onde esse direito deve ser compreendido como inviolável e sagrado, bem como ser aplicado na atual sociedade que de forma constante passa por mudanças e o direito por ser um sistema de normas que regula a conduta da sociedade deve se adequar a essas constantes mudanças, levando em consideração o avanço da regulamentação por parte de demais países no mundo. Nesse sentido há uma colisão no texto constitucional e legislação penal que deve haver uma equidade para que se preserve a dignidade da pessoa humana e regular o exercício punitivo estatal para que não haja injustiças no regime democrático no qual o Brasil vive atualmente. Diante dos argumentos expostos, busca-se a análise da atual legislação brasileira e a necessidade de modificar o dispositivo para que a aplicabilidade da eutanásia deixe de ser vista como um crime contra a vida.

Palavra Chave: Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Aplicabilidade.

ABSTRACT: This article aims to examine in depth the right to life and to what extent this right should be understood as inviolable and sacred, as well as being applied in today's society that is constantly undergoing changes and the right as a system of norms that regulates the conduct of society must adapt to these constant changes. In this sense there is a collision in the constitutional text and penal legislation that there must be equity to preserve the dignity of the human person and regulate the state punitive exercise so that there are no injustices in the democratic regime in which Brazil currently lives. Given the above arguments, the aim is to analyze the current Brazilian legislation and the need to modify the device so that the applicability of euthanasia is no longer seen as a crime against life.

Keywords: Right to life. Dignity of the human person. Applicability.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO SOBRE A EUTANÁSIA E SUAS CONJECTURAS. 2.1. SUA APLICAÇÃO NO PONTO DE VISTA DA MEDICINA . 2.2. POSSIBILIDADES E

NECESSIDADES DE SUA APLICAÇÃO NA ATUAL SOCIEDADE. 3. NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DA EUTANÁSIA AO DISPOSITIVO LEGAL E SUA APLICABILIDADE EM OUTROS PAÍSES. 3.1. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E OS SUJEITOS BENEFICIADOS COM A MUDANÇA NA LEI. 3.2. COOPERAÇÃO E PRÁTICA PARA PERSCRUTAR O DIREITO CONSTITUCIONAL. 4. CONCLUSÃO. 5.REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente há de se destacar que o tema faz referência à liberdades individuais, e em especial o direito a saúde, e tratando-se da saúde as atenções tendem a não ser coletivas em sua totalidade, a saúde é um direito básico e existem inúmeras enfermidades com diversas formas de se manifestarem que não são singulares, ou seja, cada uma externa de forma particular, o que leva as pessoas que estão acometidas de enfermidades a sofrerem de forma particular, tendo dores particulares, e como dito alhures é algo que deve ser enfrentado por meio da liberdade individual, onde cada pessoa deve ter seu direito de escolha preservada, a falta de uma opção de morte digna e a necessidade de prolongar a vida para que supostamente não respondam por um homicídio traz dores que nenhum livro por mais sensível e condolente que seja, saberá descrever como padecem os enfermos.

Portanto, a presente pesquisa tem como objetivo demonstrar que as liberdades individuais têm seus estorvos, que merecem ser sanadas independente da polarização que há de causar, pois o estado democrático de direito concede voz até mesmo as minorias, e há inúmeras pessoas que gritam, e esses gritos não são apenas exteriores de dores no corpo, mas também interior de dores na alma, o que faz-se necessário a abertura da discussão no nosso parlamento para que seja normatizado tal garantia e evitar mais dores e mais desgastes não só para pacientes, como também familiares e os profissionais da saúde que lidam diariamente com tamanha angústia.

2. CONCEITO SOBRE A EUTANÁSIA E SUAS CONJECTURAS

Inicialmente é preciso compreender o que é a eutanásia, palavra esta que advém que não é nativa do Brasil assim como inúmeras que são adequadas ao nosso idioma, nas palavras de Francis Bacon, filósofo inglês que criou a palavra no século XVII quando a prescreveu pela primeira vez, fazendo com junção de duas palavras do grego sendo elas: EU, que significa bem ou boa, e THANASIA, que de modo geral significa morte, portanto a palavra "eutanásia" significa "boa morte" ou "morte digna", de forma genérica, visa pôr fim ao sofrimento de alguém que podemos afirmar estar com saúde debilitada e com quadro clínico irreversível, ou seja, alguém que estar com uma doença incurável, sente dores não só físicas como também psicológica e entende que já está na hora de deixar essa vida.

O tema não é algo que tenha surgido de supetão, pois era um método muito em tempos passados sendo bem nítida na Grécia antiga, e era muito usado tendo em vista que

desde os tempos antigos já se falavam em enfermidades incuráveis, e os médicos da época eram relutantes quanto se tratava em deixar pessoas sentirem dores que pareciam não ter fim.

No período da antiguidade muito antes do cristianismo era comum permitirem que sempre entenderam como "morte digna" ou até mesmo como forma de não ter para si e para os povos da época um certo trabalho, sendo algo muito comum sacrificar crianças que nasciam com anomalias e até mesmo filhos que matavam seus pais quando estes eram de idade bem avançada, era algo bem corriqueiro, e nos tempos que muito antecederam nossa atual sociedade o que se seguia era crenças e costumes, havia inclusive na época de Atenas um parlamento como o nosso atual Senado Federal que decidiam sobre como se daria a morte de idosos com doenças incuráveis, com o pretexto de que os mesmos em nada contribuíam para a economia, na própria idade média guerreiros que vinham de batalhas com ferimentos ou mutilações recebiam um punhal para que tirassem a própria vida.

De modo geral a eutanásia não é novidade, pois sua origem como discussão e aplicação inicia ainda na Grécia Antiga, e historicamente é aplicada de forma ampla ao longo da história, é certo que na atual sociedade a discussão da eutanásia é algo de valor relevantemente moral com anuência da vítima, deixando então de ser considerado homicídio como muito descrito nos tempos antigos, e ainda descrito atualmente, pois como pontuando anteriormente, a mesma é vista como "tabu", e malrecebida por pessoas que não tem determinada compreensão e vê o ordenamento jurídico como absolutamente correto, imputando um fato definido como crime a profissionais que apenas tentam trazer dignidade para seus pacientes em estado muito das vezes, terminal, sem nenhum tratamento que reverta a condição do enfermo.

2.1. SUA APLICAÇÃO NO PONTO DE VISTA DA MEDICINA

Conforme mencionado anteriormente, a aplicação da eutanásia é algo que historicamente é aplicado, vez que sempre houve resistência por parte dos médicos em deixar alguém enfermo em condições de sofrimento, e não é uma questão restrita a médicos, é até mesmo uma questão de humanidade, empatia, se colocar no lugar daquele que sente intensa dor e não enxerga esperança para sua atual condição, então do ponto de vista médico em geral é atenuar o sofrimento das pessoas, há clara divergência da questão da eutanásia, pois muitos enxergam como simplesmente selivar de um problema dando fim a vida de alguém sem se esforçar minimamente pelo tratamento, entretanto não há cura para todas as enfermidades existentes, são séculos de constante estudo mas não há cura absoluta para tudo.

No Brasil foi criado em 1951 o Conselho Federal de Medicina, que fica responsável por regular normas e condutas dos profissionais da área de medicina, assim como existe

a nossa Constituição como norteadora das condutas e regras que os cidadãos devem seguir, e o conselho é representado de forma democrática os inscritos neles, nesse sentido foram criadas normas e dentre elas há a Resolução 1995/2012, que nela podemos destacar o principal ponto de vista da medicina, em especial a do Brasil, vejamos:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. (grifos nosso)

Como podemos analisar, da resolução do conselho de medicina, os médicos devem estar cientes da vontade que o paciente tem na questão de tratamento, dando aos pacientes a faculdade de escolher qual tratamento querem ou não, ou seja a medicina brasileira de modo geral deixa a livre escolha do paciente escolher o tratamento adequado ou não, e essa resolução foi conforme deliberação da maioria dos médicos que atuam no país, tendo como base códigos de ética de outros países, a exemplo da Itália, que diz em seu código no Artigo 34, *in verbis*:

Art. 34: "Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso" (O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo - traduzido).

Prosseguindo o entendimento da resolução do Conselho de Medicina, é de se pontuar ainda o entendimento de Diniz (2011, pag. 438) que cita "[...] deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento[...]", sendo entendimento para o conselho de medicina e de uma grande doutrinadora do direito civil brasileiro que é manifestadamente claro a deixar a cargo do paciente qual condição o mesmo gostaria de levar por diante, após um diagnóstico de enfermidade, existem muitos pacientes que preferem não fazer tratamento,

pois este traz mais sofrimento, entretanto optam por simplesmente deixar a enfermidade toma-los o que também causa intenso sofrimento, sendo disponível a eutanásia, os pacientes a escolherão para que antecipem a sua morte de forma digna, evitando assim qualquer sofrimento, e conforme entendimento explanado até pelo conselho federal de medicina, é um direito do paciente escolher qual seu destino, Martin (2008, p. 6) deixa explícito:

O direito de saber e o direito de decidir não são direitos absolutos, maso respeito por eles no contexto de parceria entre o doente e a equipe médica certamente é elemento fundamental na promoção do bem-estar global do paciente em fase avançada ou terminal desua doença. (grifei)

Imperioso destacar que conforme grifado, é fundamental a opção de alguém acometido de enfermidade decidir pelo seu bem estar e isso é entendimento daqueles que lidam diariamente com enfermidades, e levando para o lado do direito, as pessoas são livres para suas escolhas, não devendo ser julgadas nem privadas de seu direito, nem mesmo por questões religiosas, políticas ou filosóficas, conforme preceitua a Carta Magna em seu Art. 5º, VIII, portanto a aplicação da eutanásia do ponto de vista dos médicos é uma questão humanitária, que além do bom senso, é se colocar no lugar do enfermo, e como quem calça o sapato sabe onde aperta, de igual modo, os médicos que lidam diariamente com tamanha dor, podem melhor do que ninguém esclarecer que a aplicação da eutanásia é necessária e merece ser discutida.

2.2. POSSIBILIDADES E NECESSIDADES DE SUA APLICAÇÃO NA ATUAL SOCIEDADE

Oriundo de uma esperança de algo que pode ocorrer sendo uma possibilidade volátil, a aplicação da eutanásia, é visto como algo bem possível na atual sociedade, paralelo a isto vemos as necessidades da mesma, onde o conceito de necessidade se aplica a algo indispensável, que não se pode deixar de ter ou até mesmo ser, ou algo útil, e sua possibilidade e necessidade é corroborado pela mudança da sociedade, uma vez que os tempos mudam, a tecnologia muda, e põe fim a sociedade muda, e claramente o direito também deve acompanhar essas mudanças, segundo Martins (2016, p. 2) destaca:

No primeiro momento, o direito surge como mudança social institucionalizada e planejada, verdadeiro instrumento de desenvolvimento social, posto em prática por um ato normativo formal. No segundo momento, resulta a necessidade de a ordem jurídica ser flexível ao clamor dos fatos, absorvendo-os, sob pena de conduzir à falta de controle social e à desarmonia.

Nesse sentido, é necessário considerar que aquele que se encontra enfermo, está em estado de constante sofrimento e esse sentimento passa para seus familiares, amigos, e até a equipe médica que acompanha o enfermo, e como pontuado o entendimento do autor citado acima, é necessário a ordem jurídica ser flexível aos fatos, em especial ao clamor daqueles que buscam no Estado um guardião de seus direitos, e ao menos viver ou ter a opção digna de decidir pela própria vida não deveria nem ser clamado uma modificação, e sim prontamente ouvido e debatido no momento em que se suplica por ajuda.

Outro ponto acerca da participação social é que de certa forma isso causa um estímulo para que haja pressões, e conforme mencionado pelo autor Leonardo Martins Miranda Rosa (1989, p. 58-59) destaca:

que os estímulos sociais à modificação da ordem jurídica assumem formas variadas, seja pelo crescimento lento da pressão dos padrões e normas alterados da vida social, criando uma distância cada vez maior entre os fatos da vida e o Direito, seja pela súbita e imperiosa exigência de certas emergências nacionais, visando a uma redistribuição dos recursos naturais ou novos paradigmas de justiça social, ou seja ainda pelos novos desenvolvimentos científicos.

Note que a ordem jurídica segundo entendimento de Miranda Rosa tem formas variadas a aplicação da justiça social em face dos movimentos sociais uma vez que aguarda por nortes por parte científica ou senso de justiça. Imperioso destacar que o entendimento da autora por mais que ultrapasse mais de 3 décadas, é possível visualizar esses estímulos na atualidade, a exemplo de modificação das leis, temos o caso da Lei da Ficha Limpa, oriunda de forte apoio da sociedade e foi protocolada como Projeto Popular 518/09 onde colheu 1.3 milhão de assinaturas (1% dos eleitores da época) e com apoio da internet rendeu mais de 1,6 milhão de assinaturas, enfrentou críticas e grandes chances de não ser validade pela suprema corte brasileira, mas o apoio da sociedade foi fator preponderante para a validade da lei, ainda que com resistência de muitos juristas brasileiros.

Como podemos analisar, de modo igual a Lei da Ficha Limpa se tornou uma necessidade ante uma sociedade castigada pela corrupção, a eutanásia também é uma necessidade, ainda que atinja apenas uma minoria, mas é de se pontuar que todos estamos sujeitos a ficar enfermos, e o mínimo que queremos é ou um tratamento digno, ou dias com dignidade, e assim como a lei da ficha limpa era apenas uma possibilidade, mas com apoio da sociedade e principalmente por ser uma necessidade por busca de mudanças, a mesma é aplicada até os dias atuais.

Por todo exposto, diante de um olhar atento e com carinho aos que muitas das vezes são esquecidos pela sociedade, e diante das necessidades deles em não permanecer apenas a mercê de esperar com intenso sofrimento a hora da morte, é haja vista que isso traz custos altos para a família e querendo ou não a sociedade de forma indireta, é necessário, como medida de humanidade, empatia, e senso, a permissão da eutanásia para aqueles que não querem permanecer em intenso estado de dor, pois além de ter direito a viver, é necessário enquanto vivo, viver dignamente.

3. NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DA EUTANÁSIA AO DISPOSITIVO LEGAL E SUA APLICABILIDADE EM OUTROS PAÍSES

A eutanásia é aplicada em diversos países do mundo e os avanços da sociedade permitiram tal possibilidade em razão da medicina não ser tão avançada na época, e ainda que tenha avançado e muito no último século há ainda determinadas enfermidades que são incuráveis segundo a medicina, e adiar tal fim a tamanha dor é aumentar e muito o sofrimento, e em razão da necessidade de olhar com o lado humano muitos países permitem, ou simplesmente não punem a prática de quem presta auxílio a quem quer pôr fim a vida em razão de enfermidade incurável, ou seja, é visto como crime contra vida mas não aplicam nenhum tipo de punibilidade, um exemplo é o Paraguai, país esse da América do Sul e inclusive vizinho nosso, onde desde 1934 em seu código penal tornou uma faculdade ao magistrado penalizar ou não quem praticou a eutanásia, mas somente no caso da eutanásia.

Nos demais países a legalização se deu com o passar dos anos, e atualmente é permitido na Holanda, Bélgica, Suíça, Alemanha, França, Itália, Japão, Argentina, Canadá, legalizações essas que são aplicadas somente em casos de doença terminal, devidamente comprovada, conforme já pode-se extrair do texto, e no caso dos Estados Unidos, a eutanásia continua proibida, mas alguns estados como Oregon, Washington, Vermont, Novo México e a Califórnia permitem o suicídio assistido, sendo portanto a prática cada vez mais comum em países desenvolvidos e neste ano de 2021 a Espanha aprovou a lei que regulamenta o uso da eutanásia, e em novembro deste ano a Nova Zelândia irá permitir a eutanásia, estando o tema avançando em todo o mundo iniciando em países de destaque.

Tratando ainda da América do Sul, outro país que também permite a eutanásia é a Colômbia, permissão essa concedida pela Suprema Corte do país desde 1997, nesse ano de 2021 o país iria realizar a eutanásia em uma paciente que foi diagnosticada com ELA (esclerose lateral amiotrófica), enfermidade esta degenerativa e optou a paciente pela eutanásia e foi autorizada pela justiça do país conforme reportagem mostrada pela Band TV, entretanto acabou sendo alvo de inúmeros protestos, em especial pela comunidade religiosa, o que acabou levando a suspensão do procedimento por parte da clínica, que iria ocorrer em 10 de outubro do ano corrente, entretanto podemos extrair que é uma

discussão bastante atual, tanto que foi realizada ainda em 2021, portanto há de se ponderar a força expressiva da igreja e a real necessidade dos cidadãos que estão sob o rigor da lei do estado soberano, nesse sentido entende Diniz (2018, p. 2) que:

A eutanásia é um assunto polêmico devido ao fato de envolver diversas ordens, como a cultural, religiosa, ética, jurídica e social, sendo um fenômeno permitido em alguns países, extremamente proibido em outros, e gerador de discussões entre a comunidade médica, jurídica e a igreja, principalmente a católica. Para se adentrar no assunto, se faz necessária o entendimento inicial do surgimento da prática da eutanásia e sobre a evolução histórica da ideia de tirar a vida de um ser humano, com intuito de cessar o sofrimento insuportável, em virtude do indivíduo não ter perspectiva de cura e recuperação, o que se entende por “boa morte”.

Nesse sentido, sendo imprescindível sua normatização, é momento de os países debaterem sua legalização, pois conforme citado anteriormente, há países que dão a faculdade de optar punir quem auxilia ou possuem permissão por parte da justiça, e há ainda de se ponderar que a religião deve ser mantida com determinada neutralidade acerca do tema, para que não haja injustiças, em especial quando tratamos de países democráticos, não podendo os mesmos serem semelhantes a uma teocracia, especialmente um país como o Brasil que faz-se necessário essa neutralidade, consoante direitos fundamentais explícitos na constituição do país que tem como cláusula o não julgamento envolvendo convicções religiosas, acompanhando os demais países que adotaram a regulamentação da eutanásia como um direito, especialmente tratando-se de enfermidade terminal, mantendo a proibição do suicídio assistido como a maioria deles.

3.1. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E OS SUJEITOS BENEFICIADOS COM A MUDANÇA NA LEI

Atualmente o Brasil tem acerca do tema eutanásia previsão em especial no Código Penal Brasileiro, não tendo uma normatização e sendo ela omissa pode ser interpretada com previsão no Art. 121 ou 122, sendo estes correspondentes a homicídio ou induzir e até mesmo prestar auxílio para o suicídio, acerca do homicídio vejamos o que cita o Código Penal, vejamos: *Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.* Como podemos extrair, a interpretação acerca disto é matar alguém, ou tirar a vida, neste caso seria imputado ao médico o crime de homicídio portar a vida de alguém, podendo este sofrer penalização de seis a vinte anos de reclusão, noutro giro pode-se interpretar como auxiliar em suicídio, vejamos: *Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.* Como podemos extrair, além do homicídio, a conduta

de quem induz quem presta auxílio a alguém que opta em pôr fim a vida responde pela infração do Art. 122 do Código Penal Brasileiro, e como mencionado no primeiro parágrafo sendo a Lei omissa, ocorre a aplicação dos dois dispositivos vigentes para o médico, sendo essa a interpretação disponível para os profissionais da saúde que podem sofrer penalização, ainda que a prevista no 122 que possui uma pena até dois anos.

Nesse sentido, e não havendo normatização ou regulamentação sobre a eutanásia, fica exposto a conduta do médico e fica o paciente enfermo sujeito a não ter nem uma vida digna e nem mesmo uma morte digna, o país já teve um projeto de lei para regulamentar a eutanásia o PLS 125/96 apresentado pelo então senador Gilam Borges do PMDB hoje MDB, projeto este que acabou arquivado em 2013 sem ao menos ter sido votado.

Noutro giro desconsiderando a interpretação jurídica negativa por parte da legislação brasileira, há de se considerar os beneficiados com a mudança da lei, em primeiro lugar as pessoas que veem a eutanásia como alternativa para cessar o sofrimento da enfermidade incurável, tendo como base o princípio da autonomia da vontade, Almeida (2019, p. 1) explicita:

O princípio da autonomia da vontade é utilizado em defesa da legalização da eutanásia e se baseia na liberdade que cada indivíduo possui para livremente tomar suas próprias decisões. Dentro do campo da eutanásia é defendido que cada pessoa deve ter o direito de decidir diante de situações de doenças incuráveis sobre continuar ou não a conviver com dores e sofrimentos que não serão cessados, nesse sentido se discute que o Estado já não podendo garantir uma vida digna não pode exigir sua continuidade. A eutanásia amparada pelo princípio da autonomia da vontade defende, o respeito ao exercício da liberdade individual do próprio indivíduo.

Diante deste entendimento, é possível concluir que os principais beneficiados serão aqueles que são merecedores do direito de decidir sobre si mesmo, manifestando assim sua vontade com base tanto na carta magna, quanto na legislação civil.

Outro grande beneficiado serão os profissionais da área da saúde que não serão mais responsabilizados penalmente por apresentarem uma solução que cesse o sofrimento alheio, ou quando os pacientes por vontade própria decidem acerca do que fazer diante de um quadro irreversível e os mesmos acabarem sendo marginalizados, mais do que acabam sendo, inicialmente pela família, segundo pela religião que consegue facilmente induzir a opinião da sociedade, e por fim, sendo marginalizados perante um

tribunal, acusados de delitos que não fizeram por querer, e sim por ser uma solução mais viável.

Pelo exposto, sendo a interpretação jurídica sobre a eutanásia controvertida em razão da omissão do dispositivo legal, devendo a mesma ser clara e inequívoca acerca do que deve ocorrer ou como se dará a tipificação, e em razão do maior beneficiado primeiramente ser o cidadão em condição desumana em razão de um quadro de enfermidade terminal, devendo ele ter sua vontade soberana sobre si e ainda o direito de os médicos não serem marginalizados, é defensável a regulamentação da eutanásia na legislação brasileira.

3.2. COOPERAÇÃO E PRÁTICA PARA PERSCRUTAR O DIREITO CONSTITUCIONAL

Evidentemente há divergências de interpretações acerca do que é a eutanásia, mas já há de se destacar que existe a eutanásia e o suicídio assistido, e existe um abismo de diferença entre os dois, tendo eles conceitos distintos, como dito alhures, a eutanásia visa cessar o período ruim de alguém que está com enfermidade incurável, pessoa essa que não decidiu estar enfermo, foi circunstância alheia a sua vontade, o que é oposto do suicídio assistido, ou suicídio genérico, que é a ocasião que alguém decide dar fim a própria vida, ou seja, de forma intencional causa a própria morte, seja por perturbações ou mentais ou psicológicas advindas de estresse extremo ou insatisfação ou motivos até então considerados pessoais.

A discussão do tema tem seus pontos de polarização, que envolve além da saúde, o direito e a religião, por isso é visto como tabu para a atual sociedade, não só brasileira como também de inúmeros países no mundo, tanto é que são poucos os países que permitem a sua aplicação com respaldo em lei, na América do Sul, país onde se encontra o Brasil há discussões jurídicas acerca de sua legalização, mas somente Uruguai e Colômbia permitem, sendo o Uruguai com um dispositivo legal que isenta quem permite a eutanásia ser aplicada e a Colômbia tem entendimento firmando pela Corte Suprema quem permite essa prática, que na visão genérica se chama "homicídio piedoso", ou seja, há uma brecha na legislação desses países que isentam médicos que usem a eutanásia, mas não há lei que regule tal prática.

Tratando ainda no Brasil, a discussão é vista como tabu, ou seja, algo que é proibido moralmente, em razão das questões religiosas e em razão de o direito à vida ser sagrado pela nossa Carta Magna, ocorre que questões religiosas não podem se sobressair de temas que são inerentes a decisão individual, vez que a própria religião preponderante concede o livre arbítrio para tomada de decisões.

Não podemos deixar de destacar que a questão constitucional de fato preserva a vida, mas que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, ou seja, o direito a vida

não é o mais sagrado de nosso ordenamento, se assim fosse, deveríamos pensar no direito a dignidade, direito esse que preenche o direito à vida em sua extensão, e o direito à vida traz polêmica por conta de sua complexidade, vejamos o que diz BARROSSO (2018, p. 153), vejamos:

Direito à vida: todos os ordenamentos jurídicos protegem o direito à vida. Como consequência, o homicídio é tratado em todos eles como crime. A dignidade preenche, em quase toda sua extensão, o conteúdo desse direito. Não obstante isso, em torno do direito à vida se travam debates de grande complexidade moral e jurídica, como a pena de morte, o aborto e a eutanásia (grifei)

Nesse sentido, o destaque se volta análise contundente de que não se deve haver hierarquia entre as normas, vez que eventualmente elas colidem uma com a outra, até mesmo em casos extremos, e conforme grifado na citação anterior, a eutanásia faz parte dos embates referente a complexidade moral que a garantia fundamental deixa expresso, mas acerca disto ainda na obra do direito contemporâneo do Ministro do Supremo Tribunal Federal cita essa inexistência de hierarquia, conforme diz Barroso (2018, p. 184), vejamos:

“Em primeiro lugar, e acima de tudo, porque inexistente *hierarquia* entre normas constitucionais. Embora se possa cogitar de certa hierarquia axiológica, tendo em vista determinados valores que seriam, em tese, mais elevados – como a dignidade da pessoa humana ou o direito à vida – a Constituição contém previsões de privação de liberdade (art. 5º, XLVI, *a*) e até de pena de morte (art. 5º, XLVII, *a*). Não é possível, no entanto, afirmar a inconstitucionalidade dessas disposições, frutos da mesma vontade constituinte originária. Por essa razão, uma norma constitucional não pode ser inconstitucional em face de outra.”

Imperioso destacar que muito além de não haver hierarquia entre os direitos fundamentais, há também o direito de decisão de cada um de manter-se vivo, vez que muito se fala em direito a vida, mas além disto, deve-se ter uma vida digna, tratando ainda do evento em que a eutanásia pode ser aplicada, é importante ressaltar que esse direito é inerente à pessoa, ou, de quem por ela está respondendo, mas em especial da pessoa onde a mesma ainda possa manifestar suas vontades, conforme entendimento do saudoso doutor Gonçalves (2011, p. 287) em sua obra acerca do direito constitucional:

No plano da Biologia, vida é aquela condição na qual um determinado organismo seja capaz de manter suas funções de modo contínuo, como metabolismo, crescimento, reação a estímulos provindos do ambiente, reprodução etc. Porém, temos que a vida, enquanto direito fundamental básico, não pode e não deve ser analisada apenas pela ótica biológica.[845] Daí a atual concepção de que o direito à vida deve ser analisado sob um duplo enfoque, qual seja: o direito da vida em si mesma (direito de estar vivo) e o direito à vida digna (com condições mínimas de existência). (Grifei)

Conforme o trecho grifado, está sobrepujado a necessidade de uma análise de duplo enfoque acerca do direito de estar vivo com condições mínimas de existência, razão esta que é predominante acerca da dignidade da pessoa em estar em condições em que não tem mais o desejo de estar vivo diante de um diagnóstico incurável, que mais cedo ou mais tarde irá levar essa pessoa a um sofrimento.

E por mais pesado que seja a palavra eutanásia, é um sofrimento para aqueles que estão em leitos de hospital aguardando a morte natural ou sob intensa dor, neste sentido é mais do que necessário levar em consideração a decisão de pôr fim a situação que a pessoa enferma se encontra, estando a mesma com grande amparo além da equipe médica, a equipe psicológica que pode explicar e levar o paciente a um estado de profunda reflexão antes de tomar tamanha decisão.

Mas para que possamos abordar o assunto precisamos debruçar sobre o tema e sua relevância e especialmente o impacto positivo que pode causar em inúmeras pessoas que estão com enfermidades incuráveis, para então por intermédio das instituições legitimadas pelo poder constituinte possa discutir e adequar o tema a nossa legislação, considerando que este evento será impactante para a sociedade civil como um todo, a área do direito e principalmente a área da saúde que muitas das vezes é sempre esquecida e desvalorizada pelas autoridades.

Sendo a área da saúde uma das mais importantes para a sociedade não somente desta república, mas também em todo mundo, pois independente do cenário, seja de guerra, desastres naturais e até mesmo de pandemia como a do COVID-19 que estamos vivenciando, a área da saúde não para, sempre está na linha de frente, e tamanha discussão sobre a eutanásia vai sinalizar para a saúde da sociedade que estamos atentos as mudanças, o direito não é arcaico e sim contemporâneo, ele se adapta a realidade social, razão pela qual o tema deve ser encarado não como tabu, e sim como uma realidade necessária.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou evidenciar o outro lado das liberdades individuais que muitas das vezes é ignorado em razão de barreiras religiosas, bem como barreiras estas que estão previstas em Lei, e as razões pela qual a mesma merece ser adequada a realidade social que o país e o mundo vivencia atualmente.

Constatou-se que o tema não é uma inovação visto que nos tempos antigos era possível a aplicação da mesma, vale frisar que o direito não é absoluto, e nem podemos equipará-lo a visão religiosa, ainda que a religiosidade seja preponderante, a exemplo disto o casamento era cessado com a morte de um dos cônjuges, fator este influenciado pela religião, entretanto em razão da realidade social o direito teve de se adequar para que tal prática não fosse vista como fato antijurídico, de igual modo a eutanásia também é considerada até mesmo um crime contra a vida, mas de fato é absoluto tal direito, ou será que a interpretação da garantia de tal direito está equivocada, tanto é verdade que vários países adotam a eutanásia como direito fundamental a pessoa humana, e mais uma vez reiterado, que é diferente do suicídio assistido, a América do Sul país onde o Brasil está estabelecido tem países que adotam em sua legislação, ou por permissão da suprema corte, seja de forma para legalizar ou não punir aquele que presta auxílio ou oferece a eutanásia, que muitas das vezes tem os profissionais da área da saúde como alvos.

Nesse sentido ficou também bastante evidente que existem princípios no nosso país que dão espaço para que seja debatido o tema de forma bastante debruçada, destacando o direito à vida que não pode ser entendido como um direito absoluto e muito menos que se sobressaia sobre os demais direitos, pois entre eles não há hierarquia, e temos também a legislação que trata da autonomia da vontade, onde fica bastante evidente que as vontades próprias merecem respeito, pois não está de forma alguma influenciando ou prejudicando direitos alheios e muito menos da coletividade.

Paralelo a este entendimento fica evidente que os cidadãos são muito amarrados as omissões da lei, e essa omissão acaba não sanada por conta da pressão religiosa que a nação possui em razão de sua grande influência, portanto deve-se afastar a religião das leis pois não somos uma teocracia, e em especial suprimas omissões e permitir que de

forma integral as garantias individuais sejam respeitadas, como dito alhures, não prejudica o direito alheio, nem mesmo a coletividade, pois trata das necessidades individuais, decisões individuais, livre pensamento e decisão acerca de si mesmo que não pode ser limitado pelo Estado, nem religião, daí a razão do estudo em ter como alvo principal o estudo da legislação, da interpretação, dos beneficiados e em especial do quanto esse estudo pode trazer esclarecimentos da necessidade de se debater o tema, e esclarecer as garantias fundamentais do direito constitucional brasileiro.

Por fim, é necessário que o Congresso Nacional comece a discutir tal permissão para que as pessoas tenham de fato direito à liberdade, bem como esteja claro que não se deve haver hierarquias entre direitos, onde um sobressai sobre o outro, pois de certa forma muitos acabam prejudicados por conta da pressão que não somente os pacientes passam, mas outros que compõem a sociedade como familiares, médicos, psicólogos e entre outros, e com o debate do tema não seja algo político, religioso, ideológico, ou que cause qualquer tipo de polarização, mas que o direito à vida tenha como complemento, direito a viver de forma digna, ou ter uma morte digna pelo bem da geração atual.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Januzia. A eutanásia à luz do ordenamento jurídico brasileiro. RevistaJus.com, 2018. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/73146/a-eutanasia-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>, acesso em 12 de outubro de 2021.

BARROSO, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. - 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018; p 153 e 184.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 07 de outubro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>, acesso em 12 de outubro de 2021.

CODICE DI DEONTOLOGIA MEDICA. MEDICA. Disponível em: <https://www.omceo.me.it/ordine/cod_deo/commentario.pdf>, acesso em 28 de setembro de 2021

Código de ética médica: resolução CFM nº 1.995, de 09 de agosto de 2012 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina - Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012.

Disponível em <

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>, acesso em 28 de setembro de 2021.

DINIZ, Ana Clara. A EUTANÁSIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL: a aplicabilidade no Direito Constitucional Português. V. 9. N 1. Revista das Faculdades Integradas Vianna Junior. 2018. **DOI: 10.31994/rvs.v9i1.373**. - . Disponível em <https://orcid.org/0000-0002-4117-4643>, acesso em 10 de outubro de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2011. ISBN: 9788502108226.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Curso de direito constitucional / Bernardo Gonçalves Fernandes. - 3.ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; p 287.

MARTIN, Leonardo M. Eutanásia e Distanásia. Revista Portal Médico. Disponível em: <[http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.pucRio.br/assets/02_bioetica_\(distanasia\).pdf](http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.pucRio.br/assets/02_bioetica_(distanasia).pdf)>, acesso em 30 de setembro de 2021.

MARTINS, Leonardo Resende. Operadores do Direito e Mudanças Sociais. Disponível em <
<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/315/296#:~:text=No%20primeiro%20momento%2C%20o%20direito,por%20um%20ato%20normativo%20formal.&text=Constata%2Dse%2C%20pois%2C%20que,contr%C3%A1rias%2C%20mas%20comp lemEntares%20e%20interdependentes>>, acesso em 08 de outubro de 2021.

MIRANDA, Rosa. Sociologia do Direito, 7a. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1989, pp. 58-59.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL (INSS), POR DANOS MORAIS E ERROS NO INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

MAYARA FEITOSA LOPES:
Bacharelada em Direito pelo
Centro Universitário Fametro.

RESUMO: Dentro do processo de construção e desenvolvimento deste trabalho, busca-se um entendimento amplo acerca da responsabilidade civil, oriunda das ações e omissões desenvolvidas no âmbito do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Sobre isso, a fim de facilitar o entendimento quanto ao apresentado, os objetivos são parte fundamental nesse processo. Sobre isso, esses objetivos dividem-se em geral e específicos. Como objetivo geral, busca-se: Analisar a responsabilidade civil por danos morais do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) em razão do erro no indeferimento de benefício previdenciário. Como objetivos específicos, buscam-se: Analisar os pressupostos de responsabilidade civil por danos morais em razão de erro no indeferimento de benefício previdenciário e sua evolução doutrinária e jurisprudencial; Verificar o impacto da Reforma da Previdência sobre o erro no indeferimento de benefícios previdenciários e a responsabilidade civil objetiva da autarquia previdenciária; Explanar as consequências jurídicas por erro de indeferimento de benefícios previdenciários.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Danos Morais. Benefício Previdenciário.

ABSTRACT: Within the process of construction and development of this work, we seek a broad understanding of civil liability, arising from actions and omissions developed within the scope of the National Institute of Social Security (INSS). About this, in order to facilitate the understanding of what was presented, the objectives are a fundamental part of this process. In this regard, these objectives are divided into general and specific. As a general objective, it seeks to: Analyze the civil liability for pain and suffering of the National Institute of Social Security (INSS) due to the error in the rejection of social security benefits. As specific objectives, we seek to: Analyze the assumptions of civil liability for moral damages due to error in the rejection of social security benefit and its doctrinal and jurisprudential evolution; Verify the impact of the Social Security Reform on the error in the denial of social security benefits and the objective civil responsibility of the social security authority; Explain the legal consequences for error in denying social security benefits.

Key-Words: Civil responsibility. Moral damages. Social Security Benefit.

1 INTRODUÇÃO

Compreender a dinâmica envolvendo a responsabilidade civil, faz com que seja necessário muito além do que uma simples colocação, é importante que exista um aprofundamento quanto aos aspectos mais elementares da norma legal, para que esse entendimento se desenhe de maneira ampla e objetiva. Sobre isso, não pode deixar de ser observado, que a medida em que o trabalho vai sendo construído, surge uma problematização que precisará ser respondida ao longo do desenvolvimento do trabalho: É possível que exista essa compreensão quanto ao que é ou não uma situação que caracteriza-se como de responsabilidade civil, sem que exista o adequado aprofundamento quanto ao assunto?

Dentro desse contexto, como hipótese existe a situação onde, não raro as pessoas buscam respostas, mas, acabam por encontrar soluções ineficientes, pelo fato que, acabam buscando as fontes inadequadas, ou ainda, desenvolvem análises com base no senso comum, o que denota a necessidade de uma ampliação mais clara e objetiva que possibilite a ampliação desse entendimento.

Os objetivos são uma parte muito importante do trabalho e dividem-se em geral e específicos. Como objetivo geral, busca-se: Analisar a responsabilidade civil por danos morais do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) em razão do erro no indeferimento de benefício previdenciário. Como objetivos específicos, buscam-se: 1) Analisar os pressupostos de responsabilidade civil por danos morais em razão de erro no indeferimento de benefício previdenciário e sua evolução doutrinária e jurisprudencial; 2) Verificar o impacto da Reforma da Previdência sobre o erro no indeferimento de benefícios previdenciários e a responsabilidade civil objetiva da autarquia previdenciária; 3) Explanar as consequências jurídicas por erro de indeferimento de benefícios previdenciários.

O trabalho apresentado justifica-se no fato de que nem sempre as pessoas têm a exata ideia acerca do que está acontecendo, o que faz com que tirem conclusões que estão distantes de ser o que está em conformidade com a norma legal, o que faz com que seja importante o desenvolvimento de um trabalho que possibilite essa análise de maneira ampla e que possibilite também, o desenvolvimento de soluções quanto aos desafios existentes.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Dentro do processo de construção e desenvolvimento deste trabalho é necessário considerar quanto a isso, que em uma sociedade extremamente dinâmica, tal como a existente no Brasil, nem sempre será possível mensurar os impactos existentes quanto as ações e omissões governamentais, que podem ser potencializadas, por conta de erros, em especial, quanto ao que inter-relaciona-se as questões previdenciárias, tendo em vista, que esse é um setor governamental, que deixa a desejar há muito mais tempo do que possa

ser imaginado, e independente do grupo político ou vertente que esteja no poder, não é esse um fato de fácil resolução.

Acerca disso, é necessário considerar que a Constituição Federal de 1988, traz muitos pontos que são muito relevantes para esse entendimento e que deixam evidenciado o quanto tem-se a ser feito ainda na sociedade ao longo do tempo, para que os erros do presente, não sejam uma constante no futuro.

Quanto ao apresentado, não pode deixar de ser observado quanto a isso, que o Art. 194 é muito importante para esse entendimento, uma vez, que de acordo com o exposto pelo constituinte, a Seguridade Social é um: “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. (BRASIL, 2019).

Esse conjunto integrado apontado por Brasil 2019, faz com que os cidadãos sejam possuidores do direito quanto a serem beneficiários da Previdência Social, o que faz com que esse setor precise atender aos trabalhadores quanto as demandas que possuem, visando assim, a sua adequada solução.

Todavia, para que essas ações funcionem de maneira eficiente, é necessário observar quanto a isso, que existem um conjunto de responsabilidades inerentes ao campo governamental, que contribuem para que não existam erros que sejam prejudiciais as pessoas e que de maneira ocasional, não representem prejuízos futuros ao Estado.

Nesse aspecto, evidencia-se que da mesma forma em que todos são iguais perante a lei, tal como preceitua o constituinte, toda a população possui direitos quanto as demandas inerentes ao campo previdenciário, o que faz necessário um conhecimento quanto aos desdobramentos que influenciam nesse quadro e que geram situações que nem sempre são vistas sob um olhar mais atento.

Não pode ser desconsiderado também, que diante de tudo o quanto ocorreu, que o Sistema de Seguridade Social funciona como sendo um: “necessário mecanismo de fixação constitucional para a concretização dos propósitos da República, dentre eles da Justiça Social e do Bem-Estar de toda a coletividade”. (AGOSTINHO; SALVADOR, 2017, p. 17).

Sem que exista um sistema nesse perfil, seria impossível, por exemplo, a necessária organização quanto ao pagamento de aposentadorias e perícias, que são serviços fundamentais para o desempenho das funções existentes na sociedade. Essa ideia organizacional fica ainda mais evidente, quando é observado que o simples fato da pessoa dirigir-se a um posto previdenciário, não pode ser visto como sendo uma garantia que tal direito lhe será concedido.

Um exemplo prático quanto a isso, pode ser apresentado quanto a aposentadoria. Alguém que completa todos os requisitos estabelecidos pela lei, incluindo aí, o tempo de contribuição compulsório, pode buscar a Previdência Social para que sua aposentadoria seja providenciada, o que não gera espaço para debates ou questionamentos por parte do governo. Contudo, uma outra pessoa que é portadora de determinada doença, pode procurar a mesma Previdência Social para garantir sua aposentadoria, o que não quer dizer que será aceito, tendo em vista, que o perito pode entender que aquela doença possui cura e com o passar do tempo e com o adequado tratamento, estará solucionada.

Esse exemplo aponta para uma direção onde, mesmo em tese, a situação esteja funcionando sob um contexto bem objetivo, a realidade se mostra muito diferente do que realmente deveria ser, o que faz não raros os desenvolvimentos de processos que com um judiciário não muito ágil, podem demorar mais tempo do que originalmente imaginados, processos esses que podem ser desenvolvidos com a existência ou não de uma base legal que contribua para o entendimento, o que não deixa de ser desgastante e dispendioso para os envolvidos.

Esses processos ganham forma, quando é observada a ineficiência do Estado quando a manutenção dos serviços mais básicos, o que aponta para uma incapacidade quanto a gestão do que seria inerente ao Estado, que afeta toda população, de maneira geral. Nesse contexto, podem desenhar-se ainda, os erros, que surgem quando de maneira inexplicável, não cumpre pois o INSS com as obrigações que lhes são pertinentes, seja por uma ordem externa a esse setor, seja por uma postura adotada por algum de seus servidores, o que pode se tornar um problema muito sério ao longo do tempo e contribuir para o direcionamento para a citada judicialização.

Se a Constituição Federal de 1988 aponta em direção ao desenvolvimento de avanços muito significativos para a sociedade, a prática é, que nem sempre esses direitos acabam alcançando as pessoas, o que faz com que o processo de desigualdades existentes seja ainda mais potencializado. Isso faz com que determinadas posturas estejam não apenas em desconformidade com a norma legal, como também, não reflitam o que seria aplicado nesse contexto.

Dentro desse contexto, a Constituição Federal de 1988, aponta para o fato de que “A Dignidade da Pessoa Humana” é um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil. Se não existe uma atenção quanto aos direitos previdenciários das pessoas, isso faz com que exista um descumprimento da Constituição Federal de 1988 nesse aspecto.

Não pode ser visto como normal na atualidade, diante de todos os recursos e do dinamismo existente na sociedade, que perícias demorem longos meses para serem agendadas, ou ainda, que as pessoas sejam penalizadas com a ausência de salário, pelo

simples fato de que o Estado tem dificuldades de fazer com que um dos seus setores mais importantes seja eficiente quanto ao trabalho ao qual desenvolve.

Não pode ser desconsiderado pois, que diante dessa realidade expressa, os aspectos relativos a Previdência Social constituem-se Direitos Fundamentais, o que faz do descumprimento desses direitos, o descumprimento do exposto na Constituição Federal de 1988, tal como mostra Brasil (2019). Esses direitos são vistos ainda como sendo direitos: "de segunda dimensão, ou ainda os direitos do cidadão de viver em sociedade, e, devido a tal classificação, percebe-se uma grande preocupação em aumentar a sua força normativa". (AGOSTINHO; SALVADOR, 2017, p. 15-16).

Quando as pessoas são prejudicadas por conta dessa ineficiência governamental, é necessário pois, que essas pessoas sejam indenizadas de acordo com o dano ao qual sofreram. Sobre isso, é necessário pois, que exista um entendimento quanto ao fato, que: "O violador sujeita-se, portanto, às consequências do seu ato, seja recompondo as coisas ao *status quo* ante, ou pagando uma compensação pecuniária à vítima, caso não seja possível recompor". (GAGLIANO; PAMPLONA, 2006, p. 9).

Nesse aspecto, deve ficar evidenciado quanto a isso, sobre o que de fato vem a ser essa responsabilidade civil, que nada mais é, do que o dever jurídico existente de que seja providenciada a restauração patrimonial e moral, em conformidade com a lesão ou dano que sofreu.

Diante dessa realidade, é interessante observar ainda quanto a responsabilidade civil, que essa constitui-se em uma obrigação quanto a reparação por parte do Estado dos danos que foram cometidos por aqueles que estavam agindo em seu nome, incluindo aí, o INSS, tendo em vista que esse setor não desempenha as suas atividades de maneira autônoma, mas sim, seguindo diretrizes que são previamente ajustadas com o Estado.

Dentro dessa ideia, evidencia-se, que de acordo com o Art. 927 do Código Civil: "Aquele que por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (BRASIL, 2002). Isso conduz a situação, onde observa-se quanto ao exposto, que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É muito importante que seja observado quanto a isso que muito além de apenas conhecer a dinâmica existente quanto a responsabilidade civil, é importante também, que

seja conhecido, os impactos das ações e omissões inter-relacionadas ao Estado ou a quem desempenha serviço em seu nome, e que contribuem assim para uma piora quanto ao inter-relacionado aos direitos.

A não marcação de uma perícia ou o atraso no pagamento de um benefício, podem ser situações que constituem-se como sendo fundamentais e necessárias para que exista aí, o direito quanto a um ressarcimento, tendo em vista, que diante desse quadro, já estariam expressos aí, os prejuízos em relação as pessoas, o que caracterizar-se-ia como parte do Art. 186.

Isso faz com que seja observado quanto a esse quadro, que: "Quanto ao dano em si, diz respeito ao prejuízo pela afetação do patrimônio do ser humano". (MARTINEZ, 2005, p. 28). A fim de que não existam dúvidas quanto a isso, observa-se, que:

São reparáveis todos os danos que afetam a pessoa (física ou jurídica), em sua integridade estrutural, em seu patrimônio e respectivas projeções. Tratando-se de pessoa física, são indenizáveis as lesões a componentes de sua expressão física (corpórea), ou psíquica, ou moral, restringindo-se, na pessoa jurídica, a aspectos morais e patrimoniais. (BITTAR, 1989, p. 16).

Logo, não há como utilizar-se de uma escusa de consciência para que tais direitos sejam questionados e que o que é visto como um direito dos cidadãos não seja tratado pela importância que possui na sociedade e quanto ao bom desenvolvimento do trabalho, o que seria muito negativo em todos os aspectos e poderia assim contribuir para uma mudança que não seria eficiente. É necessário observar ainda, que:

[...] não se podem banalizar as práticas ilícitas reiteradamente praticadas pelo INSS como se fossem do cotidiano, como o caso de atraso injustificado na concessão de benefícios previdenciários, a não concessão do reajuste nos proventos e a não concessão injustificada ou o atraso injustificado na concessão de benefício previdenciário, pois o costume antijurídico deve ser coibido e não incentivado. (CAMPOS, 2011, p. 84).

Um outro ponto que não pode ser desconsiderado também quanto a essa situação é o que está ligado com a extensão do Dano. Não é porque houve o erro que todos os casos serão vistos sob o mesmo olhar, mas, é necessário observar quanto a isso, o que está disposto no Art. 944 do Código Civil, tal como mostra Brasil (2002), ao qual aponta diante disso, vai ser possível ver, que: "A indenização mede-se pela extensão do dano". (FARIAS, 2015, p. 22). Observa-se, acerca disso, que:

Não menos importante é perceber que a integridade emocional do segurado ou dependente é extremamente sensível a uma negativa ou demora de concessão de benefício previdenciário, por vícios ocorridos no processo administrativo ou no ato administrativo de concessão dos mesmos, pois se trata de um direito de caráter fundamental e essencial para a sobrevivência da pessoa, bem como da manutenção de sua higidez física e mental, principalmente nos momentos difíceis da vida da pessoa, que estará diante de várias contingências. (CAMPOS, 2011, p. 84).

Existe a necessidade ainda de que exista uma observância muito atenta quanto ao que preceitua a norma legal, tendo em vista, que a responsabilidade civil funciona tanto de maneira objetiva, como, de maneira subjetiva. Sobre isso, é necessário observar, que nos casos subjetivos, é necessário aquele ao qual acusa, que esse consiga provar que houve uma intencionalidade quanto ao cometimento do dano.

Se existiu a intenção, estaria caracterizado então a intenção, o que contribuiria para o fato objetivo e para o dolo quanto a conduta desempenhada, porém, se não for possível comprovar a intencionalidade da conduta existente, isso faria com que a subjetividade norteasse o processo, o que contribuiria para um quadro de culpa, tendo em vista, que não existiu assim, uma intenção quanto a trazer prejuízos a quem quer que seja. Tais situações estão expressas no Art. 186 do Código Civil, tal como pode ser visto em Brasil (2002).

Não pode deixar de ser observado que em conformidade com o estabelecido na Constituição Federal de 1988, tal como o previsto em seu Art. 37 §6º, que: “os danos causados pelas pessoas jurídicas de direito público e pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos deverão também ser reparados”. (BRASIL, 2019).

Se existe um terceirizado trabalhando na agência do INSS devido a falta de servidores e esse comete um erro, estará o Estado assumindo essa responsabilidade, tendo em vista, que aquele terceirizado não chegou ali sozinho e somente estava naquela posição, pelo fato do Estado assim, ter permitido.

Nesse contexto, deve ser observado também, que: “A Responsabilidade Civil Estatal independe da comprovação de dolo ou culpa, bastando demonstrar o nexo de causalidade por uma conduta da Administração Pública”. (MARTINS, 2020, p. 10). Situação essa, que não deixa dúvidas quanto as responsabilidades a serem assumidas.

3. A REFORMA DA PREVIDÊNCIA COMO PARTE DO PROBLEMA

Quando são analisados outros elementos que contribuem para uma piora ou melhora da situação a qual é apresentada, é importante considerar as próprias mudanças

que foram realizadas na norma legal ao longo do tempo, o que ocasionou uma aceleração quanto a decisões que não seriam tomadas pelas pessoas nesse momento, mas, que acabaram sendo tomadas por medo de uma piora no futuro, como é o caso da Reforma da Previdência.

Isso fez com que houvesse uma grande procura quanto a pessoas buscando aposentar-se o quanto antes, o que contribuiu também, para que diante de uma grande demanda e da disponibilidade de poucos servidores, que houvesse uma sobrecarga no serviço que trouxe prejuízos para alguns.

A medida em que a sociedade avança e surgem novas demandas, é necessário considerar que pode ser necessário a realização de ajustes nas contas públicas, em especial, porque quanto mais pessoas se aposentando, menos pessoas terão sua arrecadação recolhida pelo Estado, o que torna necessário que de tempos em tempos, existam esses ajustes.

Contudo, isso não é um sinônimo quanto a aceitação dos erros cometidos pelos servidores, tendo em vista, que a responsabilidade civil está expressa e essa faz com que seja mantida a obrigação quanto a: “reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 983).

Essas mudanças realizadas, buscam manter os direitos sociais para a população, o que não será possível se não houver a adequada adequação. Nesse aspecto, é necessário considerar que: “A relação entre os direitos civis e os sociais e o Estado são compreendidas de forma diversa, enquanto os primeiros são direitos contra o Estado, os segundos são reivindicações de prestações sociais estatais”. (HULLEN, 2018, p.2).

Contudo, era praticamente improvável que diante desse contexto de alterações, que não houvessem erros que comprometessem o próprio desenvolvimento da ideia que originalmente foi imaginada. Sobre isso, não pode ser desconsiderado o fato, que a Previdência Social constitui uma parte muito importante, tendo em vista, que de acordo com o Art. 201 da Constituição Federal de 1988.

A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos

segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º (BRASIL, 2019).

Entender a complexidade existente quanto a esse assunto é entender que muitas vezes, não existe a exata noção dos impactos que tais reformas vão gerar não apenas naqueles que dependem da Previdência Social, como também, naqueles que trabalham com esse elemento, o que faz com que não seja de fácil entendimento esse quadro.

Se no passado o Estado era visto em uma situação de superioridade em relação aos cidadãos, no presente, essa situação mudou de maneira significativa, o que faz com que seja necessário um aprofundamento quanto a tudo o quanto é conhecido acerca do Estado. Nesse aspecto, observa-se, que:

A reparação dos danos causados pelo Poder Público aos particulares era, de longe, uma ideia inimaginável. A responsabilização civil do Estado era considerada uma obstrução a liberdade da execução dos serviços públicos, além de constituir insulto ao preceito de que o Estado, como órgão gerador e guardião do Direito, jamais poderia atentar contra essa mesma ordem jurídica. (MARTINS, 2020, p. 13).

É necessário o entendimento não apenas quanto ao relacionado as mudanças nas normas legais, como também, a própria ideia de responsabilidade, tendo em vista, que da mesma forma que o Estado exige do contribuinte o cumprimento quanto as demandas relacionadas as normas legais vigentes, o contribuinte também tem direito de realizar as mesmas exigências para o Estado, o que faz com que essa situação adquira um novo peso.

Dentro dessa ideia e visando uma adequação quanto as demandas que surgem na atualidade, deve ser considerado pois, que o Estado não possui servidores o suficiente no INSS para que sejam atendidas as demandas que as pessoas possuem, o que faz com que diante disso, não deixe de ser observado, que era imperativo o desenvolvimento de mudanças na própria norma legal. Contudo, se tais mudanças forem realizadas considerando apenas parte da situação, não poucas serão as chances de um fracasso por conta do surgimento de problemas em outras vertentes, o que fará que o esforço para resolver o problema, torne-se inútil ao final. Sobre isso, observa-se que:

Os segurados que possuírem uma incapacidade verificada por perícia médica farão jus aos benefícios por incapacidade ora pela ocorrência de incapacidade temporária ora pela permanente, dando origem aos benefícios de auxílio por incapacidade temporária (antigo auxílio doença) e por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez). (DOS SANTOS; RIBEIRO, 2021, p. 235).

Quanto a isso, evidencia-se que isso não resolveu o problema, tendo em vista, que continuou a ser observado que mesmo com essas mudanças, que em tese, flexibilizariam algumas situações, os erros continuaram a ocorrer e continuou a ocorrer a judicialização de muitos casos, por parte de pessoas que sentiram-se prejudicadas por conta das ações e omissões que foram desenvolvidas pelo Estado. Sobre isso, observa-se, que:

O dever de reparação a um dano constitui um preceito natural da sociedade, isto é, é inaceitável que o ser humano cause prejuízo a terceiro sem ter a obrigação de repará-lo, uma vez que o dano causa todo um desequilíbrio jurídico e econômico à esfera social. Pode-se dizer, inclusive, que o equilíbrio da situação social harmônica é preceito primordial para que o Direito atue de forma satisfatória. (MARTINS, 2020, p. 19).

Deve ser analisado que quando existe o indeferimento do benefício previdenciário, existe aí, a formalização de um prejuízo contra as pessoas, em especial, se posteriormente for constatado que essa decisão não possuía base de sustentação para ser mantida e que apenas contribuiu para que houvesse o manifesto prejuízo contra quem estava precisando.

É necessário observar a complexidade que cerca essa situação e considerar quanto a isso, a amplitude que possui esse sistema e a sua importância não apenas do ponto de vista governamental, mas também, do ponto de vista social, o que faz necessária a existência de adequações no interior desse espaço governamental para que as pessoas possam ser atendidas adequadamente. Dentro dessa ideia, observa-se, que:

A filosofia desta política é a erradicação das questões de necessidade social, pois simplesmente haverá a reparação em favor do necessitado, sem perguntar-lhe quem é nem qual é a causa de sua desgraça ou de sua dificuldade, deixando em qualquer caso à sociedade a obrigação de manter o decoro da existência humana (FERRARI, 1972, p.27).

Nesse aspecto, se existe o erro, existe aí a obrigação de uma indenização em relação aquele que se sentiu ofendido pela postura apresentada pelo Estado, o que pode ser um processo não tão rápido, mas, demonstra que o Estado não é mais possuidor de um poder atemporal, tal como era comum no passado. Isso faz com que seja importante analisar quanto a isso, que a indenização não é um favor, mas sim:

É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente

de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.” (BITTAR, 1994, p. 561).

É necessário ver e reconhecer que as reformas desenvolvidas ao longo do tempo, não são parte diferenciada dessa ideia, mas sim, são partes que estão diretamente relacionadas aos problemas existentes na atualidade, tendo, em vista, que se não houvessem os problemas, não existiriam aí também, situações que cedo ou tarde acabam sendo judicializadas.

Não pode deixar de ser observado também, ante a essa situação apresentada, que: “a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento [...] o elemento subjetivo é, portanto, dispensável na responsabilidade objetiva.” (CRETELLA JUNIOR, 1991, p. 1019). Por mais que exista um esforço para tirar o fator humano da equação, é quase impossível garantir que cedo ou tarde não ocorrerá alguma situação que caracterizará um problema.

Ao mesmo tempo observa-se também que as mudanças ocorridas ao longo do tempo contribuem para que exista uma mudança muito significativa quanto ao conceito de aposentadoria, tendo em vista, que essa passou a ser regida por interesses que são ainda mais complexos do que podem ser imaginados. Sobre isso, observa-se, que:

A aposentadoria passou de um direito do trabalhador individual, para uma medida de gerenciamento do mercado de trabalho, pois um trabalhador de idade mais avançada passa a não ser mais interessante para os empregadores. (BARRETO; FERREIRA, 2011, p. 45).

Ver esse tipo de situação é ter a capacidade de compreender a complexidade existente e o quão necessário é a existência de um conhecimento que tire as pessoas do lugar-comum e conduza a um entendimento ampliado pela norma legal existente. Acerca disso, não pode deixar de ser desconsiderado quanto ao apresentado, que:

Os agentes públicos são aqueles que são responsáveis por tomar decisões e realizar atividades em nome do Estado. Assim, sempre que a condição de agente público tiver contribuído de alguma forma para a prática do evento danoso, o Estado apresenta o dever de indenizar. (MARTINS, 2020, p. 21).

Não pode pois, o Estado diante de uma grave situação, fazer vista grossa e não dar solução aos problemas que existem quanto ao desempenho do trabalho, tendo em vista, que isso caracterizaria uma omissão que não pode ser vista como natural, ainda mais, por parte de quem deveria garantir que situações nesse perfil não ocorreriam.

É necessário que para os serviços serem aperfeiçoados, que exista um comprometimento do Estado quanto ao seu adequado cumprimento, ao mesmo tempo, não pode ser desconsiderado pois, que não adianta atualizar as leis se não existe um comprometimento quanto a uma mudança efetiva que possa ser capaz de alterar a realidade existente e contribuir para que não existam mais tantas judicializações quanto na atualidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é bem mais complexa do que possa ser imaginada e denota um entendimento que esteja além do lugar-comum e que denote a importância quanto ao desenvolvimento de medidas que possam contribuir para que exista uma mudança efetiva de conduta e que ao mesmo tempo, possa existir um paralelo entre o presente e o passado quanto ao entendimento do que acontece na atualidade na sociedade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, T.; SALVADOR, S. Dano Moral Previdenciário: Um Estudo Teórico e Prático com Modelo de Peças Processuais. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de direito administrativo. 26ª Ed.. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRETO, R.; FERREIRA, L. "Luto e Melancolia": contribuições psicanalíticas para o entendimento dos reflexos da aposentadoria na subjetividade dos indivíduos. Rio de Janeiro: ANPAD, 2011.

BITTAR, C. A. Responsabilidade civil: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BITTAR, C. A. Curso de direito civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. Lei nº 10.406: Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL Constituição Federal de 1988. Brasília, STF, 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103. Brasília: Congresso Nacional, 2019.

CAMPOS, W. Dano moral no direito previdenciário: Doutrina, legislação, jurisprudência e prática. Curitiba: Juruá, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, J., Curso de Direito Administrativo, 11ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991;

DOS SANTOS, E.; RIBEIRO, J. A reforma da previdência social e os direitos de cidadania dos segurados. Revista Jurídica. v 03, nº. 60, Curitiba, 2020. pp. 223 – 249.

FARIAS, C. et al. Curso de direito civil. v. 3. 2ª Ed. Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRARI, F.. Los Principios de La Seguridad Social. Buenos Aires: Depalma, 1972.

FERREIRA, A. Mini Aurélio: o dicionário da Língua Portuguesa. 8ª Ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2010.

GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil. v. III. 4ª Ed. Rev. Atual. e Reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

HULLEN, A. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um longo percurso para o acesso aos direitos fundamentais. Rev. Sec. Trib. Perm. Rev. [online]. vol.6, n.11, pp.213-227

MARTINEZ, W. Dano moral no direito previdenciário. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS, L. Dano Moral no direito previdenciário: a responsabilidade civil do INSS como garantia e proteção dos direitos sociais. Uberlândia, 2020.