

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1017

(Ano XIII)

(29/05/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Soluções coercitivas entre Estados em conflitos internacionais
Benigno Núñez Novo, 08.

ARTIGOS

Produção de provas de ofício na fase investigatória no processo penal brasileiro

Ivanaldo Lopes de Sousa e Enedino Pereira de Oliveira Neto, 12.

Abandono afetivo e a imputação da responsabilidade civil

Antônio Luiz Machado Crespo, 32.

O uso de algemas, à luz da constitucionalidade, como instrumento de menor potencial ofensivo

José dos Santos da Silva, 51.

Ação rescisória contra sentença fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

Eliane dos Santos Campos, 73.

A facilitação da defesa dos direitos do consumidor e a inversão do ônus da prova

Leticia Fernanda Martinez, 90.

A violência doméstica: aumento de casos durante o isolamento social

Iara Cristina Costa do Vale, 108.

Assédio moral à mulher no ambiente de trabalho

Alexandre Antony Rebelo, 125.

Violência sexual contra crianças e adolescentes: educação sexual nas escolas

Maria Aparecida de Oliveira Silva, 143.

As fraudes eleitorais as suas consequências para o processo eleitoral

Railson Siqueira da Silva e Julio Cesar Alves Silva, 158.

Orçamento impositivo e o controle dos gastos públicos

Meirivaldo Alencar Miranda, 184.

A manifestação do assédio moral nas relações de trabalho e suas consequências jurídicas

Kaise Rodrigues Curcino, 203.

Assédio moral no teletrabalho à luz dos direitos trabalhistas

Alberto José de Amorim Franco Júnior, 213.

Responsabilidade civil dos adotantes pelo abandono afetivo diante da devolução do menor ao Estado

Davi Miranda Costa Nunes Martins e Lara Eduarda Almeida Pimentel, 229.

Tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual

Maria Eduarda Dias Monteiro Silva, 248.

Responsabilização por danos morais nos casos de alienação parental

Giovanna Lima dos Santos, 268.

O abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar: implicações e reflexos à luz da obra “os testamentos” de Margaret Atwood

Iara Souza Teixeira e Nayanna Tereza Ferreira Caldas, 285.

Investigação da Constitucionalidade das súmulas da OAB sobre idoneidade moral

Everton Lopes Chaves e Yago Souza E Silva, 306.

Guarda compartilhada em tempos de pandemia: a impossibilidade de convivência pode caracterizar alienação parental?

Jéssyca Larissa Freitas Sousa Campos, 324.

O princípio da intervenção mínima e a necessidade de revogação da lei de contravenções penais

Guilherme Augusto Braga Moraes e Werison Bittencourt de Araújo, 343.

A Contribuição das Serventias Extrajudiciais para a redução do número de processos no Poder Judiciário

Diego Henrique Notório Macedo, 365.

Aborto resultado de estupro em vítimas menores de idade

Beatriz Berni, 391.

O convalidamento da posse precária: análise com fulcro na função social da propriedade

Juliana Sousa Nascimento, 404.

Importância da intervenção mínima do Estado nos contratos

Sávio Aparecido Diniz Corrêa e Thaiane Araújo Barbosa, 424

Violação de direitos humanos cometidas pelo Presidente da República.

Marco Antonio de Carvalho Rezende, 441.

Alienação parental do idoso: como combatê-la?

Gustavo Fernandes de Albuquerque, 459.

A reestruturação de promoção dos praças a luz da Lei nº 4.044/2014

Wilson Cesar Filho, 479.

Inclusão na escola de tempo integral e assecuridade ao deficiente auditivo

Mirian Pereira da Silva Rodrigues, 494.

SOLUÇÕES COERCITIVAS ENTRE ESTADOS EM CONFLITOS INTERNACIONAIS

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

Introdução

Os meios coercitivos de resolver um conflito entre dois ou mais Estados podem ser definidos como certas medidas que um Estado toma contra outro membro da comunidade internacional com o objetivo deste abandonar suas pretensões em relação ao primeiro.

No mundo todo existem regiões que vivem intensos conflitos, originados pelos mais diversos motivos, que podem ser disputas por territórios, pela independência, por questões religiosas, recursos minerais, entre outros.

2 Desenvolvimento

O conflito internacional foi definido pela Corte da Haia como todo desacordo entre fato ou direito entre dois Estados, assim como o conflito de duas teses jurídicas que possa ocorrer entre dois Estados.

Os meios coercitivos de resolver um conflito entre dois ou mais Estados podem ser definidos como certas medidas que um Estado toma contra outro membro da comunidade internacional com o objetivo deste abandonar suas pretensões em relação ao primeiro. Estes meios são os seguintes: retorsão, represálias, embargo, bloqueio pacífico, boicotagem e rompimento de relações diplomáticas, sem declaração de guerra.

Retorsão: é o ato por meio do qual um Estado ofendido aplica ao Estado que tenha sido o seu agressor as mesmas medidas ou os mesmos processos que este

empregou ou emprega contra ele. A retorsão implica a aplicação, de um Estado, de meios ou processos idênticos aos que ele empregou ou está empregando. Esse instrumento se fundamenta no princípio da reciprocidade e no respeito mútuo, que toda nação deve ter para com as demais. Apesar de legítima, é uma prática pouco utilizada e pouco favorável segundo a doutrina. São causas legítimas de retorsão, por exemplo, o aumento exagerado, por um Estado, dos direitos de importação ou trânsito estabelecidos sobre os produtos de outro. Um bom exemplo foi a retorsão praticada pelo governo brasileiro em 2004 no que se refere ao tratamento dos brasileiros na entrada nos aeroportos dos Estados Unidos, sendo que os nacionais dos EUA receberam o mesmo tratamento na entrada dos aeroportos brasileiros.

Represálias: medidas coercitivas, derogatórias das regras ordinárias do direito das gentes, tomadas por um estado em consequência de atos ilícitos praticados, em seu prejuízo, por outro estado e destinadas a impor a este, por meio de um dano, o respeito ao seu direito. O bloqueio pacífico ou bloqueio comercial constitui outra forma de represália. Consiste em impedir, por meio de força armada, as comunicações com os portos ou as costas de um país ao qual se pretende obrigar a proceder de determinado modo. Difere-se da retorsão uma vez que pressupõe em violações de direitos e injustiças contra um Estado, ao passo que na retorsão os atos praticados estão sempre dentro da soberania do Estado que os praticou. As represálias podem ser negativas, quando o Estado se nega a cumprir algo pactuado ou pratica atos que lhe são proibidos; ou positivas, quando o Estado se apodera de bens e pessoas do Estado com quem matem a discórdia.

Embargo: é uma forma especial de represália, que consiste, em geral, ao sequestro, em tempo de paz, de navios e cargas de nacionais de um Estado estrangeiro, ancorados nos portos ou em águas territoriais do estado que lança mão desse meio coercitivo. Embargo econômico é uma sanção que consiste em restrições ou proibições de comércio e de comercialização para setores, mercadorias, serviços, entre outros segmentos, de algum país específico. Cada vez mais abandonado pelos Estados, a prática destes atos são completamente reprovadas pela comunidade internacional pois deles muitas vezes resultam as guerras. Criados normalmente por potências econômicas, como os Estados Unidos, essas medidas normalmente representam o corte de relações comerciais entre nações com o objetivo de acabar com conflitos ou derrubar governos autoritários. Houve ainda os embargos feitos ao Iraque, que buscavam derrubar o líder Saddam Hussein, e os mais recentes feitos à Coreia do Norte. Entre 2013 e 2017, os embargos americanos, de acordo com um estudo do Centro Estratégico Latino-Americano de Geopolítica (CELAG), causaram um prejuízo de US\$ 350 bilhões à Venezuela, além do fechamento de 3 milhões de postos de trabalho.

Bloqueio pacífico: consiste em impedir, por meio de força armada, as comunicações com os portos ou as costas de um país ao qual se pretende obrigar a proceder de determinado modo. Um exemplo de bloqueio pacífico ocorreu durante a Guerra Fria, quando os Estados Unidos da América utilizaram esse tipo de embargo para realizarem seus objetivos diplomáticos. De acordo com um relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), até 2005, o bloqueio econômico dos EUA sobre Cuba já havia causado um prejuízo de mais de US\$ 89 bilhões para a ilha.

Boicotagem: é a interrupção de relações comerciais e financeiras com outro Estado. Quando realizada de forma pacífica, é legal perante o direito internacional, pois pode representar um meio de defesa do Estado. A doutrina destaca que a boicotagem pode ser realizada por Estados ou particulares. A ONU utilizou a boicotagem no combate ao Apartheid, na África do Sul em 1984, impondo sanções econômicas como forma de pressão para que cessasse a política de segregação racial constante naquele momento, na África do Sul.

Rompimento das relações diplomáticas: é um ato discricionário do Estado, e se traduz pela decisão unilateral que este toma ao fechar sua missão diplomática, impondo, assim, a mesma decisão ao seu parceiro, em virtude do princípio da reciprocidade. Exemplo: a Coreia do Norte anunciou na sexta-feira 19/03/2021 o rompimento das relações diplomáticas com a Malásia, após a extradição por este país de um norte-coreano para os Estados Unidos, segundo um comunicado do ministério das Relações Exteriores divulgado pela agência oficial KCNA. A Malásia era um dos poucos Estados aliados deste país que possui armas nucleares, mas as relações sofreram um abalo há quatro anos, quando Kim Jong Nam, meio-irmão de Kim Jong Un e muito crítico a respeito do regime-norte-coreano, morreu depois que teve o rosto atingido por um agente neurotóxico no aeroporto de Kuala Lumpur. A autoria do crime foi atribuída ao regime norte-coreano, que nega a acusação.

Conclusão

É à medida que um Estado adota com o intuito de revidar de maneira idêntica à violência ou prejuízo sofrido por outro estado. Os meios coercitivos evitam o extremo do ataque armado. Tais métodos são verdadeiras sanções e, como tais, a sua utilização só se justifica quando determinada por organização internacional.

São considerados meios de solução pacífica dos conflitos, apesar das críticas. O Conselho de Segurança da ONU, nos termos do art. 41 da Carta da ONU, reza que poderá aplicar as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões poderão convidar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas que poderão incluir a interrupção completa

ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G. E. do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. Ed. Saraiva. SP, 2002.

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. **Curso de Direito Internacional Público**. 11^a ed., vol. II, Rio de Janeiro, Livraria Editora Renovar, 1997.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Manual de Direito Internacional Público**. 1^a ed., vol. I, São Paulo, Editora Atlas, 2002.

PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO NA FASE INVESTIGATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

IVANALDO LOPES DE SOUSA:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho-
UNIFSA.

ENEDINO PEREIRA DE OLIVEIRA NETO ¹

(coautor)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES ²

(orientador)

RESUMO: Com a alteração do art. 156, I, do Código de Processo Penal, em função da Lei 11.690/2008, atribui-se ao juiz a possibilidade de iniciativa probatória de ofício na fase de investigação criminal. Diante dessa possibilidade, surgiram entre os doutrinadores divergências acerca da constitucionalidade desse artigo, alguns defendem a ideia de sua inconstitucionalidade, outros o consideram constitucional. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo analisar se a produção de provas no processo penal pelo juiz, na fase pré-processual, é incompatível com o sistema penal adotado no Brasil. Este estudo foi desenvolvido a partir de pesquisas bibliográficas, extraídas da doutrina e de jurisprudências, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), utilizando uma abordagem dedutiva. A Constituição Federal/88 adotou o sistema penal acusatório, que tem como principal característica a separação das funções de julgar, defender e acusar, bem como a gestão probatória pelas partes. Apesar de a norma contrapor-se com o sistema penal acusatório e violar diversos mandamentos constitucionais, o STF ainda não se manifestou sobre eventual inconstitucionalidade, embora julgados semelhantes pressuponham essa conclusão. O artigo concluiu que a possibilidade de produção de provas pelo juiz, de ofício, na fase de inquérito, no processo penal, é incompatível com o sistema penal acusatório.

Palavras-chave: produção de provas de ofício, gestão de prova, imparcialidade, verdade processual.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

² Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

ABSTRACT: With the change in article 156, I, of the Brazilian Code of Criminal Procedure, as a result of law 11,690/2008, the judge has been given the possibility of taking ex officio evidence initiatives during the criminal investigation phase. Given this possibility, differences have arisen among scholars about the constitutionality of this article, some defend the idea of its unconstitutionality, others consider it constitutional. In this sense, this article aims to analyze whether the production of evidence in criminal proceedings by the judge, in the pre-procedural phase, is incompatible with the criminal system adopted in Brazil. This study was developed based on bibliographical research, extracted from doctrine and jurisprudence, especially from the Federal Supreme Court (STF), using a deductive approach. The Federal Constitution/88 adopted the accusatorial criminal system, which has as its main characteristic the separation of the functions of judging, defending and accusing, as well as the management of evidence by the parties. Although the rule is in opposition to the accusatorial criminal system and violates several constitutional mandates, the STF has not yet pronounced itself on its possible unconstitutionality, although similar judgments presuppose this conclusion. The article concluded that the possibility of production of evidence by the judge, ex officio, during the inquiry phase, in the criminal process, is incompatible with the accusatory criminal system.

Keywords: ex officio production of evidence, evidence management, impartiality, procedural truth.

1 INTRODUÇÃO

A redação dada ao art. 156 do Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 11.690/2008, atribuiu poderes investigatórios ao juiz ao prever a possibilidade de produção antecipada de provas na fase pré-processual - fase essa muito importante para a instauração ou não da ação penal -, sem a necessidade de serem requeridas pelas partes.

Diante da alteração do texto do artigo, passaram a surgir, entre os doutrinadores, divergências acerca de sua constitucionalidade. Grande parte deles entende que tal diretriz viola alguns princípios constitucionais, dentre eles a presunção de inocência, o devido processo legal e principalmente a imparcialidade do juiz. Por outro lado, outros defendem pela sua constitucionalidade, tendo como principal argumento o fato de que a possibilidade de produção antecipada de provas, de ofício, pelo juiz traz para dentro do processo penal a busca pela verdade real.

A abordagem inicial tratou de identificar os principais sujeitos do processo penal, bem como suas respectivas funções, e como a gestão da prova nos sistemas penais existentes é realizada. No sistema inquisitorial, por exemplo, as funções de

acusar e julgar competem ao juiz, ou seja, toda gestão da prova reside nas mãos do julgador. Já no sistema acusatório, adotado implicitamente no texto constitucional, a gestão da prova é de competência das partes do processo (Ministério Público/querelante e acusado), garantindo a imparcialidade do juiz, e, por fim, o sistema misto, que reúne características dos dois sistemas.

Ao avaliar os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicação do art.156, I, Código de Processo Penal, promove-se uma discussão jurídica a respeito dos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal a partir do sistema penal acusatório, face à atuação dos juízes sob a ótica do Código de Processo Penal, com base no sistema inquisitorial.

Veremos que a argumentação defendida por autores sobre a constitucionalidade do art. 156, I, do Código de Processo Penal é dissonante com o sistema penal acusatório, pois vai de encontro aos diversos princípios tutelados pelo Estado Democrático de Direito, bem como viola direitos e garantias ínsitas do devido processo legal.

Alguns doutrinadores, na defesa da constitucionalidade do supracitado dispositivo, tomam esse posicionamento por entenderem que o magistrado, responsável pela direção do processo, não pode ser mero expectador passivo. A partir desse pensamento, compreendem que ele deve utilizar todos os meios que lhes são permitidos e acessíveis para buscar a verdade real.

Outros, no entanto, afirmam que a busca da verdade real é inalcançável, e não pode ser usada como argumento justificativo de sua constitucionalidade, pois está intimamente relacionada com o modelo de sistema inquisitório e com a figura do juiz-inquisidor.

Nesse contexto, o presente artigo buscou analisar se a produção antecipada de provas no processo penal pelo juiz na fase pré-processual, nos termos do art. 156, I, do Código de Processo Penal, compromete ou inviabiliza o sistema penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial pela Constituição Federal de 1988. Uma vez que tal faculdade, em tese, viola o princípio da imparcialidade na prestação da tutela jurisdicional e afronta o devido processo legal.

No que diz respeito à análise e conclusão dos dados, além da coleta de jurisprudências nos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, fez-se uso da pesquisa bibliográfica por meio de consulta de artigos científicos, revistas, periódicos e livros doutrinários, com o objetivo de coletar informações sobre o tema, a partir de uma abordagem metodológica dedutiva e analítica.

2 ATRIBUIÇÕES DOS SUJEITOS DO PROCESSO

É importante, preliminarmente, identificar quem são os sujeitos do processo e quais são as suas funções de tal forma que se possa entender como a prova, no processo penal, é gerenciada, levando em consideração as peculiaridades dos sistemas penais existentes. Os sujeitos processuais são todas as pessoas que atuam no processo e são responsáveis, conforme competência prevista em lei, pela realização dos atos processuais, exercendo distintas funções.

Para efeito deste artigo, os sujeitos protagonistas do processo penal são: o juiz, o Ministério Público/querelante e o acusado. Essa abordagem conceitual é própria do processo penal condenatório, no entanto, no âmbito penal, existem outros processos sem o cunho condenatório, tal como se verifica com as medidas cautelares ou *habeas corpus*.

No processo penal, como será demonstrado adiante, o que se busca é o conhecimento dos fatos e, nesse sentido, cabe às partes (Ministério Público/querelante – parte ativa; e acusado – parte passiva) por meio da produção de provas a tarefa de sua reconstrução para que o julgador providencie a tutela jurisdicional. É imprescindível que a iniciativa probatória seja realizada pelas partes, de modo a permitir a imparcialidade do julgador.

Nessa mesma linha de raciocínio, Távora e Alencar (2017, p.631) afirmam que o processo tem por finalidade a reconstrução histórica dos fatos anteriormente ocorridos para que as consequências, em face do que ficar demonstrado, possam ser extraídas. Com efeito, é a partir do manancial probatório, apresentado pelas partes, que tem como objetivo demonstrar a verdade fática, os atos, ou o direito discutido, que se processa o convencimento do magistrado. Em suma, as provas têm como objetivo a obtenção do convencimento do juiz, e é a partir delas que se condena ou se absolve o réu.

A prova, portanto, é o elemento que possibilita ao magistrado formar seu convencimento acerca dos fatos. Por conseguinte, a parte que melhor apresentar a seu favor o lastro probatório que mais se aproxima com a reconstrução do fato pretérito, da forma mais verossímil, terá maior probabilidade de uma sentença penal favorável.

Ainda com relação aos sujeitos do processo, outra abordagem importante reside no fato de que no processo penal, em regra, a relação processual, no tocante às partes e o juiz, recebe uma configuração diferente do processo civil.

No processo civil, a existência da relação jurídica entre o autor e o Estado é caracterizada pelo vínculo de exigibilidade da prestação jurisdicional. Desse modo, é dever do Estado, no exercício monopolizado da atividade jurisdicional, realizar sua prestação, e cabe ao autor o direito à jurisdição. Por sua vez, no processo penal condenatório o autor da ação, de regra, o Ministério Público, não exerce direito em face do Estado, mas exerce dever resultante de imposição legal, uma vez que é legitimado para a persecução penal (PACELLI, 2020).

Assim, em razão da imprescindibilidade da tutela de direitos fundamentais violados ou ameaçados e do bem jurídico, tão importante para o acusado como para toda comunidade jurídica, o Ministério Público enquanto sujeito do processo não pode dispor da ação.

2.1 Juiz

O juiz é o principal sujeito da relação processual e tem como função primordial conduzir e julgar o pedido de tutela jurisdicional feito pelo autor, de forma imparcial, sendo a ele atribuída a direção e o controle de todo processo.

Lima (2020) aduz ainda que a autoridade jurisdicional, no âmbito do processual penal, tem como atribuições: receber a denúncia ou queixa; citar o acusado para o exercício da ampla defesa; e instruir o processo, para que ao final seja possível reconhecer a procedência, ou não, do pedido condenatório constante da peça acusatória.

Assim, para que o juiz possa prover a tutela jurisdicional, de maneira imparcial e responsável, sem sofrer qualquer gerência/interferência externa que venha a comprometer suas decisões, diversas garantias previstas na Constituição Federal lhe são asseguradas, tais como a irredutibilidade de vencimentos, a vitaliciedade e a inamovibilidade, além de diversas vedações (PACCELLI, 2020).

A garantia da imparcialidade é a consequência mais importante do sistema acusatório, de tal modo que é imprescindível a inexistência de qualquer causa capaz de prejudicar o exercício imparcial da função judicante do magistrado. Dessa forma, não pode ser considerada justa uma decisão proferida por um juiz que não seja imparcial (LIMA, 2020).

Nesse sentido, o juiz deve no processo penal proceder como um terceiro, alheio às partes, atuando como garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos atores processuais. Concluiu-se que só assim os princípios como a imparcialidade e o devido processo legal, dentre outros, previstos na legislação brasileira poderão ser efetivados.

2.2 Ministério Público e querelante

Regido por diversos princípios constitucionais, o Ministério Público, instituição de caráter público e permanente, tem como atribuições promover a persecução penal, e a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais. O Ministério Público é o órgão responsável, na esfera criminal, no que diz respeito aos crimes de ação penal pública, por deduzir as providências para a concretização da pretensão punitiva perante o Estado-juiz, e em relação aos crimes de ação penal privada, tem como atribuição fiscalizar a instauração e o desenvolvimento regular do processo (AVENA, 2017).

Além disso, essa instituição, em regra, tem como atribuição dar prosseguimento à persecução penal, logo após os atos investigatórios realizados no inquérito, promovendo o oferecimento da denúncia.

Por sua vez, o querelante é o sujeito do processo penal condenatório que realiza a acusação quando a norma penal assim determinar, nos casos de ação penal privada, ou, em casos excepcionais, quando houver desídia do Ministério Público – situação de ação penal privada subsidiária. Ele é, portanto, o sujeito ativo da relação processual penal.

2.3 Acusado e defensor

O acusado, no processo penal, é o sujeito passivo sobre quem recai a pretensão punitiva alegada pelo Ministério Público, ou pelo querelante. Ele possui vários direitos e garantias assegurados pelo texto constitucional, tais como: a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência, o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, direito ao sigilo e assistência judiciária, dentre outros (BELO *et al.*, 2015).

Ao acusado também é garantido o direito ao seu defensor, respeitando a possibilidade de entrevista reservada para orientação técnica, antes do interrogatório. Ademais, ele também possui o direito de não produzir provas contra si mesmo, não sendo obrigado, por exemplo, a participar de reconstituição do crime a ele imputado, bem como a individualização da pena (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Além disso, vale ressaltar que o acusado não pode abrir mão do seu direito de defesa, e mesmo que não queira um defensor, o juiz deverá nomear um, salvo na hipótese em que esteja defendendo em causa própria, na qualidade de advogado. Ademais, para a promoção de sua defesa, o réu pode fazer uso da defesa técnica, realizada por advogado particular, dativo ou defensor público, ou da autodefesa,

exercida na fase pré-processual, quando lhe é assegurado o direito de permanecer calado.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

No Direito Penal, o processo é o único instrumento por meio do qual o Estado exerce sua função jurisdicional. Assim, quando um indivíduo pratica uma conduta típica, ilícita e culpável, incorrendo em crime, é exigida a atuação estatal (pretensão punitiva), uma vez que a autocomposição, ou a autotutela de direitos não são admitidas.

Mas o que é essa pretensão punitiva do Estado no âmbito do processo penal? Pretensão punitiva do Estado é o poder que este tem de exigir daquele que praticou a conduta tipificada em lei como ilícito penal a submissão à sanção penal, o que resulta no direito de punir (*ius puniendi*). Em outras palavras, a pretensão punitiva do Estado consiste na função e no dever de investigar, processar e punir aquele que, supostamente, realizou uma conduta proibida por lei e, nesse sentido, cabe ao processo penal assegurar que esses atos sejam realizados segundo normas e preceitos preestabelecidos, já consagrados pelo ordenamento jurídico vigente (NEVES; RESENDE, 2020).

Assim, esse direito de exigir do autor do delito o cumprimento da obrigação prevista na sanção penal, concretizado pelo dever de abster-se de qualquer resistência contra os órgãos estatais que executam a pena, não pode ser de qualquer maneira, isto é, sem um processo regular que assegure a aplicação da lei penal. Daí entende-se que o processo penal, dotado de regras bem definidas e de princípios e garantias individuais asseguradas pela Constituição, é o instrumento que legitima *ius puniendi* do Estado.

Isso ocorre porque a aplicação do direito penal pode resultar, dentre outras sanções, na privação da liberdade de locomoção - direito fundamento imprescindível em um Estado Democrático de Direito. Portanto, é necessário que a própria Constituição Federal estabeleça regras de observância obrigatória em um processo penal. (LIMA, 2020, p. 41).

Feitas essas considerações sobre a importância do processo penal como instrumento útil à tutela jurisdicional (legitimador do direito de punir do Estado) faz-se necessário conceituar sistema processual penal. Para Rangel (2019), o sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais que estabelece as diretrizes norteadoras à aplicação do direito penal a cada caso concreto, conforme o momento político do Estado. Doutrinariamente, os sistemas processuais penais

classificam-se em inquisitório, acusatório e misto, os quais serão devidamente abordados nos tópicos seguintes.

A respeito da classificação doutrinária dos sistemas penais, Lopes Jr. (2019) ensina que não existem mais sistemas puros, pois todos são mistos. O que deve ser levado em consideração para classificar um sistema penal em acusatório ou inquisitório é identificar o seu princípio informador, ou seja, seu núcleo fundante, pois esse critério classificador é de extrema relevância. Assim, mesmo o sistema misto, na sua essência é inquisitório ou acusatório, a depender do princípio que informa o núcleo.

Em complemento, Rangel (2019) aduz que os sistemas processuais são resultados do momento político, pois à medida que o Estado se aproxima do autoritarismo, os direitos e garantias individuais do acusado são reduzidos. Por sua vez, ao aproximar-se do Estado Democrático de Direito, essas mesmas garantias constitucionais lhe serão asseguradas.

Este artigo não tem por escopo abordar a evolução histórica de cada tipo de sistema penal, de forma pormenorizada, porém é importante identificar suas principais características e aspectos jurídicos necessários para análise da (in)compatibilidade do art. 156, I, do Código de Processo Penal, a partir das interações existentes entre o juiz e os sujeitos (ativo e passivo) da relação processual, conforme sistema penal adotado.

3.1 Sistema inquisitorial

O sistema inquisitorial tem como característica principal a gestão probatória nas mãos de uma única pessoa: o juiz, chamado de juiz inquisidor, que aglutina as funções de julgador, defensor e acusador. Além disso, ele também apresenta como características a inexistência do contraditório pleno, desigualdade entre as partes, sigilo processual e ausência de debates orais.

É lícito ao juiz, no sistema penal inquisitorial, desencadear o processo criminal *ex officio*, sem a obrigatoriedade de que haja uma acusação pelo ofendido ou pelo órgão público, pois ele possui ampla iniciativa probatória e liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso do inquérito, seja na fase processual. A gestão da prova no sistema inquisitorial fica concentrada nas mãos do juiz, permitindo-lhe concluir sobre os fatos da maneira que desejasse (LIMA, 2020).

Percebe-se que no sistema inquisitorial o acusado não é sujeito de direitos, mas mero objeto do processo. Ademais, no exercício de seus poderes investigatórios, o magistrado faz uso de todos os meios e métodos para a completa investigação do fato

criminoso, com o propósito de reconstruí-lo de forma ampla, na busca de uma verdade material, absoluta, o que na maioria das vezes é inalcançável.

Outro aspecto evidente nesse tipo de sistema é uma “mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais.” (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Apesar de o sistema inquisitorial ter sido superado pelo tempo, com seu predomínio durante os séculos XVIII e XIX, alguns regimes políticos contemporâneos, em especial os totalitários, guardam em seus regramentos normativos dispositivos legais com características ou resquícios inquisitoriais.

3.2 Sistema Acusatório

Ao contrário do sistema inquisitorial, o sistema acusatório é próprio dos regimes democráticos e possui como característica a separação das funções de acusar, defender e julgar, que devem ser atribuídas a pessoas diferentes. Isso ocorre de modo a garantir a ampla defesa e o contraditório, princípios essenciais para tutela do devido processo legal, bem como a imparcialidade.

Essa separação de funções que define o sistema acusatório não é suficiente para sua caracterização, pois enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória a imparcialidade do juiz não estará resguardada. Assim, caso o juiz usurpe das atribuições do órgão estatal de acusação, explícita ou implicitamente, de nada adiantará a existência de pessoas diversas para essas funções (LIMA, 2020).

Nesse sentido, a iniciativa de produção de provas no sistema penal acusatório não é atribuída ao juiz, mas às partes, através da dialética processual, cabendo à acusação, enquanto detentora do ônus probatório, o papel de influenciar o convencimento do magistrado de modo a superar a presunção de inocência do acusado. Como não compete ao magistrado a busca da prova, uma vez que tal faculdade é atribuída à acusação, o julgador, em tese, não possui convicção e nem ideias pré-concebidas sobre o acusado que possam interferir em seu julgamento (LEITE *et al*, 2019).

Não menos importante é o fato de que as decisões judiciais, devidamente fundamentadas, não têm como suporte um sistema hierarquizado de provas. No entanto, ao julgar, o magistrado dispõe, conforme o princípio da persuasão racional, de ampla liberdade na sua valoração, assim a sua convicção é formada sobre os fatos

narrados a partir da apreciação das provas apresentadas pelas partes, provas estas que possuem o mesmo valor legal, além do mesmo prestígio.

Outro aspecto relevante nesse modelo de sistema é a isonomia processual, ou seja, tanto a acusação como a defesa devem estar em posição de equilíbrio processual de maneira que lhes sejam asseguradas idênticas oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios, para que possam demonstrar o que alegam (AVENA, 2017).

A Constituição Federal de 1988, por meio do art. 129, I, adotou, implicitamente, o sistema penal acusatório, ao atribuir ao Ministério Público a competência para promover, privativamente, a ação penal pública, além de instituir várias garantias e direitos fundamentais.

Embora o texto constitucional não reporte de forma expressa a adoção do sistema acusatório, vários elementos presentes asseguram essa conclusão, como por exemplo, a privatividade do Ministério Público para o exercício da ação penal pública, a garantia do devido processo legal a todos os acusados, a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o julgamento por um juiz competente e imparcial (PRADO, 2005).

Conclui-se que a principal diferença entre o sistema penal acusatório e o inquisitorial é, indubitavelmente, a gestão da prova e a posição dos sujeitos no processo. No sistema acusatório há uma paridade entre os sujeitos, cabendo às partes a iniciativa pelo lastro probatório, e ao juiz o dever de motivar suas decisões judiciais a partir das provas apresentadas, observando os princípios da imparcialidade, contraditório e ampla defesa, como forma de assegurar o devido processo legal.

3.3 Sistema Misto

O sistema misto, como o próprio nome sugere, resulta da mescla de características dos dois sistemas anteriores, com predomínio da forma inquisitiva na fase pré-processual (a exemplo da faculdade que assiste ao juiz na produção de provas *ex officio*), e da acusatória na fase processual.

A primeira fase do sistema misto possui natureza inquisitiva e é destituída de publicidade e ampla defesa, não apresenta acusação e, conseqüentemente, não há o contraditório. Essa fase é destinada à apuração da materialidade e autoria de crime, por meio de investigação preliminar e instrução preparatória. Já a segunda fase, nitidamente acusatória, com predomínio da isonomia processual, tem como

características, em regra, a publicidade, a oralidade, a ampla defesa e o contraditório (LIMA, 2020).

Alguns doutrinadores, dentre estes Aury Lopes Júnior, entendem que o sistema misto não é um sistema processual penal propriamente dito, uma vez que inexistente, nesta espécie, princípio informador capaz de identificar seu núcleo fundante. Em suma, o fato de não possuir um princípio norteador o desqualifica como um sistema penal, apesar de a maioria dos sistemas atuais não serem puros (LOPES JR., 2019).

Ademais, não se pode sustentar a existência de um sistema misto usando como argumento o fato de existir uma fase inquisitiva (pré-processual) e outra acusatória (processual), pois a fase investigativa é prescindível.

Outros doutrinadores entendem que o Brasil adotou o sistema misto. Tal entendimento se baseia nas características e resquícios inquisitoriais do Código de Processo Penal, atrelados à ideia de que bastaria a mera separação inicial das funções de acusar e julgar, não levando em conta a importância do princípio informador que norteia cada sistema processual penal.

4 A INCOMPATIBILIDADE DO ART. 156, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM O SISTEMA PENAL ADOTADO NO BRASIL

Antes de enfrentar o cerne da questão é necessário que se faça uma análise, com base no que já foi apresentado, do conteúdo do art. 156, do Código de Processo Penal, em especial do inciso I, para verificar a sua incompatibilidade com o sistema penal adotado no Brasil sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

O supracitado artigo teve sua redação original alterada pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que trouxe como inovação a possibilidade de atuação de ofício do juiz na produção de provas.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre

ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)(BRASIL, 1988).

Com a nova redação, atribuiu-se ao juiz a possibilidade de iniciativa probatória, não só na fase processual como também no curso da investigação criminal, garantindo-lhe poderes investigatórios e instrutórios. Assim, ao magistrado foi facultada a produção de provas sem a necessidade de serem requeridas pelas partes (acusação e defesa).

A questão, no entanto, é complexa e controversa, pelo fato de despertar na doutrina e na jurisprudência desconforto. Para alguns doutrinadores, a possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz remete ao sistema inquisitorial, no qual as funções de julgar e acusar se concentram em uma só pessoa, violando assim o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, representando, pois, um verdadeiro retrocesso jurídico.

No entanto, mesmo com a adoção do sistema acusatório pelo texto constitucional, a doutrina brasileira, majoritariamente, classifica o sistema penal brasileiro como misto, pois preserva características inquisitoriais, facilmente identificadas na fase de investigação criminal, e acusatórias, presentes na fase processual, como já abordado anteriormente.

Vale destacar que esses resquícios inquisitoriais remontam da origem do Código Processual Penal brasileiro de 1941, criado a partir de uma concepção ditatorial, anterior ao advento da Constituição de 1988 e sob forte influência do código fascista italiano de 1930, denominado Código Rocco, cujas bases eram notoriamente autoritárias (SANTOS; SANTIAGO, 2020).

Nesse sentido, Nucci (2015) afirma que o sistema adotado no Brasil é misto. Segundo ele, mesmo que a Constituição Federal de 1988 tenha delineado vários princípios processuais próprios do sistema acusatório, não o impõe, pois, as regras processuais penais são realmente criadas pelo Código de Processo Penal.

Em sentido contrário, Lopes Jr (2029), ao discorrer sobre sistemas penais, aduz que a afirmação de que um sistema é misto é absolutamente insuficiente e ilusória, uma vez que hodiernamente não existem mais sistemas puros. A questão relevante é identificar qual é o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório, cuja gestão da prova concentra-se nas mãos do juiz, ou acusatório, com a gestão da prova nas mãos das partes.

Compreender qual é o sistema penal adotado pelo Brasil, suas características, princípios e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, é essencial para uma abordagem crítica acerca da incompatibilidade do art. 156, I do CPP, no tocante à atuação do juiz na produção de provas, de ofício, na fase de investigação criminal.

Aliado a isso, acrescenta-se o fato de que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o advento do Estado Democrático de Direito e a incorporação de inúmeros Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ao nosso ordenamento jurídico, fez o juiz assumir uma nova posição no processo: atuar na provisão da tutela jurisdicional, assegurando aos acusados as garantias e os direitos fundamentais e estabelecendo o controle de legalidade dos atos praticados.

Feitas essas considerações, é temerária a investidura de poderes investigatórios ao juiz, com a possibilidade de persecução probatória de ofício, mesmo que o dispositivo penal, objeto deste artigo, discipline seu caráter excepcional. A preservação da parcialidade, da análise e do julgamento do processo pelo magistrado restará comprometida.

O fato do art. 156, I, do Código de Processo Penal atribuir essa iniciativa ao juiz apenas quando as provas forem consideradas urgentes e necessárias, ainda que sob o manto da adequação, proporcionalidade e excepcionalidade da medida, viola princípios indisponíveis da Constituição Federal.

Apesar da contradição acerca do sistema penal adotado, discutido anteriormente, parece difícil conceber, conforme se extrai da leitura do dispositivo normativo em comento, a figura de um juiz imparcial que seja ao mesmo tempo gestor da prova, ainda que supletivamente.

Essa possibilidade de persecução probatória pelo juiz de ofício não pode ainda ser defendida sob o argumento de que as provas produzidas possam ser úteis tanto para a parte que acusa como para a defesa, já que o foco dessa problemática deve ser analisado segundo preceitos e princípios constitucionais já consagrados e não sob a ótica, exclusiva, de normas infraconstitucionais.

Portanto, conforme discussão apresentada nesta seção é possível concluir que é inadmissível a atuação do juiz na tentativa de suprir possíveis deficiências das partes, na fase investigativa, pois a produção de provas de ofício pelo juiz no inquérito é flagrante inconstitucional.

4.1 O mito da verdade real

É necessário ressaltar que a corrente doutrinária que defende pela constitucionalidade do art.156, I, do Código de Processo Penal, assume essa posição por entender que o magistrado, responsável na direção do processo, não pode ser mero expectador passivo, devendo utilizar todos os meios que lhes são permitidos e acessíveis para buscar a verdade real dos fatos. Essa verdade real justifica a atuação de ofício do juiz na produção de provas.

Mas afinal, o que seria a verdade real dos fatos? Ao discorrer sobre esse tema, Nucci (2015) explica que a verdade real implica provocar no espírito do magistrado um inconformismo com as provas que lhe são apresentadas, uma ruptura à passividade, tendo em vista que direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica, e até mesmo honra, podem ser afetados seriamente em caso de uma possível condenação criminal.

Em resumo, pelo princípio da verdade real ou material, o juiz deve buscar as provas, independentemente se requeridas pelas partes, não devendo se contentar com aquilo que a ele é apresentado, ou seja, o magistrado atua como coautor na produção de provas. Com efeito, o juiz deve buscar a verdade que mais se aproxima com o que realmente aconteceu.

Lopes Jr. (2019), por sua vez, preleciona que a busca da verdade real é inalcançável, de certo que está intimamente relacionada ao modelo de sistema inquisitório e com a figura do juiz-ator (inquisidor). Sob essa ótica, a verdade não pode ser legitimante do processo, até porque não se busca na sentença a sua revelação. O importante é entender que as decisões judiciais ocorrem a partir do convencimento do julgador, que se forma à luz do contraditório, com respeito às regras do devido processo, e que a verdade é contingencial, acidental, e não estruturante do processo.

É com o que concorda Lima (2020), ao afirmar que a verdade absoluta, no âmbito do processo penal atual, é impossível de ser atingida, pois por mais contundente e robusta a prova produzida em juízo, ela é incapaz de garantir ao magistrado um juízo de certeza absoluta. Dessa forma, o processo penal não possui a pretensão pela busca da verdade real, mas sim uma aproximação da realidade.

Khaled Jr. (2013), acrescenta que por meio do mito da busca da verdade, é possível legitimar discursivamente toda uma estrutura de poder jurídico repressivo, em clara desconformidade com os objetivos estipulados pela República Federativa do Brasil, e, apesar dessa constatação, ainda é utilizado para justificar a iniciativa probatória pelo juiz.

A extrema necessidade pela busca da verdade real como argumento justificativo a respeito da constitucionalidade do art. 156, I, do Código de Processo Penal esbarra na necessidade de submissão das provas, apresentadas pelas partes, ao contraditório e à garantia ao princípio da imparcialidade.

Conclui-se que o processo penal não tem como finalidade a busca da verdade, tampouco negá-la. A reflexão a ser feita, principal ponto dessa abordagem, é que a busca pela verdade, a todo custo, remete ao sistema inquisitorial, contrariando, assim, todos os preceitos normativos e princípios consagrados no texto constitucional que ratificam a adoção do sistema acusatório pelo ordenamento pátrio.

4.2 O princípio da imparcialidade do juiz

Na fase pré-processual da persecução penal, alguns princípios, em razão do próprio caráter inquisitivo do inquérito, não são assegurados. A exemplo disso tem-se o contraditório, razão pela qual a atuação ativa do magistrado na produção probatória e posterior julgamento com base em algo que ele mesmo produziu, diante de um acusado desprovido de meios de defesa adequados, é flagrante inconstitucional.

O magistrado, ao atuar de forma proativa na persecução criminal, pode desequilibrar a disputa processual, uma vez que sua interferência na função do órgão acusatório compromete sua imparcialidade, ao tempo que passará a constituir, em seu íntimo, elementos de convicção, em razão do contato que teve na fase de inquérito (SANTOS; SANTIAGO, 2020).

Com relação à imparcialidade, Ferrajoli (2002, p. 462) afirma que “o juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa”. A imparcialidade deve ser compreendida como um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível não só para seu desenvolvimento normal, como também requisito necessário para obtenção da justa tutela jurisdicional (LOPES JR., 2020).

Diante disso, a previsão de iniciativa de produção de provas *ex officio* pelo juiz, esculpida no art. 156, I, do Código de Processo Penal, norma essa infraconstitucional, contrapõe-se com o princípio garantidor da imparcialidade do juiz, previsto na Constituição Federal de 1988.

5 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL COM RELAÇÃO À INICIATIVA PROBATÓRIA PELO JUIZ

Diante da importância do tema, faz-se necessário trazer a este artigo o posicionamento da Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.570, que declarou inconstitucional o art. 3º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, que institui poderes investigatórios ao juiz.

Em breve resumo, o artigo em comento trouxe em seu texto a possibilidade de realização de diligências pessoalmente pelo juiz, em qualquer fase da persecução criminal, nos delitos praticados por organizações criminosas, para acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, com intuito de colher elementos de investigação e formação de provas.

A referida ADI, proposta pelo Ministério Público Federal, foi julgada em 12 de fevereiro de 2004 e teve como relator o Ministro Maurício Corrêa. Como principal argumento, o Ministério Público Federal alegou o comprometimento da imparcialidade do juiz ao valorar provas produzidas por ele mesmo, violando, assim, o princípio acusatório (MAIA, 2015).

Na ocasião, o STF entendeu que o referido artigo criava um procedimento excepcional, não previsto no ordenamento jurídico pátrio e não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, uma vez que permitia ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. (BRASIL, 2004). Percebe-se que o art. 3º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, que previa a possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz na fase investigatória, aliás, em qualquer fase da persecução penal, apresentava a mesma previsão hodiernamente disposta no art. 156, I, do Código de Processo Penal.

Outro julgado importante pelo STF, que aconteceu em 2008, com a mesma temática em relação aos poderes persecutórios do juiz, foi o *Habeas Corpus* nº 94.641/BA, de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Na época, o *habeas corpus*, concedido de ofício pelo STF, foi impetrado em favor do condenado pelo crime de atentado violento ao pudor contra a própria filha. Neste episódio, o STF considerou a impossibilidade de o magistrado atuar, num primeiro momento, em procedimento de investigação de paternidade, no qual realizou a produção de provas e, posteriormente, julgou o mencionado processo criminal, fazendo uso das provas colhidas no procedimento investigativo.

Apesar do julgado em apreço ter sido declarado inconstitucional e estar claro que a prática de atos de natureza instrutória, de ofício, pelo juiz viola o princípio da imparcialidade, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre eventual inconstitucionalidade do art. 156, I, do Código de Processo Penal. Assim, com base na

análise jurisprudencial a respeito desse tema, é pacífico o entendimento pelos tribunais da possibilidade de atuação do magistrado, conforme prevê o supramencionado artigo, apesar da maior parte da doutrina moderna posicionar-se contrária a essa previsão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo buscou-se analisar o teor do inciso I, do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao juiz, de ofício, ainda que de forma supletiva e excepcional, a iniciativa probatória na fase pré-processual, mesmo observando a necessidade, adequação e proporcionalidade, sob a luz do texto constitucional.

Essa análise não poderia ser diferente, pois com o advento da Constituição Federal de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, todas as demais normas infraconstitucionais, e aqui se enquadra o Código de Processo de Penal, deveriam adequar-se aos preceitos e princípios constitucionais.

Apesar de alguns doutrinadores defenderem a ideia de que o Brasil adotou o sistema penal misto, a Constituição Federal de 1988, por meio da consagração expressa de princípios fundamentais, como a imparcialidade do juiz, a presunção de inocência do acusado e o devido processo legal, adotou o sistema penal acusatório, cuja característica principal é a separação das funções de julgar, acusar e defender, atribuídas a sujeitos diferentes do processo penal.

Além da separação das funções, outra característica do sistema penal acusatório é seu núcleo fundante, pois seu princípio dispositivo atribui às partes a gestão na produção de provas, e ao juiz a função, além da atividade jurisdicional, de garantidor de direitos individuais na condução e direção do processo.

A gestão da prova é fundamental para a garantia da imparcialidade do juiz no processo penal, pois, uma vez sob sua gerência, as provas por ele produzidas, de ofício, poderão ser indevidamente valoradas, formando elementos de convicção prejudiciais ao julgamento. Em suma, o magistrado já teria um pré-julgamento constituído, em virtude da contaminação das provas colhidas por ele próprio no inquérito, interferindo, talvez até inconscientemente, nas suas decisões judiciais.

A doutrina diverge sobre quem deve gerir a prova no processo penal. Aqueles que defendem que a gestão da prova deve estar na mão do juiz têm como argumento o fato de que, no processo penal, a busca pela verdade real dos fatos é imprescindível, ou seja, a verdade é estruturante e fundante do processo. Entretanto, no tocante a

direitos e garantias individuais, é importante destacar que a busca pela verdade real é resquício de sistema inquisitorial, e, portanto, incompatível com o texto constitucional.

Por outro lado, a corrente doutrinária que refuta a gerência da prova pelo juiz, entende que o processo deve ser pautado pela verdade processual ou formal, e que a busca pela verdade real é imaginária e falaciosa. O juiz, portanto, deve analisar e valorar as provas apresentadas pelas partes, em contraditório, e decidir de forma fundamentada, a partir do seu livre convencimento motivado.

No que diz respeito ao posicionamento jurisprudencial sobre o art. 156, I, do Código de Processo Penal, apesar da Suprema Corte ter sido desfavorável à previsão da iniciativa probatória do juiz de ofício na fase de investigação criminal em alguns julgados, inclusive com a declaração de inconstitucionalidade, vide ADI nº 1.570, entende que o artigo supracitado não é inconstitucional.

Por fim, mesmo com sua vigência, não resta dúvida que o dispositivo normativo acima, que amplia os poderes instrutórios conferidos ao juiz, é uma afronta ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal e uma violação ao princípio da imparcialidade e da paridade das armas.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. C. P. **Processo penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1570**. Relator: Min. Maurício Corrêa, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>. Acesso: 19 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpusn. 94.641**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de novembro de 2008. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2506652&ext=RTF>. Acesso: 04 abr. 2020.

BELO, J. A. *et al.* A iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro. **Libertas: Revista de Ciências Sociais Aplicadas**, v. 5, n. 1, p. 79-103, 24 jun.2019.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KHALED JR. S. H. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

LEITE, C. F. G. *et al.* **Gestão da prova no processo penal**: atuação de ofício do magistrado em face do sistema acusatório. 2019. Disponível em: http://www.eventos.ajes.edu.br/iniciacao-cientifica/uploads/arquivos/5dd896a36f5f5_9.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAIA, R. da S. O juiz e a gestão da prova no direito processual penal brasileiro. Análise a partir dos arts. 155 e 156, modificados com a Lei nº 11.690/2008. **De Jure – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, v. 14. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/281393113_O_juiz_e_a_gestao_da_prova_no_direito_processual_penal_brasileiro_Analise_a_partir_dos_Arts_155_e_156_modificados_com_a_Lei_n_116902008. Acesso em: 07 dez. 2020.

NEVES, L. J. das; RESENDE, R. C. O Código de Processo Penal brasileiro e o sistema acusatório implementado pela lei n. 13.964/19. **Dom Helder Revista de Direito**, v.3, n.6, p. 123-141, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/dhrevistadedireito/article/view/1914/25041>. Acesso em: 12 abr. 2021.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, G. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, P. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SANTOS, T. S; SANTIAGO, E. A. Garantismo, sistema acusatório e a produção de prova *exofficio* pelo magistrado. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 59, p.210-233, abr/jun. 2020.

Disponível em

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4088/371372403>.

Acesso em: 13 mar. 2021

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.

ABANDONO AFETIVO E A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ANTÔNIO LUIZ MACHADO CRESPO:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Luterano de Manaus –
CEULM/ULBRA.

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO³

(orientador)

RESUMO: O presente artigo aborda o abandono afetivo nas relações familiares e o dever de indenizar. Até pouco tempo, a relação entre dano moral e o “Direito de Família” ocorria somente em âmbito conjugal, principalmente no que consistia à dissolução de um casamento. Atualmente, representa um tema polêmico nas indenizações propostas pelos filhos em decorrência da negligência afetiva e aos deveres inerentes ao poder familiar. Portanto, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a problemática do abandono afetivo nas relações familiares e o dever de indenizar. Para atingir aos objetivos propostos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, uma vez que utilizou-se de doutrinas, livros, artigos e demais materiais que embasasse o tema ora proposto. Tendo em vista a gravidade do comportamento do abandono e rejeição sobre os filhos, conclui-se que tendo em vista a gravidade do comportamento de abandono e rejeição sobre os filhos, o sistema jurídico estabelece penalidades para o abandono dos pais, que ordena a suspensão ou a retirada da autoridade parental. No entanto, além de ser ineficaz, essas medidas não se destinam a reparar os danos causados, na maioria dos casos. Por esta razão, a aplicação do princípio da responsabilidade civil tem sido considerada em relação à paternidade, visando principalmente à reparação dos danos sofridos pela criança, bem como alertando os pais sobre a importância do bom desempenho das suas funções e do cuidado e desenvolvimento de seus filhos.

Palavras-chaves: Família. Afeto. Indenização.

ABSTRACT: This article addresses the emotional abandonment in family relationships and the duty to compensate. Until recently, the relationship between moral damage and “Family Law” occurred only in the marital sphere, especially in the dissolution of a marriage. Nowadays, it represents a controversial theme in the indemnities proposed by the children due to the affective negligence and the inherent duties of the family power. Therefore, the general objective of this paper is to analyze the problem of

³ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

emotional abandonment in family relationships and the duty to compensate. To achieve the proposed objectives, we used the exploratory bibliographic research, since it was used doctrines, books, articles and other materials that supported the theme proposed here. In view of the gravity of child abandonment and rejection behavior, it is concluded that in view of the gravity of child abandonment and rejection behavior, the legal system provides for penalties for parental abandonment, which orders suspension or the withdrawal of parental authority. However, in addition to being ineffective, these measures are not intended to repair the damage caused in most cases. For this reason, the application of the principle of civil liability has been considered in relation to paternity, mainly aiming at the reparation of the damages suffered by the child, as well as alerting the parents about the importance of the good performance of their functions and the care and development of their children.

Keywords: Family. Affection. Indemnity.

INTRODUÇÃO

A dignidade humana é inviolável e deve ser respeitada e protegida. A dignidade da pessoa humana não é apenas um direito fundamental em si, mas constitui a base dos direitos fundamentais no direito internacional e no âmbito constitucional brasileiro.

Há algum tempo, seria impossível estabelecer uma relação entre o “dano moral” e o “Direito de Família”. No entanto, após o advento da Constituição da República do Brasil, em 1988, estabeleceu-se um novo conceito à família e elevou a dignidade da pessoa humana ao auge dos direitos fundamentais, fazendo com que as relações familiares sofressem um fenômeno conhecido como despatrimonialização, centrando-se principalmente na pessoa de seus membros e no afeto.

Como resultado, surgiram demandas em relação a possíveis violações a essa tão protegida dignidade humana, inclusive na esfera afetiva. No entanto, as ações ajuizadas a título de danos morais nas relações afetivas permaneciam no âmbito conjugal. A ideia de que pudesse haver uma lide entre pais e filhos era um tanto repulsiva.

Embora seja um tema polêmico, discutir o abandono afetivo é muito relevante, considerando as ações propostas por filhos no Judiciário, os quais requerem indenização por danos morais em detrimento do sofrimento vivido por negligência afetiva. Conforme Canezin (2006), o abandono afetivo pode ser definido como a falta do cumprimento dos pais para com os seus filhos, com relação aos deveres inerentes ao poder familiar, mais especificamente das obrigações de ordem afetiva.

Diante do exposto, surge o seguinte questionamento: Há possibilidade de responsabilização civil por danos morais decorrente de abandono afetivo nas relações familiares?

Desta maneira, o objetivo geral do presente artigo é analisar a problemática do abandono afetivo nas relações familiares e o dever de indenizar. Como objetivos específicos tem-se: Conceituar família e sua evolução histórica; Estudar o abandono afetivo e suas consequências e correlacionar ao princípio da dignidade humana como fundamento para a defesa das questões relacionadas ao abandono afetivo; e; Descrever o abandono afetivo na atualidade, com embasamento em legislações, doutrina e jurisprudências.

Para a evolução deste trabalho, adotou-se o método dedutivo, procedimento de caráter exploratório e pesquisa bibliográfica.

Além desta introdução, apresenta-se o embasamento teórico que versa sobre a evolução histórica da família, o afeto e a dignidade humano bem como os conceitos atinentes à responsabilidade civil sobre o abandono afetivo. Na sequência, a metodologia empregada, os resultados, bem como as conclusões oriundas da pesquisa.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1 EVOLUÇÃO DO HISTÓRICO FAMILIAR

Um conceito chave nas ciências sociais e, especialmente, na demografia e sociologia, é o de família. Segundo Minuchin (2009), a família é geralmente considerada como uma importante instituição social e um lugar de grande parte da atividade social de uma pessoa. É uma unidade social criada por sangue, casamento ou adoção, e podem ser descritos como nucleares (pais e filhos) ou estendida (que engloba outros parentes).

Segundo Dias e Pereira (2010), desde os tempos mais remotos da história social, o poder familiar vem ganhando moldes e formas, altamente variáveis. Antigamente, o cônjuge homem exercia o pátrio poder, sendo ele o chefe do lar, pessoa que determinava as regras e diretrizes à serem seguidas pelos membros da família, na qual a genitora/esposa e os filhos submetiam-se às suas orientações, muitas vezes impositivas.

Família pode parecer um conceito simples, mas não existe uma definição simples da família. Em seus termos mais básicos, uma família é um grupo de indivíduos

que compartilham um vínculo legal ou genético, mas para muitas pessoas, a família significa muito mais, e até mesmo a simples ideia de laços genéticos pode ser mais complicado do que parece.

Quase toda pessoa em nossa sociedade começa a vida em uma família de algum tipo. O tipo de família influencia o tipo de pessoa que se é. Nas famílias, as crianças primeiro encontram conceitos de certo e errado, assim como modelos que moldam seu senso do que é possível para eles fazerem e serem. As famílias são uma importante escola de aprendizado moral, mas muitas delas ensinam desigualdade e subordinação, não princípios de justiça (OKIN, 2019).

De acordo com Rachels (2014), Platão também reconheceu a importância da família para o desenvolvimento moral dos indivíduos. Famílias inibem ou promovem talentos e habilidades das crianças. No livro V da República, Sócrates descobre que, quando os teóricos da justiça levam em conta os efeitos profundos e frequentemente injustos da família no desenvolvimento do potencial das crianças, eles serão forçados a concluir que a família deve ser abolida.

As famílias são escolas de aprendizado moral, mas são mais que isso. Os pais desempenham um papel extremamente importante na vida de seus filhos dependentes. O Estado precisa regular as famílias para assegurar que todas as crianças sejam educadas, sejam inoculadas contra doenças contagiosas e tenham suas necessidades básicas atendidas. Nenhum Estado pode ser indiferente se as crianças crescem ou não para serem membros literatos e funcionais de sua economia. Por esta razão, todas as sociedades fornecem algum grau de educação financiada pelo público para as crianças. Todo o Estado também depende, pelo menos em parte, do trabalho de cuidar e criar filhos, trabalho que hoje é esmagadoramente feito pelas mulheres (SILVA, 2008).

Supõe-se geralmente que a família moderna tem sofrido transformações significativas em sua estrutura. As pessoas são informadas de que mudanças sociais têm contribuído para uma redução acentuada na porcentagem de famílias clássicas "típicas", principalmente famílias "nucleares". Estas configurações têm dado lugar às famílias sem filhos, famílias monoparentais e unidades semifamiliares baseadas em coabitação não marital. Este argumento do declínio tem sido avançado para um número de décadas, mas pouca investigação foi conduzida para testar a premissa. Dias e Pereira (2010) discordaram dessa conclusão e apontou que o tamanho das famílias foi ficando menor e a mobilidade foi separando algumas famílias, mas a família permanece como uma instituição social funcional.

A família vem-se transformando através dos tempos, acompanhando as mudanças religiosas, económicas e sócio-culturais do contexto em que se encontram inseridas. Esta é um espaço sócio-cultural que deve ser continuamente renovado e reconstruído; o conceito de próximo encontra-se realizado mais que em outro espaço social qualquer, e deve ser visto como um espaço político de natureza criativa e inspiradora. Assim, a família deverá ser encarada como um todo que integra contextos mais vastos como a comunidade em que se insere. A família é um sistema de membros interdependentes que possuem dois atributos: comunidade dentro da família e interação com outros membros (STANHOPE, 2009, p. 492).

A família tradicional é composta de um pai, mãe e filhos. Esta é a família mostrada na televisão como a família padrão. No entanto, o século XXI apresenta uma variedade de unidades familiares, algumas muito diferentes do padrão dos anos 50. Hoje, as crianças também são muitas vezes criadas em lares monoparentais, pelos avós ou pelos pais homossexuais. Algumas famílias optam por não ter filhos, ou não podem ter filhos devido a alguma barreira médica ou emocional. A ideia de que os pais e as crianças fazem uma família é uma definição básica; No entanto, a fim de reconhecer de forma precisa outras estruturas da família, uma definição mais ampla é necessária.

Para Minuchin (2009), é inesgotável o repertório de como organizar-se em família e atribuir significados às gerações, à sexualidade, à aliança entre grupos e indivíduos, e é impossível um formato único que dê conta da complexidade da família e das relações humanas.

Desta forma, para Silva (2008), a estrutura da família tradicional veio se modificando, a pílula anticoncepcional diminuiu o número de filhos e liberou a sexualidade. A mulher estabelece uma relação mais simétrica com seu parceiro, o pátrio poder ficou abalado. O número de separações e divórcios vem aumentando e as famílias vão se organizando mais de acordo com os desejos antes reprimidos. Aumenta o número de mulheres sozinhas com os filhos, e a gravidez não programada dos adolescentes faz com que avós mulheres jovens cuidem de filhas e netos. As distâncias intergeracionais diminuem.

1. 2 O AFETO E A DIGNIDADE HUMANA

As bases para uma boa saúde mental são estabelecidas no desenvolvimento emocional que ocorre na primeira infância e depois na infância e parece depender da qualidade e frequência da resposta a um bebê ou criança de um pai ou responsável

principal. A resposta dos pais às emoções ou comportamentos expressivos do bebê geralmente resulta na formação de um vínculo de apego entre os dois. Esse vínculo se desenvolve nos primeiros meses e anos de vida e está intimamente ligado à resposta comportamental do pai e ao ciclo contínuo de interação pai-filho.

Minuchin (2009) propôs que para humanos, e para bebês em particular, a sobrevivência depende em certa medida de ter acesso a tal figura de apego, geralmente um pai e mais comumente a mãe. Essas experiências de apego têm uma influência profunda no desenvolvimento de outras relações interpessoais que se formam na infância ou na vida adulta, e têm implicações na maneira como os adultos se relacionam subsequentemente com seus próprios filhos.

Quando uma criança experimenta um relacionamento afetivo, íntimo e contínuo com sua mãe ou outro cuidador, essa criança prosperará. Por outro lado, um pai que não responde ou responde inadequadamente às necessidades da criança aumentaria a probabilidade de a criança ficar ansiosa e insegura em seu apego.

Se um pai inadvertidamente ou deliberadamente se envolve em um padrão de respostas emocionais inadequadas, pode-se dizer que a criança sofreu abuso emocional. O abuso emocional (também denominado abandono afetivo) é o menos estudado de todas as formas de maus-tratos infantis e sua etiologia (isto é, teorias de causalidade) é menos desenvolvida (CAVALIERI FILHO, 2008).

A pesquisa sobre o impacto e a prevalência do abandono afetivo tem sido atormentada por divergências sobre como defini-lo, medi-lo e tratá-lo. O fracasso em superar essas questões foi considerado uma explicação para a omissão do abuso emocional na maioria das agendas políticas e programas de pesquisa. A relação precisa entre o abandono afetivo e outras formas de maus-tratos atualmente não é conhecida.

Não apenas o abandono afetivo parece ser a forma mais prevalente de maus-tratos infantis, mas alguns profissionais acreditam que ele produz as consequências mais destrutivas. Os efeitos do abandono afetivo podem se manifestar na sensação de impotência e inutilidade frequentemente experimentada por crianças abusadas fisicamente, no sentido de violação e vergonha encontrada em crianças abusadas sexualmente, ou na falta de estimulação ambiental e suporte para o desenvolvimento normal encontrados em crianças negligenciadas (STOCO, 2015).

O significado da palavra "dignidade" sofreu uma mudança substancial já que esse valor surgiu na sociedade da Roma antiga até que foi incorporado à cultura cristã-ocidental: uma conquista individual passou a ser inerente à condição humana.

Durante a Idade Média, com o debate nos círculos intelectuais sobre a relação entre Deus e o homem, a ideia de *dignitas* passou a ser utilizada como forma de distinção entre homem e outras criaturas, como apresentado por Cícero. Os humanistas tentaram reconciliar o pensamento clássico e a teologia dogmática, enfatizando a ideia de humanidade como tendo dignidade, porque o homem é feito à imagem de Deus, distinguindo o homem das outras espécies.

Como argumenta Martins (2014, p. 14):

A expressão “dignidade da pessoa humana” define o estatuto ontológico do homem, que, em última análise deriva das concepções fundamentais do Ocidente criado pela fusão do monoteísmo judaico-cristão com os derivados de concepções clássicas e humanistas dos homens.

O Catecismo da Igreja Católica incorpora essa ideia de homem como feito à imagem de Deus como centro da sua concepção de dignidade humana. De todas as criaturas visíveis, só o homem é capaz de conhecer e amar o seu Criador. Ele é a única criatura na terra que Deus quis por si mesmo, e só ele é chamado a partilhar, pelo conhecimento e pelo amor, na própria vida de Deus. Foi para este fim que ele foi criado, e esta é a razão fundamental da sua dignidade... Ser à imagem de Deus, o indivíduo humano possui a dignidade de uma pessoa, que não é só alguma coisa, mas alguém (ANDRADE, 2013).

As ideias que se seguem são baseadas no pressuposto de que a dignidade humana é um conceito valioso com importância crescente em termos constitucionais, e que pode desempenhar um papel central nas decisões que envolvem questões moralmente complexas. Já passou da hora de considerar dignidade de ser um conceito mais substantivo no discurso legal; muitas vezes, ele serve apenas como um ornamento retórico, uma embarcação de conveniência para um conceito relacionado (SARLET, 2009).

A autora supracitada assinala ainda que:

A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais. É nesse contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação

entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa (SARLET, 2009, p. 46).

Na mesma linha de raciocínio, Clève (2003) destaca que a dignidade humana tornou-se também uma ideia onipresente no direito. Com efeito, o termo é caracterizado proeminente em uma ampla gama de declarações e tratados, muitas das quais são impostas pelo direito internacional. Na verdade, o Tribunal de Justiça utiliza o conceito da dignidade humana para apoiar as suas decisões em uma variedade de casos, assegurando, por exemplo, que nem o corpo humano nem nenhum dos seus elementos constitutivos possuem invenções patenteáveis .

Deste posto, destaca-se que o respeito ao Princípio da Dignidade Humana é dever do Estado e, portanto, deve ser reivindicado pela sociedade, cabendo ao Direito e seus operadores, por meio dos mecanismos que lhe são próprios, prezar pela efetividade desse princípio maior, no trabalho de interpretação e embasando de decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de preceitos que venham a afrontá-lo.

1.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com Stoco (2015, p. 120), a responsabilidade civil é “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso em lei”.

No ordenamento jurídico atual, a responsabilidade civil vem disciplinada genericamente no artigo 186 do CC e determina: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002, p.80).

Conforme preleciona Cavalieri Filho (2008), as funções da responsabilidade civil são: compensatória (compensar o dano à vítima), punitiva do ofensor e pedagógica, com vistas a tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Esta pretensão de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. De fato, a principal finalidade da responsabilidade civil é retornar a situação anterior ao dano (*status quo ante*), ou seja, restabelecer o equilíbrio econômico jurídico violado, recompondo a situação do lesado.

Venosa (2015) assinala que nessa espécie de responsabilidade a vítima tem o ônus de provar a culpa (em sentido amplo) do causador do dano. Encargo este, que ao longo dos tempos, entendeu-se, muito difícil em alguns casos de ser provado. Todavia, em virtude dessa dificuldade, surgiu uma nova espécie de responsabilidade a objetiva, onde, o dolo ou culpa na conduta do agente é irrelevante, tendo em vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

A imputação segundo Rosenvald e Braga Netto (2017, p. 503) consiste na “razão pela qual se atribui a alguém a obrigação de indenizar, ou seja, o motivo da ligação dos danos patrimoniais ou morais a um responsável”. Desta forma, verifica-se que é o fundamento utilizado pela jurisdição para permitir que se atribua responsabilidade a alguém.

Gonçalves (2010) pontua que o Código Civil atual elegeu alguns casos de responsabilidade civil objetiva, na qual a culpa ou dolo não é discutida, a saber, nas atividades perigosas (art. 927, parágrafo único), baseada na teoria do risco; dos pais, tutores, curadores, empregadores e donos de hotéis, respectivamente pelos atos dos filhos, dos pupilos, curatelados e dos empregados (art. 932); do dono, ou detentor do animal por dano causado por este (art. 936); do dono de edifício ou construção (art. 937); daquele que habita prédio de onde caírem ou forem lançadas coisas (art. 938) (GONÇALVES, 2010).

Evidencia-se que o dano é elemento imprescindível da responsabilidade civil e se divide em dano patrimonial e extrapatrimonial. Assim, sendo o elemento primeiro a ser verificado e avaliado ao abordar esse tema. Constatando-se o dano, deverá ser realizada a análise dos demais elementos, no entanto, na ausência deste, não haverá possibilidade sequer de cogitar o dano.

Tartuce (2012, p.382) complementa que “Em regra, não há responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda”. Percebe-se que a constatação do dano é importante e as consequências que a partir dele poderão advir.

Venosa (2015, p. 40), entende por dano “o prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo”.

1.4 DANO MORAL

De acordo com Venosa (2015, p. 277) “o dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”.

Pereira (2013) destaca que caso se buscasse uma reparação justa e equitativa, poder-se-ia afirmar que o dano moral é irreparável, visto que não há como fazer com que o indivíduo retorne ileso ao estado em que se encontrava antes de sofrer o dano. No entanto, entendem doutrina e jurisprudência que a compensação pecuniária poderia dar certa satisfação àquele indivíduo lesado. Portanto, a verdadeira função dessa indenização pecuniária seria compensatória: compensar com o dinheiro o dano causado à honra e à dignidade. Por essa razão, “o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida (PEREIRA, 2013, p. 49).

O dano moral está previsto no artigo 5º, V e X da Constituição Federal e no artigo 186 do Código Civil, sendo decorrente da lesão psíquica, pois afere o íntimo do indivíduo, causando um transtorno mental para aquele ser, atingindo seus direitos de personalidade.

Contudo, é importante saber que o dano precisa estar diretamente relacionado com a conduta praticada, sendo o nexos causal exigível para configurar o dever de reparar.

No que concerne ao conceito de dano moral, Bittar e Bittar Filho (2013, p. 91) afirmam que os danos morais “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera lesada.” Explicita Santos (2014, p. 73), que “a existência do dano moral exige a alteração no bem-estar psicofísico. Modificação capaz de gerar angústia, menoscabo espiritual, perturbação anímica e algum detrimento que não tem ênfase no patrimônio”.

Ao oferecer à vítima da ofensa um instrumento para a tutela do interesse violado, o direito está exercendo uma dupla função de sentido altamente pedagógico, pois no âmbito restrito da relação jurídico-obrigacional, estabelecida entre ofendido e ofensor, constitui uma resposta do Estado, que propriamente não repara o prejuízo sofrido, eis que por sua natureza é insusceptível de recomposição, mas procura compensar o mal experimentado, na medida do que é possível fazê-lo, a partir da sua fruição, uma vez

que o dinheiro pode proporcionar comodidade e alento ao prejudicado (BRANCO, 2006, p. 48).

E a reparação por dano moral não visa dar preço à dor, mas atenuá-la, compensá-la de alguma forma, ou seja, funda-se não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica. Ensina Deda (1999, *apud* DINIZ, 2010, p. 60):

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, sobre a honra, nome profissional e família, não pede um preço para a sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitas legislações infraconstitucionais ensejaram normas referentes à reparação civil por dano moral, destacando-se, no caso em estudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que coloca a criança e o adolescente a salvo de danos a sua integridade física, moral e psíquica, protegendo-os de lesões a sua dignidade ou a qualquer direito fundamental.

2 METODOLOGIA

Foi utilizado um procedimento exploratório, na qualidade de parte integrante da pesquisa principal, como o estudo preliminar realizado com a finalidade de melhor adequar o instrumento de medida à realidade que se pretende conhecer.

Adotou-se neste trabalho as técnicas que envolvem pesquisa bibliográfica, consultas à web e pesquisa documental.

O ponto de partida foi a realização de uma pesquisa bibliográfica, efetivada por meio de levantamento e leitura do material bibliográfico acerca do objeto da pesquisa, complementando o estudo e análise dos assuntos pertinentes ao tema.

Após serem catalogados e devidamente separados os materiais que embasem a pesquisa, foram feitos fichamentos acerca dos temas e após isso, uma extração do que realmente enriqueceria a pesquisa ora proposta.

3 RESULTADOS

Em nenhum lugar a necessidade de clareza na definição é mais importante do que na política e na legislação de proteção à criança. A linguagem empregada na redação das leis que tratam do abandono afetivo tem uma influência direta no

juízo bem-sucedido de casos subsequentes apresentados ao tribunal. Afeta os regulamentos, diretrizes e políticas das agências de proteção à criança; as atitudes pessoais e o treinamento dos assistentes sociais de proteção à criança; as opiniões e competência dos advogados que representam o estado; e as atitudes e conhecimento dos juízes que decidem tais casos.

Conforme o que preleciona o Estatuto da Criança e do Adolescente, o afeto explicitamente descrito no parágrafo segundo do art. 28, o qual trata da colocação da criança e do adolescente em família substituta.

Preceitua o referido artigo que “na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”.

De forma gradual, o Direito de Família abarcou o afeto como sustentação da entidade familiar nos dias atuais, abrindo mão do patriarcalismo e colocando o patrimônio em segundo plano. Hironaka (2008) agrega contribuições nesse sentido, destacando que:

O Direito de Família tem se tornado, na contemporaneidade, um direito mais humanizado [...] sem se despreocupar completamente das questões patrimoniais decorrentes das relações familiares – e existentes justamente em função destas relações – o direito de família contemporâneo tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais deste ramo das relações humanas.

Diniz (2010, p. 32) ensina que hoje, no âmbito jurídico, o afeto talvez seja apontado, “como principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no texto maior como direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização da dignidade humana”.

Não se pode considerar prejuízo material, moral e, sobretudo, o abandono afetivo de quem tem o dever moral de amparar, amar, cuidar e proteger as crianças, conforme destacado nas seções anteriores. Imaginar a ideia de abandono torna-se desditoso e, muitas vezes, humilhante, principalmente quando o causador é a pessoa que deveria ser referência e modelo. No entanto, o que se vê nos dias atuais é o abandono paterno sendo feito de maneira indiscriminada, suprimindo o direito dos filhos a uma convivência saudável, com uma figura paterna nos momentos mais importantes da vida deste.

Hironaka (2008) ensina que:

O abandono afetivo configura-se pela omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo. É inquestionavelmente, um direito personalíssimo. [...] os pais devem assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana.

O Código Civil, em seu artigo 1.634, inciso I e II, preleciona que os pais têm como dever ter os filhos em sua companhia e de dirigir-lhes a criação e a educação. Essa incumbência é de responsabilidade da mãe e do pai, mesmo que tenha havido a dissolução do casamento ou da relação, conforme regulamenta o artigo 1.634 do Código Civil. Portanto, é de total responsabilidade o pai estar presente no cotidiano do filho, não devendo se limitar apenas às visitas esporádicas ou ainda, apenas ao sustento material. Deve este, direcionar aos filhos a criação adequada e educação satisfatória, independentemente de conviver ou não com o seu cônjuge.

É salutar destacar que quando na separação dos cônjuges fica estabelecida a guarda compartilhada, como expõe o artigo 1.632 do Código Civil, pois ambos os pais, mesmo separados, mantêm suas responsabilidades para com os filhos, ao passo de que o genitor se separa do cônjuge, não do filho.

A responsabilidade pela reparação do dano moral tem duplo objetivo: compensação e sanção. Compensação ao que foi abandonado afetivamente e sanção ao ofensor que causou essa agressão moral. Esse preceito legal se estende ao Direito de Família, uma vez que as relações familiares não são protegidas das violações que rotineiramente ofendem a esfera dos direitos patrimoniais e não patrimoniais de seus membros.

Miguel (2013, p. 23) ensina que:

A obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito absoluto também é aplicável ao direito de família. Não se pode negar a importância da responsabilidade civil que invade todos os domínios de ciência jurídica, e, tendo ramificações em diversas áreas do direito, é de se destacar, dentro das relações de natureza privada, aquelas de família, em que igualmente devem ser aplicados os princípios da responsabilidade civil.

Portanto, não se pode negar ao filho o direito à reparação do dano moral decorrente de abandono afetivo, que é ocasionado por comportamento ilícito

praticado por um de seus genitores. Os pais jamais estarão isentos da responsabilidade em detrimento de se constituírem como tal; pelo contrário, a eles é exigido mais empenho e proteção e que não violem os direitos próprios de personalidade de seus filhos.

Dias e Pereira (2010, p. 471) ensinam que a lei obriga e responsabiliza o pai no que tange os cuidados com os filhos, “a ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral”.

Como visto no decorrer do trabalho, a possibilidade de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo ainda possui muitas contradições. No entanto, destaca-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu o dano moral em decorrência do abandono afetivo:

Indenização – Desrespeitou o réu dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 – Com efeito, todos os filhos têm que ser tratados igualmente perante a lei – Os alimentos são concedidos de acordo com a condição social dos alimentandos – De fato, o réu adotou após o reconhecimento livre e espontâneo, sem qualquer ação de investigação de paternidade, atitude agressiva com relação à filha, com tremenda diferença em relação às duas filhas que teve com a atual mulher – A dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal, engloba todos os direitos do homem – É inegável a dor que sente em decorrência da rejeição do pai – Condenação a título de danos morais. (TJSP. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 457.944.4/0-00 (994.06.030080-7) Rel. Dês. Ribeiro da Silva).

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça de São Paulo, em recurso Especial também proferiu uma decisão inédita ao julgar favorável a possibilidade de indenização compensatória por danos morais por abandono psicológico.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso Especial parcialmente provido.

As decisões supracitadas fortalecem a ideia do presente estudo, observando-se a relevância do tema, no qual o dano moral decorrente do abandono afetivo vem ganhando destaque.

Foi precisamente devido à ausência do dever legal de cuidado que o Superior Tribunal de Justiça concluiu que o pai abandonou afetivamente sua filha e, por essa razão, deve ser considerado responsável pela dor e sofrimento causados a ela.

Diante do exposto, verifica-se que tão somente é requerido o exercício de uma autoridade parental responsável, na ausência deste, podendo-se constituir-se em abandono afetivo, que conforme preleciona Hironaka (2008), a omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo.

CONCLUSÃO

Nossa sociedade tem tratado historicamente o abandono afetivo como uma questão jurídica a ser debatida. Verificou-se, no decorrer do trabalho, que o abandono afetivo deve dar origem a uma causa civil de ação de filhos contra seus pais.

Os julgados apresentados no trabalho respondem à problemática apresentada no introito deste trabalho, e mostram que o pai teve que indenizar a filha por dor e sofrimento causados em face ao abandono afetivo, que causa prejuízos emocionais e psicológicos nos filhos que muitas vezes perduram pela vida toda.

A decisão teve repercussão significativa em uma variedade de meios de comunicação, confirmando a posição dos Tribunais, ainda que em uma minoria de ocorrências, e esclarecer a sociedade, especialmente os membros de toda e qualquer família, que a obrigação dos pais não se restringe à alimentação e também inclui o dever legal de afeto decorrente do princípio da afetividade.

Apresentou-se uma evolução do histórico familiar, desde a concepção de família e os diversos tipos em que se constituem na atualidade. Posteriormente, fez-se uma relação do afeto e do princípio da dignidade da pessoa humana, destacando legislações específicas que subsidiam e reforçam o explanado neste item.

Verificou-se também a responsabilidade civil, conceituando e destacando as suas funções. Em seguida, evidenciou-se o dano moral e todos os seus requisitos. Nos resultados, abrangeu-se a indenização por abandono afetivo, que é o sustentáculo desta pesquisa. Deste modo, verifica-se que todos os objetivos específicos e o geral foram alcançados com essa pesquisa.

O conteúdo desse princípio é difícil de ser definido, uma vez que o afeto é geralmente sinônimo de amor, o que o diferencia de qualquer obrigação legal, da mesma forma que os pais não podem ser obrigados a desenvolver sentimentos para seus filhos. O fato é que o princípio da afetividade não está relacionado com a ideia de sentimento, mas sim com a dedicação que os pais têm em relação ao crescimento e desenvolvimento de seus filhos menores.

Assim, trata-se de um dever de cuidado que é fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente. A discussão chega a um nível mais técnico, porque já não há debates sobre a mensuração do intangível - o amor - mas sim a verificação do cumprimento, não cumprimento ou cumprimento parcial de uma obrigação legal: cuidar. Em suma, amar é uma permissão, cuidar é dever.

Apesar da existência de jurisprudências acerca do tema proposto, estas situações são muito comuns na vida cotidiana: os pais muitas das vezes são incapazes de diferenciar claramente entre a relação marital e as relações parentais. Como resultado, quando eles se separam de seus cônjuges, eles também rompem o relacionamento com seus filhos.

O abandono é muitas vezes material, representado pela negação em prestar apoio. Em outros casos, é afetivo, demonstrada pela separação, falta de interesse e completa ausência de contato com a criança.

Tendo em vista a gravidade do comportamento de abandono e rejeição sobre os filhos, o sistema jurídico estabelece penalidades para o abandono dos pais, que ordena a suspensão ou a retirada da autoridade parental.

É por isso que a aplicação do princípio da responsabilidade civil tem sido considerada em relação à paternidade, visando principalmente a reparação dos danos sofridos pela criança, bem como alertando os pais sobre a importância do bom desempenho das suas funções, sob o desenvolvimento de seus filhos.

Conclui-se que a reparação nos casos ilustrados tem a prerrogativa de indenizar o filho ofendido, bem como, também uma sanção para o genitor causador do dano e um aviso aos pais, no sentido de desestimular esse tipo de comportamento, no intuito de prevenir condutas abomináveis em relação aos pais faltosos, possibilitando com isto, uma atual noção de família e sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, V. F. **A dignidade da pessoa humana: Valor-fonte da ordem jurídica**. São Paulo: Cautela, 2013.

BITTAR, C. A.; BITTAR FILHO, C. A. **Direito civil constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRANCO, B. C. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Editora Método, 2006.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. 1579021 RS 2016/001196-8. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CANEZIN, C. A. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.71-87, jun/jul, 2006.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa da responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CLÈVE, I. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2003.

DANTAS, A. C. **A Educação no Império**. (2011) Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/9670/1/A-Educacao-No-Imperio/pagina1.html>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. v.5, 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. v.4, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, G. M. F. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo: **IBDFAM**, São Paulo, 23 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana: Princípio constitucional fundamental**. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2014.

MIGUEL, A. **Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

MINUCHIN, S. **Famílias: funcionamento e tratamento**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2009.

OKIN, S. M. **Women in Western political thought**. Princeton: Princeton University Press, 2019.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil**. Teoria Geral de Direito civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

RACHELS, J. **Os elementos da Filosofia da Moral**. Lisboa: Gradiva, 2014.

ROSENVALD, N.; BRAGA NETTO, F. P. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, J. C. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação nº 457.944.4/0-00 (994.06.030080-7). Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8657592/apelacao-apl-994060300807-sp/inteiro-teor-102694028>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, S. G. **A Relação Família/Escola**. (2008). Disponível em: <<http://www.artigonal.com/ciencia-artigos/a-relacao-familiaescola-477589.html>> Acesso em: 20 abr. 2021.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STANHOPE, M. **Teorias e Desenvolvimento Familiar**. Lisboa : Lusociência, 2009.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, S. S. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

O USO DE ALGEMAS, À LUZ DA CONSTITUCIONALIDADE, COMO INSTRUMENTO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

JOSÉ DOS SANTOS DA SILVA:
Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RESUMO: Este trabalho aborda o uso de algemas, pelos agentes públicos, quer sejam de segurança pública ou do judiciário como um instrumento de menor potencial ofensivo, dentro da doutrina de uso progressivo da força. Tal abordagem, mostra que o uso de algemas é um importante instrumento, a partir do momento em que se faz necessário o uso da força bruta para inibir certos atos ou ações hostis, quer seja na prevenção ou repressão dessas ações delituosas, ou ainda, para combater atos ilícitos contra a ordem pública. A pesquisa objetivou-se em fazer um panorama geral identificando a etimologia das algemas, a origem histórica do uso de algemas no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da constitucionalidade e em face da observância do princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal brasileiro, buscou ainda, demonstrar as principais noções doutrinárias do uso progressivo da força e fazer a correlação do uso de algemas, dentro dos níveis progressivos de força. O estudo evidenciou a necessidade de se conhecer a fundo, as diretrizes que normatizam o seu emprego, de forma a evitar abusos de autoridade por parte dos agentes públicos. Para tanto, a metodologia a ser utilizada, quanto à sua finalidade e natureza é uma pesquisa básica e qualitativa. Por fim, este estudo se mostra eficaz, ao passo que permite despertar na sociedade uma imagem positiva dos seus agentes públicos, ligados à área da segurança pública, quando do uso de algemas, nas diversas situações.

Palavras-chave: Algemas, Uso de Algemas. Constitucionalidade. Uso Progressivo da Força.

ABSTRACT: This article deals with the use of handcuffs, by public agents, whether public security or judiciary, as an instrument of less offensive potential, within the doctrine of progressive use of force. Such an approach shows that the use of handcuffs is an important instrument, since it is necessary to use brute force to inhibit certain acts or hostile actions, whether in the prevention or repression of these criminal actions or, for to combat unlawful acts against public order. The objective of this research was to provide an overview of the etymology of the handcuffs, the historical origin of the use of handcuffs in the Brazilian legal system, in the light of constitutionality and in the face of the principle of human dignity in Brazilian criminal proceedings. to demonstrate the main doctrinal notions of progressive use of force and to correlate the use of handcuffs

within progressive levels of force. The study evidenced the need to know in depth the guidelines that regulate their employment, in order to avoid abuses of authority by public agents. Therefore, the methodology to be used, as to its purpose and nature is a basic and qualitative research. Finally, this study proves to be effective, while at the same time raising a positive image of its public agents linked to the area of public security when using handcuffs in various situations.

Keywords: Handcuffs, Use of handcuffs. Constitutionality. Progressive Use of Force.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ETIMOLOGIA DO INSTRUMENTO DE IMOBILIZAÇÃO. 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO USO DE ALGEMAS NO BRASIL. 4 CONSTITUCIONALIDADE NO USO DE ALGEMAS 4.1 Lacuna na LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP) quanto ao uso de algemas. 4.2 Abuso de autoridade na utilização de algemas. 4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana. 4.4 Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008. 4.5 Súmula vinculante nº 11, de 13 de agosto de 2008. 4.6 A influência das mídias. 4.7 Decreto nº 8.858, de 26 de setembro de 2016. 4.8 Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017. 5 O USO DE ALGEMAS EM CONSONÂNCIA COM OS NÍVEIS PROGRESSIVOS DA FORÇA. 5.1 Excessos no uso de algemas versus garantia à segurança. 5.1.1 Reflexão da lei federal nº 13.060, à luz do uso de algemas. 6. USO DE ALGEMAS COMO UM INSTRUMENTO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O uso de algemas, pelos agentes de segurança pública, vem sendo cada vez mais crescente nos dias atuais. Cuja base de amparo, são as regras de engajamento que descrevem que o uso da força deve ser progressivo. Nesse entendimento, tem-se o uso de algemas como instrumento de menor potencial ofensivo, no uso progressivo da força.

Este trabalho analisa a evolução no uso de instrumentos para imobilização de pessoas em situações delituosas, e como esses instrumentos foram se modificando até chegar ao que chamamos de algema. E como o uso de algemas pode contribuir para a segurança dos policiais e das pessoas manutenção da lei, e para manutenção da ordem pública.

Diante de um cenário de insegurança no país, em que encontramos as polícias dos Estados e da Federação, em apoio aos diversos povos e regiões, em diversas operações de grande envergadura, como quando das Operações Policiais dos Órgãos de Segurança Pública, para combater o crime organizado e a perturbação da ordem pública. É nesta ocasião, que verifica-se a importância de se ter um meio alternativo de

força, que não a letal, com vistas a permitir a efetiva imobilização das pessoas, contribuindo assim, para a segurança do próprio agente público envolvido no cenário, e ainda, diminuir a possibilidade efeitos colaterais.

Tal abordagem se justifica diante das mazelas da sociedade, com um número infinito de incertezas nas ações policiais, em combate à criminalidade, e que necessitam usar mão do emprego da força, em muitos dos casos, considerados excepcionais, para a manutenção da lei e da ordem dentro da sociedade.

É importante salientar também, a importância do trabalho para a compreensão da sociedade, para que entenda que a utilização de algemas obedece aos ditames constitucionais e não fere ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem representa um abuso de poder, por impedir os movimentos de certo indivíduo, pelo contrário, resguarda os policiais e a população, diante de ações delituosas.

O propósito desta pesquisa é analisar o uso de algemas, à luz da constitucionalidade, como instrumento de menor potencial ofensivo, ou seja, instrumento menos letal, uma vez que os policiais de todo o Brasil vem procurando paulatinamente adaptarem as aplicações das armas não letais ou “menos que letais” termo hoje utilizado e mais adequado. Esta denominação “menos que letais” surgiu, quando do emprego das Forças Armadas nas atividades de segurança pública, em situações diversas e no controle de distúrbios civis, em defesa pessoal, reintegração de posse, resgate de reféns, entre outros, visto que a missão da força policial seria diferenciada em várias missões das forças armadas.

Esta tarefa será conseguida a partir da análise de situações que possam vir a envolver missões e operações hipotéticas, no cenário de criminalidade ou perturbação da ordem. A escolha do tema está condicionada ao estudo de material bibliográfico e de sua facilidade para manuseio. Este estudo não pretende adentrar nos aspectos filosóficos ou políticos que o tema possa ensejar.

2. ETIMOLOGIA DO INSTRUMENTO DE IMOBILIZAÇÃO

Busca-se aqui, demonstrar a etimologia da palavra algema, e de suas variantes, sendo possível compreender o verdadeiro uso do instrumento somente pelo seu significado literal.

A etimologia demonstra ainda, a origem desse instrumento, a razão de sua criação, juntamente com sua evolução estrutural e material, que deixou de ter significados anteriormente atribuídos.

Os portugueses trouxeram os escravos para o Brasil, há cerca de 500 anos, e junto, trouxeram os seus senhores, com seus grilhões e ferros, para imobilizar os escravos, com o fim de domesticá-los ou controlá-los. O nome “grilhões”, que vem do espanhol *grilos*, tem como diminutivo a palavra “grilhetas”.

No entanto, com o passar dos anos, acabaram sendo abolidos, dando lugar para as algemas, que eram colocadas nos braços (FUDOLI, 2008). A algema vem do árabe *al-jèmmè* ou *al-jemrna* que significa pulseira, sendo uma herança da ocupação árabe na Península Ibérica. O termo tornou-se comum a partir do século XVI, embora grilhões, ou simplesmente ferros, fossem também frequentemente usados.

As algemas foram trazidas da Europa e sua composição a tornava pesada e grande, e posteriormente, seu material foi se renovando, por algo mais leve, menor, mais resistente e mais confortável.

Entende-se por algemas, como sendo uma pulseira metálica, dotada de fechadura, empregada para prender os braços de uma pessoa pelos punhos, na frente ou atrás do corpo.

Em sentido mais amplo, no ramo jurídico, entende-se algema como um instrumento de força, no geral metálica, para prender alguém pela justiça penal ou por agente da segurança pública (polícia militar, polícia civil, agentes prisionais etc). Geralmente sua utilização é feita no indivíduo, nos pulsos, pela frente ou pelas costas, para prisão, custódia condução, ou simples contenção (STARLING, 2010).

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO USO DE ALGEMAS NO BRASIL

Baseado em ideias europeias, o Brasil aprovou, no ano de 1821, o decreto do seu Código Penal, que previu pela primeira vez, a utilização da algemas na então colônia de Portugal, para forçar os trabalhadores a adaptação da comunidade local, sendo usadas em caráter punitivo (HERBELLA, 2008). Em contraposição a isso, e para satisfação da comunidade do Brasil colônia, foi criado o Decreto, de 23 de maio de 1821, que proibia o uso de algemas como forma de punição, ficando, a partir dali, proibido o uso de algemas, correntes e outros apetrechos para martirizar homens, ainda não julgados a sofrer qualquer pena afliativa, por sentença final (FUDOLI, 2008).

Mais tarde, com o Código de Processo Criminal do Império, datado de 29 de setembro de 1832, estabeleceu-se que se o réu não obedecesse e procurasse fugir, seria lícito o uso de algemas, visando a garantir a prisão (STARLING, 2010).

Depois disso, surgiu a lei nº 2.033, de 20 de julho de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, do mesmo ano, que dizia em seu Artigo 28, o dever da autoridade que requisitasse ou ordenasse a prisão, e do executor da mesma, de conduzir o preso sem uso de algemas, cordas, exceto nos casos extremos, devendo este uso ser justificado por quem a fez (STARLING, 2010).

Hoje em dia existem vários dispositivos constitucionais que disciplinam o uso de algemas.

4 CONSTITUCIONALIDADE NO USO DE ALGEMAS

Para a abordagem do assunto, é necessário entender a cronologia das legislações criadas para amparar o uso de algemas.

Como visto supra, o primeiro documento que veio para normatizar o uso de algemas, foi um Decreto-lei, da época do Império, datado de 1821, quando trazido de Portugal para o Brasil.

Porém, o texto mais explícito só veio a surgir com o Código de Processo Penal Militar (CPPM) de 1969, que seguindo os ditames de seu artigo (Art.) 234, diz:

O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas (CPPM, Art. 234).

O §1º, deste mesmo artigo, discriminou a seguinte redação: "O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o artigo 242". Cabendo aqui um adendo, a restrição imposta no Art. 242, se baseia no espírito elitista das ordenações Filipinas, em que o código proíbe, terminantemente, no art. 242, § 1º, *in fine*, a utilização de algemas em presos "especiais", tais como ministros de Estado, governadores, parlamentares, magistrados, oficiais das Forças Armadas, inclusive os da reserva, e da Marinha Mercante, portadores de diplomas de nível superior e demais "amigos do rei", os quais ficam presos e são conduzidos sem ferros, porventura tenham praticado crime militar.

Anteriormente ao Código de Processo Penal Militar, o uso de algemas era um impasse quanto ao seu uso, e com o advento deste código, passou-se a ter uma referência quanto à sua utilização.

Posteriormente, veio a Lei de Execução Penal (LEP), e embora o seu Art. 199 tivesse um viés jurídico, em nada acrescentou na normatização do uso de algemas. E a sociedade se viu obrigada a disciplinar o assunto, por meio dos incisos III e XLIX, do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988, para resguardar o agente de polícia, no uso de suas funções, para proporcionar-lhe o direito e o dever de usar a algema quando se deparar com as diversas situações de insegurança e criminalidade.

4.1 Lacuna na LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP) quanto ao uso de algemas

Em 11 de julho de 1984, foi aprovada a Lei nº 7.210, a chamada Lei de Execução Penal (LEP), que trouxe muito pouco sobre o assunto de algemas, em seu Art. 199: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Não atendendo assim, aos anseios da sociedade. O que ocasionou uma grande lacuna na regulamentação do uso de algemas. Desse alento, Fernando Capez entende que:

A Lei de Execução Penal, em seu art. 199, reza que o emprego de algema seja regulamentado por decreto federal. Passados 27 anos desde a edição da referida Lei, que ocorreu no ano de 1984, anterior, portanto, à promulgação do próprio Texto Constitucional de 1988, nada aconteceu. Assim, as regras para sua utilização passaram a ser inferidas a partir dos institutos em vigor (CAPEZ, 2012, p. 310).

Ademais, o Código de Processo Penal (CPP), no seu Art. 284, veda o emprego de força, a saber: “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”. Desta feita, instaurou-se uma sensação de insegurança jurídica para os agentes públicos executores das medidas e táticas policiais, pois se atuarem com excessos, podem figurar como abuso de autoridade.

4.2 Abuso de autoridade na utilização de algemas

Como bem observado, existe uma brecha na lei que autoriza o uso das algemas, mais segundo a lei, não existe decreto que regulamente esse uso (FUDOLI, 2008).

No entanto, o simples uso de algemas no braço de qualquer pessoa não deixa de constituir constrangimento. Se alguém é algemado para servir de espetáculo, é considerada uma má prática do uso de algemas e poderá concretizar uma conduta criminosa, por ser usado de forma indevida, caracterizando assim, o abuso de autoridade, prescrito no artigo 4º, alínea b, da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, ou até mesmo o crime de tortura. E certamente o executor da medida responderá por imposição da algema de forma a causar sofrimento físico ou mental do indivíduo, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Nos cabe mostrar que a limitação do uso de algemas deve ser analisada à luz da Constituição Federal, na qual faz jus dos direitos fundamentais do homem, que deve ser interposto de forma principal o princípio da dignidade da pessoa humana.

Muitas vezes a utilização de algema é vexatória, lesando os direitos fundamentais da pessoa, através do abuso que ela sofre diante das autoridades policiais na sua colocação indevida e exposição exagerada e desnecessária à mídia, uma vez que só podem ser utilizadas nas singulares e excepcionais hipóteses dos artigos 284 e 292 do CPP, que mais tarde vieram ser combinadas com a Súmula nº 11, do Supremo Tribunal Federal (STF) e mesmo assim, desde que esgotados todos os outros meios para conter a pessoa que se pretende conduzir.

O uso de algemas é um retrato da colisão dos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência com o cotidiano de abuso do poder de autoridade no emprego de algemas em desfavor da classe social baixa.

Os direitos humanos são universais, a justiça criminal resguarda este princípio, pois a dignidade é direito inviolável, irrenunciável e inerente. Este sacramentado se resguarda no inciso III, do Art. 1º, da Constituição Federal (1988): "a dignidade da pessoa humana".

Nesse diapasão, foi Sarlet (2015a, p. 70-71) quem adotou um conceito norteador, com conteúdo jurídico à dignidade da pessoa humana:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a 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 que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano,

como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2015, p. 70-71).

Nesse sentido, a vivência social se vincula às normas jurídicas, de modo que são pautadas de preceitos democráticos, inclinando-se aos valores, não há sociedade se não houver direito.

Analisa-se o mais importante princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana, assunto que está alavancado na sociedade e seus impactos causados nesta por conta dos direitos fundamentais, que estão sendo esquecidos, como: a igualdade, a liberdade e a segurança, que são o conceitos que embasam o Estado de Direito Liberal Social, dotado de elementos democráticos.

O ser humano é reconhecido como digno, pois é sujeito de direito que vive em sociedade jurídica, tendo o direito à vida, à integridade moral e física e aos demais direitos oriundos.

A dignidade humana na medida em que se garante o caráter universal a todo e qualquer indivíduo, estabelece que mesmo aquele que tenha praticado ato ilícito, devem ter seus direitos protegidos, não permitindo que sejam tratados como animais ou objetos, jamais sendo instrumentalizado, pois o direito criminal aplica a pena dentro da constitucionalidade, cabível aos critérios sociais.

As sanções não colocam o delinquente às margens da sociedade, ela protege a natureza humana, sendo esta, a vinculação com a dignidade, vedando qualquer tipo de ação do Estado que restrinja ou retire a sua dignidade, como o abuso do poder no emprego de algemas.

A dignidade é qualidade intrínseca do homem, o seu valor, e este direito não pode ser violado, pois a Constituição Federal (CF) garante o direito à todos, incluindo os delinquentes. Nesse sentido, deve-se dar especial quanto à real necessidade de algemar os presos durante as audiências nos tribunais, uma vez que pode estigmatizar o réu como culpado.

4.4 Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008

Uma vez que o uso de algemas só pode ocorrer mediante resistência ou quando há fundado receio de que o agente tentará fugir. E como nada se falava quanto ao seu uso dentro dos tribunais, pois fora das hipóteses supra, estaria caracterizado o abuso de autoridade, o legislador entendeu a problemática, e criou a Lei n. 11.689/08, disciplinando a matéria, sendo um norte no uso de algemas dentro dos tribunais, e conseqüentemente, alterando o teor dos dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências.

A alteração se deu no Art. 474, do CPP, prevendo em seu § 3º que:

Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes (Lei n° 11.689, 2008, p. 9).

Nesse novo contexto, no Tribunal do Júri, o uso de algemas deve ser procedido de muita cautela, uma vez que pode influenciar a opinião dos jurados, jurados esses, juízes leigos e que julgam de acordo com a íntima convicção.

Segundo orientam Cunha, Gomes e Pinto (2008, p. 182):

A manutenção do réu algemado é cena capaz de influir no espírito do julgador leigo [...] O correto é evitar qualquer tipo de pré-julgamento. Quanto mais isenta for a forma de apresentação do acusado, tanto melhor. O bom senso e a presunção de inocência regerão cada situação concreta. De qualquer modo, quando a situação concreta exige providências enérgicas, o juiz deve tomá-las (Cunha; Gomes; Pinto, 2008, p. 182).

Vê-se com isso, que o uso indiscriminado pode ainda, gerar a nulidade do julgamento no Júri, uma vez que atenta contra a dignidade do réu, além de violar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Logo, com essa alteração, caso o uso de algemas seja necessário, tal circunstância deverá ser justificada no termo de audiência. Uma vez que a nulidade, se presente, poderá ser discutida em preliminar de futura apelação.

4.5 Súmula vinculante nº 11, de 13 de agosto de 2008

Passados 27 anos, a não regulamentação do uso de algemas causa transtornos à sociedade, pois esta tem seus princípios feridos pelo mal-uso de algemas, tendo em vista que falta a essencial complementação do artigo 199, da LEP, para preencher as lacunas existentes.

Está claro que o emprego não justificado das algemas, prejudica toda sociedade, pois envolve a colisão dos direitos fundamentais regulamentados pela Constituição Federal.

Sendo assim, como a competência para sumular temas com efeitos vinculantes é do STF, que poderá de ofício iniciar este processo, e também das pessoas ou órgãos que tem competência para ingressar com ação direta de constitucionalidade, que são as pessoas elencadas nos incisos de I a IX, do artigo 103, da Constituição Federal.

Seguindo esse entendimento constitucional, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 91952, em 07 de agosto de 2008, o Plenário do Supremo anulou a condenação do pedreiro Antonio Sérgio da Silva pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista (SP), pelo fato de ter ele sido mantido algemado durante todo o seu julgamento, sem que a juíza-presidente daquele tribunal apresentasse uma justificativa convincente para o caso. Na sequência, aprovou, no dia 13 de agosto de 2008, a 11ª Súmula Vinculante, consolidando jurisprudência da Corte no sentido de que o uso de algemas somente é lícito em casos excepcionais e prevendo a aplicação de penalidades pelo abuso nesta forma de constrangimento físico e moral do preso. Tendo a Súmula, os referidos dizeres:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (Súmula Vinculante nº 11, 2008).

Por fim, o Tribunal decidiu, também, dar a esta e às demais Súmulas Vinculantes um caráter impeditivo de recursos, ou seja, das decisões tomadas com base nesse entendimento do STF não caberá recurso.

De fato, antes da elaboração desta Súmula, via-se muito, o uso indiscriminado de algemas, mas a doutrina se firmava no sentido de admitir o uso das algemas nos casos de resistência do preso e fundado receio de fuga do criminoso, fazendo analogia

com o artigo 284, do CPP, segundo o qual: “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”.

Quanto ao uso de algemas, percebe-se claramente que, de um lado, a legislação brasileira protege a integridade física e moral do preso, art. 5º, XLIX, da CF de 1988, cominado com o artigo 40, da Lei nº 7.210/84; mas de outro lado, o direito fundamental da segurança, artigo 5º, Caput, da mesma CF, além do texto constitucional preambular, vista em diversos ângulos, inclusive no campo da segurança pública. Embora o STF tenha aprovado essa Súmula, ainda não disciplina o uso de algemas, carecendo de lei federal para tal.

4.6 A influência das mídias

Cada vez mais a mídia vem construindo seu império em cima do modo que a jurisprudência e a doutrina regulamentam a coibição dos crimes, nesse direito pauta-se nos valores sublimes da sociedade, que garantem uma função ético-social.

No entanto, as pessoas passaram a ser expostas pela mídia das mais variadas formas, quando se encontram algemadas. E se tornam notícias nos jornais televisivos, transformando-se de um cidadão num objeto fático, com o direito à imagem violado, gerando um dano de proporções irreparáveis.

Esta cena acontece atualmente diante das situações em que as autoridades policiais denominam uma operação que irão realizar com nomes significativos, e exibem na mídia a prisão dos indivíduos, causando a estes, transtornos, pois está tendo sua imagem exibida na mídia, sendo exposta sua vida à sociedade, lhe acarretando imagem vexatória diante da cena do indivíduo algemado.

De certa forma, mesmo não podendo, a mídia ultrapassa os limites dos direitos da personalidade, sob pena de responsabilização civil e penal. Acerca desse assunto, Fernanda Herbella (2011) comenta que:

Quando a pessoa adquire a condição de ser presa, não quer, em razão disso, ser exposta, por danos irreparáveis à sua imagem e à de sua família. Quando presa, a pessoa tem, sem dúvida a sua capacidade de argumentação diminuída, em razão da própria constrição física à que está submetida, assim, não tem condições de impedir que sua imagem, não autorizada, seja exposta. Nesse caso, o próprio artigo constitucional, garantidor do direito à imagem, prevê a devida indenização. Desse modo, entendemos que o direito

à informação jornalística é permitido, desde que não viole os direitos da personalidade (HERBELLA, 2011, p.104).

A pessoa que se encontra presa ou em custódia está sob o poder público, assim cabe ao Estado garantir seus direitos, tanto a sua dignidade quanto a sua imagem.

Entretanto, no Brasil, ainda existe uma sociedade muito preconceituosa, aonde se estabelece um conceito premeditado do indivíduo, baseado na sua imagem algemado, o que fere os princípios constitucionais.

Sendo que a pena tem objetivo de prevenir e ressocializar o indivíduo que sofre sanção penal, ela é o modo de punição para aquele que comete ato ilícito e este sofre atualmente desrespeito das autoridades policiais, que os submetem ao uso de algemas diante da mídia e sociedade em geral.

Uso este que é empregado apenas em pessoas de classe baixa, não se vê nas redes sociais e televisão, políticos, pessoas de autarquias usando algemas durante qualquer ato policial.

Em um país que se julga democraticamente correto, não pode haver distinção entre pessoas, pois isso fere as normas constitucionais, cujos direitos já tutelados devem ser cobrados. Sabendo disso, o legislador, aprovou um decreto que veio a regulamentar o uso de algemas.

4.7 Decreto nº 8.858, de 26 de setembro de 2016

A Suprema Corte não proibiu o emprego de algemas, apenas disciplinou o seu uso em casos excepcionais, plenamente justificados.

Aqui mais do que nunca nos revela o importante e festejado princípio da proporcionalidade, presentes com maior relevância no Direito Administrativo, Constitucional e Penal, responsável pelo balanceando dos bens em conflito, onde o intérprete do direito deve sopesar medidas e pesos, devendo utilizar-se na resolução dos choques de interesses, a técnica de redução bilateral, unilateral ou excludente conforme o caso posto.

Vendo o desejo da sociedade em fechar essa lacuna da lei, quanto ao uso de algemas, foi aprovado o Decreto nº 8.858, em 26 de setembro de 2016, com apenas 04 artigos, normatizando o seu uso. O qual decreta:

Art. 1º O emprego de algemas observará o disposto neste Decreto e terá como diretrizes:

I - o inciso III do **caput** do art. 1º e o inciso III do **caput** do art. 5º da Constituição, que dispõem sobre a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e sobre a proibição de submissão ao tratamento desumano e degradante;

II - a Resolução nº 2010/16, de 22 de julho de 2010, das Nações Unidas sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok); e

III - o Pacto de San José da Costa Rica, que determina o tratamento humanitário dos presos e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade.

Art. 2º É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito.

Art. 3º É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada. [...] (Decreto nº 8.858, 2016).

Mesmo com esse decreto, o uso de algemas ainda precisava resguardar outros direitos, que são, os direitos das mulheres em estado de vulnerabilidade.

4.8 Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017

Em complemento ao Art. 292, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro), foi aprovada a Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017, que acrescentou texto como parágrafo único, a saber:

Art. 292 [...]

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato." (Lei nº 13.434, 2017).

Desta feita, o parágrafo único do artigo 292, do Decreto-Lei supra, passou a vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato.

Observa-se nesse ato, a união dos Poderes Legislativo e Executivo para proteger os direitos das mulheres em condições especiais.

Sabendo o estado puerperal é elementar do crime de infanticídio, artigo 123, do Código Penal (CP), o que tem causado grandes e acirradas discussões doutrinárias para a sua caracterização, notadamente acerca do tempo de estado puerperal.

Há quem afirme que o estado puerperal é o período pós-parto ocorrido entre a expulsão da placenta e a volta do organismo da mãe para o estado.

Após toda uma regulamentação, o uso de algemas precisa se adequar às regras de emprego policial, para que seus agentes públicos possam utilizar da melhor forma e no momento mais apropriado.

5 O USO DE ALGEMAS EM CONSONÂNCIA COM OS NÍVEIS PROGRESSIVOS DA FORÇA

Dentro de qualquer cenário de ocorrência policial ou desordem pública, até a escolha da posição para algemar, é feita diante de uma análise do nível de força a ser empregado, avaliando tanto a situação quanto o comportamento do suspeito. Pois, pessoas cooperativas e que não oferecem riscos devem ser algemadas em posições de pé ou apoiadas na parede, que são táticas mais razoáveis. Ao contrário do indivíduo em estado de agressão, que deve ser algemado nas posições de joelho, ou deitado, esta última, reflete a posição mais segura para a abordagem policial. Segundo comenta Fernando Capez:

A discussão acerca do emprego de algemas é bastante calorosa, por envolver a colisão de interesses fundamentais para a sociedade, o que dificulta a chegada a um consenso sobre o tema. De um lado, o operador do direito depara-se com o comando constitucional que determina ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio por meio dos órgãos policiais (CF, art. 144); de outro lado, do Texto Constitucional emanam princípios de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e presunção de inocência, os

quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial (CAPEZ, 2012, p. 308).

Mas para se empregar algemas, diante de uma situação conflitante, deve-se analisar o nível de força a ser utilizado. Que, seguindo a linha de raciocínio supra, verifica-se que o uso de algemas se justifica para fazer o controle de contato, também chamado de controle das mãos livres, e diante da execução de técnicas de submissão.

Dito isso, é exposto que no controle de contato, ou controle das mãos livres, refere-se ao emprego de habilidades de contato físico, para atingir o controle da situação. Isto se dará quando se esgotarem as possibilidades de verbalização devido ao agravamento da atitude do contendor. Havendo a necessidade de dominar o suspeito fisicamente utiliza-se neste nível apenas as mãos livres, compreendendo-se técnicas de imobilizações e condução. Para isso, utilizam-se algemas como instrumento de menor potencial ofensivo para restringir os movimentos de certas pessoas, para prisão, custódia, condução, ou simplesmente contenção.

Já no que se refere às técnicas de submissão, é o emprego da força suficiente para superar a resistência ativa do indivíduo conflitante, permanecendo vigilante em relação aos sinais de um comportamento mais agressivo que exija uso de níveis superiores de resposta. Neste nível podem ser utilizados agentes químicos ou técnicas de mãos livres, neste último, utilizam-se também, algemas como instrumento de menor potencial ofensivo para restringir os movimentos de certas pessoas, para prisão, custódia, condução, ou simplesmente contenção.

5.1 Excessos no uso de algemas *versus* garantia à segurança

No momento da prisão, condução ou escolta de um preso, entra em vigor a legislação do uso de algemas como mecanismo de controle de constitucionalidade na ação do policial, e impõe ao mesmo, a responsabilidade de reflexão, se o infrator deve ser algemado, ou não, em virtude da gravidade do ilícito cometido, mesmo que não haja por parte do preso qualquer conduta adversa à ação policial, ou se o uso daquele instrumento menos gravoso será regular em crimes de menor gravidade, em que o conduzido tenha demonstrado periculosidade.

Até mesmo nos casos em que o infrator venha a desobedecer a ordem de prisão, casos em que comete crime de resistência (art. 329, CP), desobediência (art. 330, CP), desacato ou evasão mediante violência contra a pessoa (art. 352, CP), deve-se ponderar o seu uso. Pois, uma vez presentes, os excessos cometidos mediante o uso desarrazoado do instrumento algema, ou situações que atentem

contra direitos constitucionais garantidos, caracteriza-se o crime de abuso de autoridade.

Segundo a Lei nº 4.898/65, esse crime sujeita seu executor à eventual responsabilização civil e/ou disciplinar. No entanto, de modo geral, há que se considerar a necessidade de resposta do Estado diante de um ato criminoso, é uma garantia à segurança da sociedade, o que remete à importância da prisão do infrator, mesmo que o ato, em tese, viole sua dignidade enquanto pessoa humana, exigindo-se, porém, que a prisão tenha fundamentação legal, e que o preso não seja exposto indevidamente aos órgãos de comunicação. E na visão de FUDOLI (2008):

Toda prisão de um ser humano viola a sua dignidade, pois o estado de liberdade é natural e a prisão de um ser humano é anti-natural. No entanto, desde que a prisão em questão (que é o mais) seja amparada em lei, o que se admite em casos excepcionais para o bom desenrolar do processo penal, não se justifica a vedação do emprego de algemas (que é o menos)." [...] Estando preso o investigado, réu ou condenado, a regra é a de que ele se submeta, como consectário natural de tal situação, à privação de liberdade, com todas as consequências daí decorrentes, o que é autorizado pela Constituição da República e pelas leis de nosso país (FUDOLI, 2008).

5.1.1 Reflexão da lei federal nº 13.060, à luz do uso de algemas

A Lei nº 13.060, de 22 de dezembro de 2014, veio para disciplinar o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em todo o território nacional. Aliado a isso, o Poder Executivo, que é o órgão competente para regulamentar quais instrumentos não letais poderão ser utilizados, bem como a forma de utilização destes instrumentos, expediu a Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010, que estabelece diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de segurança pública.

A referida lei, em seu artigo 2º, diz que: "os órgãos de segurança pública deverão dar prioridade ao uso de tais instrumentos, desde que esse uso não coloque em risco a integridade física e psíquica dos policiais [...]". E tem elencados nos incisos I, II e III, desse mesmo artigo: legalidade, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Do que foi exposto, verifica-se a necessidade cada vez mais crescente de empregar instrumentos não letais nas ações policiais, dentre estes instrumentos, tem-

se armamentos não letais e instrumentos de menor potencial ofensivo, no caso, a algema.

6. USO DE ALGEMAS COMO UM INSTRUMENTO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

O uso de algemas pelos agentes públicos é uma constante na sua rotina, quer utilizem ou não, devem sempre portar, para se proteger diante das mazelas que possam vir a sofrer no atendimento das ocorrências policiais. Segundo a Portaria Interministerial nº 4.226 (2010):

8. Todo agente de segurança pública que, em razão da sua função, possa vir a se envolver em situações de uso da força, deverá portar no mínimo 2 (dois) instrumentos de menor potencial ofensivo e equipamentos de proteção necessários à atuação específica, independentemente de portar ou não arma de fogo (Portaria Interministerial nº 4.226, 2010, p. 4).

Para as forças de segurança pública, torna-se uma ponderação crescente entre a utilização de outros meios de controle menos gravosos (presença policial, voz de comando, uso da força física, algemas, etc.) e o uso de instrumento de menor potencial ofensivo (mais gravoso) como a pistola de choque "*taser*", espuma de pimenta, munição de borracha, e outros.

Nesse ínterim, portar algemas significa que o policial estará cumprindo seu dever funcional, uso de algemas remete a um conceito simples, que se relaciona aos conceitos já elencados na própria portaria, assim como vários outros conceitos, descritos no glossário dessa Portaria Interministerial:

Armas de menor potencial ofensivo: Armas projetadas e/ou empregadas, especificamente, com a finalidade de conter, debilitar ou incapacitar temporariamente pessoas, preservando vidas e minimizando danos à sua integridade.

Equipamentos de menor potencial ofensivo: Todos os artefatos, excluindo armas e munições, desenvolvidos e empregados com a finalidade de conter, debilitar ou incapacitar temporariamente pessoas, para preservar vidas e minimizar danos à sua integridade.

Força: Intervenção coercitiva imposta à pessoa ou grupo de pessoas por parte do agente de segurança pública com a finalidade de preservar a ordem pública e a lei.

Instrumentos de menor potencial ofensivo: Conjunto de armas, munições e equipamentos desenvolvidos com a finalidade de preservar vidas e minimizar danos à integridade das pessoas.

Munições de menor potencial ofensivo: Munições projetadas e empregadas, especificamente, para conter, debilitar ou incapacitar temporariamente pessoas, preservando vidas e minimizando danos a integridade das pessoas envolvidas (Portaria Interministerial nº 4.226, 2010, p. 7-8).

O que se entende por algema, no ramo jurídico, é um instrumento de força, no geral metálica, para prender alguém pela justiça penal ou por agente da segurança pública (polícia militar, polícia civil, agentes prisionais etc). Geralmente sua utilização é feita no indivíduo, nos pulsos, pela frente ou pelas costas, para prisão, custódia condução, ou simples contenção (STARLING, 2010). E se observa que pelas suas características de contenção, foi desenvolvida para minimizar os danos à integridade do agente e do indivíduo infringente, cuja aplicação pode se enquadrar tanto como um equipamento de menor potencial ofensivo, como também, um instrumento de menor potencial ofensivo.

Para melhor entendimento, pode-se dizer que o emprego de armas incapacitantes não letais para minimizar o risco de pôr em perigo pessoas, abrange não só as pistolas de ondas elétricas (*TASER* M26 e X26), mas também a utilização de algemas, com função imobilizante e restrição ao uso de força e de arma de fogo.

Nisso tudo, observa-se que o emprego de algemas, pelos agentes públicos, é um importante instrumento, como menor potencial ofensivo, de proteção do agente, diante das condições de agressão sofrida ou, propensas a sofrer. Mas que deve ser muito bem ponderada e, caso venha a ser utilizada, lançada a termo, sob pena de nulidade do procedimento. Fernando Capez afirma que:

[...] o emprego de algemas, portanto, representa importante instrumento na atuação prática policial, uma vez que possui tríplice função: proteger a autoridade contra a reação do preso; garantir a ordem pública ao obstaculizar a fuga do preso; e até mesmo tutelar a integridade física do próprio preso, a qual

poderia ser colocada em risco com a sua posterior captura pelos policiais em caso de fuga (CAPEZ, 2012, p. 309).

Observa-se, portanto, o poder discricionário do policial que se depara com o caso concreto, ao analisar subjetivamente a eventual intenção de fuga do infrator, ou o provável risco à integridade física própria ou de terceiros, oriundos da conduta do preso, deverá estar resguardado por outros princípios não menos importantes: a proporcionalidade e razoabilidade, o que coloquialmente denomina-se de "bom senso".

CONCLUSÃO

Observou-se que a utilização de algemas na fase do Brasil imperial, servia para forçar os trabalhadores à adaptação da comunidade local, sendo usadas em caráter punitivo. No entanto, a própria sociedade da época, proibiu o seu uso como forma de punição, ficando proibido o uso de algemas, correntes e outros apetrechos para martirizar homens, ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva.

Com o passar dos tempos, o uso de algemas foi tomando forma de excepcionalidade, e passou a ter seu emprego regulado conforme as regras estabelecidas nas legislações que surgiam, à luz da constitucionalidade. Tornando visível ao povo que seu uso não fere ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem representa um abuso de poder, por impedir os movimentos de certo indivíduo, pelo contrário, resguarda os policiais e a população, diante de ações delituosas.

Viu-se também que, a algema, por ser um instrumento de força, no geral metálica, para prender alguém pela justiça penal ou por agente da segurança pública. Cujas utilizações se dá no indivíduo, nos pulsos, pela frente ou pelas costas, para prisão, custódia condução, ou simples contenção. Tem como característica, a contenção, desenvolvida para minimizar os danos à integridade do agente e do indivíduo infringente, e se enquadra como um instrumento de menor potencial ofensivo.

Esse equipamento passou a ser considerado como um importante instrumento de menor potencial ofensivo, de proteção do agente, diante das condições de agressão sofrida ou, propensas a sofrer. Mas que deve ser muito bem ponderado e, caso venha a ser utilizada, lançada a termo, sob pena de nulidade do procedimento.

O estudo demonstrou a necessidade de se conhecer o uso de algemas à luz da constitucionalidade, sob pena de cometer abusos ou ferir os direitos humanos, considerados cláusulas pétreas de nossa Carta Magna.

Este trabalho demanda um maior aprofundamento, dentro da sociedade, sobre a necessidade de usar algemas, ou não, diante dos diversos cenários e situações enfrentadas pelos policiais, a fim de esclarecer à sociedade que o seu uso não fere direitos, pelo contrário, resguarda a segurança do policial, do preso e da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

Decreto-Lei nº 1.0002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em: 18/04/2021.

Lei nº 11.689, de 9 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.689-2008?OpenDocument>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Ministério da Defesa. Glossário das Forças Armadas (MD35-G-01). 5. Ed. 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jun. 2016.

Ministério da Justiça. Departamento da Polícia Federal. Caderno Didático: Curso de Extensão em Equipamentos Não Letais I (CENL-I). 2009. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/manual-do-vigilante/manual-do-vigilante/Caderno%20Didatico%20CENL%20I.pdf>>. Acesso em: 25/04/2021.

_____. Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010. Estabelece Diretrizes sobre o Uso da Força pelos Agentes de Segurança Pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jan. 2011, p. 27. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doc_18610812_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_4226_DE_31_DE_DEZEMBRO_DE_2010.aspx>. Acesso em: 25/04/2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. SP: Saraiva, 2012, p 309.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; SILVA, Roberto da. **Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo: Person Prentice Hall, 2007, p. 63-64.

CHIEFS STAFF, Joint. **Joint Publication 1-04: Legal Support to Military Operations**. 2016, p. GL-3. Disponível em: <https://www.jcs.mil/Portals/36/Documents/Doctrine/pubs/jp1_04.pdf>. Acesso em: 21/04/201.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; PINTO, Ronaldo Batista.

Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/artigos-menu/artigos-lista/682-uso-de-algemas-a-sumula-vinculante-n-11-do-stf>>. Acesso em: 22/04/2021.

GARCIA, Milena; GARCIA, Wilson. **A Legalidade e Legitimidade do Uso das Algemas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://lelivros.love/book/a-legalidade-e-legitimidade-do-uso-das-algemas-no-ordenamento-juridico-brasileiro-milena-garcia-wilson/>>. Acesso em: 21/04/2021.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Celso Augusto dos Santos. **Guia de Estudos Metodologia da Pesquisa**. Varginha, 2015. Revisão: 2017.

HERBELLA, F. **Algemas e a Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas**. Osasco: UNIFIEO, 2005. Disponível em: <http://www.unifieo.br/pdfs/marketing/dissertacoes_mestrado_2005/fernanda%20herbella.PDF>. Acesso em: 20/04/2021.

HERBELLA, Fernanada. **Algemas e a Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas**. São Paulo: Lex, 2008.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PEROVANO, Dalton Gean. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica. [livro eletrônico] / Dalton Gean Perovano**. Curitiba: InterSaberes, 2016, p. 41.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

STARLING, S. C. S. **Fundamentação jurídica e orientações sobre o uso de algemas.**
Jus Navigandi, Teresina, ano 15, nº 2397, 23 jan. 2010.

AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA SENTENÇA FUNDADA EM NORMA POSTERIORMENTE CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ELIANE DOS SANTOS CAMPOS:
Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil.

ERICA CRISTINA DOS SANTOS MOLINA.
(orientadora)

RESUMO: O direito brasileiro reconhece dois meios de impugnação das decisões judiciais: os recursos e as ações autônomas de impugnação, das quais uma delas é a ação rescisória objeto deste estudo. A ação rescisória é o meio processual utilizado para desconstituir a coisa julgada material constituída a partir da decisão de mérito transitada em julgado. Trata-se de uma ação autônoma de impugnação, onde se é possível postular a reapreciação da decisão de caráter definitivo, da qual não cabe mais recurso. As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão elencadas no art. 966 do Código de Processo Civil de 2015. A problemática apresentada no presente trabalho consiste na possibilidade de cabimento da ação rescisória contra sentença fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e o prazo disposto nos arts. 525, §15, e 535, § 8º, que instituem termo inicial de contagem de prazo para ação rescisória imprevisível e a conformidade deste instituto com o princípio da segurança jurídica. A reflexão sobre o assunto ora apresentado é importante para que se preserve a estabilidade das relações jurídicas.

Palavras-chave: Ação Rescisória. Prazo; Trânsito em Julgado; Segurança Jurídica.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 AÇÃO RESCISÓRIA. 1.1 Conceito e Natureza jurídica da Ação Rescisória. 1.2 Hipóteses de Cabimento. 1.3 Prazo. 2 AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DA NORMA JURÍDICA: 3.1 Normas Jurídicas; 3.2 Manifesta Violação e a Súmula 343 do STF. 4. AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA SENTENÇA FUNDADA EM NORMA POSTERIORMENTE CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: 4.1 A Hipótese de Cabimento de Ação Rescisória Prevista Pelos Artigos 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC; 4.2 O Prazo Previsto no art. 525, § 15 e no art. 535, § 8º do CPC 2015 e o Princípio da Segurança Jurídica. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

A ação rescisória é o meio processual utilizado para desconstituir a coisa julgada material constituída a partir da decisão de mérito transitada em julgado. Trata-se de uma ação autônoma de impugnação, onde se é possível postular a reapreciação da decisão de caráter definitivo, da qual não cabe mais recurso. As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão elencadas no art. 966 do Código de Processo Civil de 2015.

O objetivo do presente trabalho é analisar a hipótese de cabimento de ação rescisória contra sentença fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e o prazo para propositura da ação rescisória nesta hipótese, assunto tratado nos arts. 525, § 15, e 535, § 8º do CPC, os quais dispõe que o prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e não da decisão rescindenda.

A problemática a ser abordada é a possibilidade de cabimento da ação rescisória contra sentença fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e o prazo disposto nos arts. 525, §15, e 535, § 8º, que instituem termo inicial de contagem de prazo para ação rescisória imprevisível e a conformidade deste instituto com o princípio da segurança jurídica. A reflexão sobre o assunto ora apresentado é importante para que se preserve a estabilidade das relações jurídicas.

O primeiro capítulo aborda os conceitos doutrinários da ação rescisória, bem como sua natureza jurídica e as hipóteses de cabimento, este capítulo trata ainda sobre o prazo geral para propositura desta ação.

Em continuidade o segundo capítulo trata sobre a ação rescisória por violação a norma jurídica, passando-se pelo estudo da norma jurídica e a norma jurídica em sentido estrito e por fim a análise do sentido de "manifesta violação" e a Súmula 343 do STF.

O terceiro capítulo apresenta a hipótese de cabimento de ação rescisória contra sentença fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo STF, para tanto se faz necessário o estudo do prazo instituído pelo arts. 525, §15, e 535, § 8º do CPC/2015 e do princípio da segurança jurídica.

A metodologia utilizada para realização deste trabalho foi pautada na pesquisa básica exploratória, com emprego do método qualitativo e bibliográfico.

2 AÇÃO RESCISÓRIA

Este capítulo aborda as características gerais da ação rescisória, os conceitos doutrinários da ação rescisória, bem como sua natureza jurídica e as hipóteses de cabimento. E ao final do capítulo, será tratado sobre o prazo para propositura desta ação.

2.1 Conceito e Natureza Jurídica da Ação Rescisória

O direito brasileiro reconhece dois meios de impugnação das decisões judiciais: os recursos e as ações autônomas de impugnação, das quais uma delas é a ação rescisória objeto deste estudo.

A ação rescisória é o meio processual utilizado para desconstituir a coisa julgada material constituída a partir da decisão de mérito transitada em julgado. Trata-se de uma ação autônoma de impugnação, onde se é possível postular a reapreciação da decisão de caráter definitivo, da qual não cabe mais recurso. As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão elencadas no art. 966 do CPC 2015.

A ação rescisória está prevista nos arts. 966 a 975 do CPC 2015.

De acordo com Didier e Cunha (2016, p.421), a ação rescisória é “a ação autônoma de impugnação, que tem por objetivos a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente o rejuízo da causa”. Isto significa que se pretende a anulação de uma decisão judicial.

Gonçalves (2019) conceitua rescisória como sendo ação autônoma de impugnação que tem por finalidade desconstituir a decisão de mérito transitada em julgado, onde também se é possível postular a reapreciação do que foi decidido em caráter definitivo. A esse respeito, leciona o referido autor:

Não se trata de um recurso, pois pressupõe que todos já tenham esgotado. Exige que tenha havido o trânsito em julgado da decisão de mérito. Consiste em uma ação cuja finalidade é desfazer o julgamento definitivo. (GONÇALVES, 2019, p.601)

Neste viés Didier e Cunha (2016) lecionam que a ação rescisória não é recurso porque da origem a um novo processo para impugnar a decisão judicial, diferentemente do recurso que impede o trânsito em julgado, mantendo assim o estado de litispendência ou de pendência do processo.

Com relação à natureza jurídica da ação rescisória, esta é desconstitutiva, pois toda ação rescisória tem de ter o juízo rescindente, a rescisão da decisão anterior, ou seja, a desconstituição da decisão anterior e o juízo rescisório, o novo julgamento da

matéria. O juízo rescisório pode ter natureza condenatória (mandamental ou executiva lato sensu), constitutiva ou declaratória (GONÇALVES, 2019, p.605).

Classificada a ação rescisória, como ação autônoma de impugnação voltada a desconstituir decisão transitada em julgado, é fundamental destacar o que diz alguns pensadores do direito sobre as decisões que podem ser desconstituídas pela demanda rescisória.

Sobre o tema, Didier e Cunha (2016) explicam:

O art.966 do CPP prevê a possibilidade de ação contra decisão de mérito transitada em julgado. O art. 485 do CPC-1973 continha a expressão "sentença de mérito". A mudança do termo "sentença" por "decisão" não foi ocasional. O propósito é evidente: permitir o ajuizamento de ação rescisória contra qualquer tipo de decisão de mérito: decisão interlocutória, sentença, decisão de relator ou acórdão. Não importa a espécie de decisão: tendo transitado em julgado, é rescindível. (DIDIER; CUNHA, 2016, p.423)

A propósito Gonçalves (2019) leciona:

Como visto só cabe ação rescisória contra decisões de mérito, porque só elas fazem coisa julgada material. No entanto, há duas exceções previstas em lei, tratadas no art. 966,§ 2º: "Nas hipóteses previstas no inciso do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I- nova propositura da demanda; ou II- admissibilidade do recurso correspondente"(GONÇALVES, 2019,p.604) .

Quanto à legitimidade para propor a rescisória consta do art. 967 do CPC, que tem legitimidade para propor ação rescisória quem foi parte no processo ou seu sucessor; aquele que não foi ouvido no processo mas que era obrigatório que ele tivesse participado, o terceiro interessado; e também o Ministério Público, neste caso o MP pode propor a rescisória em três casos: no caso em que o MP não foi ouvido no processo em que era obrigatório sua intervenção, outra hipótese é quando a decisão no processo se deu em decorrência de simulação ou de colusão entre as partes a fim de fraudar a lei e por ultimo em outros casos em que se imponha sua atuação.

2.2 Hipóteses de Cabimento

O art. 966 do CPC elenca as hipóteses de cabimento da rescisória, trata-se de um rol taxativo, não se admitindo hipóteses não previstas em lei.

A primeira hipótese de rescisória trazida pelo art. 966, inciso I, refere-se à decisão de mérito transitada em julgado proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz que proferiu a decisão, para tanto não se faz necessário que haja processo penal instaurado contra o juiz, tampouco que ele tenha sido condenado em processo crime, competindo então ao órgão julgador da rescisória apurar a ocorrência de tais condutas delituosas, mas havendo a absolvição do juiz na esfera criminal, não se admite rescisória pautada nesta hipótese em questão.

O art. 966 em seu inciso II traz a segunda hipótese de cabimento de rescisória, que diz respeito ao impedimento do juiz e a incompetência absoluta do juízo, cabe destacar que caberá rescisória apenas no caso de incompetência absoluta, "..., pois se a incompetência foi relativa ou o juiz suspeito, o vício terá se sanado no curso do processo "(GONÇALVES, 2019, p. 609).

A primeira parte do inciso III do art. 966 dispõe que cabe rescisória contra decisão que resulta de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida.

A esse respeito Gonçalves (2019) explica que:

Haverá dolo da parte vencedora quando ela engana o juiz ou a parte contrária para influenciar o resultado do julgamento, e coação quando ela incute no adversário fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou a seus bens. Para que possa ensejar a rescisória, é preciso que isso tenha sido determinante para o resultado e que aquele que violou o dever de lealdade e boa fé, ou fazendo uso de ardis para induzir a erro o adversário, ou fazendo uso da coação, tenha saído vitorioso. (GONÇALVES, 2019, p. 610)

A segunda parte do inciso III do art. 966 traz mais duas hipóteses de cabimento de rescisória: a simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, para Gonçalves (2019, p. 610) "a colusão é o conluio entre as partes, que utilizam o processo para fins ilícitos". Ainda de acordo com Gonçalves (2019, p. 610) "... qualquer prejudicado ou o Ministério Pública poderão ajuizar rescisória. Mas não as parte, por faltar-lhes interesse já que eram envolvidos na fraude". Já a simulação acontecerá quando ocorrer uma das hipóteses elencadas no art. 167, §§ 1º e 2º do Código Civil.

Caberá rescisória também contra decisão que ofender a coisa julgada, assim dispõe o inciso IV, art. 966. Vale destacar que a existência da coisa julgada impede que a decisão proferida pelo Poder judiciário seja rediscutida, conforme dispõe o art. 485, inciso V, do CPC 2015, porém se não reconhecida a existência da coisa julgada no processo superveniente é cabível ação rescisória de acordo com art. 966, inciso IV, do CPC 2015.

Também caberá rescisória contra decisão que violar manifestadamente norma jurídica, de acordo com o inciso V do art. 966 do CPC 2015.

Didier e Cunha (2016) esclarecem que:

A norma jurídica violada pode ser de qualquer natureza, desde que seja uma norma geral: legal (lei ordinária, delegada, complementar, estadual, municipal), constitucional, costumeira, regimental, administrativa, internacional, decorrente de lei orgânica, medida provisória ou decreto etc. A norma jurídica violada pode ser processual ou material, de direito público ou privado. A ação rescisória serve, enfim, para corrigir um error in procedendo ou um error in iudicando. Decisão que viola manifestadamente precedente obrigatório (art. 927, CPC) também é rescindível. (DIDIER; CUNHA, 2016, p.488)

É possível ainda a rescisão de sentença fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória, assim versa o inciso VI, do art. 966 do CPC. No entanto, "é indispensável que a prova falsa tenha sido determinante do resultado, que não possa subsistir sem ela." (GONÇALVES, 2019, p. 612)

Segundo o inciso VII do art. 966 do CPC, poderá ser rescindida a decisão de mérito quando , o autor após o trânsito em julgado obtiver prova nova da qual a existência desconhecia ou de que não pôde fazer uso, e que se a tivesse usado seria o suficiente para assegurar lhe pronunciamento favorável. "O autor, a que alude o dispositivo legal, não é o da ação originária, cuja decisão se pretende rescindir, mas o da própria rescisória, que pode ter figurado como autor ou réu daquela." (GONÇALVES, 2019, p. 613)

A última hipótese de cabimento de rescisória trazida pelo art. 966 do CPC/2015 diz respeito à decisão fundada em erro de fato verificável do exame dos autos, o art.966, § 1º, diz que há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente, ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido.

Sobre erro de fato, Didier e Cunha (2016) lecionam que:

Trata-se, enfim, de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção e não de um critério interpretativo do juiz. (DIDIER; CUNHA, 2016, p.506)

2.3 Prazo

O art. 975 do CPC/2015 dispõe que o prazo para propositura da ação rescisória é de dois anos, sendo este prazo de natureza decadencial. "O termo inicial é o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo." (GONÇALVES, 2019, p. 619)

Assim, "a ação rescisória deve, nos termos do art. 975 do CPC, ser ajuizada no prazo de dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão." (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 458)

Sobre o prazo da ação rescisória Gonçalves (2019) comenta que:

O art.975 do CPC estabelece que "o direito à rescisão se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo". A Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça acrescenta que "o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial"

O prazo se justifica por razões de segurança jurídica: não seria razoável que, por tempo indefinido, se pudesse desconstituir decisão transitada em julgado. (GONÇALVES, 2019, p.618)

Cabe destacar que é sabido que a regra geral é o prazo de dois anos para propositura da rescisória, porém existem duas exceções, como bem explica Gonçalves (2019), na hipótese em que obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência era ignorada, neste caso o prazo será contado a partir da descoberta de tal prova respeitado o prazo máximo de cinco anos contado do trânsito em julgado da última decisão prolatada no processo; a outra exceção é no caso de simulação e colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, hipótese esta trazida pelo art. 966, inciso III, nesta situação o prazo para rescisória se iniciará a partir do momento

em que o terceiro prejudicado e o Ministério Público que não interveio no processo, tomarem conhecimento da simulação ou colusão.

Gonçalves (2019) explica que, quando no curso do processo o juiz julgar parte dos pedidos proferindo decisão interlocutória de mérito com caráter definitivo e ordenar a prossecução do processo com relação aos pedidos restantes o prazo para propositura da rescisória será de dois anos a partir do trânsito em julgado da última decisão prolatada no processo, em vez do trânsito em julgado de cada decisão de mérito.

O § 15 do art. 525 do CPC apresenta uma regra especial de contagem de prazo para rescisória, que será objeto de estudo deste trabalho mais a frente. Nesta hipótese caberá rescisória contra decisão fundada em lei ou ato normativo posteriormente considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo considerados pelo STF como sendo incompatível com a Constituição Federal, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, onde o prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal .

3 AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DA NORMA JURIDICA

Este capítulo trata sobre a hipótese de cabimento de ação rescisória por violação a norma jurídica, passando-se pelo estudo da norma jurídica e a norma jurídica em sentido estrito e por fim a análise do sentido de “manifesta violação” e a Súmula 343 do STF.

3.1 Normas Jurídicas

Apesar de não ser objetivo deste trabalho definir norma jurídica, é de suma importância tecer algumas considerações a respeito.

Norma jurídica pode ser entendida como o sentido que o interprete confere ao texto normativo, melhor dizendo é consequência da interpretação do dispositivo legal.

Ávila (2018) explica que:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. (ÁVILA, 2018, p.50)

Didier e Cunha (2016) assim como Ávila (2018) entendem que norma e texto não são sinônimos, pois há textos que dão origem a normas; existem textos que não originam norma alguma; também se tem norma sem texto e ainda há norma derivada da associação de vários textos.

A norma jurídica pode se originar de diferentes fontes como, por exemplo: de uma lei, da constituição, de um ato infra legal, de um costume, de um precedente, dentre outras fontes. Sendo estas fontes objeto de interpretação, infere-se que desta interpretação deriva as normas jurídicas.

Vale também pontuar que norma em sentido amplo é a norma em si, ou seja, qualquer norma, já norma em sentido estrito é aquela em que se aplica àquele caso concreto.

Parafraseando Didier e Cunha (2016) a norma é gênero que tem como espécies os princípios e as regras, logo a norma jurídica se exterioriza no ordenamento jurídico através dos princípios e regras.

Sobre princípios e regras:

As regras são normas imediatamente descritivas, primeiramente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

As normas jurídicas podem ser classificadas em normas jurídicas gerais e normas jurídicas individuais. As normas individuais “estabelece uma conduta única, individualmente certa para uma ou várias pessoas.” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 492). Já a norma geral “dirige-se a um número indeterminado de ações ou omissões de uma única pessoa, de várias pessoas determinadas, de uma determinada categoria de pessoas ou de pessoas indeterminadas.” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 493)

O que diferencia a norma geral da individual segundo Didier e Cunha (2016) é a conduta prevista por ela, se a conduta prevista é de caráter geral ou indefinido a norma será geral, porém se a conduta prevista for individual, particular, específica, a norma será individual.

Para Didier e Cunha (2016) a distinção entre norma geral e norma individual é importante uma vez que caberá rescisória apenas contra decisões que contrariem norma jurídica de caráter geral. A exemplo, o negócio jurídico entre duas partes gera norma de caráter individual, uma vez que terá por objetivo regular a relação entre as partes titulares deste negócio jurídico, sendo que as normas que dispõem sobre os requisitos e pressupostos para a realização deste negócio jurídico são normas de caráter geral.

3.2 Manifesta Violação e a Sumula 343 do STF

A redação anterior do art. 485 do CPC/1973 apresentava apenas uma fonte como possibilidade de rescisão por violação, onde fonte do direito era apenas a lei, sendo assim, só se admitia rescisão que violasse manifestamente a literal letra da lei, mas com o advento do CPC/2015, tira-se o literal que está relacionado à fonte escrita e coloca manifesta que implica em evidente, clara, notória, substitui também a palavra lei por norma jurídica conferindo uma ampliação das fontes e uma maior abrangência.

De acordo com o art. 966, inciso V, do CPC/ 2015, caberá rescisória de decisão que viole manifestamente norma jurídica, essa violação pode ser à norma constitucional ou a qualquer outra norma decorrente de costumes, medida provisória, de lei (estadual ou municipal) e etc.; e até mesmo norma de direito estrangeiro. Também pode haver a violação de normas jurídicas tanto de caráter processual quanto de caráter material.

Levando em conta que a norma é fruto da interpretação de um dispositivo legal, a manifesta violação não diz respeito à violação literal do texto de lei, mas sim a interpretação de tal dispositivo. "Quando se diz que uma norma foi violada, o que se violou foi a interpretação dada à fonte do direito utilizada no caso." (DIDIER ; CUNHA, 2016, p. 492)

Para parte da doutrina e da jurisprudência a palavra manifestamente infere o sentido de evidente, aberrante, que contrarie claramente a norma. A esse respeito Didier e Cunha aduzem que:

O termo manifesta, contido no inciso V do art. 966 do CPC/ 2015, significa evidente, clara. Daí se observa que cabe rescisória

quando a alegada violação à norma jurídica puder ser demonstrada com a prova pré-constituída juntada pelo autor. Esse é o sentido que se deve emprestar ao termo “manifesta” violação. (DIDIER ; CUNHA, 2016, p. 494)

Na mesma direção Wambier e Talamini (2016) pontuam que:

Com o emprego do adverbio “manifestamente”, quer-se apenas indicar que a afronta à ordem jurídica, para que caiba rescisória com base nesse inciso, precisa ser constatável pelo mero exame das “questões jurídicas”, considerando-se como premissa os fatos já definidos no processo. Nessa hipótese de rescisória, não pode haver reexame de provas nem redefinição dos fatos que se considerem ocorridos. Cabe verificar se, à luz dos fatos, exatamente tal como pressupostos pela decisão, as normas jurídicas foram corretamente aplicadas. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p.834 *apud* COSTA, 2017, p. 11).

Logo, caberá a ação rescisória por manifesta violação da norma jurídica contra decisão que tenha sido fundamentada em interpretação evidentemente aberrante, em desacordo com a norma. É condição ainda para ajuizamento de rescisória neste caso a comprovação da aduzida manifesta violação com prova pré-constituída, significa que a violação deve ser tão evidente que pode ser demonstrada já na inicial apenas documentalmente, pois se houver a necessidade de produção de provas como bem explica Didier e Cunha (2016, p. 495) “então essa rescisória será inadmissível”.

Considerando que a norma jurídica é o resultado da interpretação do dispositivo legal, importante pontuar sobre as decisões que se baseou em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

A despeito a Súmula 343 do STF preceitua que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Aqui vale lembrar que a Súmula 343 do STF foi editada para o CPC de 1939 e que atualmente sua aplicabilidade tem gerado muita divergência. Há autores que acreditam que a súmula tem que ser superada, pois entende “que não subsiste, no CPC de 2015, fundamento de validade para a súmula 343 do STF.” (SCARPINELA, 2016, p.692). Por outro lado tem uma corrente que acredita que a Súmula 343 do STF, tem que ser reforçada, prestigiada, é o que entende Marinoni que inclusive conclui que “a

Súmula 343 do STF também deve ser aplicada nos casos de resolução de questão constitucional”. (MARINONI, 2016, p. 937).

Tem se também outra gama de autores que adotam um posicionamento intermediário. Partindo desse posicionamento em relação à aplicabilidade da Súmula 343 do STF, Didier e Cunha (2016, p. 496) entendem que “enquanto se mantém a divergência sem que haja a definição da questão de direito pelo tribunal superior, ainda é aplicável o enunciado 343 da súmula do STF”.

4 AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA SENTENÇA FUNDADA EM NORMA POSTERIORMENTE CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O terceiro capítulo apresenta a hipótese de cabimento de ação rescisória contra sentença fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo STF, para tanto se faz necessário o estudo do prazo instituído pelos arts. 525, §15, e 535, § 8 do CPC/2015 e do princípio da segurança jurídica.

4.1 A hipótese de Cabimento de Ação Rescisória Prevista Pelos Artigos 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC.

Antes de se adentrar a análise da hipótese de cabimento de rescisória prevista pelos arts. 525, §15, e 535, § 8º, do CPC/2015, é importante destacar alguns pontos sobre a coisa julgada material. Segundo o art. 502 do CPC/ 2015 “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

A proteção à coisa julgada está claramente assegurada pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVI, que diz que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A proposito Zavascki (2015) leciona que:

A coisa julgada não é um valor constitucional absoluto. Trata-se, na verdade, de um princípio, como tal sujeito à relativização, de modo a possibilitar sua convivência harmônica com outros princípios da mesma hierarquia existentes no sistema. Por exemplo: o da imparcialidade do juiz, da boa fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional, da própria coisa julgada e, mesmo, da justiça da sentença quando comprometida de modo manifesto. Nos casos em que tais valores possam ficar

comprometidos, relativiza-se a imutabilidade das sentenças, propiciando a correção da injustiça. O instrumento processual para isso é a rescisória, também contemplada na Constituição, destinado a corrigir, em caráter excepcional, decisões judiciais transitadas em julgado, inclusive as proferidas pelas mais altas Cortes (CF, art. 102, I, 'j', e art. 105, I, 'e'). (ZAVASCKI, 2015, p. 124)

Os arts. 525, §15, e 535, § 8º, ambos do CPC/2015 trazem uma hipótese peculiar de cabimento de rescisória na qual uma decisão posterior do STF relacionada no caso ao controle de constitucionalidade considere uma norma inconstitucional após o trânsito em julgado da decisão exequenda.

Nos termos do art. 525, § 15, do CPC/2015, se a decisão que decidir pela inconstitucionalidade da norma, em controle concentrado ou difuso, for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O art. 535 do CPC/2015 versa sobre o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, o referido artigo em seu § 8º dispõe que se a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional a norma que embasou a decisão exequenda for proferida após o trânsito em julgado desta, caberá ação rescisória, e o prazo para ajuizamento da rescisória será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Na opinião de Didier e Cunha (2016) não caberá rescisória de decisão fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo supremo com base no inciso V, do art.966, pois são coisas distintas. No caso de decisão fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo Supremo Federal, não há de se falar em violação da norma, pois a época não havia manifestação da Corte Superior a respeito, sendo assim, a decisão não contrariou entendimento do Supremo Tribunal Federal. Cabe ainda destacar que os requisitos e o prazo da hipótese de cabimento de rescisória do inciso V do art. 966 difere dos requisitos e da contagem de prazo da hipótese dos §15 do art. 525 e § 8º do art. 535.

Para Marinoni seria admissível a alegação de inconstitucionalidade superveniente a coisa julgada como fundamento para o exercício do direito de rescisória, desde que tal situação não estivesse em desacordo com a intangibilidade da coisa julgada. Partindo desse posicionamento, "a ação rescisória com base em posterior declaração de inconstitucionalidade é uma macro exceção à intangibilidade da coisa julgada material". (MARINONI, 2016, p. 943)

O § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535 além de não estarem em conformidade com a intangibilidade da coisa julgada, contrariam respectivamente o § 14 do art. 525 e o § do art. 535, os quais dispõe que a decisão do Supremo Tribunal Federal que considera a inconstitucionalidade da norma tem que ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, enquanto que o § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535, utilizam a inconstitucionalidade superveniente como requisito para rescisória.

A respeito Marinoni (2016) entende que:

Trata-se de duas normas claramente contraditórias, de modo que a segunda só pode ser compreendida como resultado de uma inserção descuidada, dessas que são feitas em uma lei de grande amplitude no apagar das luzes da discussão parlamentar. (MARINONI, 2016, p.943)

Ainda de acordo com Marinoni (2016) trata-se de um instituto eivado de inconstitucionalidade e que os juízes e tribunais não deveriam aplicar, em virtude de sua evidente e incorrigível inconstitucionalidade.

4.2 O Prazo Previsto no art.525,§15 e art. 535,§ 8º do CPC 2015 e o Princípio da Segurança Jurídica.

Como citado anteriormente o § 15, do art. 525 o § 8º, do art. 535 do CPC/2015 estabelecem uma regra especial de contagem de prazo para rescisória, neste caso o prazo para rescisória será de dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão que julgou a norma inconstitucional e não do trânsito em julgado da decisão exequenda, há aqui, portanto, uma hipótese especial de contagem de prazo para rescisória, diferente do estabelecido no art. 975 do CPC/2015.

Para alguns autores essa regra especial de contagem de prazo para rescisória trazida pelo § 15, do art. 525 e pelo § 8,º do art. 535 pode gerar uma instabilidade à coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica. Tal instabilidade se dá em virtude de que nesta situação não tem como prever em qual momento poderá ocorrer a decisão de inconstitucionalidade referente a legislação que fundamentou a coisa julgada, assim, é impossível saber em que momento o jurisdicionado terá a estabilidade de seu direito.

Sobre o assunto Didier e Cunha (2016) comentam que:

Essa hipótese especial de ação rescisória pode levar a uma primeira impressão de que há grave comprometimento à

segurança jurídica. Isso porque essa decisão superveniente do STF pode vir a ser proferida muitos anos depois da coisa julgada. Assim, toda coisa julgada seria intrinsecamente instável, já que há sempre a possibilidade de o STF vir a reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo em que se funda a decisão que transitou em julgado.

A preocupação é procedente. (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 467)

Imaginem a situação em que a norma que fundamentou a decisão judicial venha a ser considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal muitos anos após a sua edição, esta já teria produzido incontáveis coisas julgadas, todas as decisões que à época se fundamentou na norma posteriormente declarada como inconstitucional, em princípio será rescindível.

Diante do exposto no paragrafo anterior é importante observarmos o que dispõe o § 13, do art. 525 e o § 6º, do art. 535, que diz que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade superveniente poderão ser modulados no tempo em atenção à segurança jurídica.

Didier e Cunha (2016) acreditam que a instabilidade da coisa julgada gerada pela regra especial de contagem de prazo estabelecida no § 15, do art. 525 e no § 8º, do art. 535 poderá ser mitigada, se o Supremo Tribunal Federal ao proferir a decisão de inconstitucionalidade modular essa decisão sem dar eficácia retroativa.

Nestes termos, “o Supremo Tribunal Federal poderá modular os efeitos no tempo da decisão paradigma, como forma de concretização do princípio da segurança jurídica (art.525, §13, e art.535, § 6º).” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 467)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho restou demonstrado o cuidado que os operadores do Direito têm que ter com relação à possibilidade de cabimento de ação rescisória contra sentença fundada em norma posteriormente considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, tendo uma decisão transitada em julgado, esta estará coberta pela coisa julgada, o que infere-se ainda que a decisão veio após o devido processo legal.

O prazo estabelecido pelo § 15, do art. 525 o § 8º, do art. 535 do CPC/2015, pode gerar instabilidade à coisa julgada e ocasionar implicações ao princípio da segurança jurídica, já que o jurisdicionado pode vir a ser surpreendido a qualquer

momento com a possibilidade de nova discussão de decisão transitada em julgado, gerando assim uma insegurança jurídica e até mesmo um descrédito do judiciário.

A exemplo, uma norma que fundamentou uma decisão judicial vindo esta a ser considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal muitos anos após a sua edição, esta já teria produzido incontáveis coisas julgadas, todas as decisões que à época se fundamentou na norma posteriormente declarada como inconstitucional, em princípio será rescindível.

Desta forma, a possibilidade de cabimento de rescisória a partir de posterior decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo pode ocasionar sério risco à segurança jurídica.

Neste sentido, a presente abordagem tende pela inconstitucionalidade do prazo estabelecido pelo § 15, do art. 525 e do § 8º, do art. 535 do CPC/2015.

Diante do exposto no decorrer deste estudo, viu-se que a instabilidade à coisa julgada e as consequências à segurança jurídica trazidas pela decisão posterior do Supremo Tribunal Federal que decide pela inconstitucionalidade de uma determinada lei ou norma após estas terem produzido inúmeras coisas julgadas poderão ser mitigadas se o Supremo Tribunal Federal modular a decisão sem dar eficácia retroativa, sendo assim, acredita-se que a coisa julgada e a segurança jurídica estariam preservadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. 240 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturada à luz do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei n. 13105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

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/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

COSTA, L.A.M. **Ação rescisória por violação manifesta a norma jurídica**: o prazo previsto nos artigos 525§ 15, e 535, §8º, do CPC/2015. 2017. 33 p. Trabalho apresentado a conclusão de curso (Especialização em Processo Civil)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: < [https:// www.ufrgs.br/handle/10138/184560/001079805pdf?sequence=1](https://www.ufrgs.br/handle/10138/184560/001079805pdf?sequence=1) >. Acesso em: 14 set. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.13.ed.Salvador: Juspodivm,2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, ano 2 (2016), n. 6, p. 915-956. Disponível em: < http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0915_0956.pdf >. Acesso: em 22 set. 2020.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PINHO, Humberto Dala Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva,2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Vol. III.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação rescisória em matéria constitucional. **Juris Plenum**, Caxias do Sul/RS, v.11. n. 63, p.121-140, maio/jun. 2015. Disponível em < <https://core.ac.uk/download/pdf/79058134.pdf> >. Acesso em: 22 set. 2020

A FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

LETICIA FERNANDA MARTINEZ:
Bacharelanda em Direito pela Universidade
Brasil

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA

(orientadora)

RESUMO: O Código de Defesa do Consumidor foi criado em 1990, com o intuito de proteger o consumidor nas relações de consumo, pois o mesmo é vulnerável, ou seja, é a parte mais fraca da relação de consumo. Sendo assim é necessária a inversão do ônus da prova, visto que o fornecedor detém em seu poder todas as provas e possui todo conhecimento sobre o produto ou serviço, e o consumidor hipossuficiente não possui ao seu alcance algumas provas. O objetivo do presente trabalho é estudar a inversão do ônus da prova como um meio para facilitar a proteção dos direitos do consumidor, garantindo assim o verdadeiro acesso à justiça previsto nesse estatuto legal. A metodologia aplicada ao estudo será a pesquisa básica ou pura, análise bibliográfica, exploratória e qualitativa, ou seja, a pesquisa será realizada nas principais doutrinas, legislações e artigos científicos relacionados à temática. Percebe-se na pesquisa que a inversão do ônus da prova é fundamental para garantir a proteção dos direitos do consumidor, visto que esse é a parte indefesa da relação. Sendo assim, o instituto da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor deve ser utilizado com eficácia máxima para garantir o equilíbrio na relação de consumo.

Palavras-chave: Consumidor. Fornecedor. Inversão. Ônus da prova.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 2.1 Evolução Histórica. 2.2 Fundamento Constitucional. 2.3 Conceitos. 2.3.1 Conceito de consumidor. 2.3.2 Conceito de fornecedor. 2.3.3 Produto e serviço. 2.4 Princípios do Código de Defesa do Consumidor. 2.4.1 Princípio da vulnerabilidade. 2.4.2 Princípio da hipossuficiência. 2.4.3 Princípio da boa-fé objetiva. 3 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR. 3.1 Direito à Vida, Saúde e Segurança (Artigo 6º, I). 3.2 Direito à Educação, Liberdade de Escolha e Informação Adequada (Artigo 6º, II). 3.3 Direito a Informação Adequada e Clara (Artigo 6º, III). 3.4 Direito à Proteção Contra Publicidade Enganosa e Abusiva (Artigo 6º, IV). 3.5 Direito à Proteção Contratual (Artigo 6º, V). 3.6 Direito à Prevenção e Reparação de Danos (Artigo 6º, VI). 3.7 Direito ao Acesso à Justiça (Artigo 6º, VIII). 3.8 Direito à Facilitação de Acesso à Justiça (Artigo IX). 3.9 Direito ao Serviço Público Eficaz (Artigo 6º, X). 4. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 4.1 A Prova.

4.2 O Ônus da Prova. 4.3 Inversão do Ônus da Prova. 4.4 Momento da Inversão. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A defesa do consumidor surgiu no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, (art. 5º, XXXII e 170, V), como garantia fundamental do indivíduo e princípio da ordem econômica, que se fez necessário visto o desequilíbrio notório entre as relações consumeristas existentes.

Em 11 de setembro, do ano de 1990, por meio da lei nº 8.078/90, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, que tem como seu principal objetivo estabelecer direitos e obrigações dos consumidores e fornecedores, visando acabar com a desigualdade existente entre ambos, para evitar que haja prejuízo de qualquer tipo ao consumidor, visto ser esse o elo mais fraco.

O consumidor tem uma posição vulnerável e hipossuficiente em relação ao fornecedor, seja por falta de recursos financeiros ou de conhecimento técnico.

O fornecedor possui em seu poder diversas informações e provas que não estão ao alcance do consumidor, por isso o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade da inversão do ônus da prova, em casos concretos que serão analisados pelo Juiz.

A inversão do ônus da prova é um princípio de extrema necessidade, visto que caberia ao fornecedor demonstrar o contrário, que os fatos não ocorreram da forma como foram alegados pelo consumidor.

No entanto cabe ao Magistrado decidir a aplicação desse instituto, podendo concedê-lo desde que as afirmações do consumidor sejam verossímeis ou que esteja demonstrada a sua hipossuficiência.

A metodologia aplicada ao estudo será a pesquisa básica ou pura, análise bibliográfica, exploratória e qualitativa, ou seja, a pesquisa será realizada nas principais doutrinas, legislações e artigos científicos relacionados à temática.

O presente artigo tem como objetivo estudar a inversão do ônus da prova como um meio para facilitar a proteção dos direitos do consumidor, haja vista que o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo, buscando a efetividade das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, para atingir o verdadeiro acesso à justiça previsto nesse estatuto legal.

No primeiro capítulo será apresentado a evolução histórica, o fundamento constitucional no Brasil e os conceitos e princípios do direito do consumidor. O segundo capítulo versa sobre os direitos básicos do consumidor. E por fim no terceiro capítulo será abordado tema mais específico, sendo a aplicabilidade da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

A inversão do ônus da prova no direito do consumidor é de suma importância, para que os direitos dos consumidores sejam assegurados.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 Evolução histórica

Em decorrência da revolução industrial dos séculos XIII e XIX, houve o crescimento populacional nas metrópoles, o que desencadeou um aumento de demanda, fazendo com que as indústrias precisassem aumentar suas produções para servir um maior número de pessoas.

Em consequência desse cenário precisou-se de uma forma mais eficaz para crescer a produção, que foi a homogeneização da produção, possibilitando um aumento na oferta e diminuição no valor.

Já no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, com o advento de novas tecnologias, esse sistema de produção foi expandido para diversos países, com o surgimento da globalização, tendo assim, a sociedade de massa.

Eis que surge o modelo de produção industrial, usado na sociedade capitalista, onde o fornecedor (fabricante ou prestador de serviços) planeja o produto, e após, há a sua reprodução em série. Já que assim teria um custo menor, pois teria custos com a criação do produto uma única vez, e poderia produzir quanto quisesse. Isso fez com que a valor do produto diminuísse e fosse mais acessível.

Porém, apareceram problemas, pois o fornecedor produzia o produto de forma unilateral, não sendo possível ao consumidor discutir as cláusulas previamente estabelecidas, restando apenas o aceite de tais formas e o pagamento do valor estipulado.

Com a nova filosofia de mercado, problemas começaram a surgir. Evidentemente, quando o fornecedor passa a prezar pela quantidade em detrimento da qualidade, o consumidor depara-se com produtos e serviços viciados ou portadores de defeitos

que lhe causarão prejuízos de ordem econômica ou física, respectivamente (BOLZAN, 2014, p. 34).

Os vícios começaram a se tornar recorrentes, e naquela época, durante quase todo o século XX, no Brasil, as relações de consumo foram disciplinadas pelo Código Civil, que não era apto para julgar o caso de forma correta, visto que fora elaborado para disciplinar relações individualizadas, e não consumeristas, caso em que a demanda é coletiva.

Por isso, houve a necessidade de criar um código específico para tratar das relações de consumo, visando proteger a parte mais fraca dessa relação.

Em 11 de setembro do ano de 1990, foi criada a Lei n. 8.078, nomeada de Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigência em 11 de março de 1991.

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro se tornou uma das leis mais avançadas no mundo todo, inclusive serviu de inspiração para outros países.

Traz expresso em seu ordenamento jurídico, os direitos e deveres do consumidor e do fornecedor, visando proteger o consumidor, que é a parte vulnerável, pois o fornecedor detém todas as informações a respeito do produto ou serviço, regulamentando melhor as relações de consumo.

2.2 Fundamento Constitucional

No Brasil, o Direito do Consumidor está amparado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 5º, XXXII, como garantia fundamental e no artigo 170, V, como princípio da ordem econômica:

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

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (...)

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a

todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor.

Como as relações de consumo eram muito desiguais, fora necessário o direito do consumidor ser amparado pela Constituição Federal, sendo considerado um direito fundamental, se tornando o Estado responsável por promover a defesa do consumidor, parte vulnerabilizada da relação jurídica de consumo, estando acima das leis ordinárias.

Sendo assim a proteção constitucional é fundamental para assegurar os direitos dos consumidores.

2.3 Conceitos

2.3.1 Conceito de consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. E em seu parágrafo único “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Traz ainda em seu ordenamento jurídico outros conceitos de consumidores equiparados, sendo eles “as vítimas do evento” que se refere o artigo 17 e “todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas abusivas” que expressa o artigo 29, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo, aquele que adquire um produto ou serviço do fornecedor, não tendo a opção de discutir o contrato de adesão feito de forma unilateral pelo fornecedor, sendo o elo mais fraco da relação, por isso a necessidade de ser protegido.

Consumidor por equiparação é aquele que não adquiriu diretamente o produto ou serviço, mas sofreu algum tipo de dano com tal conduta, sendo exemplo disso o fato de ser cobrado por dívida inexistente, ter seu nome cadastrado em banco de dados como devedor, vítimas de acidente de trânsito em casos específicos, entre outros.

2.3.2 Conceito de fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor estabelece no seu artigo 3º o que é fornecedor.

Artigo 3º. Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desempenham atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Fornecedor é todo aquele que disponibiliza no mercado de forma habitual produtos ou serviços, podendo ser comerciantes ou estabelecimentos. É aquele que fabrica, vende, que presta serviço, podendo ser pessoa física ou jurídica.

2.3.3 Produto e serviço

O objeto da relação jurídica de consumo são os produtos e serviços.

A definição de produto é expressa no §1º, do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". Sendo qualquer bem adquirido pelo consumidor, para integrar no seu patrimônio.

Os bens móveis são aqueles passíveis de deslocamento, podendo ser qualquer objeto, e os bens imóveis são os que não podem ser deslocados, exemplo de uma residência.

Já os bens matérias são aqueles compostos de matéria prima, como um livro, por exemplo, e os imateriais são de propriedade intelectual, como um programa de computador.

A definição de serviço é expressa no §2, do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Artigo 3º, §2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Serviço são atividades desenvolvidas pelo fornecedor, para suprir a necessidade do consumidor, sendo amparado pelo Código de Defesa do Consumidor apenas aquele que possui remuneração.

2.4 Princípios do Código de Defesa do Consumidor

Embora seja previsto diversos princípios no Código de Defesa do Consumidor, para garantir a defesa do consumidor, será abordado nesse artigo somente os mais pertinentes à temática discutida.

2.4.1 Princípio da vulnerabilidade

A Vulnerabilidade é assegurada no inciso I, do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, sendo um princípio necessário ao consumidor, para a garantia de sua dignidade, segurança, proteção, saúde e melhoria da sua qualidade de vida.

O princípio da vulnerabilidade é de grande importância, visto que o consumidor é parte indefesa na relação de consumo, havendo uma desigualdade entre o consumidor e o fornecedor.

O fornecedor possui conhecimento sobre toda a linha de produção, porém o consumidor não tem acesso a todas as informações, além disso, o fornecedor possui conhecimento técnico, cujo consumidor não possui, fazendo com que se encontre em uma posição de vulnerabilidade em relação ao fornecedor que possui o poderio em suas mãos.

A publicidade e os demais meios de oferecimento do produto ou serviço estão relacionados a essa vulnerabilidade, eis que deixam o consumidor à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos veículos de comunicação e informação (TARTUCE; NEVES, 2018, p.47).

Todo consumidor é vulnerável, por ser ele o destinatário final do produto ou serviço, associa-se a idéia de fraqueza ou debilidade do sujeito da relação de consumo, não importando a situação financeira, econômica, social ou política da pessoa, bastando se enquadrar como consumidor.

2.4.2 Princípio da hipossuficiência

A hipossuficiência é prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, sendo um dos requisitos para que ocorra a inversão do ônus da prova.

É um conceito fático, diferente da vulnerabilidade, pois não são todos os consumidores que são hipossuficientes. Podendo ser técnica, pelo desconhecimento do produto ou serviço adquirido, ou fática devido a sua relação socioeconômica em relação ao fornecedor. Também é caracterizada quando o consumidor é impedido de conseguir prova indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano, já que o mesmo possui todas as informações e conhecimento técnico do produto e serviço.

Depende da análise do caso concreto, não sendo aplicada a todos os consumidores como ocorre com a vulnerabilidade, pois deve ser identificada pelo Juiz no caso concreto.

2.4.3 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé é um dos mais importantes do direito privado, e está previsto no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, como requisito para que haja o desenvolvimento econômico do fornecedor e a proteção do consumidor, à saúde, segurança e patrimônio econômico de modo que haja igualdade na relação, sendo necessário para tal acontecimento que ambas as partes haja com boa-fé.

E no artigo 51, IV, que expressa serem nulas as cláusulas contratuais que ferirem o princípio da boa-fé, colocando o consumidor em posição desfavorável, de desvantagem.

Constitui como dever de conduta e comportamento, a ética, honestidade, confiança, cooperação, respeito, informação, lealdade e transparência das partes, em todas as fases do negócio.

Dessa forma, exige-se no contrato de consumo colaboração e respeito entre as partes, para que ocorra um equilíbrio negocial entre ambos, e caso alguma das partes não cumpra com o combinado, agindo de má-fé, será penalizada, podendo haver a decretação da nulidade do negócio jurídico.

3 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Os direitos básicos do consumidor estão previstos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, dos incisos I ao IX, como será abordado a seguir.

3.1 Direito à Vida, Saúde e Segurança (Artigo 6º, I)

Esta previsão visa proteger a integridade dos consumidores, na relação de fornecimento de produtos e serviços, a riscos e perigos que podem gerar dano a vida, saúde e segurança do consumidor, inclusive acarretar perda da própria vida.

3.2 Direito à Educação, Liberdade de Escolha e Informação Adequada (Artigo 6º, II)

Esse direito visa garantir que o consumidor obtenha as informações necessárias advindas do fornecedor para que possa haver um equilíbrio maior na

relação de consumo e o consumidor tenha liberdade de escolha e conhecimento para adquirir aquilo que está realmente buscando, evitando aquisições desnecessárias.

3.3 Direito a Informação Adequada e Clara (Artigo 6º, III)

É dever de o fornecedor fornecer todas as informações necessárias sobre os produtos e serviços, especificando quantidade, qualidade, composição e características para que o consumidor saiba de forma clara e adequada o que está adquirindo.

Além disso, deve também informar ao consumidor o valor pago equivalente aos tributos devidos.

3.4 Direito à Proteção Contra Publicidade Enganosa e Abusiva (Artigo 6º, IV)

Dispõe sobre a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, para que o consumidor não seja desacertado.

As propagandas enganosas são aquelas que emitem uma informação falsa, fazendo com que o consumidor seja induzido ao erro sobre qualquer dado do produto.

E abusivas são aquelas que, desrespeitam valores, regras, condutas, ou que possam ser prejudiciais a saúde do consumidor.

3.5 Direito à Proteção Contratual (Artigo 6º, V)

Garante em casos excepcionais, que mesmo após ser assinado o documento, o consumidor pode rever ou modificar as cláusulas contratuais caso haja algum fato posterior ao contrato que possa causar prejuízo ao mesmo.

3.6 Direito à Prevenção e Reparação de Danos (Artigo 6º, VI)

Prevê que o fornecedor tem o dever de indenizar o consumidor pelo dano causado a ele, podendo ser danos morais ou materiais, devendo ser o valor proporcional ao prejuízo que o consumidor sofreu, não podendo gerar enriquecimento ilícito.

3.7 Direito ao Acesso à Justiça (Artigo 6º, VII)

É direito básico do consumidor o acesso a justiça, possibilitando assim que quem não tem condições financeiras consiga ingressar na justiça do mesmo modo, para isso, são de suma importância a assistência judiciária gratuita e a Defensoria Pública.

3.8 Direito à Facilitação de Acesso à Justiça (Artigo 6º, VIII)

Destaca que o dever de apresentar provas é do consumidor, porém, pode o Juiz, através da inversão do ônus da prova, determinar que o fornecedor produza essas provas, devido à verossimilhança das alegações e a situação de hipossuficiência do consumidor, devendo o fornecedor provar que seu produto ou serviço não possui vício.

3.9 Direito ao Serviço Público Eficaz (Artigo 6º, IX)

Ressalta a importância da eficiência dos serviços públicos, para que possam cumprir com a sua função, e suprir a necessidade a qual foram criados.

4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

4.1 A Prova

A prova como resultado tem por escopo a formação do convencimento judicial: “provar significa formar a convicção do Juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (CHIOVENDA, 2002, *apud* LEITE, 2018, p.49).

Os objetos de prova são aqueles que constituem as alegações dos fatos relevantes ao processo pelas partes. E os meios de prova são de acordo com o Código de Processo Civil, o depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial.

Adverte a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, ou seja, é preciso que a prova seja obtida por meio previsto em lei para que o julgador a considere. Podendo ainda, o Magistrado, em determinados casos, entender pela desnecessidade da produção de determinado meio de prova.

O Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 371, que “o Juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, portanto o Juiz após analisar o caso e as provas nele presentes, decidirá, podendo apreciar e valorar a prova.

A prova é formada por elementos imprescindíveis a causa, para provar a veracidade das alegações, levando os fatos a conhecimento do Juiz, para que assim gere o convencimento do mesmo do caso concreto.

4.2 O Ônus da Prova

Ônus da prova significa que aquele que tem o dever de provar, deverá produzir determinadas provas, sendo esse dever de quem faz as alegações, ou seja, inicialmente pertence ao autor.

A doutrina divide o ônus da prova em dois aspectos: subjetivo e objetivo. O subjetivo analisa quem é o responsável pela produção de determinada prova, e o objetivo analisa uma regra de julgamento existente, a ser aplicada pelo Juiz no momento da decisão, caso a prova se mostrar inexistente ou insuficiente.

O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistam fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito, porque nem sempre a parte que tinha o ônus de prova e não a produziu será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou, ainda, de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova (TARTUCE; NEVES, 2018, p.630).

O ônus da prova cabe ao autor dos fatos, e ao réu somente em casos específicos, segundo o artigo 373, do Código de Processo Civil.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ao autor cabe provar os fatos apresentados na inicial do pedido, já ao réu cabe se desvincular das alegações feitas pelo autor, caso não faça, não ficará em uma posição de desvantagem, somente se o autor provar comprovar a veracidade dos fatos.

O ônus somente passa a ser do réu caso o autor possa se desincumbir de tal obrigação, devendo o Juiz em casos onde ambas as partes não se desobrigarem do ônus, decidir improcedente o pedido do autor.

Será aplicado no final da demanda antes de o Juiz proferir sentença, em casos de inexistência ou insuficiência de prova, julgando de acordo com as provas produzidas.

4.3 Inversão do Ônus da Prova

O Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade da inversão do ônus da prova, como facilitação da defesa dos direitos do consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Cumprido salientar que a inversão do ônus da prova ocorre com o objetivo de facilitar a defesa do consumidor, sendo de extrema importância, visto que o consumidor é vulnerável em relação ao fornecedor.

O Consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo, por isso é necessário que tenha vantagens em relação à parte contrária da relação.

A inversão do ônus da prova é medida de muita utilidade para que o consumidor possa ter facilitada a defesa de seus bens direitos, no que tange à prova de suas alegações. Essa dita inversão é de extrema importância para que as desigualdades entre consumidores e fornecedores possam ser compensadas, relativizadas (FINKELSTEN; NETO, 2010,p. 175).

Não é em todos os casos que ocorrerá a inversão, o Juiz deverá analisar o caso, e observar se houve verossimilhança nas alegações do consumidor e esse fora caracterizado como hipossuficiente, bastando estar presente somente um desses requisitos para que ocorra obrigatoriamente a inversão.

A verossimilhança das alegações é quando a alegação parece ser verdadeira, mesmo não havendo provas ainda para comprová-la. O consumidor deve demonstrar que o fato é provavelmente verdadeiro, e o Juiz não precisa entender que esse fato é comprovadamente verdadeiro, visto que esse é o intuito de ocorrer a inversão do ônus da prova, apenas tem que entender o fato como possivelmente verdadeiro.

A hipossuficiência como já mencionado anteriormente não é característica de todo o consumidor. Devendo ser técnica, quando o consumidor não possui conhecimento sobre o produto ou serviço, ou fática em relação a condição socioeconômica existente.

Quando estiverem presentes esses requisitos, o julgador deverá inverter o ônus sem necessidade de aviso prévio ao fornecedor, já que é pressuposto previsto em lei, tendo este que trazer aos autos as provas necessárias para ilidir sua responsabilidade objetiva

A inversão do ônus da prova somente ocorrerá em favor do consumidor, em vista da fragilidade existente, porém o Juiz determinar a inversão, não significa que o consumidor é a parte vencedora da ação, somente irá analisar todas as provas apresentadas por quem as detém, nesse caso o fornecedor é o maior detentor de provas, portanto com a inversão ele deve as apresentar em juízo para que o Magistrado conheça o conflito e assim possa chegar à uma conclusão mais justa.

A lei não prevê que o Juiz deve sempre decidir em favor do consumidor, apenas estabelece que esse é a parte vulnerável da relação de consumo, por isso o ônus da prova deve ser invertido em favor deste.

Cabe ao consumidor demonstrar o nexo de causalidade existente entre o dano e o fato danoso, e ao fornecedor produzir provas em relação ao fato danoso, já que possui todas as informações, inclusive aquelas que não chegam ao consumidor.

Mesmo esse princípio sendo limitado, ocorrendo somente em casos específicos, onde há necessidade de provas que somente poderiam ser fornecidas pelo fornecedor, ainda é de suma importância para o consumidor

4.4 Momento da Inversão

Segundo Nunes (2018, p.583) “a inversão se dá por decisão do juiz diante de alternativas postas pela norma: ele inverterá o ônus se for verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor”.

É preciso que o Juiz tome conhecimento do caso concreto, para que possa analisar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, para assim inverter o ônus da prova.

A lei é omissa em relação ao momento cabível a inversão do ônus da prova, ocorrendo grande divergência doutrinária e jurisprudencial, existindo três versões

Para parcela da doutrina o momento adequado seria na sentença, onde o Juiz já teria conhecimento de todas as provas colhidas durante a instrução processual, para que assim possa decidir se houve verossimilhança das alegações do consumidor ou hipossuficiência, apenas estando apto para deferir ou não a inversão neste momento, visto que não seria possível ser realizado antes de ser encerrada a fase instrutória.

Afirmam que não é considerado ofensa ao princípio da ampla defesa e contraditório, visto que as partes tinham conhecimento desde o início da ação que esse momento poderia vir a ocorrer, e que deveriam apresentar todas as provas necessárias no processo, devendo suportar uma possível desvantagem caso ocorra.

É entendimento firmado em Jurisprudência que o momento da inversão do ônus da prova também pode ocorrer em grau recursal.

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Inversão do ônus da prova em 2.º grau de jurisdição. Possibilidade. Regra de julgamento. 1. Essa Corte firmou o entendimento de que é plenamente possível a inversão do ônus da prova em 2.º grau de jurisdição, pois cuida-se

de uma regra de julgamento, que não implica em cerceamento de defesa para nenhuma das partes. 2. Agravo regimental não provido" (STJ – AgRg no Ag 1.028.085/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Vasco Della Giustina, Des. convocado – j. 04.02.2010 – DJe 16.04.2010).

Mas para a grande maioria, o momento adequado seria o do despacho saneador, antes da instrução do processo, no qual o Juiz toma conhecimento dos fatos alegados, e examinando-os teria que observar se houve os requisitos processuais necessários, sendo a verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, para que nesse momento deferisse a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Desse modo não haveria ferimento ao princípio do contraditório, e o fornecedor não seria surpreendido com essa decisão posteriormente, não tendo como se defender, visto que apesar de o fornecedor ter o dever de apresentar todas as provas necessárias no processo, ele não apresentará provas que possam o prejudicar caso tenha convicção de que a causa esteja favorável a si, quando o consumidor não possuir as provas necessárias.

Nesse sentido, é que a maioria dos doutrinadores e jurisprudência defendem ser esse o momento mais adequado para ocorrer a inversão.

[...] - A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o

momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida (STJ. REsp 881651 / BA. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Data do Julgamento: 10.04.2007. Votação Unânime).

Portanto a inversão do ônus da prova pode ocorrer em despacho saneador, na sentença ou até mesmo em grau recursal, mas o mais defendido e praticado é o momento do despacho saneador, antes da instrução processual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa nota-se que o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo, é vulnerável em relação ao fornecedor, por isso a necessidade de criar o Código de Defesa do Consumidor, que tem como objetivo proteger o consumidor e acabar com essa desigualdade existente.

Como mencionado no presente artigo, o ônus da prova é um instituto ao qual tem a parte o dever de provar, de apresentar provas no processo, sendo esse ônus inicialmente do autor, pertencendo ao réu somente em casos de existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nesse aspecto faz-se necessário a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, através do instituto da inversão do ônus da prova, pois através deste, caberia ao fornecedor, trazer aos autos as provas necessárias, devendo provar que os fatos ocorreram de modo contrário ao alegado pelo consumidor, já que o fornecedor detém poderio econômico, social e intelectual em relação ao consumidor.

O consumidor, encontra-se em posição de desvantagem, visto que na maioria das vezes não detém em seu poder as provas necessárias para que o Juiz tenha o devido conhecimento do caso, desse modo encontra-se prejudicado, não tendo a possibilidade de se defender de forma correta.

Mesmo o fornecedor sendo obrigado a apresentar as provas que possui, para que possa provar sua defesa, isso não significa que irá perder a causa, apenas deverá trazer aos autos as provas para que o Juiz tenha conhecimento de todos os fatos.

Apesar disso, essa inversão não ocorre de maneira automática, depende de decisão do Magistrado, que deve analisar se houve verossimilhança nas alegações do consumidor e se esse é hipossuficiente em relação ao fornecedor, devendo apenas

estar presente um desses requisitos para que obrigatoriamente o Juiz defira a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Como visto, o momento mais adequado para ocorrer a inversão seria no despacho saneador, antes da sentença, para que assim o julgador entenda os fatos e esteja apto para deferir sentença justa, havendo assim o devido processo legal.

Posto isso, constata-se diante da pesquisa que a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor é fundamental, devendo ocorrer em todos os casos, para assim haver a proteção do consumidor de maneira mais eficaz, visto que através deste instituto o consumidor terá um julgamento mais justo, já que o Juiz terá em seu poder todas as provas necessárias ao processo, ocorrendo assim um equilíbrio na relação.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Rosco; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BOLZAN, Fabrício de Almeida. **Direito do consumidor esquematizado**. 7. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 881651-BA (0194606-6). Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. 10 de abril de 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19787/recurso-especial-resp-881651-ba-2006-0194606-6>> Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental nº 1028085-SP (0057265-5). Relator: Ministro Vasco Della Giustina. 16 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19151548/agravo-regimental-no-agravo>>

de-instrumento-agrg-no-ag-1028085-sp-2008-0057265-5-stj>. Acesso em: 01 nov. 2020.

GAULIA, Cristina Tereza. **A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista13/revista13_88.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; SACCO NETO, Fernando. **Manual de Direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2010.

LEITE, Ricardo Rocha. **O ônus da prova no CDC: diversidade, falsa inversão e redução de exigências para produção e valoração probatórias**. Brasília: TJDF, 2018.

MARTINS, Plínio Lacerda. **A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo ministério público em defesa dos consumidores**. Disponível em: <http://www.cursotriade.com.br/arquivos/arquivos_3_1224463277.pdf>. Acesso em 06 nov. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PINTO, Daniele Raymundo. **A inversão do ônus da prova à luz do CDC e seus efeitos**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n42015/pdf/DanieleRaymundoPinto.pdf>. Acesso em 26 ago. 2020

SOUZA, Rogerio de Oliveira. **Da inversão do ônus da prova**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12_81.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



WISNIEWSKI, Alice; BOLESINA, Iuri. **Conceitos e direitos básicos do direito do consumidor.** Disponível em:

<<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11712/1576>>. Acesso em: 12 out. 2020

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: AUMENTO DE CASOS DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL

IARA CRISTINA COSTA DO VALE:
Graduanda do Curso de Direito pelo
Centro Universitário Luterano de
Manaus - ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA4
(orientador)

Resumo: O distanciamento social causado pela pandemia da COVID-19 destaca alguns indicadores preocupantes de violência doméstica e violência intrafamiliar contra as mulheres de forma poderosa. Devido a coexistência forçada, pressão econômica e medo do coronavírus, as organizações que lidam com a violência doméstica têm visto um aumento significativo em tais problemas. Este artigo busca estabelecer uma conexão entre o isolamento social durante a pandemia da COVID-19 e a violência contra as mulheres no contexto de uma sociedade patriarcal. Dados analisados na imprensa ainda em formação em alguns países, bem como em relatórios de organizações internacionais e organizações destinadas a combater a violência doméstica. Paralelamente, a metodologia utilizada no presente trabalho foi a de revisão literária, buscando autores em artigos, monografias, etc. com intuito de discutir o papel da mulher na sociedade.

Palavras-chave: Coronavírus. Isolamento social. Violência doméstica. Violência contra a mulher.

Abstract: The social distance caused by the pandemic COVID-19 highlights some worrying indicators of domestic violence and domestic violence against women in a powerful way. Due to forced coexistence, economic pressure and fear of the coronavirus, organizations that deal with domestic violence have seen an increase in domestic violence. This article seeks to establish a connection between social isolation during the COVID-19 pandemic and violence against women in the context of a patriarchal society. Data analyzed in the press still in formation in some countries, as well as reports from international organizations and organizations aimed at combating

4 Bacharel em direito. Advogado. Especialista em: processo civil judiciário, docência e gestão do ensino superior. Autor de livros. Mestre em direito pela FDSM. Membro do Conselho Superior da Ulbra-Manaus-AM.

domestic violence. In parallel, a brief review of the literature was carried out with the author to discuss the social role of women in society.

Keywords: Coronavirus. Social isolation. Domestic violence. Violence against women.

Sumário: Introdução. 1. Contexto Histórico da Violência Contra a Mulher. 1.1. Breves considerações acerca da desigualdade de gênero. 1.2. Evolução das políticas públicas e das medidas protetivas como papel de combate à violência contra mulher. 2. Violência Contra A Mulher e o Aumento De Casos Durante a Pandemia do Coronavírus. 3. Medidas de Enfrentamento à Violência Doméstica Durante a Pandemia da Covid-19. Conclusão. Referências.

Introdução

O novo coronavírus (Covid-19) se espalha para milhões de pessoas em todo o mundo. O medo de doenças infecciosas tornou imprescindível a necessidade de limitar a população em vários países, inclusive no Brasil.

A pandemia tem causado grande preocupação para os setores da saúde e da economia, além disso, tem levado ao aumento de violência doméstica contra mulheres e crianças, que são as vítimas mais atingidas. Esse grupo de indivíduos enfrentam a dureza de isolar-se em casa e passar a conviver com o agressor dia e noite, devido a obrigatoriedade do isolamento social.

É nessas circunstâncias que o secretário-geral da ONU, Antônio Guterres, alertou que nas medidas de quarentena implementadas pelos governos em resposta à pandemia da COVID, "a violência doméstica global contra mulheres e meninas aumentou drasticamente. É necessária uma ação urgente". Ele também lembrou que a violência não se limita ao campo de batalha, mas "para muitas mulheres e meninas, onde deveria ser mais seguro: em suas próprias casas, a ameaça parece maior".

No Brasil, não é diferente. Durante o período de isolamento, a violência contra mulheres e crianças no ambiente doméstico e familiar continuou a aumentar. No entanto, o fato é que mesmo antes da pandemia, a violência contra as mulheres era uma das mais graves violações dos direitos humanos no país, segundo o relatório da Human Rights Watch (ACEBES, 2017). Sendo assim, a violência doméstica tem cada vez mais se tornado frequente, mesmo possuindo uma legislação específica.

Nessa perspectiva, é necessário compreender as legislações e sistemas sociais envolvidos na proteção da mulher, para enfrentar a atual pandemia e analisar os fenômenos complexos e dinâmicos da violência em nossa sociedade.

1. Contexto Histórico Da Violência Contra A Mulher

A violência contra a mulher desde o princípio foi originada de diversas formas, seja no âmbito familiar, escolar, social etc.

Verifica-se que a violência contra a mulher é produto de uma construção histórica, portanto, passível de desconstrução que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual, moral, patrimonial ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

Nem sempre a mulher teve o direito à liberdade. Observamos que apesar de mulheres ocuparem espaço em diversos campos da sociedade, ainda se encontram em minoria. Já não bastasse a mulher ser taxada por nomes pejorativos, ainda há mulheres sofrendo, a maior parte delas, é claro! Ao escolherem amar, por exemplo, uma vez que o amor pode ser, muito das vezes, fatal.

A violência doméstica e, conseqüentemente, o feminicídio é reflexo de uma sociedade patriarcal que ainda tem o homem como sendo o principal membro de um ciclo familiar, ou seja, o homem ainda acredita que possui domínio sobre a mulher, ou melhor, que a mulher é uma propriedade ou simples objeto seu e, por consequência disso, violentam-nas das piores formas possíveis, desdenhando de uma lei recente que somente prova o quão é ineficaz.

A luta contra a violência doméstica iniciou há muito tempo, visto que como já foi dito, a mulher sofre por ser mulher de geração em geração. Sendo assim, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), iniciou seus esforços contra essa forma de violência, na década de 50, com a criação da Comissão de Status da Mulher que formulou entre os anos de 1949 a 1962 uma série de tratados baseados em provisões da Carta das Nações Unidas — que afirma expressamente os direitos iguais entre homens e mulheres e, na Declaração Universal dos Direitos Humanos — que declara que “todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza” (PINAFI, 2017).

Desde então, diversas ações de promoção dos direitos das mulheres foram realizadas em todo o mundo e, no caso do Brasil, uma série de medidas de proteção foram tomadas para solucionar esse problema.

1.1. Breves Considerações Acerca Da Desigualdade De Gênero

Para compreender o fenômeno da violência baseada na discriminação de gênero, é necessário um breve retorno ao investimento da cultura ocidental das mulheres. A classificação das mulheres pauta-se pelas perspectivas biológicas e sociais, determinantes da desigualdade de gênero, sob a égide de um discurso, a partir da avaliação de um gênero em relação ao outro.

Ocorre que, durante todo o decorrer do tempo as mulheres eram associadas como causadoras de males no mundo, possivelmente isso se deu devido a Eva e o fruto proibido, e toda a repercussão negativa que recaiu sobre a mulher. Podemos citar como outro exemplo “na Grécia, os mitos contavam que, devido à curiosidade própria de seu sexo, Pandora tinha aberto a caixa de todos os males do mundo e, em consequência, as mulheres eram responsáveis por haver desencadeado todo o tipo de desgraça. A religião é outro dos discursos de legitimação mais importantes. As grandes religiões têm justificado ao longo dos tempos os âmbitos e condutas próprios de cada sexo” (PULEO, 2004, p. 13).

Na Grécia antiga, há muitas diferenças entre homens e mulheres. As mulheres não têm direitos legais, não têm educação formal, são proibidas de aparecer sozinhas em público e estão restritas a quartos privados nos seus próprios quartos (Gineceu), enquanto os homens, esses direitos e muitos outros direitos são permitidos.

Segundo o autor Vrissimtzis (2002, p. 17) esclarece:

[...] o homem era polígamo e o soberano inquestionável na sociedade patriarcal, a qual pode ser descrita como o ‘clube masculino mais exclusivista de todos os tempos’. Não apenas gozava de todos os direitos civis e políticos, como também tinha poder absoluto sobre a mulher. (VRISSIMTZIS, 2002, p. 38)

Em Roma, “as mulheres nunca eram consideradas cidadãs, portanto, não poderiam ocupar cargos públicos” (FUNARI, 2002, p. 94). A exclusão social, legal e política colocava as mulheres na mesma posição que crianças e escravas. Era negado o reconhecimento da mulher como ser político, público e sexual porque elas possuíam o status social apenas com a função de procriadora.

Com o advento da cultura judaico-cristã, essa situação quase não mudou. O cristianismo retrata as mulheres como pecadoras e culpadas para o homem celestial exilado, portanto, a trindade da obediência, passividade e submissão deve ser seguida. Sua salvação, portanto, os cristãos judaico-cristãos retrataram o comportamento e a “natureza” das mulheres e inculcaram uma consciência interna que pode manter a relação de subordinação e dependência. No entanto, não só a religião regulava as

mulheres, mas a medicina também oprimia as mulheres, ocorre que durante o século XVI a medicina daquela época acreditava que o único órgão que prevalecia perante a sociedade e exercia papel de poder era o masculino, enquanto o órgão feminino era menosprezado, tendo sua função apenas para a procriação. Nas palavras do autor “a vagina é considerada o pênis interno, os lábios são considerados o prepúcio, o útero é considerado o escroto e os ovários são considerados os testículos” (PINAFI, 2017). Portanto, por muito tempo o prazer feminino foi considerado um tabu, mas para falar a verdade, até os dias atuais as mulheres são condenadas por serem livres.

Naquela época, a mulher era considerada um homem invertido, e isso influenciava na autoestima das mulheres, é importante destacar que essa crença perdura há milhares de anos.

Sendo assim, de acordo com Laqueur evidenciando a opinião de Aristóteles:

“O kurios, a força do esperma para gerar uma nova vida, era o aspecto corpóreo microcósico da força deliberativa do cidadão, do seu poder racional superior e do seu direito de governar. O esperma, em outras palavras, era como que a essência do cidadão. Por outro lado, Aristóteles usava o adjetivo akuros para descrever a falta de autoridade política, ou legitimidade, e a falta de capacidade biológica, incapacidade que para ele definia a mulher. Ela era, como o menino, em termos políticos e biológicos uma versão impotente do homem, um arren ágonos” (LAQUEUR, 2001, p. 68).

O homem sempre foi o centro das atenções na sociedade, tendo liberdade de fazer o que bem entender, sendo a mulher a criação posterior, trouxe então serias consequências no que tange a respeito e igualdade de gêneros, visto que o patriarcado se enraizou na sociedade, e mesmo que as conquistas das mulheres tenham sido eficazes em muitos aspectos, muito ainda tem que se lutar.

Ocorre, que antes a mulher não tinha voz, não participava de temas como política, econômica e cultura, tendo o homem como o pilar da vida em sociedade, e a mulher apenas como coadjuvante, sendo reconhecida como um ser objeto, e não de direito.

A rigor das responsabilidades relativas entre homens e mulheres é a mesma, não há distinção. A violência praticada contra a mulher, é evidenciada de diversas formas, podendo ser: física, moral, psicológica, patrimonial, sexual etc. e mesmo que esses atos sejam abominados na sociedade, e até mesmo penalizados, a grande

questão é 'por que os homens ainda insistem em praticar a violência doméstica contra as mulheres?' Bom, a resposta não é nem um pouco simples e muito menos satisfatória, visto que ainda sim, as mulheres são vistas como propriedade, objeto, tendo que ser submissa (ROUSSEAU apud EGGERT, 2003, p. 03).

A partir da Revolução Francesa (1789), esse eixo explicativo começou a mudar no mesmo século. Nele, mulheres e homens participaram ativamente do processo revolucionário por acreditarem que os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade se estenderiam ao seu alcance. Ao constatar que as conquistas políticas não se estenderiam ao seu sexo, algumas mulheres se organizaram para reivindicar seus ideais não contemplados.

No século XIX há a consolidação do sistema capitalista, que acabou por acarretar profundas mudanças na sociedade em sua totalidade. Seu modo de produção afetou o trabalho feminino levando um grande contingente de mulheres às fábricas. A mulher sai do '*locus*' que até então lhe era reservado e permitido — o espaço privado, e vai à esfera pública (PINAFI, 2017).

A trajetória do movimento feminista como sendo um processo de revolução, que grosso modo, pode-se dizer que isso está relacionado à eliminação da discriminação social, econômica, política e cultural contra as mulheres. Pode-se dizer com certeza que o feminismo é uma série de conceitos que definem a relação entre os gêneros como uma relação assimétrica construída social e culturalmente, enquanto o feminismo é um lugar e atributo de inferioridade (GREGORI, 1993, p. 15).

Ao questionar a diferença entre gênero e expressão de poder na estrutura social, as feministas propuseram o conceito de gênero, que abriu as portas para a análise do binômio regra e exploração estabelecido ao longo do tempo.

A violência contra as mulheres está intimamente relacionada com gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Essa relação é mediada pelo destacado patriarcado da sociedade brasileira, que confere ao homem o direito de controlar a própria mulher, que em alguns casos pode chegar ao limite da violência.

1.2. Evolução Das Políticas Públicas E Das Medidas Protetivas Como Papel De Combate À Violência Contra a Mulher

Em 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher" (CEDAW), a "Lei Internacional dos Direitos da Mulher". A convenção visa promover os direitos das

mulheres na busca pela igualdade de gênero e acabar com qualquer discriminação (STEFANELLO, 2019).

No Brasil, a década de 1970 foi marcada pelo surgimento dos primeiros movimentos feministas organizados e politicamente envolvidos em defesa dos direitos das mulheres dos sistemas sociais opressores (STEFANELLO, 2019).

Até então, prevalecia a política sexista e muitos assassinatos de mulheres ficavam impunes sob o argumento da legítima defesa da honra. Por exemplo, em 1976, foi brutalmente assassinada pelo ex-marido na Rua Raul Fernando do Amaral (Doca) a Sra. Ângela Maria Fernandes Diniz, o assassino não aceitava o fim do relacionamento, por conta disso assassinou-a com um tiro de revólver na cabeça, sem ao menos dar oportunidade de defesa à vítima. Ocorre que, o que deixa o caso ainda mais chocante é que o assassino foi absolvido em seu julgamento, com o argumento que o mesmo estava defendendo sua honra em legítima defesa. A enorme resposta da mídia à morte de Ângela Diniz levou ao movimento das mulheres com o lema "o amor não mata"(PINAFI, 2017).

Sucedede que o caso narrado acima é apenas um exemplo do reflexo da impunidade à violência perpetrada contra as mulheres. Dando embasamento ao forte argumento que muitos homens se sentem donos de suas "mulheres", controlando-as nos mais diversos abusos durante a relação, controlando mesmo que de forma sutil em suas vestimentas, com quem fala, o que come, com o que gasta, camuflando o abuso – com a alegação de cuidado.

Como já foi mencionado a violência contra a mulher, surge em diversas formas, como violência física, sexual e psicológica cometida por parceiro íntimo, estupro, abuso sexual de meninas, assédio sexual no trabalho, violência contra a homossexualidade, tráfico de mulheres, turismo sexual, violência racial e étnica, a violência cometida pelo Estado, mutilação genital feminina, violência e assassinatos relacionados ao dote, estupro em larga escala em guerras e conflitos armados.

A partir da participação do movimento de mulheres e do movimento feminista em combate à violência doméstica, surgiu o SOS Mulher no Rio de Janeiro em 1981 com o objetivo de criar um espaço de atendimento às mulheres vítimas de violência e, ao mesmo tempo refletir e mudar a vida dessas mulheres, proporcionando um espaço de acolhimento. Sendo assim, o SOS Mulher não se limita somente ao Rio de Janeiro, a iniciativa já foi adotada por outras capitais, como São Paulo e Porto Alegre. "Naquela época, o SOS-Mulher e todo o movimento de mulheres politizaram fortemente e com sucesso o tema da violência contra a mulher, que era priorizado pela Secretaria de Estado de São Paulo em apoio a Mulher" (SANTOS, 2001).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 incorporou os direitos e garantias de seu texto originário. Esses direitos originais foram estabelecidos conforme acordos e tratados internacionais. Portanto, a Convenção de Belém do Pará e a Eliminação da Violência Contra a Mulher foram acordos feitos em prol da mulher. A resolução da Convenção contra a Discriminação é também garantia constitucional, conforme estabelece o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os sistemas e princípios por ela adotados ou a adesão internacional da República Federativa do Brasil, trazendo direitos e garantias decorrentes do tratado” (BRASIL, 2006, p. 15-16).

Desta forma, o departamento de polícia da mulher (DEAM) dedicado as causas das mulheres foi estabelecido e teve o compromisso de implementar o sistema internacional que visava garantir a proteção da mulher em casos de violência doméstica. A iniciativa contribui para aumentar a visibilidade da violência contra a mulher, em especial a violência doméstica, além de criar um meio de combate e eliminação da violência contra a mulher no Brasil, também apoia a discussão sobre a criminalidade da violência em questões de gênero.

A Lei Maria da Penha surgiu através do esforço coletivo dos movimentos feministas de muitas mulheres no enfrentamento à violência doméstica e ao feminicídio no Brasil. Esta Lei nº 11.340/2006, chamada de “Lei Maria da Penha”, surgiu para tipificar e punir os atos de violência contra a mulher, tendo como objetivo conter e prevenir a violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher. De acordo com o autor “as origens da violência contra a mulher no Brasil se confundem com as próprias origens da nação e estão diretamente relacionadas à antiga família patriarcal, que tinha a mulher como cidadã de segunda classe” (TRINDADE, 2016).

Nesse contexto, surge a Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em homenagem à Maria da Penha Fernandes, farmacêutica e professora universitária, que por reiteradas vezes denunciou as agressões que sofreu de seu ex-marido, não obtendo uma resposta da Justiça.

No ano de 2006 surgiu a citada Lei, nº 11.340/06, considerada um marco na história da mulher brasileira, pois trouxe consigo mecanismos capazes de punir os agressores, bem como, proteger e resguardar os direitos da mulher que sofre violência doméstica e familiar em sentido amplo, ou seja, abarca em seus artigos a proteção da mulher no âmbito não só físico, mas psicológico e patrimonial também, etc. Com o aparecimento dos tratados e convenções internacionais com intuito de proteção dos direitos das mulheres, fortaleceu os movimentos feministas que pleiteavam resposta

mais efetiva do governo brasileiro para o combate à violência doméstica contra a mulher.

Com a chegada do novo dispositivo em 2006, o qual trouxe uma visão mais ampla, que estabelece um mecanismo para que possa ser coibida a violência doméstica e familiar. Nesse aspecto, a Lei Maria da Penha 11.340/06, traz em seu art. 226, o seguinte texto:

“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.” (CAMPOS, 2008, p. 49).

Assim, a Lei Maria da Penha cria, portanto, mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Constituição Federal e de tratados internacionais assinados pelo Brasil. É importante mencionar sobre a lei de feminicídio, que é o homicídio praticado contra a mulher em decorrência do fato de ela ser mulher (misoginia e menosprezo pela condição feminina ou discriminação de gênero, fatores que também podem envolver violência sexual) ou em decorrência de violência doméstica. A lei 13.104/15, mais conhecida como Lei do Feminicídio, alterou o Código Penal brasileiro, incluindo como qualificadora do crime de homicídio para o feminicídio.

Contudo, apesar de o Brasil ter uma lei específica para combater os crimes de violência doméstica e, também, uma lei com penas mais severas ao assassinato do gênero feminino, isso não intimidou a prática da violência contra a mulher, muito menos o feminicídio, pelo contrário, cada vez mais os casos vêm aumentando, trazendo o reflexo da ineficácia de tais normas.

Ocorre que, o que torna a situação das mulheres ainda mais preocupante, é o crescimento exacerbado no número de casos durante o isolamento social devido a pandemia da COVID-19, portanto, este artigo visa mostrar que as leis, bem como, o comportamento social, precisam mudar, visto que o homem não se intimida com as punições e, pela inércia do Estado, no que tange ao dever de combate à violência doméstica e ao feminicídio, o homem continuará a ceifar vidas de mulheres.

2. Violência Contra A Mulher E O Aumento De Casos Durante A Pandemia Do Coronavírus

Segundo os autores: Vieira; Garcia; Maciel (2020, p. 2) “a violência contra as mulheres é um fenômeno global. Um terço das mulheres em idade fértil sofreram violência física ou sexual por um parceiro íntimo durante a vida e um terço dos homicídios são cometidos por parceiro íntimo”.

Ocorre que o isolamento social obrigatório causado pela pandemia da COVID-19 expôs estatísticas preocupantes no que tange a violência doméstica contra as mulheres, esse aumento de casos significativos se deu porque muitas delas tiveram que conviver 24 horas com seus agressores, visto que muitos perderam seus empregos ou tiveram licença para ficar em casa, e isso gerou uma pressão gigantesca na mulher vítima de violência doméstica, visto que se antes a convivência já não era boa, tornou-se pior, tendo que lidar com as dificuldades financeiras, sobrecarrega nos afazeres domésticos e o medo de contrair o vírus, as organizações que combatem e lidam com o acolhimento dessas vítimas viram os números cada vez aumentarem.

Ainda de acordo com os autores “esse isolamento findou revelando um lado negro no meio social, a situação do encarceramento familiar mostra que isso pode ter efeitos adversos para milhares de pessoas, tornando-se um efeito colateral” (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 2). No caso da violência doméstica, a mulher brasileira não só é obrigada a ficar em casa com o agressor, mas também encontra dificuldades para procurar ajudas nos centros de acolhimento de vítimas de violência doméstica, uma vez que além de sofrerem agressão física, o agressor as mantém em cárcere privado, sendo assim, concomitantemente enquanto intensifica a carga de estresse e problemas financeiros na “família” maiores são as agressões.

A Pesquisa Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (2019), realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado (SENADO, 2019) em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência, aponta que 78% das mulheres que sofreram violência doméstica foram agredidas pelos atuais ou pretéritos maridos, companheiros ou namorados. Aponta, ainda, que problemas econômicos causados pela redução da renda auferida e o aumento do consumo de álcool no período de isolamento social estão entre possíveis gatilhos para as agressões (IBRAHIN; BORGES, 2020).

De acordo com Vieira; Garcia; Maciel (2020, p. 2) “somente em 2019 foram 3.739 homicídios de mulheres no Brasil, ou seja, as 1.314 mulheres assassinadas correspondem a 35% categorizados como feminicídios”. Portanto, isso corresponde que a cada sete horas, uma mulher é morta pelo simples fato de ser mulher. No que tange a questão de vínculo com o autor, alarma-se que 88,8% dos feminicídios foram

praticados por companheiros ou ex-companheiros (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 2). Desta forma, é comum que as mulheres estejam mais expostas ao perigo enquanto são obrigadas a se recolherem ao ambiente doméstico e ficar confinada com seus agressores.

Segundo o Portal da Segurança Pública - SSP (2020) relata que “no Brasil, o número de feminicídios aumentou 1,9% no primeiro semestre de 2020 em comparação ao mesmo período de 2019, apontam dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)”. Não obstante, as ligações para números de emergência continuaram, embora muitas mulheres tenham deixado de denunciar por conviver com seus agressores ou não dispor de crédito em seu celular. Por aqui, ainda de acordo com estatísticas do FBSP, de janeiro a junho as chamadas para o 190 em casos de violência doméstica aumentaram 3,8% em relação ao primeiro semestre do ano passado (PORTAL PÚBLICA, 2020).

Ocorre que a grande questão é por qual motivo a violência contra mulher tem se tornado muito mais agravante durante a pandemia do Coronavírus, sucede que no isolamento, mais frequentemente, é mais fácil observar as mulheres e impedi-las de falar com a família e amigos aumentando, assim, o escopo da manipulação psicológica. O controle das finanças domésticas também se torna mais acirrado, com a presença mais próxima do homem em um ambiente que é mais comumente dominado pela mulher. A perspectiva da perda de poder masculino fere diretamente a figura do macho provedor, servindo de gatilho para comportamentos violentos.

A distribuição desigual do trabalho doméstico, especialmente sobrecarrega as mulheres que são casadas e com filhos, isso prova como o ambiente familiar é um espaço de excessivo poder masculino. Geralmente, a presença de homens em casa não significa cooperação entre toda a família ou uma distribuição mais harmoniosa de tarefas, mas, sim, um aumento de trabalho indivisível e não remunerado das mulheres. Durante o período de isolamento social, no sistema de home office, ou buscando uma renda extra, o trabalho doméstico não dá folga para a mulher, visto que com mais pessoas em casa, mais trabalho terá para arrumar, lavar e cozinhar, e a falta de ajuda masculina retrata uma sociedade machista que ainda traz a figura feminina como sendo empregada doméstica.

Ocorre que desde sempre foi criado um estereótipo no que tange ao sexo feminino, trazendo o bordão o “sexo frágil”, em que a figura feminina é sempre associada a sensibilidade, ou capacidade instintiva e intuitiva, mas isso não é tudo, opondo-as às questões universais, racionais, políticas e também culturais (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 2).

Os problemas listados aqui e as demais desigualdades que nos afligem, não são novidades trazidas pela pandemia da COVID-19. Sempre de forma preocupante, a violência doméstica é um problema social que persegue a mulher desde muito tempo, conforme foi incansavelmente abordado neste artigo, reflexo nas palavras de Vieira; Garcia; Maciel (2020, p. 2) “pensamentos retrógrados, misóginos e de ataque ao papel do Estado, encolhendo políticas públicas que seriam fundamentais para enfrentarmos de maneira mais justa o contexto da pandemia”.

O pensamento do autor diz muito sobre a ausência do Estado em levar a sério um problema tão grave ser a violência doméstica e o conseqüente feminicídio, que mesmo com legislação específica e uma qualificadora com pena maior, não há nem se quer indícios de diminuição na prática de crimes, pelo contrário nada os intimida para matar mulher, o que é no mínimo curioso!

Verifica-se a violência doméstica contra a mulher fere com morte todos os direitos básicos e fundamentais descritos na Constituição Federal, sendo uma afronta, e nada o Estado faz para erradicar tais crimes, visto que desfrutar o lar como um ambiente seguro, de descanso e proteção deveria ser um direito básico garantido a todos, mas, na prática, ainda é um privilégio de classe e de gênero.

De forma tensa, vivemos com a intensificação de nossos problemas, o pensamento retrógrado e antifeminista e os padrões de ataque aos papéis nacionais exacerbam ainda mais nossas políticas públicas deixando-as cada vez menores.

Globalmente, assim como no Brasil, durante a pandemia da COVID-19, ao mesmo tempo em que se observa o agravamento da violência contra a mulher, é reduzido o acesso a serviços de apoio às vítimas, particularmente nos setores de assistência social, saúde, segurança pública e justiça. Os serviços de saúde e policiais são geralmente os primeiros pontos de contato das vítimas de violência doméstica com a rede de apoio. Durante a pandemia, a redução na oferta de serviços é acompanhada pelo decréscimo na procura, pois as vítimas podem não buscar os serviços em função do medo do contágio ou aprisionamento dentro de seus próprios lares.

O tópico a seguir traz algumas medidas tomadas por alguns Estados com o objetivo de acolher de forma rápida mulheres vítimas de violência doméstica.

3. Medidas De Enfrentamento À Violência Doméstica Durante A Pandemia Da Covid-19

Como resultado, durante este período pandêmico causado pelo novo coronavírus, a partir de março de 2020, várias restrições foram impostas aos cidadãos para que fosse possível conter a propagação do vírus dentro do seu próprio território, seja internacional ou não, chamado de "isolamento social". Infelizmente, conforme revelado por pesquisas analisadas anteriormente (PONTE, 2020), por razões sociológicas e criminológicas que ainda precisam ser estudadas, constatou-se que tais restrições sociais têm levado ao aumento do número de casos de violência doméstica contra as mulheres.

Por razões de política criminal e para coibir os resultados da investigação, foi promulgada a Lei nº 14.022/2020, que estipula medidas para conter a violência doméstica contra as mulheres durante a pandemia da Covid-19 (BRASIL, 2020A). Esta é uma lei de exceção, que é um complemento à lei nacional de pandemia nº 13.979/2020 (também uma exceção), que também faz alterações importantes na legislação nacional (BRASIL, 2020B).

Ocorre que, a Lei nº 14.022/2020 acrescentou um novo parágrafo ao art. 3º da Lei nº 13.979/2020, prelecionando serem essenciais os serviços e atividades voltados ao atendimento de: mulheres em situação de violência doméstica e familiar; crianças e adolescentes vítimas de crimes previstos no ECA ou no CP; pessoas idosas vítimas de crimes previstos no Estatuto do Idoso ou no CP; pessoas com deficiência vítimas de crimes previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência ou no CP. Senão vejamos dispositivo inserido:

Art. 3º (...)

§ 7º- C. Os serviços públicos e atividades essenciais, cujo funcionamento deverá ser resguardado quando adotadas as medidas previstas neste artigo, incluem os relacionados ao atendimento a mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, a crianças, a adolescentes, a pessoas idosas e a pessoas com deficiência vítimas de crimes tipificados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Para garantir a manutenção destes serviços básicos, o art. 5º-A da Lei nº 13.979/2020 estipula que o prazo para os procedimentos, a revisão das matérias, o

comparecimento das partes e a concessão das medidas cautelares devem ser realizados normalmente, podendo ser registados os incidentes relacionados com estas infrações penais por telefone ou meio eletrônico:

Art. 5º-A Enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019:

I - os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão;

II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública;

Parágrafo único. Os processos de que trata o inciso I do caput deste artigo serão considerados de natureza urgente.

A Lei nº 14.022/2020, menciona que o governo deve tomar as medidas necessárias para manter a assistência presencial às mulheres, idosos, crianças ou jovens em situação de violência, mesmo durante uma pandemia. Isso já aconteceu na delegacia de polícia do Estado de São Paulo, onde o atendimento emergencial e específico nunca foi interrompido, mesmo durante a crise de saúde pública (PONTE, 2020).

No entanto, lidar com a violência contra as mulheres em uma pandemia não se limita somente às queixas. Deve ser elaborado meios para aumentar o número de equipes nos aspectos diretos de prevenção e resposta à violência, bem como, para divulgar amplamente os serviços disponíveis e capacitar os profissionais de saúde para a identificação de situações de risco de forma a não reiterar a percepção de isolamento nestas áreas. A situação, a expansão e o fortalecimento das redes de apoio, incluindo a garantia do funcionamento normal e a ampliação da localização de abrigos para mulheres sobreviventes. As redes sociais informais e virtuais de apoio devem ser estimuladas, pois, são um meio para ajudar as mulheres a se sentirem conectadas e

amparadas, além de alertar o agressor de que as mulheres não estão totalmente isoladas e inseguras.

Em países como a França e a Espanha, mulheres que sofreram violência procuram ajuda em farmácias e usam senhas para denunciar a violência. Para enfrentar a violência doméstica contra as mulheres em uma pandemia, todas as estratégias acima são eficazes e complementares. O isolamento social neste momento é crucial para conter a escalada da COVID-19 no Brasil, portanto, a morbimortalidade associada à doença deve ser minimizada. O país e a sociedade devem se mobilizar para garantir que as mulheres brasileiras tenham o direito de viver sem violência.

Embora as mulheres não estejam envolvidas no processo de tomada de decisão, elas constituem a maioria da população brasileira e a maioria da força de trabalho em saúde. Portanto, elas têm um papel fundamental na superação da pandemia no que tange à saúde, economia e, também, no meio social.

Conclusão

Enfrentar a violência doméstica e familiar não é fácil. É preciso seguir, buscando melhoras. A violência existe no dia a dia de inúmeras mulheres, e é certo que essa pandemia exacerbou esses incidentes. Dados e múltiplos estudos comprovam a gravidade dessa trágica realidade no Brasil e no mundo.

Nesse caso, o uso do sistema pelas mulheres é fundamental para a eficácia judicial. As barreiras do silêncio devem ser quebradas, os laços de discriminação e preconceito têm que ser eliminados; sua fé e confiança na polícia e no judiciário precisam ser fortalecidas.

A polícia, especialmente as autoridades policiais, têm que estar atenta às mulheres vítimas de violência, e sua afinidade com as leis existentes e os instrumentos convencionais sobre o assunto é fundamental. Não só internamente, mas também internacionalmente e nas Américas, medidas urgentes de proteção devem ser vistas, o que é uma obrigação de proteger efetivamente as mulheres em situação de violência.

Portanto, é importante considerar as necessidades adequadas e a eficácia das medidas de proteção: se a mulher deve ficar ou sair de casa; se tem filhos; se o agressor tem arma de fogo em casa; se falta comida à mulher, deve basear-se em circunstâncias específicas para identificar outras características.

Por fim, não devemos esquecer que toda discriminação produz injustiça e violência. Antes de os direitos humanos serem respeitados, não havia democracia. A

existência e o aumento da violência contra as mulheres são inaceitáveis, o que claramente viola a Constituição e os princípios democráticos. Devendo, este cenário, ser imediatamente modificado, respeitando-se a dignidade da pessoa humana, a qual é um dos fundamentos que encontramos previsto no decorrer da nossa Magna Carta.

A pandemia nos mostrou uma grande realidade: não estamos no mesmo barco; apenas estamos no mesmo temporal. Aqueles que são mais vulneráveis, como as mulheres, estão em situação pior. É preciso solidariedade e sororidade.

Referências

ALVES, Branca M.; PITANGUY, Jacqueline. O que é feminismo. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985.

ACEBES, César Muñoz. "Um dia vou te matar": Impunidade em casos de violência doméstica no estado de Roraima. HumanRightsWatch. 21 abr. 2017. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2017/06/21/305134>. Acesso em: 15. jan 2021.

BRASIL (2020a). Lei 14.022 de 7 de julho de 2020 – altera a Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

BRASIL (2020b). Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

BRASIL. Norma técnica de padronização: Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAMs. Brasília: Ministério da Justiça. Presidência da República, 2006.

EGGERT, Edla. Reconstruindo conceitos: da não-cidadania ditada por Rousseau e Kant para a aprendizagem da cidadã de hoje. Disponível em: Acesso em: 15. jan 2021.

IBRAHIN, Francini Imene Dias; BORGES, Amanda Tavares. Violência doméstica em tempos de confinamento obrigatório: a epidemia dentro da pandemia. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6298, 28 set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85555>. Acesso em: 5 fev. 2021.

FUNARI, Pedro Paulo A. Grécia e Roma. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2002.

GREGORI, M. F. Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.

LAQUEUR, Thomas Walter. Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud. Trad. Vera Whately. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

PULEO, Alicia. "Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro". In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Orgs.). Políticas públicas e igualdade de gênero. 1. ed. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. p.13.34.

SANTOS, C. M. Delegacias da Mulher em São Paulo: percursos e percalços. Disponível em: Acesso em: 27 mai. 2006.

SCHRAIBER, Lilia B.; D'OLIVEIRA, Ana Flávia L. P. "Violência contra mulheres: interfaces com a saúde". Interface – Comunicação, Saúde, Educação [online], v. 03, n. 05, p. 11-26, ago. 1999. Disponível em: Acesso em: 15. jan 2021.

VRISSIMTZIS, Nikos A. Amor, Sexo e Casamento na Grécia Antiga. Trad. Luiz Alberto Machado Cabral. 1. ed. São Paulo: Odysseus, 2002.

VIEIRA Pâmela Rocha, GARCIA Leila Posenato, MACIEL Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? ARTIGO ESPECIAL / SPECIAL ARTICLE.

Duas vezes vítimas: mulheres sofreram agressões durante quarentena imposta pela pandemia. Disponível em: <https://apublica.org/2020/11/duas-vezes-vitimas-mulheres-sofreram-agressoes-durante-quarentena-imposta-pela-pandemia/>.

ASSÉDIO MORAL À MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

ALEXANDRE ANTONY REBELO:

Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RESUMO: O artigo científico tem como enfoque o assédio moral contra a mulher nas relações trabalhistas, prática que faz parte do cotidiano de muitas delas, mas por vezes não identificado, ou quando detectados os sinais elas se submetem as humilhações pelo receio de perder o emprego, sendo por vezes esta sua única fonte de subsistência. O objeto de estudo no primeiro capítulo conceitua os princípios constitucionais garantidores de condições mínimas e dignas de trabalho, no segundo apresenta o que é o assédio moral, suas características, dentre outros. E por fim, analisar um caso concreto já julgado que trata sobre assédio moral pelo fato de seu superior hierárquico não tolerar mulheres no mesmo local de trabalho.

Palavras-chave: Assédio. Moral. Mulher.

ABSTRACT: This scientific article deals with bullying against women in labor relations, a practice that is part of the daily life of many of them, not always identified, or when detected the signs they submit to humiliation for fear of losing their job, and sometimes this is yours only source of subsistence. The object of study in the first chapter conceptualizes the constitutional principles that guarantee minimum and decent working conditions, the second presents what is bullying, its characteristics, among others. And finally, to analyze a concrete case judged that deals with bullying because its superior does not tolerate women in the same workplace.

Keywords: Harassment. Moral. Woman.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2. O ASSÉDIO MORAL E A RELAÇÃO COM OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.2 O princípio da não discriminação; 3. O ASSÉDIO MORAL; 3.1 Conceitos, características e espécies de assédio moral. 3.2 Consequências do assédio moral; 3.3 Como a legislação brasileira e a CLT tratam o assédio moral; 3.4 A dificuldade de apresentar provas. 3.5 O assédio moral em relação ao trabalho da mulher. 3.6 O empregador pode evitar o assédio com adoção de medidas simples. 4. DO ESTUDO DE CASO, PROCESSO Nº 0001172-50.2017.5.11.0001. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

INTRODUÇÃO

A relevância do presente trabalho de conclusão de curso compreende analisar o assédio moral como ato discriminatório contra a mulher, no âmbito da empresa, de forma que ofende reiteradamente a dignidade da pessoa humana, causando consequências físicas e psíquicas a vítima, é sabido que inúmeras mulheres já sofreram ou sofrem essa conduta ilícita, mas por falta de informação ou medo se submetem a estas represálias dentro do ambiente laboral.

Dedicou-se a primeira sessão para identificar em que momento o trabalhador passou a ser reconhecido como ser humano digno de direitos e garantias, sabe-se que foi durante a 1º guerra mundial que crianças e mulheres foram inseridas como substitutos nas relações de trabalho e que viviam em condições desumanas, daí em diante foram surgindo movimentos sociais na busca por melhores condições de igualdade e de não discriminação.

A segunda sessão foi dedicada a trabalhar o conceito de assédio moral no ambiente de trabalho, que segundo Sônia Mascaro citada por Sergio Pinto é “uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras” (MARTINS, 2017, p.24). Nesta sessão também se trabalhou características, dificuldades de provas, o assédio específico contra a mulher e medidas de prevenção.

Dado um terceiro momento foi realizado um estudo de caso a cerca de uma funcionária que frequentemente sofria assédio moral vertical descendente, por vezes comunicou seu chefe, mas nenhuma medida punitiva foi tomada contra seu assediador, até que decidiu solucionar sua problemática por vias judiciais.

2. O ASSÉDIO MORAL E A RELAÇÃO COM OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Deve-se falar no momento que o trabalhador passou a ter seu primeiro direito garantido como pessoa humana, segundo Anaruez (MATHIES, 2017), no período da 1º guerra mundial no ano de 1914, onde ficaram evidenciadas as condições precárias que aquele laborava. Com a guerra muitos dos homens foram obrigados a abandonar seus postos de trabalho, diante disso, para que as empresas continuassem a produzir, mulheres e crianças tiveram que ser introduzidas no ambiente de trabalho, porém estas não gozavam de condições mínimas de labor como, por exemplo, salário, segurança e higiene, causando danos à saúde desses empregados, os quais eram tratados como

coisas totalmente dispensáveis. Mesmo diante de tais atrocidades, não havia nenhuma intervenção do Estado.

Diante desses problemas passaram a surgir diversos movimentos sociais que questionavam e exigiam condições dignas para os trabalhadores, criação de leis por parte do poder estatal e demais fatores que resguardassem o direito deles como pessoa humana e empregado.

Segundo Carmen com a “publicação da Encíclica Rerum Novarum e o surgimento da seguridade social na Alemanha” (CAMINO, 2004, p.34), houve algumas mudanças, dentre elas a normatização de algumas advertências que garantiam ao empregado laborar de acordo com o que pactuou no ato da contratação, advertia também ao empregador, não mais tratar seu funcionário como escravo ou mero objeto. Ainda de acordo com Anaruez (MATHIES, 2017) ao final da primeira guerra mundial, foi assinado o tratado de Versalhes em 1919 e a criação da OIT- Organização Internacional do Trabalho, sendo esta uma das primeiras conquistas relacionadas à busca por direitos trabalhistas, ou seja, comprovando assim, que o empregado é um ser humano digno de respeito e que necessita de condições justas.

As regras contidas no Tratado de Versalhes também tiveram seus reflexos no Brasil, porém por impulso internacional, pois foi só com o passar dos anos que foram averiguados os avanços de direitos sociais no país. Em 1946 com a promulgação da nova constituição no País, o Direito do Trabalho ganha espaço junto ao poder judiciário para resolução de litígios e os trabalhadores passaram a ter o direito de greve.

No ano de 1948 o princípio em análise ganha um conceito causando grande impacto, com o surgimento da DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO DO HOMEM, que discorre em seu artigo 1º:

Todos os homens 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.

Por fim a constituição 1988 assegurou os direitos que já haviam sido conquistados e positivou outros direitos sociais, para Maurício Goldinho “o conceito de direitos fundamentais do trabalho, mais uma vez se confunde com o direito do trabalho” (GOLDINHO, p. 2007), de modo a prezar não só por melhores condições de trabalho como também pela garantia da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, da abolição de práticas discriminatórias dentro e fora do meio ambiente de trabalho, a proteção do empregado das decisões arbitrárias de seus empregadores, assim como a proteção ao trabalho feminino e a proibição de trabalho

infantil, enfatizando a igualdade de direitos entre homens e mulheres, conforme previsto em alguns dispositivos, dentre eles estão os artigos 1º, III e IV e art. 3º, IV da CF/88:

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 e IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

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.

Dito isto, a OIT entende que diante dos preceitos constitucionais e internacionais, um meio ambiente de trabalho digno e justo é onde seu labor é valorizado, com salário compatível com sua função, condições de segurança e saúde (salubridade) adequadas, como por exemplo, o período de repouso, todos esses podem ser sinônimos de resultados positivos que ensejam reflexos dentro e fora do local de trabalho. De acordo com Gabriela “deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio” (DELGADO, 2016, p. 206), diante disso, quando o empregado deixa de ser tratado como objeto substituível e passa a ser tratado com respeito, tudo o seu redor ganha outra perspectiva.

2.2 O princípio da não discriminação

O princípio da não discriminação guarda relação com o da igualdade, ao passo que por não ter se mostrado efetivo o suficiente, o princípio da igualdade deu origem ao da não discriminação, para que ambos se complementassem.

Diante disso, de acordo com os ensinamentos de Célia Mara “a discriminação, em linhas gerais, importa em separar, segregar, dispensar tratamento diferenciador, a igualdade, por sua vez, denota a idéia de tratamento isonômico, sem distinções” (PERES, 2004, p. 17), o princípio da igualdade funciona como um meio de prevenção para evitar atos discriminatórios.

De acordo com os ensinamentos de Alexandre (MORAES, 2016, p. 36) o princípio da **igualdade formal** se vale do seguinte conceito, tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, visa resguardar tratamento igual para fatos idênticos,

evitando que o Estado possa dispor de privilégios para com uns e com outros não. Já o da **igualdade substancial ou material** trata-se de cada caso concreto, por exemplo, desigualdade em favor da sexualidade. Se observado os textos das constituições anteriores, é possível verificar o quão dificultoso foi deixar expressa a igualdade entre homens e mulheres, não só como valor social ou moral, mas também para que estas tivessem igualdade de tratamento no ambiente de trabalho.

Atualmente no que tange o princípio em razão igualdade de gêneros a redação constitucional veda expressamente esse tipo de diferenciação, de acordo com art. 5º, caput da CF/88:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, À IGUALDADE, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Celso Antonio (BANDEIRA DE MELO, 2002) aduz que não há de se falar em desigualdades de gêneros ou ofensa ao princípio quando, por exemplo, o empregador necessitar de um perfil específico para o preenchimento de determinada vaga (sexo, etnia, escolaridade), porém tal critério de escolha deve ser coerente e devidamente motivado, apresentando uma justificativa lógica, para que grosso modo não se caracterize um atentando contra as garantias fundamentais da pessoa humana. Um exemplo bem comum são os editais de concurso público para o preenchimento de cargo de POLÍCIAIS FEMININAS, não é inconstitucional por se tratar de uma situação específica.

O principal objetivo deste princípio é a garantia de proteção do indivíduo, outro exemplo é proibição de tratamento desigual no ambiente de trabalho entre dois empregados que ocupam mesmo cargo, realizam mesmas funções, mas um ser do sexo masculino e a outra do sexo feminino, esta não pode sofrer restrição como de salário simplesmente por ser mulher, estaria ferindo tal princípio e construindo um ambiente de trabalho desagradável.

Segundo as afirmações de Hans Kelsen, as desigualdades em casos excepcionais são necessárias, não causando afronta ao princípio em estudo:

A igualdade dos sujeitos a ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas

com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres. (KELSEN, HANS apud BANDEIRA, 2002, p.11)

Acerca da afirmação de Hans Kelsen é importante frisar que os possíveis casos de violações ao princípio devem ser avaliados individualmente, por que um fator isolado, por si só, não se caracteriza como ato atentatório a dignidade da pessoa humana ou discriminação.

Tanto é assim que de acordo com o conceito dado pela OIT discriminação (discriminare- latim), significa "toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão" (artigo 1º, OIT da convenção nº 111)

Discriminação divide-se nas seguintes modalidades, sendo elas: De acordo Alice (BARROS, 2011, p. 893) a discriminação direta ligada especificamente ao tratamento desigual em razão de raça, sexo, cor, nesses casos a intolerância é vista de forma explícita.

A discriminação indireta, conforme Amauri (NASCIMENTO, 2011) consiste na exclusão de grupos de homens ou mulheres, são regras coercitivas estipuladas pela empresa, usando como fator de repulsa altura, peso, provas físicas, fatores estes totalmente irrelevantes para contratação ou permanência de determinado cargo ou quando em determinada empresa só possui funcionários homens, mas as atividades ali executadas podem ser elaboradas facilmente por mulheres, e em nada se motiva a contratação exclusiva de homens.

Classificam-se em vários os motivos de discriminação, dentre eles: raça, cor, idade, origem, mas neste estudo será abordada a discriminação em face do quesito SEXO, mais precisamente discriminação contra a mulher.

A CF/88 prevê em seu art.7º inciso XX a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; e no inciso XXX a vedação expressa diferença de salário, de exercícios de funções, e de critério de admissão em razão de SEXO, idade, cor ou estado civil. Deste modo, só pode haver alterações de

salários ou contratação específica em razão da sexualidade quando devidamente justificada a finalidade daquela atividade fim.

3. O ASSÉDIO MORAL

3.1 Conceitos, características e espécies de assédio moral.

A denominação de assédio guarda semelhança com termos utilizados em outros países, Sergio Pinto (MARTINS, 2017, p. 19 e 22) aponta alguns, o mobbing é utilizado em países como Itália e Alemanha e significa “cercar, assediar, agredir”. Nos Estados Unidos, temos o bullying que tem como objetivo aterrorizar ou intimidar, porém mais comum nas escolas, o Harras que significa hostilizar e perseguir, e o Bossing que significa mandar mandando. No Brasil mais comumente conhecido como assédio moral, e ainda de acordo com o autor supracitado assédio significa “importunar, molestar, aborrecer, incomodar, perseguir”, com tamanha dedicação a ponto de agredir a auto-estima.

Dado esse conceito básico, a doutrina majoritária incluindo Sergio Pinto adotam as seguintes características, assédio moral é um ato ilícito e abusivo, constante, normalmente se prolonga no tempo, ou seja, pode ser uma vez na semana, porém a prática pode durar meses ou anos, o objetivo é atacar a honra e a dignidade de uma pessoa ou grupo específico, expondo estes a situações desnecessárias, vexatórias ou de exclusão, a tal ponto de ficarem ou não físicos e psicologicamente abalados, insta salientar que se está conduta for rigorosa, mas praticada no exercício regular do direito não será considerado assédio moral, segue o conceito de assédio citado pelo autor.

“Assédio moral no trabalho é toda conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, gestos, escritos que possam trazer dano a personalidade, á dignidade ou á integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o meio ambiente de trabalho” (Marie-France Hirigoyen apud Sergio Pinto, 2017, p. 23)

A Cartilha do Assédio Moral e Sexual no trabalho traz importante informação ao descrever a situação da vítima, explicando que esta é primeiro, isolada do grupo, sem explicação, para então, num segundo momento, passar a ser hostilizada, desacreditada e ridicularizada. É comum que os colegas de trabalho se afastem e rompam os laços, participando, muitas vezes, das práticas agressivas do agressor sobre a vítima. Por medo do desemprego, medo de serem ridicularizados também, muitos acabam reforçando a prática do agressor.

Segundo Alberto e Henrique (GONÇALVES; BÚRIGO, 2017, p.602), estará caracterizado o assédio mesmo que não haja danos materiais aparentes, como o dano psíquico, do contrário estaria expondo o empregado mais forte psicologicamente em pé de desigualdade com o mais fraco, mesmo que ambos tenham sofrido as agressões em iguais proporções. Assevera também que as agressões devem ser obrigatoriamente contínuas, uma conduta isolada não é o suficiente para provar a intenção de perseguição, o objetivo do agressor é tornar a vida da vítima impossível dentro da empresa, a tal ponto de força-lá a pedir o seu desligamento.

Para Sergio Pinto (MARTINS, 2017 p. 44) são vários os sujeitos ativos, dentre eles pode ser um mero e simples colega de profissão/empregado, pode ser seus superiores hierárquicos como, supervisor, chefe ou até mesmo o dono da empresa. Os sujeitos passivos são a vítima individual ou um grupo de pessoas ou vice e versa.

De acordo com os ensinamentos de Alberto e Henrique (GONÇALVES; BÚRIGO p. 961, 2017), segue as espécies:

Assédio moral vertical descendente, normalmente os agressores são os empregadores ou superiores hierárquicos que agridem seus subordinados, considera-se o mais gravoso, devido ao poder do assediador e muitas vezes por ignorância intelectual do empregado por medo excessivo de denunciar ou perder o emprego acaba se sujeitando a determinadas situações vexatórias de humilhação. **Assédio moral horizontal** ocorre entre os empregados de mesmo patamar de hierarquia e caracteriza-se pela omissão dos superiores, pode se dá através de brincadeiras maldosas em relação à sexualidade de outro colega ou na tentativa de eliminar este como um potencial concorrente para determinado cargo. **Assédio moral vertical ascendente**, este é muito comum quando determinado colega de mesma profissão é promovido, e determinado grupo de pessoas decide boicotar, desestruturando o seu novo chefe.

Há de se falar também sobre **assédio moral institucional**, trata-se de um rigor excessivo, ameaças, pressão psicológica e práticas excessivas de humilhação constante, exemplo clássico dado por Sergio (PINTO, 2017 p.38) é cumprimento de metas impossíveis, tendo como consequência proibição da utilização de banheiro para realizar necessidades básicas.

3.2 Consequências do assédio moral

Analisando os estudos de Sergio (PINTO, 2017, p. 88), de modo geral temos como consequência a ausência do trabalhador no ambiente de trabalho com o objetivo de evitar contato com o agressor, baixa qualidade no serviço prestado, prejuízo

financeiro a empresa por que esta terá gastos na contratação de outro funcionário para substituir o assediado que vive ausente por conta de atestados médicos. E de modo específico segundo Alberto e Henrique (GONÇALVES; BÚRIGO, 2017), além do estresse psicológico, pode haver consequências físicas, dentre elas estão fadiga por não conseguir dormir ou até mesmo por realizar atividades que vão além de suas condições físicas, hipertensão, oscilações de peso, problemas gástricos como a úlcera ou gastrite, dentre outros. Para Sergio (PINTO, 2017, p.89) os resultados ocasionados pelo assédio podem interferir no ambiente familiar, aquele ente antes dedicado a família, esposo (a) e filhos, agora se isola, os familiares identificam a mudança, mas podem não saber sua origem e nem como se comportar diante de tal situação.

3.3 Como a legislação brasileira e a CLT tratam o assédio moral

De acordo com Carlos Roberto (CARNEIRO, 2012 p.88 e 89) é sabido que no nosso ordenamento jurídico ainda não temos nenhuma tipificação conceituada a respeito do assédio moral, o que temos são projetos de leis em tramitação e leis federais que restringem benefícios a empresas que possuem histórico de condenações por assédio, a seguir discriminado.

Entenda-se por assédio moral a reiterada e abusiva sujeição do empregado a condições de trabalho humilhantes ou degradantes, implicando violação à sua dignidade humana, por parte do empregador ou de seus prepostos, ou de grupo de empregados, bem como a omissão na prevenção e punição da ocorrência do assédio moral (PL de Lei Federal para inclusão do artigo 203-A do código Penal)

Fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente (artigo 4º, Lei 11.948/09)

Segundo Pamela (MICHELENA, 2019, p.6), com o advento da nova legislação trabalhista, o assédio moral continuou sem uma conceituação explícita, mas ganhou força com a inserção do artigo 223-B, que trata de danos de natureza extrapatrimonial.

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 titulares exclusivas do direito à reparação.

3.4 A dificuldade de apresentar provas.

Em análise aos estudos de Alberto e Henrique (GONÇALVES, BÚRIGO, p. 1085, 2017), é possível verificar o quão difícil é para as vítimas coletar provas verdadeiras de que estão sendo assediadas, afinal o ônus da prova incumbe a quem alega, e para que o processo seja levado em conta deve-se provar o mínimo do dano causado. Já é admitido no sistema jurídico atual que a pessoa assediada grave conversas através de algum meio eletrônico para que haja comprovação do ato, em linhas gerais o assediador pode ser tão precavido, que evita deixar vestígios de seus ataques, por exemplo, quando o assédio moral é seguido de sexual os ataques podem ocorrer de forma isolada, dentro de um escritório, ou quando a própria vítima se isola e os ataques acontecem longe de outros funcionários, deste modo não podendo apresentar provas testemunhais, outra dificuldade surge com relação às testemunhas cujo estas por serem subordinadas e possuir receio de perder o emprego, podem não querer depor a favor da reclamante assediada.

Ainda de acordo com o autor supracitado, a vítima pode se respaldar de todos os meios de provas possíveis como, informar algum colega de mesma profissão, guardar provas físicas (documentos), e informar seus órgãos superiores de preferência de forma escrita, gravar conversas desde que não haja intervenção de terceiros. Quanto mais provas cabais conseguir produzir, melhor será para convencer o juiz sobre a prática ilícita.

3.5 O assédio moral em relação ao trabalho da mulher.

Mesmo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos tendo sido publicada em 1948, foi somente com a Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1993, que ela se revelou, de fato, enquanto caráter universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. E finalmente, foram reconhecidos os direitos humanos das mulheres.

Segundo Margarita (BARRETO, 2003) vários podem ser os contextos na sociedade em que as pessoas são humilhadas, entretanto é no ambiente de trabalho que o assédio moral é analisado. O fato de ser mulher pode ser usado como critério para uma não elevação de cargo apesar de possuir mérito e conhecimento intelectual suficiente para preencher a tão almejada vaga, dando-se preferência a outro funcionário que possui menos tempo de serviço, menos conhecimento técnico, mas por ser homem representa mais poder e status, este mesmo critério pode ser utilizado como motivo para uma rescisão contratual, a empresa pode usar uma oportunidade como redução do quadro de funcionários, para se desfazer de determinado grupo de

operárias, por exemplo, mas manter todos os do sexo masculino, esta prática é vedada de acordo a lei 9029/95 em seu art. 1º:

É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de **SEXO**, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente prevista no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

A luz dos ensinamentos de Alexandre (MORAES DE, 2016 p. 40), existem muitos casos em que mulheres são destratadas, sofrem represálias pelo simples fato de ser mulher, algumas empresas as veem como o sexo frágil, as que engravidam e conseqüentemente terão que se ausentar das atividades por um lapso temporal causando prejuízos ao empregador, na qual este terá que substituir aquela empregada por outra, diante deste tipo de preconceito é que as empresas são proibidas de exigir exames de sangue que atestem gravidez por exemplo, por caracterizar uma prática discriminatória no ato da contratação conforme assevera o artigo 2º da lei 9.029/95. Diante deste contexto, as mulheres possuem direitos garantidos de acordo com as leis trabalhistas nos artigos 391 e 392 da CLT, tanto de não terem seus contratos rescindidos em face de gravidez quanto ao de gozarem de licença maternidade sem prejuízo do emprego e de seus salários.

Curiosamente, os casos de assédio moral, quando a vítima é uma mulher, rapidamente passam a ser casos de assédio sexual, e quando já iniciam como sexual, se diante de uma forte atitude negativa da vítima, o comportamento do agressor pode restar como assédio moral. Infelizmente, em qualquer dos cenários, a mulher ainda se encontra numa situação de desestabilização, vulnerabilidade e culpa. Sentindo-se muitas vezes sem saída e com medo de ser marcada no seu meio profissional, acaba "desistindo" do emprego.

A pesquisadora Margarida Barreto, ao estudar o tema, sabiamente coloca que:

O assédio sexual é consequência de comportamento não desejado, machista e agressivo, que transforma o ambiente de trabalho em meio hostil e infiel, em que os mistérios do ofício são profanados por intimidação e promessa de promoção (Barreto, 2003, p.).

No que diz respeito à proteção legal nessas situações, prevê a Constituição Federal, o Código Civil, o Código Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a possibilidade de controle e punição para os assediadores morais e sexuais do ambiente de trabalho. Acerca da temática, procurando partes específicas dos supracitados textos legais, tem-se, por exemplo, o artigo 483 da CLT, que desde 1943 prevê o assédio (moral ou sexual) como motivo de rescisão indireta, podendo inclusive ter em seguida uma ação de indenização.

No que tange ao previsto na Carta Magna, vê-se em seu artigo 5º, inciso X, que resta assegurada a reparação a ofensa ao patrimônio moral da pessoa sendo invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação. O Código Civil Brasileiro, por sua vez, traz em seu artigo 927 o dano causado ao assediado, agredido pelo assediador, seja ele o dono da empresa, o seu chefe ou o superior hierárquico que lhe causou assédio moral, de tal modo discriminado, fica obrigado a reparar tal dano.

3.6 O empregador pode evitar o assédio com adoção de medidas simples.

De acordo com o que aduz Pamela (MICHELENA, 2019 p.12,13 e 15), de modo geral todos que fazem parte da empresa devem ter ciência que suas ações inadequadas geram consequências e sanções, esta é uma forma da empresa futuramente se defender, pois terá provas que não se omitia e de passar certa tranquilidade para o colaborador assediado. O empregador deve demonstrar interesse em ouvir as queixas em caráter sigiloso, a autora supramencionada cita “elaborar manuais de boas práticas, códigos de ética e conduta, treinamentos pra gestores e líderes, palestras temáticas e criação de comitês relacionados à diversidade” buscando aprimorar o conhecimento do empregado a cerca do tema. Deixar claro que para elevação de cargos além dos critérios competência, serão avaliados os de boa conduta, mostrando que não compactua com atitudes ilícitas. A autora enfatiza que uma vez se identificando a conduta do assédio é imprescindível instaurar sindicância para apuração dos fatos que pode ser realizada tanto por profissionais internos ou externos, com base em provas documentais ou testemunhais, dando margem para o contraditório, mas se comprovado a má conduta, punindo o autor com justa causa, se for um caso grave.

4. DO ESTUDO DE CASO, PROCESSO Nº 0001172-50.2017.5.11.0001.

O processo em análise trata-se de Vanessa Vieira de Carvalho, que foi admitida em 11/07/2013 na empresa Companhia de Saneamento do Amazonas (COSAMA) dentro dos trâmites legais trabalhistas, para executar a função de técnica de eletrônica,

posteriormente durante a realização de suas atividades laborativas, esta veio a ser vítima de diversas agressões verbais, estas advindas por um dos seus superiores, o Sr. Hamilton Novo Lucena (Chefe de Manutenção), pelo simples fato de ser mulher, ajuizou ação trabalhista, sob o rito Ordinário no dia 19/06/2017, processo nº 0001172-50.2017.5.11.0001, tendo como valor de causa 150, 000.00.

No conteúdo da exordial, a reclamante afirma que sem motivos aparentes, desde o início, foi humilhada de diversas formas, era cobrada com rigor excessivo de forma rotineira, na presença de seus colegas de trabalho, agredindo a higidez do ambiente laborativa. Pode-se destacar, os principais termos que diariamente a reclamante sofria, dentre eles “mini puta, vadia e vagabunda”, além destes, o assediador afirmava ter tido relações sexuais com a empregada, que não teve dificuldade para tal ato, instigava outros colegas a falarem o mesmo, uma vez que a reclamante trabalhava em um ambiente de maioria masculina, foi obrigada a aceitar essas agressões afetando a sua honra e dignidade como mulher, com o único objetivo de manter seu emprego.

Vale enfatizar que todos esses fatos foram levados até seu chefe por diversas vezes, mas a única resposta obtida por parte deste é que, o Sr. Hamilton era funcionário antigo, que ele tinha esse jeito, mas que a reclamante não devia dar importância. A atitude assediadora por parte do Sr Hamilton, era explícita e o mesmo não se importava em atacar outros funcionários, ameaçando e coagindo deixando a entender que se as tarefas não fossem executadas do jeito dele, os subordinados perderiam seus respectivos empregos.

Já em sede de Contestação, a reclamada impugna alguns fatos informados na exordial, que jamais houve tratamento humilhante dentro de sua empresa e muito menos de forma reiterada para que caracterizasse o assédio moral, ademais enfatiza que quanto à indenização do assédio moral, tem-se a improcedência da mesma, em face da ausência de previsão legal. A Reclamada alega que não havia relação de subordinação, pois o contato entre eles era esporádico e que jamais houve reclamações por parte da empregada contra o Sr. Hamilton, impugna também o fato de não ter ficado provado o abalo sofrido a sua vida pessoal, familiar, ou danos a honra.

Em audiência de instrução a reclamante ratifica suas alegações, enfatizando que o Sr. Hamilton tinha dificuldades em trabalhar com empregados do sexo feminino, que sim informou os fatos ao supervisor e ao coordenador, porém de forma verbal, mas os mesmos informavam que esse era o jeito dele.

Uma das testemunhas alega que o Sr. Hamilton cantava o refrão de uma música com o objetivo de atacar à reclamante “ela foi dá mamãe, ela foi dá mamãe, foi dá um

serão extras, trabalhou com o patrão". O preposto da empresa afirma que não havia subordinação da reclamante em relação ao Sr. Hamilton, que sim às vezes este falava alto e alguns palavrões mais não direcionados a empregada e que aquele nunca tinha ouvido nenhuma queixa por parte dos empregados. Outra testemunha arrolada pela reclamante ratifica os fatos, dizendo ter presenciado estes pelos corredores e no refeitório, que o Sr. Evandro (chefe da estação) era tão ciente que chegou a presenciar tais atitudes mais nunca nada fez a respeito. Apregoada outra testemunha da reclamada, este informa que a reclamante era subordinada ao Sr. Evandro apenas, e que nunca presenciou nenhuma agressão contra a empregada, que sim tinha ciência que o acusado falava alto e muitos palavrões, mas sem direcionamento exclusivo.

Em sentença, o Juiz realiza um breve relatório dos fatos, em que a empresa afirma não ter se caracterizado o assédio moral, por não haver subordinação direta, nem reiteração da conduta e muito menos provas do dano causado à integridade da empregada, porém de acordo com o seu entendimento o dano é presumido (in re ipsa), e que a indenização é mera consequência do ilícito, sendo ilógico exigir comprovação de sensação tão íntima. De acordo com seu entendimento o assédio moral restou-se caracterizado e incontestável diante das alegações testemunhais, de tal modo, que todos foram unânimes no que diz respeito ao Sr. Hamilton agir de forma grosseira com gritos e xingamentos rotineiramente, além da omissão institucional, pois esta estava ciente dos fatos, violando assim direitos do empregado, deste modo sendo impossível mensurar o quanto foi atingida sua honra ou seja seus valores subjetivos, descarta a hipótese de mero aborrecimento, uma vez preenchidos todos os requisitos e condições objetivas, fazendo jus ao recebimento de indenização por danos morais no valor de R\$20.000,00.

Inconformada com a decisão, a empresa apresenta recurso ordinário, ratificando que não tinha ciência dos fatos, não foi apresentada nenhuma prova documental, e que, se esta estivesse ciente teria tomado as devidas providências, afirma não ter tido reiteração da conduta e que as provas testemunhais foram inservíveis, pois nem a reclamante-recorrida e nem as testemunhas possuíam subordinação direta com Sr. Hamilton, logo contato apenas esporádico, questionando deste modo não o valor da indenização e sim a inexistência do assédio e abalo moral sofrido para que justifique o dano.

Em análise as desembargadoras destacaram que para configurar o assédio não necessita especificadamente de condutas reiteradas, o primeiro ataque a honra da empregada já viola sua dignidade, não sendo necessários milhares de ofensas para então falar de possível indenização, e muito menos precisa haver subordinação, ficou provado através de testemunhas que a empresa estava ciente dos fatos e que é sua

obrigação promover um meio ambiente de trabalho saudável. De acordo com seu entendimento fica mantido que o dano não precisa ser provado, uma vez sendo in re ipsa, a conduta de humilhar a empregada na frente dos seus colegas resta suficiente para deduzir a ofensa a sua honra subjetiva. Deste modo sendo o recurso foi provido parcialmente quantum ao valor indenizatório, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não satisfeita, a reclamante ajuíza Recurso de Revista, requerendo a reforma do valor da condenação, o acórdão indica violação de alguns artigos do Código Civil e de jurisprudência, não se observou a extensão do dano e o fato de a reclamante não poder voltar a executar as atividades ali desempenhadas, prejudicando sua subsistência. Em sede revisional, todas as provas e fatos devem ser reanalisadas, é critério do julgador a definição do valor de indenização e que em instância extraordinária deve ficar explícito a extrapolação dos limites superiores ou inferiores da razoabilidade e da proporcionalidade dos valores arbitrados, o que não é o caso, sendo assim denegado seguimento do Recurso de Revista.

Ainda inconformada a reclamante interpõe agravo de instrumento, porém no Recurso de Revista verificou-se que não houve reprodução dos fundamentos do objeto de questionamento (indenização por danos morais-valor arbitrado), tornando insuscetível o Recurso de Revista, não podendo afirmar se houve ou não violação de preceitos legais impugnados, constitui ônus da parte e é uma exigência processual, não sendo suficientes apenas referências, devem-se comprovar de fato as teses da decisão recorrida. Sendo assim, negado provimento de agravo de instrumento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto deste estudo foi analisar o assédio moral como ato atentatório a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, princípio da não discriminação e especificar o assédio moral contra a mulher no meio ambiente laborativa. Deste modo ficou-se evidenciado que a prática de assédio moral contra a mulher vem desde séculos passados, quando estas foram obrigadas a trabalhar em condições precárias e sem a valorização da dignidade da pessoa humana. É óbvio que com o passar dos anos foram se conquistando algumas garantias fundamentais, como a igualdade de valores para que não houvesse diferenciação entre homens e mulheres e valorização do princípio da não discriminação.

Todavia, é sabido que o número de agressões morais que a mulher sofre dentro do ambiente de trabalho ainda é um tema bastante discutido, como foi mostrado no caso concreto analisado na última sessão deste artigo, no curso desta pesquisa foi observado o quão dificultoso é para a vítima resguardar provas cabais de que está

sendo assediada, além de lidar com assediador que evita deixar rastros, a vítima pode se deparar com um problema maior, que é a omissão do empregador no dever de punir, mas se mantém inerte acerca do litígio tanto é assim, que no caso analisado restou-se provado que mesmo a empregada dando ciência das agressões morais que sofria do seu superior hierárquico, não foi amparada pela empresa e a única orientação que recebia era de não dar atenção aos assédios decorrente da discriminação em razão do sexo.

Diante disso, foi possível verificar como é importante informar o empregado contra qualquer tipo de prática abusiva e como se proteger destes atos ilícitos. Nos dias atuais, as empresas que de fato se dispõem agir corretamente com os preceitos legais, podem optar por um programa ou comitê chamado compliance, que busca agir preventivamente, identificar e filtrar os problemas gerados na empresa, estabelece cumprimento de normas e diretrizes internas, cujo objetivo é aumentar o diálogo entre funcionários, gestores e diretores para que esses conflitos sejam solucionados internamente, sem a necessidade de levar ao judiciário, evitando prejuízos para a empresa.

O compliance utiliza das seguintes formas para atender o colaborador, instalação de ouvidoria destinada somente a atender eventuais desconformidades, esses atendimentos podem se dá através de whatsapp, telefone ou e-mails, desde que seja mantido o sigilo do empregado, identificando-se o problema a empresa vai trabalhar um meio de solucionar o conflito. O empregador que adquire esse sistema evita não só custos judiciais como também um ambiente de trabalho saudável, boa imagem para a empresa, um empregado satisfeito que busca trabalhar junto com a empresa, aumentando a sua produtividade, além de voltar para casa sem estresse, pois seu ambiente de trabalho é sadio.

O programa supramencionado tem relevância com o estudo em análise, pois, se trata justamente da questão de ouvir o empregado e tomar medidas acerca da problemática, principalmente no cotidiano atual onde as empresas visam apenas lucros e não dão importância aos problemas internos, como as relações inter pessoais dos funcionários.

Apesar de ser um tema de muita recorrência, o que temos na legislação como medida punitiva contra empresas que praticam ou praticaram assédio são leis federais que proíbem a concessão de empréstimos, colocando-as numa espécie de lista negra. Dito isto, outra medida protetiva possível de ser aplicada ao assédio moral seriam os projetos de lei que estão em trâmite no congresso, um desses projetos objetiva conceituar o assédio moral ainda não existente na legislação brasileira, um outro

projeto tem como enfoque a tipificação penal do assédio no âmbito das empresas privadas, deste modo dando destaque e a devida importância ao assédio moral, por se trata de uma conduta que gera graves danos a integridade física e mental do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7º Ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho**: Uma jornada de humilhações. São Paulo: Editora EDUC, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 01/05/2021.

Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei nº 5.442 de 1 de maio de 1993. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 02/05/2021.

Código Civil. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 03/05/2021.

CÁRMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. 2004

DELGADO, Maurício Goldinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**: Revista de direito e garantias fundamentais. N°02, 2007.

CARNEIRO DE CASTRO, Claudio Roberto. **O que você precisa saber sobre o: Assédio Moral nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela. **Direitos fundamentais do trabalho digno**. São Paulo: Editora LTr, 2006.

MATHIES, Anueréz. **Assédio Moral na relação de emprego no Brasil**. Florianópolis, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3º ed. Editora Malheiros Editores, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio Moral no Emprego**. 5º Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MARCHI GHERINI, Pamela Michelena de. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho: Prevenção e Combate**. São Paulo: 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **ABC das mulheres trabalhadoras e igualdade de gênero**. 2a ed., 2017.

PERES, Celia. **Igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2014.

SOUZA JUNIOR, Alberto Gonçalves de; BÚRIGO, Henrique. **A prova do Assédio moral no Trabalho**. Minas Gerais: RTM, 2017.

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: EDUCAÇÃO SEXUAL NAS ESCOLAS

MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA SILVA:
bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário
UNIRG

MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA

(orientador)

RESUMO: A violência sexual contra crianças e adolescentes tem sido marcada por um crescimento de sua ocorrência nas últimas décadas. Devido a esse fato, além de se debater sobre as ações penalizadoras dos criminosos, tem-se debatido as medidas preventivas para a ocorrência desse delito. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância do estudo sobre Educação Sexual nas escolas desde o primário aos demais ensinos como forma de estabelecer o entendimento necessário a esse grupo sobre formas de prevenir e denunciar esse crime. Como metodologia de pesquisa foi utilizada a bibliográfica, com base em artigos científicos e no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). No decorrer do estudo deseja-se compreender a sexualidade como algo inerente ao ser humano. Nesse sentido, não há como reprimir ou negar as suas manifestações na escola. Nos resultados, ficou constatado que, considera-se de suma importância para o desenvolvimento integral das crianças e dos adolescentes, a Educação Sexual na escola como medida eficaz no combate e prevenção de atos de violências sexual.

Palavras-chave: Violência sexual. Criança. Adolescente. Educação Sexual.

ABSTRACT: Sexual violence against children and adolescents has been marked by an increase in its occurrence in recent decades. Due to this fact, in addition to debating penalties for criminals, preventive measures for the occurrence of this crime have been debated. In this sense, the present work aims to demonstrate the importance of studying Sexual Education in schools from primary to other teaching as a way of establishing the necessary understanding for this group on ways to prevent and report this crime. As a research methodology, the bibliography was used, based on scientific articles and on the ECA (Statute of the Child and Adolescent) and the LDB (Law of Guidelines and Bases of National Education). During the study, it is desired to understand sexuality as something inherent to human beings. In this sense, there is no way to repress or deny its manifestations at school. In the results, it was found that sexual education at school is considered of paramount importance for the integral

development of children and adolescents as an effective measure in combating and preventing acts of sexual violence.

Keywords: Sexual violence. Kid. Adolescent. Sexual Education.

INTRODUÇÃO

A exploração sexual é um dos crimes mais discutidos nas últimas décadas, devido em grande parte pelo aumento do número de casos. Crianças, adolescentes e mulheres, principalmente, são vítimas diariamente dos mais variados tipos de exploração sexual, seja em seus lares, no trabalho ou no meio social. Um dos temas mais discutidos atualmente é em relação à exploração sexual.

Diante desse fato, se faz necessário um agrupamento das mais diversas áreas – Direito, Sociologia, Direitos Humanos, Educação – para buscar entender e solucionar o crescimento da exploração sexual desses indivíduos.

Buscando delimitar essa temática, a presente pesquisa se direciona em discutir sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes, apresentando o seu conceito, a sua normatização, os efeitos nas vítimas e principalmente as medidas de prevenção para a ocorrência desse crime. Nesse sentido, o objetivo de discutir esse tema é fazer uma análise bibliográfica dessa prática, penalmente normatizada e repudiada por toda a sociedade.

Outro ponto a ser analisado aqui é em relação à aplicabilidade da educação sexual nas escolas como uma maneira de melhor trabalhar esse cenário com esse público e também como forma de prevenção à exploração sexual, que na maioria dos casos ocorrem dentro dos lares das vítimas.

Desta feita, pretende-se demonstrar a importância do trabalho pedagógico com a educação sexual no primário, ensino fundamental e médio. Contudo, salienta-se que se tem intenção de tirar dos responsáveis pelas crianças e adolescente o direito e o dever de haver uma educação sexual em seus lares, vez que é no ambiente familiar que a criança e o adolescente adquirem os primeiros conceitos, mas que no ambiente escolar essa temática seja explorada de forma mais imparcial e coletiva.

A problemática ao qual se baseia o respectivo trabalho é: de que forma a educação sexual auxilia na prevenção da prática de violência sexual contra crianças e adolescentes? Com isso, se discutirá a violência sexual contra criança e adolescentes na Educação Sexual nas primeiras fases do ensino Fundamental e Médio. No decorrer

do estudo, compreende-se o porquê da importância desse ensino nas escolas da rede pública, tendo em vista que a sexualidade está presente em toda a sociedade.

Com o ensino dentro das salas de aula, deseja-se contribuir para mudanças perante a sociedade, que possam compreender o peso do abuso e importância da educação como instrumento de prevenção e combate a violência.

Para realizar o estudo proposto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, onde os meios de buscas empregados foram às doutrinas jurídicas encontradas em livros, artigos, sites, jornais, revistas, etc., assim como material jurisprudencial. Nos critérios de inclusão e exclusão os materiais utilizados nesta pesquisa serão escolhidos baseados em Leis, por abordarem de forma positivada em seus artigos o presente tema. Todos os materiais serão adquiridos de forma gratuita, por serem leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

1 A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Antes de se adentrar no tema específico deste estudo é preciso delimitar alguns pontos. Primeiramente é preciso entender o que seja a violência sexual praticada contra crianças e adolescentes. Para melhor entendimento dessa prática, apresenta-se abaixo a seguinte definição:

A violência sexual contra crianças e adolescentes é uma das formas mais perversas de violência, pois se caracteriza pelo uso da sexualidade desta população, de maneira a violar os seus direitos sexuais e sua intimidade. Esta faceta da violência apresenta-se de maneira desigual e é estabelecida pelas relações de poder, mando e obediência, principalmente quando a vítima é uma criança e/ou um adolescente (ALENCAR, 2018, p. 01).

Pela definição acima, percebe-se que a violência sexual de crianças e adolescentes se moldam devido à relação de poder entre o abusador (a) e a vítima. É com o uso desse poder, que o abusador pratica atos sexuais, violando a dignidade, a liberdade e a intimidade da vítima, que nesses casos são extremamente vulneráveis (ALENCAR, 2018).

Por exploração entende-se “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, escravaturas ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos” (VENSON; PEDRO, 2013, p. 11).

Garcia (2019) afirma que a exploração sexual de crianças e adolescentes tem crescido justamente pelo fato de que esses indivíduos ainda não possuem plenos poderes sobre si mesmos, sendo considerados vulneráveis. E essa condição acaba facilitando o trabalho dos abusadores.

Nesse cenário, o perfil de vítimas de exploração sexual em geral é majoritariamente de meninas. O fato de serem em sua grande maioria as meninas que são exploradas sexualmente se explica com base no processo histórico que a mulher possui ao longo da história da humanidade, onde é verificado que ela sempre teve uma conotação sexual, ainda que não intencional.

A prostituição pode-se dizer se inicia por meio da exploração do corpo da mulher, portanto, são as meninas que geralmente são as principais vítimas de exploração sexual (GARCIA, 2019).

Mulheres e crianças, juntas, representam 79% das vítimas, o que demonstra um claro recorte de gênero: “mulheres e meninas estão em posição de maior vulnerabilidade, especialmente porque, com frequência, são exploradas sexualmente” (DANTAS, 2017, p. 03).

Em dados recentes, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) divulgou o balanço do Disque 100 com dados sobre violência sexual contra o grupo. Os resultados dessa pesquisa foram:

Dos 159 mil registros feitos pelo Disque Direitos Humanos ao longo de 2019, 86,8 mil são de violações de direitos de crianças ou adolescentes, um aumento de quase 14% em relação a 2018. A violência sexual figura em 11% das denúncias que se referem a este grupo específico, o que corresponde a 17 mil ocorrências. Em comparação a 2018, o número se manteve praticamente estável, apresentando uma queda de apenas 0,3%. O levantamento da ONDH permitiu identificar que a violência sexual acontece, em 73% dos casos, na casa da própria vítima ou do suspeito, mas é cometida por pai ou padrasto em 40% das denúncias. O suspeito é do sexo masculino em 87% dos registros e, igualmente, de idade adulta, entre 25 e 40 anos, para 62% dos casos. A vítima é adolescente, entre 12 e 17 anos, do sexo feminino em 46% das denúncias recebidas (BRASIL, 2020).

Com os índices expostos acima, nota-se que grande parte da prática de violência sexual contra crianças e adolescentes ocorrem dentro de casa e são

praticados, sobretudo, por aqueles que deveriam protegê-los: os pais. Em alguns casos também se estendem aos tios (as), padrastos/madrastas, primos, vizinhos ou qualquer membro do núcleo familiar.

Apesar da existência de normas jurídicas, verifica-se uma ineficiência das mesmas no combate deste problema. Como salienta Favarin (2017, p. 01) diversos “são os instrumentos legais, de natureza nacional e internacional, que objetivam o combate à exploração sexual de crianças e adolescentes. Porém, estes mecanismos não são eficazes o bastante, na medida em que são incapazes de inibir essa prática”.

No entanto, é importante dispor que existe uma deficiência estatal em relação à busca e eficiência na realização de medidas protetoras às vítimas de exploração sexual. Tem-se como exemplo dessa deficiência, a demora no atendimento policial, que por sua vez, em muitos casos, não possui os meios necessários para agir (RODRIGUES, 2013).

Na busca pela solução desse entrave, muitos doutrinadores colocam o Estado como o principal agente nesse processo; a saber:

É importante frisar que, para solucionar este problema, deve existir o compromisso por parte do Estado em implantar políticas de melhoria socioeconômicas do país, com educação e saúde de qualidade, e aprimorando as oportunidades de emprego digno. Importante destacar a necessária responsabilidade do Estado em assumir também, uma posição ativa na punição do delito e na defesa dos direitos das vítimas (FAVARIN, 2017, p. 01).

Diante da ausência do Estado e por muitas vezes a exploração sexual ocorra dentro de casa, o que dificultaria a sua identificação e denúncia, a escola se torna o local central na busca por medidas de prevenção à essa prática delituosa. Nesse ponto, discorre-se o tópico seguinte.

2 A EDUCAÇÃO SEXUAL NAS ESCOLAS: CONTEXTUALIZANDO O TEMA

Diante de tantos casos de violência sexual ocorrido dentro ou fora de casa contra crianças e adolescentes, verifica-se que esse crime é de enorme impacto social, ao qual se deve buscar meios de prevenção e combate. No entanto, devido ao fato de que ele é praticado, na maioria dos casos, dentro dos lares familiares, a sua identificação e denúncia se tornam um obstáculo.

Como bem acentua Silva (2012, p. 03) “romper com os pactos de silêncio que encobrem as situações de abuso sexual é uma das questões cruciais do enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes. Denunciar é o primeiro e decisivo passo, sem o qual nada pode ser feito”.

Nos últimos anos, algumas medidas de prevenção e auxílio a essas vítimas têm sido implantadas. Para fins desse estudo, foca-se na aplicação da educação sexual.

Discutir sobre sexualidade ainda na fase infantil é um tabu ao qual deve ser superado, uma vez que a sexualidade humana está presente desde o seu nascimento e o acompanha ao longo da vida. Arcari (2018) enfatiza que é necessário superar o mito de que a educação sexual pode erotizar ou incentivar a iniciação sexual precoce de crianças e adolescentes. E acrescenta afirmando que é necessário que se discorra também sobre a sexualidade, porque é um assunto abrangente, abarcando as vivências, a identidade, os sentimentos e emoções, o bem estar, a consciência corporal, etc.

O que se deve enfatizar é que a educação sexual, quando feita de modo bem orientado e dinâmico, observando o crescimento psicosssexual de cada indivíduo, pode representar uma ferramenta poderosa e eficaz na diminuição da vulnerabilidade da criança diante da violência sexual.

Para Coelho; Ribeiro (2019) crianças e adolescentes que possuem na sua formação o ensino sexual tanto na escola quanto em casa estão mais propensas a estarem protegidas contra a violência sexual. Corroborando com essa afirmativa, cabe citar:

A educação sexual é uma das formas mais eficazes de prevenir e enfrentar o abuso sexual contra crianças e adolescentes. Ensinar, desde cedo e com abordagens apropriadas para cada faixa etária, conceitos de autoproteção, consentimento, integridade corporal, sentimentos e a diferença entre toques agradáveis / bem-vindos e toques que são invasivos / desconfortáveis é fundamental para aumentar as chances de proteger crianças e adolescentes de possíveis violações (CHILDHOOD BRASIL, 2019, p. 01).

Importante destacar que é muito difícil encontrar vestígios físicos na violência sexual. Com isso, geralmente só é perceptível que houve ou esteja ocorrendo uma ação de violência sexual, quando a criança o demonstra por meio de atos comportamentais. Desse modo, deve-se atentar para o fato de que o diálogo constante da criança com os pais e nos estabelecimentos de ensino são o melhor caminho para a criança criar

um vínculo pautado na confiança, o que resultará na proteção desta vítima (RIOS, 2016).

Com isso, a escola e os educadores juntamente com o Poder Público podem ajudar de maneira significativa no combate da violência sexual contra esse grupo. Com a junção dessas duas entidades, pode-se buscar identificar os abusadores e ainda proteger esses indivíduos de futuras violências sexuais.

Portanto, fica nítido que o combate à violência sexual perpassa pelos corredores de escolas e nos domicílios. Esses ambientes, que são os mais frequentados pelas escolas, devem estar ocupados por amor, zelo e abertura de diálogo.

3 DAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E DAS MEDIDAS EDUCATIVAS PREVENTIVAS DE COMBATE AO CRIME EM ANÁLISE

Os crimes sexuais representam um atraso social. Quando se envolve menores e adolescentes, o presente crime é ainda mais prejudicial. Quando a vítima é adulta, os mesmos sofrem sabendo o que de fato ocorreu, em criança ou adolescente esse discernimento, na maioria dos casos não é completo.

A violência sexual, entre todas as formas de violência, é a que representa maiores dificuldades de identificação, enfrentamento e proteção à criança. Atinge crianças e adolescentes do mundo inteiro, estando o fenômeno presente no cotidiano dos profissionais da saúde, educação, serviço social e direito, passando a exigir ações calcadas na interdisciplinaridade. (AZAMBUJA, 2012, p. 03).

A mesma supracitada autora, afirma ainda que “entre os fatores que contribuem para as dificuldades de manejo pelo sistema de Justiça, pode-se mencionar o fato de abusador e vítima pertencerem, em regra, ao mesmo grupo familiar” (AZAMBUJA, 2012, p. 03).

Os crimes sexuais cometidos contra menores é um dos que mais crescem na sociedade moderna. A exploração sexual representa uma grande parcela desse crescimento juntamente com o estupro de vulnerável. Insta salientar que “embora se pense que a violência sexual costume atingir vítimas que já tenham vencido a primeira infância, pode ocorrer em qualquer faixa etária, inclusive com os bebês” (DREZETT, 2000, p. 24).

As consequências ocorridas nas vítimas desse crime são todas de ordem negativa, afetando muitas vezes de forma permanente o psíquico da vítima. "Quanto menor a criança, devido a sua maior vulnerabilidade, grandes são as chances de que as marcas mentais sejam registradas no seu aparelho psíquico com reflexos no seu desenvolvimento" aponta Geraldo Alves Ferreira Júnior (2014, p. 02).

Vários são os sentimentos apresentados nas vítimas de crimes sexuais e vulneráveis. Por serem crianças ou adolescentes, essas vítimas mudam o comportamento ao longo do tempo. Algumas vezes apresentam um quadro violento, outras se mostram mais sensíveis e a grande maioria demonstra o medo, não querendo qualquer contato externo com nenhum indivíduo.

As consequências do crime de exploração sexual que além de ser um ato violento, depravado, sórdido, repugnante, horrendo, pavoroso, produzem sequelas irreparáveis para as vítimas, principalmente para as do sexo feminino que vão além da possibilidade de perder o relacionamento com os seus companheiros devido ao pensamento machista ainda existente, ainda fixa-lhes permanentes traumas psicológicos, inseguranças, medos, fobias, aumentando substancialmente tal problemática quando do estupro resulta gravidez (MARQUES, 2017, p. 02).

Quando os crimes ocorrem dentro do seio familiar, as consequências são ainda mais intensas, podendo se perpetuar ao longo dos anos, trazendo sequelas ainda mais graves ao menor. As consequências jurídicas e processuais também ocorrem, principalmente quando a vítima não pretende denunciar ou expor o ocorrido. Esse aspecto é refletido sob vários ângulos. No ambiente familiar, tem-se:

Entre as dificuldades para a revelação do abuso, observa-se que as mães, muitas vezes, transmitem às crianças a mensagem direta ou indireta de não revelar; as crianças ficam tão ansiosas que se calam para proteger as mães. Em decorrência de todos estes fatores, verifica-se uma tendência a se manter a exploração sexual por vários anos, passando de geração em geração. Quando o fato consegue ser revelado, outras dificuldades se apresentam, uma vez que a revelação conduz a uma crise imediata nas famílias e redes profissionais, dificultando a revelação e favorecendo a manutenção do segredo. A violência sexual infantil é raramente revelada na época em que o abuso ocorreu, costumando vir à tona quando adultos são

questionados sobre suas experiências infantis (OLIVEIRA JÚNIOR; QUINTINO DE OLIVEIRA, 2012, p. 01).

Diante dessa problemática, algumas medidas podem e devem ser tomadas, buscando sempre o bem estar da vítima nos crimes dessa natureza. Para que isso resulte em resultados satisfatórios, necessário que haja uma interação entre os diversos profissionais das várias áreas envolvidas com o tema.

Psicólogos, terapeutas. Médicos, advogados, assistentes sociais, dentre outros, devem trabalhar em conjunto para efetivar ações de proteção e prevenção de exploração sexual, uma vez que essas vítimas possuem a particularidade de não saberem se defenderem sozinhos.

Conforme expresso no tópico anterior, a educação sexual tem sido uma alternativa bastante importante e significativa na busca pela prevenção a ocorrência desse tipo de crime.

Devido ao fato de muitas famílias não trazerem a temática sobre a sexualidade para dentro de casa, é na escola que esse assunto começa a ser debatido. Outro ponto importante é que, como já citado, é dentro de casa onde ocorrem a maioria dos abusos e explorações sexuais desses indivíduos, sendo a escola o primeiro local a receber as denúncias.

Tendo papel individual, social e comunitário, a escola se torna então um importante aliado no combate e na prevenção da exploração sexual de crianças e adolescentes. Dentro do cenário escolar, Coelho; Ribeiro (2019, p. 02) explicam que “a educação sexual não se restringe ao ensino da biologia e fisiologia da sexualidade, ela ensina a pensar sobre todas as questões que envolvem o corpo e o relacionamento entre pessoas”.

Desse modo, a educação sexual na escola aborda não apenas o ato sexual, mas tudo aquele que o rodeia: desenvolvimento biológico, crescimento intelectual e sensorial sobre os prazeres, o conhecimento do próprio corpo, a relação interpessoal com o parceiro (a), dentre vários outros temas correlacionados.

O que se tem observado nos estudos coletados para essa pesquisa é que a sexualidade, principalmente na fase da adolescência está direcionada no ensinamento sobre a prevenção de gravidez ou acerca das infecções sexualmente transmissíveis (IST). Isso mostra que a educação sexual realizada pelas escolas, em sua maioria é limitadora sobre esse tema, não apresentando uma abordagem mais aberta e integral, que busque discutir o afeto, o desejo e o prazer (NASCIMENTO; FONSECA, 2018).

Campos; Urnau (2021, p. 01) defende que a educação sexual na escola é importante para “prevenção da violência sexual, mas não pode ser orientada apenas para esse viés protetivo. É preciso ter cuidado para não reforçar uma condição de dependência e de não autonomia dos/das adolescentes”.

Com base no exposto acima, é preciso que se tenha uma abertura ampla sobre esse tema, para que a prevenção e os cuidados sejam eficazes. Nesse ponto, é de extrema importância que professores e demais membros da escola estejam aptos a discutir e ensinar sobre a presente temática. A respeito dessa questão, Coelho; Ribeiro (2019) comentam que “falar sobre sexo, violência sexual é algo muito delicado e importante. Infelizmente a maioria das escolas não possui profissionais capacitados para tratar desse assunto com crianças e adolescentes. É necessária uma equipe multidisciplinar”.

Já a partir de 3 anos se inicia os primeiros contatos da criança com a sexualidade. Desde então, passa-se por várias fases, aos quais se deve ter total atenção. A respeito desse processo, cabe ilustrar:

FIGURA 1 – DESENVOLVIMENTO DO ENTENDIMENTO SOBRE A SEXUALIDADE



Fonte: Coelho; Ribeiro (2019)

Evidenciado a importância da educação sexual no ambiente escolar, Rios (2016) deixa claro que é uma injustiça ignorar os direitos sexuais justamente em fases tão importantes da vida, como a infância e adolescência, em que seres em desenvolvimento precisam receber informações adequadas sobre saúde, reprodução, sexualidade, de modo responsável e sem preconceito. Devem, inclusive, aprender a reconhecer as violações que podem colocá-los em risco, até mesmo no interior do próprio ambiente familiar.

Dentro desse processo, na realidade fática quando há uma denúncia ou sinalização de ocorrência de alguma exploração sexual na criança ou adolescente, a prática mais usual pela escola e demais atores pertencentes a esse ambiente é o agendamento de uma reunião com mães/pais ou responsáveis para conversar sobre o assunto. Todavia, apesar de ser benéfico esse ato, o adequado seria a comunicação imediata ao Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, que por sinal é obrigatória por força de lei (ECA, art. 13).

Caso haja um descumprimento dessa ação pela escola, a mesma sofre uma infração administrativa. No entanto, o prejuízo maior não será da escola e sim da vítima, que será silenciada ou até mesmo punida. Soma-se a isso, o fato de que se os casos de suspeita ou confirmação de violência não chegarem ao conhecimento das autoridades eles não serão apurados e nem investigados (NASCIMENTO; FONSECA, 2018).

A respeito dessa situação, cita-se:

A notificação é essencial para articular os atores do sistema de garantia de direitos, a fim de promover uma ação coletiva em defesa de crianças e adolescentes vítimas do abuso e da exploração sexual. A intersetorialidade e a integração das políticas públicas devem envolver, prioritariamente, a educação, a saúde, a assistência social, a segurança e a justiça (CAMPOS; URNAU, 2021, p. 01).

Diante desse contexto, destaca-se que as escolas precisam entender que a sexualidade faz parte do aluno/a e não se pode negá-la. Elas precisam trabalhar a temática para gerarem reflexões críticas na perspectiva de gênero e diversidade sexual, contribuindo para que alunos e alunas vivam sua sexualidade de forma saudável e refletida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abuso sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes configura-se como um problema social, sofrido em seus lares dia após dia. Devido aos avanços legais, os sujeitos foram reconhecidos como merecedores de proteção integral, contribuindo para uma maior visibilidade da violência sexual e preocupação tendo maior atenção da parte da sociedade brasileira.

Frente a isso, ao longo dos últimos anos percebeu-se o crescente número de crianças e adolescentes vítimas de todo tipo de violência, sendo a sexual a mais grave e praticada. Assim, discutir essa questão se tornou relevante, uma vez que atenta contra a Dignidade Humana e torna esses vulneráveis ainda mais propensos a terem sequelas pelo resto da vida.

Devido a gravidade desse crime, é notório observar que com o avanço da tecnologia as notícias se espalham drasticamente onde casos de violência têm grande visibilidade, e com a pressão que a sociedade expressa na mídia por meios de rede sociais fazendo com que o estado de cada vez maior importância a proteção a eles.

Por essa razão tem-se buscado medidas de prevenção e de combate contra a exploração sexual contra crianças e adolescentes. Dentre as existentes, encontra-se a educação sexual, principalmente as lecionadas no ensino Fundamental e Médio, onde estão o maior grupo de vítimas.

O que ficou evidente no presente estudo é que a educação tem representado um caminho eficaz no combate, na prevenção e também na investigação de crimes de natureza sexual em desfavor de crianças e adolescentes. É no espaço escolar que muitas crianças sentem abertura para expor algum indicio de violência sexual sofrida ou mais que isso, aprende a lidar diretamente com a própria sexualidade e qualquer ato suspeito por parte dos 'adultos'.

Desse modo, defende-se nessa pesquisa que haja maior atenção na escola e em todos os agentes nela pertencentes, para que a educação sexual não seja um tabu ou algo ao qual não se discuta. Ao contrário, que seja um espaço onde esses indivíduos possam aprender a detectar qualquer ato que possa resultar em violência ou exploração do seu corpo.

Nesse ponto, o ensino sexual em sala de aula pode ser uma ação preventiva e combativa a esses crimes, bem como o pontapé inicial para início de uma investigação. Enfatiza-se novamente, que somente por meio da educação é que a criança ou adolescente possa entender o que ocorre consigo mesmo e quais medidas cabíveis devem ser feitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Claudia. **Violência sexual contra crianças e adolescentes**. 2018. Disponível em:

<http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1449>. Acesso em: 04 mar. 2021.

ARCARI, Caroline. **Precisamos superar o mito de que a educação sexual pode erotizar crianças**. 2018. Disponível em: <https://www.futura.org.br/educacao-sexual-na-infancia/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **O Olhar da Justiça nos casos de Violência Sexual praticada contra Criança**. 2012. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/sipinf/edicoes/I/41.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990, e legislação correlata. 16a ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). **Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CAMPOS, Denise Carvalho; URNAU, Lílian Caroline. **Exploração sexual de crianças e adolescentes: reflexão sobre o papel da escola**. *Psicol. Esc. Educ.*, Maringá, v. 25, e221612, 2021.

CHILDHOOD BRASIL. **Educação sexual para prevenção do abuso sexual de crianças e adolescentes**. 2019. Disponível em: <https://www.childhood.org.br/educacao-sexual-para-a-prevencao-do-abuso-sexual-de-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 18 mar. 2021.

COELHO, Ana Célia; RIBEIRO, Geise. **Educação Sexual potencializa o combate aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes**. 2019. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/reverso/educacao-sexual-potencializa-o-combate-aos-crimes-sexuais-contra-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 21 abr. 2021.

DANTAS, Thaís Nascimento. **Tráfico de mulheres e crianças: o que você tem a ver com isso?** 2017. Disponível

em:<https://medium.com/@prioridadeabsoluta/tr%C3%A1ficodemulheresecrian%C3%A7as-o-que-voc%C3%AA-tem-a-ver-com-isso-c0043c4746b9>. Acesso em: 26 mar. 2021.

DREZETT, Jefferson. **Estudo de fatores relacionados com a violência sexual contra crianças, adolescentes e mulheres adultas**. Tese de Doutorado. Centro de referência da Saúde da Mulher e de Nutrição, Alimentação e desenvolvimento Infantil, Escola de Medicina/USP, 2000.

FAVARIN, Ana Paula. **Mulheres são as principais vítimas do tráfico humano**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/518949439/mulheres-sao-as-principais-vitimas-do-traffic-humano>. Acesso em: 04 mar. 2021.

GARCIA, Maria Fernanda. **Pequenos em perigo: aumenta o tráfico de crianças no mundo**. 2019. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/carrossel/pequenos-em-perigo-aumenta-o-traffic-de-criancas-no-mundo/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

IWASA, Mariana Sature Mota de Abreu. **Estupro de vulnerável: validação do consentimento do adolescente menor de 14 anos** 2009, 55fls. Monografia (Bacharel em Direito) - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2009.

NASCIMENTO, M.; FONSECA, V. **Dinâmicas de gênero e sexualidade no contexto da exploração sexual de adolescentes: entre autonomia, tutela e invisibilidades**. In Deslandes, S. F.; Constantino, P. (Eds.), Exploração sexual de crianças e adolescentes: interpretações plurais e modos de enfrentamento (1a ed., pp. 101-128). São Paulo: Hucitec, 2018.

RIOS, R. R. **O desenvolvimento do direito democrático da sexualidade e os direitos de crianças e adolescentes**. In Associação Brasileira de Magistrados. Promotores de Justiça e Defensoria Pública da Infância e Juventude (AMP)(Eds.). Violência sexual contra crianças e adolescentes: novos olhares sobre diferentes formas de violações. 1 ed., Vol. 1, pp. 19-52. São Paulo: WCF/ABMP, 2016.

RODRIGUES, T. D. C. **Tráfico Internacional de Pessoas Para Exploração Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Welinton Pereira da. **Abuso sexual contra crianças e adolescentes: vamos romper este silêncio a partir da igreja**. 2012. Disponível em: <https://metodista.br/faculdade-de-teologia/materiais-de-apoio/artigos/abuso-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 04. mar. 2021.



VENSON, Anamaria Marcon; PEDRO, Joana Maria. **Tráfico de pessoas: uma história do conceito**. Revista Brasileira de História, 2013.

AS FRAUDES ELEITORAIS AS SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO ELEITORAL

RAILSON SIQUEIRA DA SILVA:
bacharelado do Curso de
Direito do Centro Universitário
Santo Agostinho – UNIFSA.

JULIO CESAR ALVES SILVA⁵

(coautor)

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES⁶

(orientadora)

Resumo: Este estudo tem como tema as fraudes eleitorais e suas consequências para o processo eleitoral, discorrendo sobre alguns institutos e fazendo um detalhamento de todas as etapas necessárias para o devido funcionamento do sistema eleitoral. A problematização do assunto está voltada com foco nas falhas do sistema eletrônico e consequentemente os ilícitos capazes de prejudicar o processo de votação e o próprio voto, dentre eles, estão as possíveis interferências que as urnas eletrônicas podem sofrer antes ou preferencialmente após o exercício do escrutínio. O tema ganha elevada importância, porque diz respeito a algo essencial em uma democracia, e de interesses de todos, sendo extremamente útil sua proteção. Sobre as metodologias utilizadas, o trabalho se desenvolveu por meio de pesquisas bibliográficas, artigos científicos, monografias e sites oficiais os quais tratam do tema. Os resultados alcançados com a realização do referido trabalho exemplificam a importância de acrescentar mais uma etapa de segurança no sistema eleitoral a fim de fornecer mais confiabilidade tanto ao sistema como também aos cidadãos. Portanto, em virtude de o assunto não ser muito debatido entre as autoridades, motivo pelo qual merece notoriedade, sendo interessante verificar, ao final, a conclusão encontrada.

Palavras-chave: Processo Eleitoral, Sistema Eleitoral, Sufrágio, Voto, Estado Democrático de Direito.

⁵ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

⁶ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Abstract: This study deals with electoral fraud and its consequences to the electoral process, discussing some institutes and detailing all the necessary steps for the proper functioning of the electoral system. The problematization of the subject is focused on the flaws of the electronic system and consequently the illicit actions capable of harming the voting process and the vote itself, among them, the possible interferences that the electronic ballot boxes may suffer before or preferentially after the exercise of the scrutiny. The topic is of great importance, because it concerns something essential in a democracy, and of interest to all, its protection being extremely useful. Regarding the methodologies used, the work was developed through bibliographical research, scientific articles, monographs and official sites that deal with the theme. The results achieved with this work exemplify the importance of adding one more security step to the electoral system in order to provide more reliability both to the system and to the citizens. Therefore, since the subject is not much debated among the authorities, which is why it deserves notoriety, it is interesting to verify, at the end, the conclusion found.

Keywords: Electoral Process, Electoral System, Suffrage, Vote, Democratic State of Law.

Sumário: Introdução. 1. O Direito Eleitoral: Noções Gerais 1.1 Breve Evolução Histórica 1.2 Democracia 1.2.1 Democracia Participativa ou Direta 1.2.2 Democracia Representativa ou Indireta 1.2.3 Sufrágio 1.2.4 Soberania Popular 1.3 Voto 1.4 Estado Democrático de Direito 2. O Processo Eleitoral 2.1 Crimes e fraudes e os seus efeitos para o Processo Eleitoral 3. O Atual Sistema de Votação e suas Falhas 3.2 TSE: a intenção pelo voto via aparelho celular e *internet* 4. Uma nova Proposta para fornecer mais Segurança ao Sistema Eleitoral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal tratar sobre as fraudes e suas consequências para processo eleitoral, desenvolvendo algumas etapas do sistema eleitoral começando com noções gerais, breve evolução histórica e as alterações sofridas durante o tempo até os dias atuais, democracia esclarecendo a forma como irá existir e funcionar e sua importância para a sociedade.

A democracia participativa ou direta está caracterizada pela participação popular sem interferência dos representantes, a democracia representativa ou indireta o poder pertence ao povo, mas é outorgado aos representantes legitimamente eleitos, estes devendo praticar as suas funções visando o interesse da coletividade, o sufrágio traduz o procedimento pelo qual os cidadãos terão a possibilidade de fazer suas escolhas de forma livre, a soberania popular é a força motriz capaz de modificar determinadas situações, quanto ao voto está previsto no artigo 1º da Constituição destacando que todo poder emana do povo sendo exercido por meio dos seus representantes legais e

Estado democrático de Direito, sua existência só tem sentido porque há a participação popular nas decisões, é através do povo que surge a ligação necessária a sua manutenção.

O processo eleitoral é o principal mecanismo disponível para que a população possa fazer suas escolhas com base nas suas convicções, sendo considerado extremamente útil com a finalidade de consagrar a democracia, o processo eleitoral goza de status de bem jurídico no ordenamento, somente se seu funcionamento transcorrer corretamente podemos ratificar que tanto as eleições como os representantes do povo, serão verdadeiramente legitimados. Por meio de um procedimento limpo, o qual assegurará os direitos dos cidadãos.

Caso esse procedimento não venha acontecer do modo estabelecido nas normas que regulamenta o Direito Eleitoral, assim como as demais normas que tratam do assunto, pode-se constatar a presença dos ilícitos eleitorais em qualquer de suas espécies e suas terríveis consequências para a credibilidade do processo eleitoral, visto que, recebe uma considerável proteção dentro do Estado democrático de direito, em virtude da modernidade empregada e sua segurança.

Para tanto, é necessário que o Estado constitua mecanismos para dirimir as ações criminosas que venham a ocasionar lesão ao Processo Eleitoral, o que consequentemente trará grandes prejuízos à população de qualquer país. O cerne desse estudo é esclarecer como todo o procedimento acontece e quais são os métodos capazes de melhorar a funcionalidade do sistema eleitoral, e eliminar os possíveis atos ilícitos capazes de obstruir seu processamento.

Portanto, é fundamental saber que, como o sistema deve ser trabalhado e os meios que podem ser acrescentados a fim de aperfeiçoá-lo. Sem dúvida o tema tratado tem grande relevância para a sociedade, mesmo sendo dificilmente discutido entre as autoridades, motivo pelo qual merece notoriedade, ao final, a conclusão encontrada.

1 O DIREITO ELEITORAL: NOÇÕES GERAIS

O Direito eleitoral, indiscutivelmente desde o Brasil colônia sempre esteve presente no cotidiano das pessoas, mas há muitos que não tem noção da importância que esse direito pode trazer para a democracia, com o passar dos anos aconteceram inúmeras mudanças no cenário político.

É um ramo que, tem por base a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual é responsável por alguns direitos políticos, ou seja, aqueles que garantem aos cidadãos votarem e também se alistar, e em contrapartida ao mencionado

anteriormente os direitos políticos considerados negativos, sendo eles, inelegibilidades, perda, suspensão dos direitos políticos, e por último ser votado.

Além disso, é o instrumento público definidor no qual se molda as relações políticas e partidárias de um determinado país e suas regiões, ou seja, o ordenamento jurídico que vai estabelecer todos os parâmetros para o acontecimento do sufrágio, tendo em vista que este se concretiza com a decisão soberana de determinado povo ou sociedade.

Na concepção de Rais (2012, s.p.), “o Direito Eleitoral é o ramo ou segmento do direito público que trata do ordenamento jurídico específico eleitoral, pretendendo abarcar as questões jurídicas referentes à eleição, ao partido político e aos mandatários – aqueles já eleitos que exercem o mandato político”.

Assim, pode-se identificar o Direito Eleitoral como agente regularizador e organizador da democracia participativa no país, promovendo o sufrágio universal de modo que não venha acarretar, em princípio, riscos nas escolhas populares para uma gestão temporal na administração dos Entes Federativos.

Desta forma, entende-se que o Direito Eleitoral é um ato público contínuo, pois mesmo após sua ocorrência, no que tange aos Procedimentos Eleitorais, os atos ou fatos jurídicos que o executaram podem levar ao desfazimento do pleito se ferir, claramente, a lei bem como a vontade popular.

Com bastante e honrosa precisão Chimenti (2019, s.p.), afirma que “Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que visa regular o exercício da soberania popular”, não resta dúvida nessa conceituação.

Neste sentido, é primordial entender que para manter o saudável rito eleitoral do ordenamento legal em um Estado Democrático de Direito é imprescindível a participação popular, cujo povo será o patrono daqueles que terão de representa-los.

Portanto, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece critérios a serem obedecidos, que darão o devido supedâneo para atuação popular, vejamos:

CF/88 - 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:

I - Plebiscito;

II - Referendo;

III - iniciativa popular.

Verifica-se então, que não somente pelo voto direto e secreto, mas há outras maneiras na qual a participação popular no Processo Eleitoral é manifestada, podendo ser por meio de plebiscitos, referendos e iniciativa popular, que servirão, também, como instrumentos norteadores para o sufrágio eleitoral, seguindo um princípio democrático de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”

1.1 Breve Evolução Histórica

O atual Sistema Eleitoral tem como alicerce a lei Saraiva do ano de 1881 conjuntamente com o Código de 1932, ambos contribuíram para o surgimento de vários direitos e garantias fundamentais, que ainda estão em pleno vigor no ordenamento jurídico. Exprime toda a evolução do Direito Eleitoral, o voto secreto foi inserido no Código de 1932 de forma permanente sendo também regularizado o alistamento, excluído assim todas as regulamentações anteriores.

Houve uma sequência de mudanças no tocante aos âmbitos Federal, Estadual e Municipal, ou seja, a ratificação da obrigatoriedade e do direito de as mulheres irem às urnas, uma conquista que ainda não existia.

O voto tornou-se de cunho obrigatório para todos os brasileiros maiores de vinte e um anos, tendo ou não alfabetização, mas desde que estivessem prestando serviço as forças armadas.

Foi implementado dois modelos de sistemas, um proporcional e o outro majoritário, diferenciando um do outro pelo quociente eleitoral, e a definição da quantidade de vagas com o intuito de evitar cometimento de fraudes. Nesse momento oscilante e duvidoso que apareceu o Código de 1932, trazendo uma respeitável mudança no sistema eleitoral quando comparado aos Códigos passados.

Em 1945, com a queda do governo comandado por Vargas, surgiu uma nova legislação eleitoral, a qual reafirmou a justiça eleitoral perante o judiciário, inovando quanto a exigibilidade dos candidatos estarem ligados a partidos políticos para estarem preparados a se elegerem dentro do respectivo processo eleitoral.

O Código de 1946 reafirmou a Justiça Eleitoral como órgão do poder judiciário, além disso, passamos por um período sombrio e triste conhecido como regime militar,

devido a um golpe sofrido no ano de 1964, o qual durou 21 anos, período em que vários direitos e garantias foram suprimidos.

No entanto, surgiu o Código Eleitoral vigente atualmente, o qual ganhou mais força ainda com a Constituição de 1988, a qual adotou os sistemas proporcional e majoritário, além disso, a instauração do voto eletrônico, apontado como um dos mais seguros existentes. A Constituição de 1988 tornou o voto igual para todos, sem falar que ela é mais abrangente na questão da proteção dos direitos fundamentais.

O Brasil com sua sistemática eleitoral possui uma considerável tradição, inegavelmente desde o seu descobrimento ao presente momento. Sempre foi de conhecimento de todos que uma parte da história brasileira esteve subalterna a corte pertencente a Portugal, mesmo assim, não foi motivo de obstáculo para a realização das corridas eleitorais. É interessante ressaltar que, o processo eleitoral na época tinha conhecimento bem tímido devido ao seu recente surgimento.

A evolução eleitoral no Brasil, só iniciou nos anos de 1532, em uma vila conhecida como São Vicente, dando o pontapé inaugural com a finalidade de escolha dos membros do conselho municipal. Esse sistema durou até a independência do Brasil. Existem pouquíssimos documentos a respeito de como o sistema eleitoral funcionava, uma vez que, se perderam ao longo dos anos. Não é notório que, se na época, acontecia as fraudes eleitorais, ou a maneira na qual o sistema operava de fato, são informações bem vagas que não passam de meras especulações de cunho teórico.

Contudo, é de conhecimento, a prática de vários desvios das correspondências enviadas para Portugal, contendo queixas sobre os governantes, o que facilmente leva a conclusão da presença de alguém responsável pelo controle postal, isto é, existia de fato o cometimento de fraudes na época.

1.1 Democracia

Etimologicamente o termo tem origem do grego antigo *dēmokratía* ou "governo do povo", em que *Demos* significa povo, e, *Kratos* significa poder ou força, estabelecido para ser um regime político em que todos os cidadãos têm a possibilidade de participar das deliberações de um Estado, mas contanto que seja feito pela maior parte da população.

Dessa maneira, muito mais do que um simples princípio escrito na Constituição, à democracia é extremamente essencial nas sociedades ocidentais, delimitando a forma como irão existir e funcionar. É tanto sua importância que foi elevada a categoria de direitos humanos. A democracia não é algo que sempre segue um padrão rígido e

estático, visto que sofre constantes mudanças. Na visão de alguns pensadores procura-se o ponto de equilíbrio para a democracia, ou seja, uma busca contínua de concretização vai se dá com a efetiva participação de todos do conjunto social.

Na atualidade é, um dos valores mais preciosos, uma vez que, são construídos ao longo da história com a prática de determinadas atitudes que acabam virando comuns para todos, serve também de parâmetro na tomada de decisões em oportunidades futuras servindo de padrão para a vida coletiva. Com o decorrer do tempo, encontra encaixe de forma natural influenciando tanto o pensamento político, o modo de ser e a identidade dos indivíduos.

Desse modo, acontece com a democracia levando em consideração as incessantes lutas para seu ampliamiento, a busca por participação na administração do governo, seu balizamento, a ratificação dos direitos fundamentais e humanos, o conjunto de todas essas lutas ajudaram no surgimento e afirmação, sendo posteriormente tratadas como verdadeiras na história.

É enorme a quantidade de atribuições direcionadas ao termo democracia, por isso, às vezes perde um pouco sua objetividade. Como consequência dessa falta de objetividade, os regimes mais rígidos sempre pregaram a adoção pela democracia, atualmente é bem comum visualizar Estados que no papel têm como regime a democracia, mas na prática empreitam atitudes contrárias como controle dos meios de comunicação, patrulhamento ostensivo, perseguição ideológica e mais grave até a morte de quem tem pensamento diverso. Tudo por causa da ausência de sistema jurídico capaz de tutelar os direitos necessitando ser confirmados e protegidos.

Todos esses métodos têm a finalidade de manter o povo subalterno e fácil de manipulação, acarretando assim a perpetuação do poder por aqueles que o detém. Procura suprir a lacuna quanto à incapacidade de administrar o Estado com o auxílio irrecusável do dinheiro, ou seja, a constante menção a democracia não passa de uma mera fachada.

A democracia é representada por causa da participação do povo, por meio do governo representativo, ressaltando que um governo gerido pelo próprio povo é irrealizável não apenas do ponto de vista prático, o que de fato impossibilitaria a reunião de todos para uma possível discussão, mas também, porque o atributo de escolha deve ficar restrito a uma parte da população, por isso, é interessante ser feito pelos representantes legais.

Um governo cujos interesses nacionais nascem da vontade popular concedida por meio do voto e, portanto, um regime político democrático ao qual deve buscar valores fundamentais na convivência humana.

Silva (2013, pág. 135) nos mostra com propriedade ao falar sobre democracia “o que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador”.

Portanto, se coloca em funcionamento um governo essencialmente regido pela vontade popular, assim sendo, sua participação de forma direta ou indireta para que possam organizar socialmente as vontades do povo, ou seja, os interesses populares de bem comum entre os cidadãos.

1.1.1 Democracia Participativa ou Direta

Caracterizada pela participação popular, todavia, sem a interferência de um representante, é realizada consulta direta e pessoal para formação dos atos de governo através do Plebiscito, Referendo ou da Iniciativa Popular, regulamentados pela Lei 9.709/98 a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal retromencionados.

Portanto, o Plebiscito é a consulta popular de caráter vinculativo, não podendo ser desrespeitado pela Administração, na qual é convocada com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido, devendo ser acatado pelo Congresso Nacional, conforme fundamentado no art. 49, XV da CRFB/88.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;
(...)

O Referendo versa sobre aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda Constitucional, também de caráter vinculante, ocorre quando já há um procedimento legal formalizado, no qual os cidadãos se manifestarão acerca de decisão tomada pelo Legislativo, e depois podendo se concretizar mediante consulta popular, isto é, caberá à população ratificar ou rejeitar o projeto aprovado.

A Iniciativa Popular é a maneira pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei à Câmara dos Deputados, desde que, seja subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional atual, distribuídos por pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos dos eleitores de cada Estado.

1.2.2 Democracia Representativa ou Indireta

É o tipo de exercício do poder democrático, cujo povo é fonte principal, no qual desenvolvem a cidadania e as questões da representatividade, delegando seus poderes aos representantes para agir em seu nome, no que tange a administração do Estado, quer dizer, a vontade popular será outorgada aos seus representantes a fim de exercício das funções de governo. Assim nos explica Silva (2013, p.139):

É no regime de democracia representativa que se desenvolvem a cidadania e as questões da representatividade, que tende a fortalecer no regime de democracia participativa. A Constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia participativa), ou diretamente (democracia participativa).

Entretanto, visualizando o desenvolvimento da democracia, percebe-se uma obrigação entre os políticos e cidadãos a qual está sendo constantemente atacada por perguntas. Objetivando desviar da norma democrática, há algumas iniciativas empenhadas em fortalecer o poder do povo com a utilização do voto.

1.2.3 Sufrágio

A palavra sufrágio significa exatamente o procedimento de escolha feita pelo cidadão levando em consideração alguns critérios básicos. Em sua acepção jurídica, essa palavra se resume ao direito subjetivo do qual o cidadão dispõe para ser eleito ou eleger alguém.

A soberania popular é exercida por meio do sufrágio, ou seja, deixando mais simples o entendimento, se perfaz na manifestação pela vontade popular nas eleições de quem irá representa-los. Ademais, ela será exercida como destacado anteriormente pelo sufrágio universal, por meio do voto direto e secreto, além da Iniciativa Popular, Referendo e Plebiscito.

Todavia, sob uma visão jurídica da coisa, ele estabelece o direito imperioso de votar e conseqüentemente ser votado, é mister a realização da soberania popular, levando em consideração que é necessariamente por meio do sufrágio que surge todos os direitos políticos aos quais os cidadãos têm direito. Analisando o cenário do ponto de vista jurídico, percebe-se a duplicidade de sentido, sendo eles: a capacidade eleitoral ativa e passiva de votar e ser votado.

O Brasil sendo um Estado Democrático de Direito, o voto tem um caráter universal, uma vez que, esse direito é colocado a disposição do maior número de pessoas com valor igual para todos independente de quaisquer características que os diferencie.

Para todos os cidadãos será concedida a possibilidade de votar, desde que, preencha as condições exigidas para a alistabilidade. Um dos primados da democracia é o direito de poder eleger alguém ou ser eleito em um processo eleitoral, essencial também destacar que, serão considerados eleitores tanto o brasileiro nato como a naturalizado que tenham a idade exigida na lei à data da eleição.

O sufrágio pode ser dividido ou simplesmente classificado em razão do número de pessoas que estão aptas a participar do processo para a escolha de um representante, sendo exercido de forma universal ou restrito.

Serão consideradas universal, quando não houver nenhum tipo de embaraço que esteja ligado a peculiaridades de alguns indivíduos como econômicas, étnicas e sociais. Mesmo o sufrágio sendo universal, ainda vai existir algumas particularidades capazes de deixar algumas pessoas fora desse processo, ou seja, os absolutamente incapazes, estrangeiros e conscritos.

Por outro lado, o sufrágio será restrito na situação em que uma pequena minoria participar do processo, com base em determinadas características como gênero do indivíduo, sua capacidade econômica ou intelectual.

1.2.4 Soberania Popular

Quando se fala sobre soberania popular, significa aquela força apta a causar alguma modificação em determinadas situações, ganhando uma tripla repartição sendo moral, física e política. No campo da moral, terá atuação sobre a vontade e a consciência de alguém alterando de certo modo o comportamento a ser executado, o poder se propaga exatamente dessa maneira a partir do momento em que direciona o desejo alheio. O poder dito físico atuará naturalmente na transformação do mundo.

Por outro lado, o poder político se concretizará pela capacidade de guiar o comportamento do outro, mesmo acontecendo de um jeito imperativo, resumindo, o poder será vislumbrado a partir do momento que for notório uma alteração na conduta a ser praticada. O poder é um dos instrumentos do Estado porque é através dele que o governo consegue colocar em ação as políticas de caráter público as quais deseja ver implementadas.

A qualidade desse poder soberano, se dará quando esse não estiver submisso a outro, é aquele que manda e desmanda sem sofrer restrição, sem ele o Estado não existe recebendo adequação em favor dos seus titulares.

No entanto, mesmo o Estado sendo detentor desse poder, não significa que não seja submisso a absolutamente nenhum outro, isto é, terá que respeitar as regras ditadas pelo regime jurídico. O poder soberano deve ser proporcionado de maneira democrática e não absolutamente arbitrária. O Estado democrático é o responsável pela criação das suas próprias regras e respeito a elas, assegurando os direitos individuais, sociais, políticos e coletivos.

Para se visualizar com nitidez a participação popular na administração do Estado, é fundamental saber quem de fato é essa figura e como recebe tratamento nas constituições consideradas democráticas, ou seja, é preciso conhecer o povo.

Há várias maneiras como esse povo pode ser visto, sendo ele simplesmente considerado em sua totalidade, o qual mora em determinado território de um Estado, ou como aqueles que possuem direitos adquiridos, a exemplo a nacionalidade, mesmo residentes em outros países.

Portanto, a soberania é o poder irrefutável na tomada de decisões, é ele que dá legitimidade as atividades executadas pelo Estado, quer dizer, somente alcançada com o consentimento da maioria depois da ratificação nas urnas.

1.3 Voto

O artigo 1º da Constituição estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes, nos parâmetros dessa Carta Magna. A partir desse entendimento, o regime adotado no Brasil foi à democracia semidireta, a qual tem instrumentos que possibilitam o debate direto pelo povo, e por outro lado que seja realizado pelos representantes eleitos na corrida eleitoral.

O voto é de fato o mecanismo capaz de permitir aos cidadãos a prática do sufrágio, o meio pelo qual os eleitores terão a possibilidade de escolher seus

representantes para os cargos político. O regime democrático está umbilicalmente associado ao poder de discussão por parte do povo no momento da escolha dos seus respectivos representantes, executado por meio do voto conduz consequentemente a confiança esperada pelo cidadão na composição do poder. Para que um governo goze de legitimidade é preciso de fato do consentimento do povo. Essa linha de raciocínio, notoriamente sobre a legitimidade no que tange à investidura, apresenta a necessidade de escolha da estruturação política do Estado mediante a indicação do povo.

O Brasil desde a sua primeira Constituição outorgada no ano de 1824, adota o voto obrigatório, a Constituição Federal atualmente em vigor impõe aos cidadãos, o voto de maneira compulsória, acarretando uma multa para os casos de ausência, mas com valor acessível a todos. Ela assegura que o sufrágio universal será realizado pelo exercício do voto direto e secreto, e com qualificação igual para todos, nas eleições realizadas de forma periódicas.

Nesse sentido, percebe-se, a relevância do exercício do voto, na responsabilidade e no poder outorgado ao eleitor para escolher seus representantes que terão a partir do momento que tomarem posse do cargo de garantir a efetividade dos direitos fundamentais de cada indivíduo.

Conforme dispõe a CF/88:

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: **I** - plebiscito; **II** - referendo; **III** - iniciativa popular. **§ 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. **§ 2º** Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. (BRASIL, 1988).

Para tanto, percebe-se o quanto o exercício da cidadania tem importância, através do voto o eleitor repassa para o respectivo representante a árdua missão de representar seus interesses individuais e coletivos. Desse modo, surgem opiniões diferentes relacionadas a esse meio democrático, uns entendem que o voto tem um caráter de dever, já outros têm visto e classificado como um direito. A relevância em saber seu caráter está na definição dele ser obrigatório ou facultativo.

O exercício unicamente do voto, não é capaz de propiciar algum desenvolvimento da cidadania, visto que, para se vislumbrar uma democracia bem firmada, é necessário que todos participem de forma ativa das decisões políticas e façam de maneira responsável e consciente.

Fazendo uma associação de tudo que foi tratado anteriormente, é interessante ressaltar que, a alternativa pelo voto facultativo, tem o condão de aperfeiçoar a democracia do país, uma vez que, o que vai conferir legitimidade para o voto não é a quantidade, mas especialmente a sua qualidade.

Destarte, uma possível modificação no sistema eleitoral abriria uma chance de escolha do voto obrigatório para facultativo, visto que, o dispositivo que trata da temática não é uma cláusula pétrea, sendo passível de alteração por emenda à Constituição.

Mas como o caráter obrigatório do voto origina no cidadão uma responsabilidade e interesse pela questão política, objetivando também como consequência uma maior aproximação, já que o povo não estaria apto a ter o voto em caráter facultativo.

1.4 Estado Democrático de Direito

Como se tem conhecimento, para manter um Estado Democrático de Direito é indispensável que haja participação popular, conferindo-lhes natural e legalmente direitos fundamentais como autonomia e liberdade aos indivíduos nas suas atividades, uma vez que, se trata de um Estado no qual os direitos individuais, coletivos, sócias e políticos são garantidos na própria Constituição.

Na Constituição brasileira vigente promulgada em 5 de outubro de 1988, logo em seu preâmbulo, já é possível visualizar o sacramento do mencionado aspecto, dado que, deixa evidente os institutos regulamentados pela Carta maior, os quais servirão para estabelecer o Estado Democrático de Direito, pretendendo a assegurar o exercício dos direitos individuais, liberdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar, igualdade e justiça como valores supremos.

Assim como em seu prefácio, o art. 1º da CFRB/88 reforça tal fundamento quando define que:

a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a

soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019), V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Portanto, se faz necessário que todas as instituições e diretrizes democráticas estejam em pleno funcionamento e de acordo com a Norma Maior estabelecida, todavia, muitas vezes nos deparamos com notícias ou ocorrências as quais ensejam em desconfiar e desavenças a respeito da incomum quebra de acordo, assim começaremos direcionar os olhares para o que acontece no Processo Eleitoral, as suas nuances e os impactos que sua má funcionalidade poderá ocasionar a sociedade.

2 O PROCESSO ELEITORAL

É possível assingelar o conceito do que seja uma eleição, como sendo o procedimento através do qual as pessoas têm o poder de escolher seus representantes com o exercício do voto, levando em consideração que somente esta outorga legalidade à representação, por isso, é interessante conhecer um pouco sobre as eleições do Brasil, pois é ela quem qualifica a política e expande a representação.

O primeiro pensamento que vem à mente quando se fala em Processo Eleitoral, inegavelmente são alusivos ao modo de organização das eleições, além de possuir outros detalhamentos. Tem fases essenciais como o procedimento de candidaturas, prestação de contas, cadastro eleitoral e logística. Há também a fase após as eleições, a qual boa parte da população não chega a ter conhecimento, tendo um objetivo muito importante, ou seja, o momento da diplomação daqueles eleitos, traduzindo mais uma etapa de segurança tanto da liberdade de escolha como do voto.

As etapas do processo eleitoral são: Registro de candidatos, Cadastro de eleitores, logística eleitoral e preparação das eleições, Votação, Prestação de contas, Totalização dos resultados das eleições e divulgação dos Resultados.

O registro de candidatura sem dúvida é a primeira fase, mas para sua ocorrência é importante ao cidadão que esteja fazendo esse pedido presente as condições de ser eleito.

A atual Constituição Federal em seu art. 14, §3º estabelece em um rol taxativo sobre as condições de elegibilidade:

I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos III - o alistamento eleitoral IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: *a)* trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; *b)* trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; *c)* vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; *d)* dezoito anos para Vereador. (BRASIL, 1988, Art. 14, §3º).

Caso sobrevenha qualquer ato capaz de impugnar essa candidatura, deverá ser realizada uma representação em peça processual, com as provas necessárias, o Tribunal Superior Eleitoral ficará encarregado da análise do fato cabendo ao órgão negar ou não o registro.

O cadastro de eleitores, os brasileiros que tenham 18 anos ou mais devem fazer a inscrição na justiça Eleitoral com a finalidade de receberem seu título de eleitor. Este documento terá a descrição da localidade, ou seja, em qual zona esse eleitor estará apto a votar, mas podem acontecer situações na qual não poderá exercer seu direito de voto, em razão de suspensão ou cancelamento. Portanto, é imprescindível ir até a justiça Eleitoral para sanar tais impedimentos ao exercício dos seus direitos.

Logística Eleitoral, essa é a terceira etapa do processo que consiste na distribuição das urnas aos locais de votação, o que pode sofrer alteração dependendo da necessidade de cada Tribunal Regional Eleitoral e zona eleitoral, o transporte pode ser realizado em qualquer veículo sendo automotor ou não. É comum que as urnas fiquem sob responsabilidade do presidente da mesa receptora, no qual fica encarregado de montar as seções eleitorais, conferir o funcionamento e demais detalhes.

Votação é a fase mais comum para a população em geral, tendo em vista que, envolve praticamente todo mundo, é o momento de fato pelo qual os representantes são escolhidos. A responsabilidade pela segurança no dia da votação fica por conta e risco da justiça eleitoral, cabendo também prestar auxílio àqueles que apresentem algum tipo de deficiência.

Prestação de contas é regulamentada na Lei N° 9.504/1997, estabelece aos candidatos ou partidos políticos que não prestarem contas no prazo estipulado perante a justiça eleitoral ou tiverem desaprovadas poderão sofrer as sanções previstas, podendo ainda serem impedidos de assumirem o cargo.

Totalização dos resultados se inicia quando a votação encerrada nas seções, logo em seguida o boletim de urna é retirado da máquina e as informações são enviadas para os Tribunais Regionais Eleitorais, responsáveis pela contagem dos votos.

Divulgação dos resultados, o Tribunal Superior Eleitoral é o responsável tanto pela totalização como pelo resultado das eleições. Já por outro lado, o Tribunal Regional Eleitoral ficará encarregado de da publicidade a quantidade de votos.

Diplomação dos eleitos, no momento desse ato a justiça eleitoral está atestando perante aqueles eleitos que possuem aptidão para assumirem o cargo, o diploma é entregue já com a assinatura pelo presidente do TSE quando se tem a figura do presidente da República, pelo Presidente do TRE para os outros cargos em nível Federal, estadual e distrital e os suplentes, mas em relação aos Municípios serão realizados pelas juntas eleitorais.

Conforme esclarece o art. 215 do Código Eleitoral:

Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

Parágrafo único. Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal.

O processo eleitoral sem dúvida é a principal ferramenta pela qual a sociedade tem a disposição a fim de fazer suas escolhas, reputado extremamente útil para se legitimar a democracia. Apesar de o processo eleitoral brasileiro conter algumas imperfeições, é considerado um dos melhores meios de qualificação da representação, tendo a participação popular na dinamicidade do poder, transcorrendo de maneira periódica a cada dois anos.

O sufrágio é, dessa maneira um assunto tratado tanto pela imprensa, universidades e escolas, o qual de certa forma causa interesse em diversos grupos sociais, quer dizer, a partir do momento em que as pessoas começarem mais e mais a sentir interesse sobre debater política, indiscutivelmente podemos confirmar que está se concretizando um importante passo rumo a liberdade de expressão, principalmente no tocante a criação de uma consciência política, essa bastante útil com o intuito de obter uma legítima democracia de caráter representativo.

Em sua estrutura completa, o processo eleitoral indubitavelmente é considerado um bem jurídico, o qual goza de proteção em lei (no Brasil é a Lei Nº 4.737, de 15 de julho de 1965), somente se suas finalidades forem seguidas corretamente pode-se concluir que tanto as eleições como os mandatos representativos serão verdadeiramente apreciados como legítimos. Apenas através de um procedimento reputado legal será possível exercer um múnus público de forma lícita e consentida, apresenta grande relevância para a democracia. Por isso, os princípios e regras carregam consigo uma tremenda importância na proteção desses bens, com o propósito de evitar que estes sejam violados pelos crimes e fraudes eleitorais.

Os atos que tenha o potencial de interferir no processo eleitoral configurarão os conhecidos crimes eleitorais, sujeitando seus agentes as penalidades previstas em lei, por exemplo, inelegibilidade, perda do mandato e cassação de registro de candidatura.

Como assevera Caggiano (2011. p.126) nesta linha de pensamento:

A liberdade e a sinceridade a emoldurar o processo eleitoral, não só no momento da emissão do voto, mas em todas as etapas desse procedimento, conduzem naturalmente à questão do controle, envolvendo toda uma atividade de vigilância e, mais que isso, de imposição de medidas coercitivas destinadas a penalizar as condutas que, infringindo o aparato legal, visem à desconfiguração da vontade eleitoral expressa por intermédio da operação eleitoral em curso. Por isso admitem os especialistas, em consenso pacífico que toda a operação eleitoral resumir-se-ia a *um leurre* – mera ilusão, diante da ausência de um mecanismo de fiscalização eficiente, voltado a captar as irregularidades, fulminando os comportamentos acoimados de abusivos, com sanções rígidas no ensejo de assegurar a regularidade e a lisura a dominar o campo das disputas eleitorais.

O processo eleitoral é primordial em um Estado democrático de direito, porque é nele e por meio dele que os cidadãos irão fazer suas escolhas de forma livre, justa e igualitária, mas muitas vezes esse processo é utilizado para atingir outros propósitos, melhor dizendo, alcançar o poder de uma maneira mais fácil. O processo em vários momentos é violado por aqueles sedentos pelo poder, os quais praticam atitudes que implicam na transgressão de determinadas regras estabelecidas na democracia.

Roberto López Zílio descreve o processo como sendo:

Concebe-se o processo eleitoral como um conjunto de regras, coordenadas entre si, que objetivam disciplinar os aspectos materiais necessários ao exercício do sufrágio e se desenvolvem desde as normas de convenção partidária, passando pelo pedido de registro de candidato (e as correlatas condições de elegibilidade e inelegibilidade) arrecadação e gastos de campanha, pesquisa eleitoral, propaganda eleitoral e, também, pelo momento da votação e do escrutínio, prestação de contas, culminando com a diplomação dos eleitos. (2010, p. 245-246).

O processo eleitoral é essencial para se caracterizar uma democracia, porque é nela que as pessoas estarão livres para a tomada de decisões, só será considerado legitimado se houver disputas limpas, e com intuito de deixar seus cidadãos escolherem livremente seus representantes.

Acrescenta-nos Gomes (2019, p. 348) que “o processo eleitoral é também instrumento essencial de controle da normalidade e legitimidade das eleições e, portanto, das investidas político-eletivas. É por ele que se perfaz a ocupação consentida de cargos político-eletivos e o conseqüente exercício legítimo do poder estatal”. Assim, é também instrumento de precaução àqueles que pretendem e se espelham em regimes ditatoriais dos quais passam décadas no poder condenando seu próprio povo.

Neste caso, é pertinente ressaltar que, só será possível vislumbrar uma participação de fato igualitária num processo eleitoral na hipótese de todos aqueles concorrentes respeitarem as regras do jogo estabelecidas em lei. Um dos pilares fundamentais a fim de que uma democracia seja conceituada autêntica é a confiança e credibilidade nas instituições que são criadas com auxílio do povo. As quais devem de fato obedecer a seus parâmetros, com o propósito de ostentar a devida legalidade.

A sociedade de forma integral, só visualizará excelentes resultados quando todos esses bens jurídicos e direitos conjuntamente envolvidos forem efetivamente respeitados, como resultado de ações corretas é que possivelmente a coletividade será beneficiada.

2.1 Crimes – fraudes: os seus efeitos para o processo eleitoral

Atualmente são inegáveis os efeitos contrários dos crimes eleitorais, necessitando estarem normatizados em lei assim como os demais crimes, cumprindo o princípio da legalidade disposto na Constituição. Essas condutas praticadas se amoldam nas

tipificações descritas no Código Eleitoral, já quer, contrariam os parâmetros estabelecidos para o seu devido funcionamento.

As tipificações existentes no ordenamento penal eleitoral têm a função precípua de assegurar o normal funcionamento do processo na sua integralidade, a lisura do voto, participação livre entre os concorrentes, conforme o Estado Democrático de Direito garante.

A Lei 4.737/1965 dedica em um de seus capítulos aos crimes que atinge o processo eleitoral de maneira integral, mas para isto, é interessante fazer menção a alguns artigos, a título de exemplo: calúnia, difamação e injúria em relação à propaganda (arts. 324 ao 364), inscrição de forma fraudulenta dos eleitores (289 ao 291) e a corrupção eleitoral a qual é bem comum e recorrente o seu acontecimento (art. 299).

A inelegibilidade está disposta na Lei Complementar N° 64/1990 obedecendo a Constituição especificamente no seu art. 14§ 9°, permite limitações aos direitos políticos, objetivando a preservação da funcionalidade da administração pública em relação àqueles que estão no exercício das funções. O bem ao qual está recaindo a proteção é o direito público subjetivo garantindo a qualquer eleitor de disputar um mandato eletivo.

O principal objetivo da tutela penal é a proteção do livre exercício do voto, sem qualquer interferência de agentes intencionados em subverter o normal andamento do processo. Uma pessoa condenada por alguns desses delitos descritos acima terá seus direitos políticos cassados durante 8 anos, o qual começará a ser contado após o término do respectivo mandato.

É de conhecimento geral a importância do processo eleitoral, uma vez que, processam-se periodicamente dentro de uma democracia, todos os seus procedimentos de realização devem ser observados e respeitados visando proporcionar o melhor resultado possível, por isso, os concorrentes têm a incumbência de agir consoante as regras.

Portanto, o desvio praticado por alguns agentes com certeza trará consequências desagradáveis não exclusivamente em relação ao desempenho da função, mas também para a credibilidade, confiabilidade e segurança do sistema disponível no qual as disputas são realizadas.

3 O ATUAL SISTEMA DE VOTAÇÃO E SUAS FALHAS

O sistema de votação do Brasil, a primeira corrida eleitoral que contou com o auxílio da tecnologia aconteceu no ano 2000 com a participação em peso dos eleitores espalhados por todos os municípios, momento em que as urnas estavam sendo enviadas para todo o país. Oportunidade em que a Justiça Eleitoral avocou para si a responsabilidade de ampliar a quantidade de urnas com o intuito de atender satisfatoriamente as demandas dos eleitores.

É indiscutível que, o sistema de votação eletrônica contribui bastante para que o processo eleitoral se proceda mais rapidamente, levando em consideração a facilidade de transporte, armazenamento e envio de dados e conseqüentemente a contagem dos votos, mas em contrapartida não se pode olvidar a série de preocupações trazidas com o uso dessas tecnologias quanto à confiabilidade, integridade e fidedignidade dos votos.

A falta de transparência do sistema e a ausência de meios disponíveis a população para averiguarem se o processo eleitoral está ocorrendo conforme as disposições estabelecidas previamente, ou seja, se estão realmente sendo realizadas com eficácia e da maneira mais adequada. A transparência é vital em um processo eleitoral o qual se desenvolve dentro de uma democracia.

Durante muito tempo de existência e uso das urnas eletrônicas, elas já passaram por diversos processos de aperfeiçoamento com o fito de melhorar a sua segurança, manuseio e utilização. Há, entretanto, o emprego de tecnologias ultrapassadas nas urnas, essas incapazes de impedir um ataque levando em conta o atual estágio que se encontra as tecnologias.

Todas as urnas fazem uma verificação de segurança para descobrir se o sistema sofreu alguma alteração, porém, essas máquinas utilizam chaves as quais podem ser alteradas de modo que sejam idênticas as chaves usadas para assinar um software malicioso, quer dizer, com um ataque desse tipo é possível executar ações capazes de modificar o sistema e conseqüentemente interferir no resultado das eleições.

Por sua vez, as fraudes podem ser praticadas pelos mesários, em virtude de possuir acesso privilegiado ao material de registro. Um mesário pode fazendo o uso de sua malícia fraudar a assinatura de uma pessoa que não compareceu a sessão de votação e votar em seu lugar, mas é possível diminuir esse risco com a identificação utilizando a biometria, porém, é possível alegar falhas na leitura da digital. Podendo a confirmação da presença ser executada em caderno físico.

O registro digital do voto permite que os eleitores possam analisar seus votos de forma independente, auxiliando nos procedimentos praticados nas eleições. Esse

armazenamento interno de informações efetua-se desordenadamente para dificultar descobrir em quem determinada pessoa depositou seu voto. O contratempo está no fato de que o registro digital do voto ser impresso pelo mesmo procedimento que gera o boletim de urna, isto é, se o software que imprime o boletim for alterado o registro digital do voto também será. Não oferecendo nenhuma garantia contra as temíveis fraudes.

3.1 TSE: a Intenção pelo Voto via Aparelho Celular e *Internet*

Recentemente o Tribunal Superior Eleitoral – TSE apresentou algumas intenções de estudo para que as futuras eleições, no que tange a ação de votar, pudessem ser executadas via aparelho celular e internet, visto com um pouco mais de rigor, a própria instituição já usou como defesa a fundamentação de que seria impossível fraudar os votos nas máquinas, pois as mesmas não possuem conexão com redes de internet durante o escrutínio, causando assim, certa desconfiança nos mais atentos porque gerou uma sensação embaraçosa e contraditória ao entendimento do próprio Tribunal.

Devido à enxurrada de informações veiculadas diariamente e do uso de tecnologias espalhadas ao redor do mundo, sabe-se que, mesmo um aparelho *offline* poderá ter sua programação pré-estabelecida, um exemplo bem comum é o próprio aparelho celular, usual ao dia a dia, o qual funciona com suas programações normalmente, mesmo sem conexão com a internet.

Ora, se uma urna eletrônica modelo Smartmatic é segura devido ao suposto fato de não possuir conexão de rede, como aparelhos celulares, cujo limite de aquisição não existe por quantidade por pessoa poderia demonstra-se ser tão eficaz no maior ato público de uma nação?

De todo modo, são vários os apontamentos dos quais possam ser levantados perante esse modelo de votação, contudo, nos limitaremos a deixar o simples e presente questionamento a fim de que se possa alavancar a reflexão dos exímios leitores.

A credibilidade da máquina é colocada em dúvida por conta da ausência de auditoria, pois, não se pode afirmar que a mera impressão totalizada de votos poderia ser considerada auditoria de fato, sem que houvesse a possibilidade de ser analisado por unidades. Se o código-fonte ficasse disponível para a população, facilitaria o trabalho e ajudaria na evolução do sistema. O uso de um código-fonte de maneira pública e aberta é imprescindível quanto ao critério de transparência, segurança e melhoramento da democracia.

Na prática, já foi comprovado diversas vezes que um código abre a possibilidade de ser verificado está menos sujeito a imprecisões. Dessa forma, as imperfeições são identificadas e retificadas pelos próprios usuários, momento em que traz muito mais confiança ao processo eleitoral.

4 UMA NOVA PROPOSTA PARA FORNECER MAIS SEGURANÇA AO SISTEMA ELEITORAL

Com o objetivo de conferir credibilidade ao sistema eleitoral, foi lançada uma proposta por especialistas em urnas eletrônicas, a qual consiste em os votos serem impressos, dado que, a impressão já contribuiria para o fortalecimento da democracia, o escopo é possibilitar a conferência por parte do eleitor, não somente do voto impresso como também daquele registrado na urna eletrônica.

Diante da incessante necessidade de impedir eventuais ataques nos sistemas de votação e conseqüentemente preservação do modelo democrático, compreende-se importante o exercício de dois registros, visando dificultar de forma eficiente e simples que possíveis delitos sejam cometidos, já que, atualmente o mercado possui tecnologias avançadas e o sistema de votação não é totalmente seguro devido a fazer uso de tecnologias um pouco ultrapassadas.

O voto auditável por impressão corresponde em depositar um registro em papel, depois da impressão por um meio criado para auxiliar a urna eletrônica, e esse depósito será feito ao lado da mesma. A ideia de acrescentar mais esse procedimento causou certa crítica por parte de algumas autoridades, as quais alegaram não ter necessidade de outro meio, pois a urna é capaz de realizar internamente o registro do arquivo de forma individualizada em sua memória.

Em tese, as possíveis fraudes nas urnas poderiam ser percebidas pela verificação dos registros, porém, todos os registros na máquina são armazenados no mesmo local, isto é, se por acaso alguma invasão for praticada é possível fazer a alteração dos votos, por dentro desse mesmo caminho fica totalmente fácil deletar os registros das fraudes.

Dessa forma, é certamente um ponto extremamente positivo para oferecer mais segurança ao sistema eleitoral eletrônico, a adição do voto impresso, o qual passaria a ser depositado simultaneamente ao voto registrado na urna eletrônica, servindo de complemento, tendo em vista que, a partir procedimento descrito acima os armazenamentos serão feitos em lugares diferentes.

Entretanto, mesmo com as críticas das autoridades em relação à adição do voto impresso ser depositado em local destinado próximo da urna, sustentam os mais

variados motivos para não ser adotado. O legislativo supriu a lacuna visando proteger o voto, deixando o sistema eleitoral mais transparente quando abre a possibilidade da auditabilidade logo após o exercício do voto, esse procedimento é de cunho administrativo e obrigatoriamente devem ser dada publicidade.

Consoante o art. 37, da Constituição:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade** e eficiência. (art. 37. Constituição Federal de 1988, grifo nosso)

Compreendemos que o Processo Eleitoral está marcado por fases, conforme detalhado no início desse estudo, e, o ato de contagem é, também, um ato administrativo de validade, logicamente, podendo a sua alterabilidade ensejar em nulidade geral, pois o que se deve ficar constatado não é somente o fato jurídico resultante, mas sim, que todo o procedimento ocorreu de maneira limpa e legítima, respeitando os princípios constitucionais.

Assegurar auditabilidade durante o processo eleitoral momento do exercício do voto, é facultar que em uma determinada situação tanto o cidadão como o partido político possam praticá-los sem precisar de um profissional especializado para tal finalidade, embora esse seja necessário.

O voto sendo praticado também de maneira impressa tem o poder de conferir tutela ao processo eleitoral o qual está precisando, garantindo assim, o princípio da publicidade, legalidade e moralidade dos atos administrativos.

Incrementar o voto impresso a urna é mais uma etapa de segurança, o sistema indiscutivelmente já funciona de maneira acertada, mas se fazem urgentes e necessárias algumas modificações cada vez mais próximas do modelo ideal.

O procedimento para a impressão do voto deve ser realizado de maneira automática pela própria urna. Não há que se falar, portanto, em retorno do voto em papel, pois o voto digital será materializado concomitantemente a conclusão da votação, dando segurança ao eleitor que o que está impresso é realmente aquilo visível na tela da urna eletrônica. Após a confirmação do voto, a impressão deverá ser inserida, sob pena de nulidade do voto, em uma urna física acoplada à urna eletrônica, contemplando ato totalmente transparente.

Diferentemente do que muitos imaginam o eleitor não vai manusear a impressão, apenas olhar e fazer a conferência do voto, que é uma cópia idêntica do voto eletrônico, essa cópia não faz menção às características dos eleitores, respeitando os mandamentos constitucionais de preservação do sigilo do voto.

Entretanto, para que essa adição fosse feita, precisou trilhar um caminho conflituoso diante do cenário pelo qual o país estava passando ultimamente. Essa discussão ressurgiu no ano de 2015, ocasionando diversos embates, como última solução o assunto foi parar no poder judiciário o qual decidiu que esse procedimento de voto impresso, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.889 ficaria suspenso até 2020, o dispositivo 59-A da Lei das Eleições Lei 9.504/1997 incluído mediante Minirreforma Eleitoral Lei 13.165/2015 que instituiu a necessidade de impressão do voto eletrônico.

Em relação aos benefícios que podem trazer o voto auditável individualmente, tanto em questão de confiabilidade, segurança e do ponto de vista jurídico, em máximo respeito aos princípios administrativos depois do exercício do escrutínio, haveria o devido respeito Republicano perante os cidadãos de uma nação.

Ademais, a evolução é algo intrínseco a natureza humana, de modo não diferente deve ser tratado também com tamanha importância os meios dos quais subsidiem as escolhas da população, pois, é no decorrer dos procedimentos eleitorais que serão traçados o destino desses, e, para isso é indispensável assegurar a confiança e segurança do Processo Eleitoral.

CONCLUSÃO

A defesa da transparência eleitoral deve ser uma das principais premissas de todos os cidadãos e partidos políticos que anseiam por um pleito baseado na legalidade, lisura, segurança e transparência, em virtude de o voto ser à base de uma verdadeira Democracia.

Impedir que os atos administrativos de grande importância para uma nação não sejam postos a público é uma das ações mais perigosas para o Estado Democrático de Direito, atitudes capazes de levar um país inteiro a viver sob regimes totalitários que suprimem os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Limitar-se meramente ao Boletim de Urna - BU que é impresso no final de cada votação não é, de forma alguma, dizer que o voto atual é auditável plenamente, pois as informações trazidas em tal documento só mostram o resultado final registrado em cada equipamento, não podendo se extrair dela cada ação individualizada.

A tecnologia da informação nos dá resultados promissores, contudo, é necessário que a ordem jurídica deva prevalecer mediante seu uso, à luz da lei deve ser norteadora quando se trata da ferramenta de organização e contagem de votos, mas não o contrário consoante o atual entendimento da Suprema Corte.

A Democracia e a Cidadania devem ser preservadas mediante a vontade popular, para tanto, é por intermédio do voto que essa vontade será manifestada. A auditabilidade transferirá para todo o Processo Eleitoral toda a segurança essencial, cabendo a cada cidadão ter a certeza de que nenhum *software* alterará sua escolha.

Para endossar tal confiabilidade, é primordial que o próprio eleitor saiba de fato que seu voto está sendo materializado conforme sua vontade, ocorrendo no momento da conferência da cédula e posteriormente realizar sua confirmação, pois a publicidade dos atos públicos é *erga omnes*.

Não se trata, portanto, da quebra de sigilo do voto, uma vez que, nada referente ao eleitor será exposto, mas sim, sua contagem pública, porque a urna esconde todo processo até o final da votação não facultando ao cidadão a possibilidade de acompanhar a materialização da sua vontade individual.

Cabe ressaltar que, tal medida amparará não só o vencedor do pleito eleitoral, mas também, àqueles que ensejarem suas dúvidas quanto a total lisura do ato administrativo sem qualquer tipo de abuso.

REFERÊNCIAS

Barroso, L. S. **Princípio da soberania popular e superação da obrigatoriedade do voto**. 2011. 143 f. Dissertação (mestrado em ciência jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Manaus/AM, 2011.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Eleitoral** – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Conheça as fases do processo eleitoral. **suíte de gerenciamento político**, 2 de agosto de 2018. Disponível em: <https://gerenciamentopolitico.com.br/2018/08/02conheca-as-fases-do-processo-eleitoral/>. Acesso em: 25 mar. 2021. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 01/mar/2021.

Gaspar, Fernando Neisser. **Crimes eleitorais e controle da propaganda eleitoral: necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política**. 2014. 253f. Dissertação (mestre no programa de pós-graduação) -Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. 2014.

Magri, Humberto Luís. **A Importância da adição do voto impresso à urna eletrônica como incremento de segurança procedimental e jurídica**. 2018. 24 f. artigo apresentado ao curso em Direito da Unicesumar- Centro Universitário de Maringá, Maringá. 2018.

O processo eleitoral como instrumento para a democracia no Brasil-Âmbito jurídico. 1 de maio de 2017. Disponível em: ><https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/o-processo-eleitoral-como-instrumento-para-a-democracia-no-brasil/>>. Acesso em: 16/abr/2021.

Quais são as fases do processo eleitoral. **Neritpolítica**, 07 agosto de 2019. Disponível em: <https://neritpolitica.com.br/blog/quais-sao-as-principais-fases-do-processo-eleitoral>. Acesso em: 25/mar/2021.

RAIS, Diogo. **Direito Eleitoral**. Coleção Concursos Públicos: Nível Médio e Superior. São Paulo, Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013. pag, 135.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013. pag. 139

Temas do direito eleitoral no século XXI / André de Carvalho Ramos (coordenador); Alice Kannan... [et al.]. -Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

Você sabia? A urna eletrônica não fica ligada a nenhum dispositivo da internet Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Fevereiro/voce-sabia-a-urna-eletronica-nao-fica-ligada-a-nenhum-dispositivo-da-internet>>. Acesso em: 27/abr/2021.

Andrade, Elaine Defreryn. Inovações no Direito Eleitoral. Orientadora: Joel Saueressig. 2019. 41 f. TCC (Graduação) – Direito, Centro Universitário UNIFACVEST, Lages, 2019.

ZÍLIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

Ferrão et al./ Revista Brasileira de Computação Aplicada (2019), v.11, n.2, pp.1-12.

ORÇAMENTO IMPOSITIVO E O CONTROLE DOS GASTOS PÚBLICOS

MEIRIVALDO ALENCAR MIRANDA:
bacharelado em Direito pela
Faculdade Serra do Carmo – FASEC.
Formado em ciências Contábeis –
UNITINS. Servidor público do Tribunal
de Contas do Estado de Tocantins – TO.

EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR

(orientador)

RESUMO: O presente estudo, elaborado por intermédio de pesquisa bibliográfica, possui a seguinte temática: Orçamento impositivo e o controle de gastos públicos. Seu objetivo geral consiste em analisar as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 105, de 12 de dezembro de 2019, enfocando os aspectos que circundam a concepção de orçamento impositivo e controle estratégico de despesas. O "**orçamento impositivo**" se relacionada à concepção de que **Orçamento**-Geral da União definida pelos parlamentares não pode ser alterado pelo Poder Executivo. Tal instituto foi inserido na Constituição Federal por força da Emenda Constitucional nº 105, de 12 de dezembro de 2019. Atualmente, o procedimento orçamentário está explicitado na Carta Magna de 1988, a qual prevê o sistema orçamentário constituído pela publicação de um plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e, também, orçamento anual, atos associados com o escopo de criar um procedimento de planejamento orçamentário.

Palavras-chave: Orçamento. Impositivo. Gastos Públicos.

ABSTRACT: The present study, prepared by means of bibliographic research, has the following theme: imposing budget and the control of public spending. Its general objective is to analyze the changes brought about by Constitutional Amendment No. 105, of December 12, 2019, focusing on the aspects surrounding an conception of imposing budget and strategic expenditure control. The "mandatory budget" is related to the idea that the General Budget of the Union defined by parliamentarians cannot be changed by the Executive Branch. Such an institute was inserted in the Federal Constitution by virtue of Constitutional Amendment No. 105, of December 12, 2019. Currently, the budgetary procedure is explained in the 1988 Constitution, which provides for the budgetary system constituted by the publication of a plan multiannual, budget guidelines and also annual budget, acts associated with the scope of creating a budget planning procedure.

Keywords: Budget. Impository. Public spending.

1 INTRODUÇÃO

O orçamento é uma metodologia de planejamento contínua e dinâmica de que o Estado se utiliza para evidenciar seu plano e programas de trabalho, para um certo período. Sua função principal é controlar os recursos financeiros com que a população terá que contribuir, para manter o funcionamento dos serviços públicos exclusivos ao atendimento das demandas econômicas e sociais da sociedade.

Nesse contexto, o "**orçamento impositivo**" se relaciona à concepção de que **Orçamento**-Geral da União definida pelos parlamentares não pode ser alterado pelo Poder Executivo. Em outras palavras, se a previsão estiver no orçamento, o governo deverá executar a despesa. É possibilitada, assim, a transferência de recursos federais a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária anua

Tal instituto foi inserido na Constituição Federal por força da Emenda Constitucional nº 105, de 12 de dezembro de 2019. A partir de então, as emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios por meio de transferência especial ou transferência com finalidade definida.

Ressalta-se que o orçamento, além de ser uma ferramenta de transparência ao demonstrar o conjunto das ações que o poder público deseja realizar em virtude da população, é além disso um extraordinário meio em que a sociedade pode e deve se valer para fiscalizar e avaliar a ação dos seus líderes políticos, confirmando assim que o orçamento não envolve apenas os aspectos monetários, mas também contábeis e jurídicos em sua essência.

O orçamento público teve sua previsão inicial por meio da Constituição Federal de 1934. No entanto, o primeiro orçamento, formalmente estabelecido, foi aprovado na década de 1930, adsorvendo despesas e apreçando receitas das antigas comarcas para o exercício que deveria acontecer a partir do ano seguinte. Por intermédio da Constituição de 1946, a lei orçamentária voltou a ser feita pelo Poder Executivo que o conduzia para os debates e, posterior aprovação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Tempos depois, mais de duas décadas, a Constituição de 1967 conservou todos os pressupostos da Constituição de 1946. Neste mesmo período foi editado o Decreto nº 200/67, que alterou profundamente a forma de atuação da gestão das coisas

públicas, instituindo princípios mais fundamentais quanto à forma de planejar, orçar e controlar a Administração Pública. (PIRES, 2011)

De acordo com o artigo 165, §1º da Carta Cidadã, o Plano Plurianual - PPA consiste em mecanismo de planejamento estratégico que abrange as diretrizes e intercâmbios que arrolam o presente ao porvir. Ele procura explicitar, dispor, classificar, quantificar e orçar as ações da Administração Pública a ponto de preencher os objetivos e metas implantados para um período de quatro anos, em todas as esferas.

Por sua vez, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, seguindo a previsão do artigo 165, §2º da Constituição, constitui as metas e prioridades da Administração Pública, incluindo os gastos de capital para o desempenho financeiro do ano seguinte, orienta as bases de preparação da lei orçamentária anual, dispõe quanto as modificações no que tange aos tributos, sobre o balanceamento entre receitas e contas, sobre critérios e maneiras de limitar empenhos nos termos e nas previsões estabelecidas em lei, sobre normas pertinentes ao controle de gastos e dos resultados dos programas sustentados pelos orçamentos.

De acordo com o artigo 165, §5º da Constituição, a Lei Orçamentária Anual - LOA deverá abarcar o orçamento pertinente a todas os órgãos sustentados pela Administração Pública.. Para tanto, deve dispor apenas do que estiver prognosticado para a receita e ligado para a despesa, admitida a autorização para a incidência de créditos adicionais, seguindo os ditames legais e constitucionais. A LOA deve ser sempre compatível com o PPA e com a LDO.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado é pessoa jurídica de direito público, gozando de soberania territorial, formada pelos elementos: território, povo e governo soberano. Os elementos mencionados são indissociáveis e imprescindíveis para a nação de um Estado independente (CASTRO, 2014).

Destarte, o Estado tem personificação jurídica, nos termos dos artigos 40 a 41 do Código Civil. Em face da organização política do território, surge à noção de Estado Unitário e de Estado Federativo (complexo ou composto). Não é necessário pormenorizar está matéria constitucional de Estado, dado o risco de desviar do objeto de estudo, assim, serão prestadas as informações elementares relevantes a aprendizagem (CAHALI, 2018).

A Constituição Federal de 1988 adotou como forma de estado o federado, incorporado por distintos centros de poder político. Dessa forma, existem as

autoridades públicas centrais (União), regionais (estados) e autoridades políticas locais (municípios), mais adiante, há o Distrito Federal, que, em virtude de proibição constitucional quanto a sua divisão em municípios, acumula os poderes regionais e locais (Artigo 32, § 1º da CF).

Valendo comentar que pela forma de estado em vigência no Brasil, não existe subordinação entre os estes. Existindo sim uma coordenação articulada onde cada ente tem uma obrigação na sociedade, seja ela exclusiva ou concorrente, e para tanto, gozam de liberdade financeira, política, e administrativa, logo, por inferência lógica pode-se dizer que cada ente conta com sua autonomia, respeitando sua competência, seja ela união, estado, município ou Distrito Federal (MEIRELES, 2019).

A definição de Administração Pública, de acordo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 50) pode ser:

a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ele designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa. b) em sentido objetivo, material ou funcional, ele designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe predominantemente, ao Poder Executivo.

A Administração pública em termos formais, subjetivo ou orgânico compreende o conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes que o ordenamento pátrio a reconhece como administração pública, sendo indiferente a atividade que exerçam, sob viés funcional, ela pode ter como principal característica, uma estrutura visando adoção de providências de ordens diversas, tendo como escopo principal à realização dos direitos fundamentais (NASCIMENTO, 218).

A Administração Pública é composta exclusivamente: a) pelos órgãos integrantes da administração direta (órgãos vinculados a uma pessoa jurídica que exerce atribuições administrativas); b) pelas entidades compreendidas como administração indireta.

Sendo entidades da administração indireta: Autarquias; Fundações Públicas; Empresas públicas; Sociedade de economia mista.

As autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza puramente administrativa, criadas por lei específica, para a concretização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as designou. As autarquias podem cumprir atividades educacionais, previdenciárias e quaisquer outras concedidas pela entidade estatal-matriz, mas sem condicionamento hierárquico, sujeitas exclusivamente ao controle finalístico de sua administração e do comportamento de seus administradores. Fundações Públicas são combinadas por um patrimônio personalizado, separado pelo instituidor para atingir um desígnio específico. As Empresas Públicas são deliberadas como pessoas jurídicas de direito privado, designadas para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas, fundadas por um capital unicamente público e sob qualquer modalidade empresarial (MEIRELLES, 2019).

Sociedades de Economia Mista são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por meio de permissão legislativa, com maioria do capital social público e organizadas forçosamente como sociedades anônimas. Como exemplos se destacam as seguintes empresas mistas: Petrobrás, Banco do Brasil, Telebrás, Eletrobrás e Furnas (MELLO, 2011).

A administração direta é representada pelos órgãos que compõe as pessoas políticas do Estado (União, estado, Distrito Federal e municípios), que receberam qualificações para o exercício, de forma centralizada, de atividades administrativas.

A administração direta é aquela da união, estados, do Distrito Federal e dos municípios. Aqui, os órgãos não possuem personalidade jurídica própria, patrimônio, nem autonomia administrativa. Por sua vez, a Administração indireta é representada pelo conjunto de pessoas jurídicas desprevenida de autonomia política, ligadas a administração direta. Neste lugar, o Estado transfere a sua titularidade ou execução das funções para que outras pessoas jurídicas, ligadas a ele, para que estas possam satisfazer as demandas (SOUZA, 2012).

Existem também as entidades paraestatais das quais se destacam os Serviços Sociais Autônomos (Sistema "S"). São exemplos de unidades vinculadas ao Sistema "S" o SESI, o SENAI, o SENAC, o SESC, o SEBRAE, dentre tantos outros. Tais instituições são consideradas pessoas de Direito Privado, que não possuem fins econômicos, criadas por lei para desenvolver ações assistenciais ou voltadas para o ensino a certas categorias profissionais, e são sustentadas por intermédio de recursos públicos, geralmente arrecadados por intermédio de contribuições parafiscais. A maior individualidade de tais entidades reside no fato de que são criadas pela Administração

Pública, mas, conforme se verá mais na frente, não integram a o Estado, nem em sua administração direta ou indireta (MELLO,2011).

3 DO CONTROLE DOS GASTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes da emancipação de normas atinentes ao controle de gastos pela Administração Pública, não havia cuidado com as contas públicas de tal modo que o monarca poderia fazer da coisa pública aquilo que lhe aprouvesse.

Mesmo para os padrões da época, a teoria da irresponsabilidade explanava grande tirania, conforme destaca Yussef Said Cahali:

Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do Direito: se o Estado se constitui para que a tutela do Direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade quando sua atuação falha e seus representantes causam danos aos particulares (CAHALI, 2018, p. 19).

Conforme explanado, a teoria de irresponsabilidade restava como injusta para com a sociedade, que se via 'amordaçada' pelos desmandos do Rei. As finanças públicas, desse modo, também eram feitas de forma totalmente afrontosa aos ditames da prestação de contas e dos cuidados para com a coisa pública. Não havia órgãos que fiscalizassem as ações do Rei, visto o mesmo ser confundido com a própria personificação de Deus (MELLO,2011).

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Esta teoria começou logo a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações. (DI PIETRO, 2019, p. 619).

Logo, diante os diversos posicionamentos e movimentos contra a aludida teoria, ela foi superada com o passar do tempo. A finalidade do controle ocorre em estrita submissão aos princípios extrínsecos e intrínsecos da Carta Magna, que possibilitam o

controle das ações do Estado e dos gestores públicos no âmbito de suas funções (DI PIETRO, 2019).

O controle da Administração Pública pode ser definido como: “[...] a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta de outro.” (MEIRELLES, 2019, p. 610).

Segundo Di Pietro (2010, p.478), o controle na Administração Pública consiste em no: “[...] poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico”.

O imperativo de controle externo do Poder Público surgiu junto com a permissão legislativa para arrecadar tributos, seguida pelo controle do modo como a Administração Pública deve realizar os gastos públicos. De certo, esse mecanismo de controle financeiro consentiu que os órgãos que simbolizam a soberania popular, nos sistemas democráticos, perpetrassem um controle ativo da administração financeira (MOREIRA, 2019).

Antes, o controle tinha por função a manutenção do domínio dos súditos pelo monarca. Hoje, a cultura ocidental implementou a noção de que o poder estatal de controle está subordinado à defesa dos direitos, deixando de lado a ultrapassada concepção noção de domínio do rei.

A clássica doutrina da divisão de poderes, idealizada pelo filósofo Montesquieu, faz a seguinte divisão entre os poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A Constituição de 1988 seguiu essa divisão em seu artigo 2º, ao estabelecer que estes são indivisíveis e harmônicos entre si, consistindo em Poderes. Ainda, de acordo com o mencionado autor, o princípio da divisão dos poderes é ativo e irá evoluir em sincronia com o próprio desenvolvimento do regime democrático. O jurista alerta, ainda, para o fato de que a doutrina ainda tem muito que evoluir, inclusive na análise dos órgãos que desempenham o controle externo. (MOREIRA, 2019)

Analisando a efetivação da democracia até a modernidade, é possível verificar uma evolução no sentido de terem sido efetivadas garantias e processos inerentes à prevenção e controle de algumas práticas lesivas, ilegais ou em desacordo a princípios éticos por parte de entidades ou poderes do Poder Público, em incremento à antiga delimitação dos poderes entre estes. (GARCIA, 2019). Esse é o Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito, conforme Moreira Neto (2011, p. 88) consiste em:

Uma organização política talhada para este novo século que, mais do que qualquer das anteriores, estará apta a realizar, de modo institucional e permanente, pelo exercício da democracia, formal e material, a integração das diferenças e a construção da paz.

A despeito de não existir, na democracia, um método que obrigue o governo eleito a cumprir suas propostas políticas e 'promessas', mesmo assim os representantes se sentirão forçados a atender às necessidades da sociedade, cada um ao seu modo, de tal modo que, caso assim não o façam, poderão sentir que não serão novamente eleitos (PEREIRA JÚNIOR, 2018).

Na divisão das atribuições entre os poderes constituídos, ao Legislativo compete a elaboração das leis. Com efeito, a maioria dos países democráticos arrola o controle externo do Estado como atribuição do Poder Legislativo.

Desse modo, estabelecer o controle externo desempenhado pelo Poder Legislativo é condizente com o próprio Estado Democrático de Direito, visto que, com a sua concretização, completa-se o postulado de inserção da população na coisa pública, por intermédio de seus representantes (SILVA, 2019).

Assim, os parlamentares, por meio da votação do orçamento, e pela legislação de normas que regulamentam a utilização dos recursos públicos, podem regular os gastos perpetrados pela Administração Pública (PEREIRA JÚNIOR, 2018).

Evidentemente, o Legislativo não é o único que controla os gastos públicos. Todos os poderes, de alguma forma e nos limites de suas atribuições, exercem o controle de suas atividades entre si, onde é aplicada a famosa teoria freios e contrapesos, um dos institutos mais importantes da democracia. (SILVA, 2019).

Outra questão a ser verificada é que o Poder Legislativo possui o amparo de órgãos especiais com 'conhecimento técnico' para a efetivação do controle de gastos desempenhado pela Administração, são as afamadas Entidades de Fiscalização Superior. (SILVA, 2019)

Elas são importantes instituições do sistema de controle dos gastos públicos. A Administração Pública tem uma enorme amplitude e particularização, inclusive com a própria intervenção do Estado na economia por meio de sua 'mão invisível'. Essa situação exige a existência de um controle externo nas atividades financeiras do poder público, para que cumpra com o seu fim social (PEREIRA JÚNIOR, 2018). Para tanto, é forçoso verificar a oportunidade da ação do Estado, conforme estabelecido pelo Estado

Democrático e Social de Direito. Desse modo, pode-se afirmar que a função do controle consiste na garantia de postulados estabelecidos na Constituição Federal e outras leis.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é instrumento complementar à Carta de 1988, cujo prazo de apresentação ao Congresso, de cento e oitenta dias, foi determinado pela Emenda Constitucional nº 19, a que introduziu a Reforma Administrativa.

Cabe à lei complementar:

Dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual. Em suma, a Lei Fiscal disciplina o manejo das contas públicas, visando objetivos macroeconômicos (nível geral de preços, dos juros, emprego etc.), sendo, pois, um instrumento de política fiscal. Além disso, o governo da União entregou à consulta pública proposta de emenda constitucional e de lei complementar que disciplinarão, ambas, o controle interno e externo do erário. Todos esses instrumentos devem harmonizara-se num direito financeiro que, até então, carecia de conteúdos normalizadores.

Além do mais, a LRF regula outro mandamento constitucional, o art. 169, caput, conquanto estabeleça os limites de gastos com pessoal no organismo público, por nível de governo e por Poder. O Presidente da República vetou a possibilidade de se negociar, na lei de diretrizes orçamentárias, outra repartição de percentuais entre os Poderes de um mesmo ente político (SOUZA, 2012).

Sob a ótica macroeconômica, a Lei de Responsabilidade Fiscal é parte de uma estratégia ambiciosa, o Programa de Estabilidade Fiscal, lançado em outubro de 1998, cujos objetivos privilegiam o combate ao déficit e a redução da dívida pública. Tal esforço tem um fim maior: a manutenção do poder de compra da moeda nacional. Também integram esse Programa de Estabilização, as Reformas Tributária, Previdenciária e Administrativa, essas duas em fase de regulamentação (MOREIRA NETO, 2019).

A despeito de não emitirem moeda e de sofrerem forte restrição para lançar títulos no mercado, Estados e Municípios respondem por 40% das necessidades de financiamento do setor público, o que equivale a 2,64% do PIB. Já o desequilíbrio fiscal de pequenos e médios municípios não influencia os agregados macroeconômicos, mas compromete a continuidade e eficiência dos serviços públicos,

tendo em mira que tal desajuste é, de fato, financiado por fornecedores, titulares de precatórios e servidores que não recebem seus pagamentos e salários.

4 ORÇAMENTO PÚBLICO E A APLICABILIDADE DO ORÇAMENTO IMPOSITIVO

Segundo a história da evolução doutrinária do Orçamento, este se divide em duas etapas: Orçamento Tradicional e Orçamento Moderno. Dessa maneira, o Orçamento Tradicional era um instrumento utilizado pelo Estado para demonstrar as previsões de receitas e autorizações de despesas, classificando-as apenas por objeto de gasto, sem se preocupar com as necessidades reais da administração e da população. Seu principal objetivo era possibilitar aos órgãos do Legislativo um controle político sobre os gastos públicos, mantendo o equilíbrio financeiro entre as receitas e as despesas, evitando a expansão da despesa pública efetivada pela e para a unidade de administração. Esse orçamento se preocupava basicamente com as questões tributárias, relativas ao financiamento de gastos, deixando de lado os aspectos econômicos e sociais, considerando a despesa pública apenas como meio necessário para alcançar os fins pretendidos. Existiam duas classificações clássicas para possibilitar o controle das despesas, sendo:

Por unidade administrativa – Responsável pela execução dos projetos e atividades que lhe são consignadas no orçamento; Por objeto ou item de despesa – Classificação que apresenta a despesa de forma mais analítica, permitindo o controle dos gastos, especialmente o de custos dos serviços e das ações. Ex. (vencimentos e vantagens fixas, material de consumo, serviços de terceiros de qualquer forma etc.). Por sua vez, o orçamento moderno, teve início no século XIX, quando o Estado começou a se preocupar com a economia, incrementando no orçamento programas direcionados ao desenvolvimento econômico.

Os pensadores responsáveis pela reforma orçamentária moderna acreditavam que o orçamento era um instrumento de administração que auxiliaria o Executivo nas fases do processo orçamentário que seriam: elaboração, aprovação, execução e controle.

Com essa evolução o orçamento passou a ser peça fundamental na economia. De tal modo que não há como conceber a administração dos recursos públicos sem a existência das diretrizes inerentes à atividade orçamentária.. O governo passou a utilizar os recursos públicos objetivando maior produção com menor custo, uma vez que ele tem a função de atender as necessidades econômicas e sociais da população, aumentando a renda nacional e distribuindo-a para assegurar um nível de vida digno à população.

A Constituição de 1988 ao vincular o PPA – Plano Plurianual, LDO – Lei de Diretrizes Orçamentária, e a LOA – Lei Orçamentária Anual, que compõem o modelo orçamentário por ela instituído, deu grande ênfase ao planejamento da atividade governamental além de torná-lo um imperativo legal. Essa integração é fundamental para o êxito da ação governamental, visando assegurar tanto que possível, que os resultados pretendidos sejam efetivamente alcançados. Sendo estes conhecidos nos três diplomas legais acima referidos.

A elaboração da Proposta Orçamentária processa-se em passos determinados, desde a proposição orçamentária inicial, proveniente de cada Unidade Gestora, até a aprovação do orçamento, com o respectivo crédito nas unidades Orçamentárias de cada Entidade Pública.

Para isso, cada Unidade Gestora faz sua proposta orçamentária e de acordo com o diagnóstico de suas necessidades as encaminha ao respectivo órgão setorial de planejamento (Ministério ou Secretaria), que por sua vez consolida as propostas dos Poderes do ente federativo e de acordo com as prioridades definidas as encaminha ao Legislativo.

Nesta proposta segundo o art. 5º da LRF, devem estar incluídos o projeto de lei orçamentária anual elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar. Depois de aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo chefe do Poder Executivo ela é transformada em Lei Orçamentária Anual. O Executivo divulga o Quadro de Detalhamento da Despesa (QDD), autorizando o Ministério ou Secretaria responsável a proceder a liberação dos créditos às Unidades Orçamentárias vinculadas e estas, às Unidades Administrativas respectivas.

A liberação do Orçamento quando aprovada é feita para todos os órgãos contemplados na Lei Orçamentária Anual (LOA), seja da Administração Direta ou Indireta, Autarquias, Fundações, Empresas Públicas ou Sociedade de Economia Mista, estas duas últimas, se forem empresas dependentes, como consta nos termos no art. 2º, inciso III da Lei de Responsabilidade Fiscal:

empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. É bem verdade que o processo orçamentário ou ciclo orçamentário tem como leis concretas

Nesse enfoque, o PPA é o principal instrumento de planejamento de médio e longo prazo, conforme já mencionamos, devendo estabelecer de forma regionalizada as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública. O PPA tem um sistema de planejamento que é a base referencial na administração, atuando como guia e parâmetro para elaboração das leis de diretrizes orçamentárias das prioridades anuais ao longo de quatro anos. Ele, na verdade, deve estar composto antes do período eleitoral.

LDO – serve como instrumento de ligação entre o plano plurianual e os orçamentos anuais. A LDO deve identificar, entre os objetivos e as metas constantes do PPA, as prioridades que deverão integrar a lei orçamentária de cada exercício.

Assim diz o art. 165, § 2º da CF:

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)

Em síntese, foram duas as premissas que levaram os constituintes a inserir na Carta Magna a figura da LDO: Ampliar espaço do Congresso Nacional no processo de elaboração e discussão dos orçamentos e, Servir de elo de ligação entre os planos de longo prazo, no caso do PPA, e os de curto prazo, os orçamentos anuais. A LDO deverá conter, em princípio:

- I - as metas e prioridades da administração pública;
- II - as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente;
- III - orientações para elaboração da Lei Orçamentária Anual;
- IV - normas sobre alterações na legislação tributária (prazos e outros);
- V- orientação sobre a política de aplicação das agências de fomento;

VI - definição dos limites totais de despesas para os demais Poderes e o Ministério Público;

VII - autorização para aumento de despesa com pessoal e/ou contratação de serviços, a qualquer título, na administração pública.

Segundo o art. 4º da LRF, também fará parte de seu conteúdo que:

A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto do art. 165, da Constituição e: -disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas; b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivado nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do parágrafo 1º do art.31; e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos; f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas.

A LRF trouxe importantes inovações no aspecto orçamentário, fixando limite para despesa com pessoal e ainda determinando que fossem criadas metas para controlar receitas e despesas.. Além disso, nenhum governante pode criar uma nova despesa continuada (por mais de dois anos) sem indicar sua fonte de receita ou sem reduzir outras despesas já existem. É definido na Lei o limite com percentual das receitas para os três poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nesse enfoque, cite-se a Emenda Constitucional nº 105, de 19 de dezembro de 2019. A aludida alteração constitucional, acrescenta o art. 166-A à Constituição Federal, para autorizar a transferência de recursos federais a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária anual.

Conforme o artigo 166-A da Constituição Federal, as emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios por meio de transferência especial; ou transferência com finalidade definida. No parágrafo 1º do citado, artigo, determina-se que os recursos transferidos na forma do caput deste artigo não integrarão a receita do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios para fins de repartição e para o cálculo dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo, respeitando os limites preceituados pelo § 16 do art. 166, e de endividamento do ente federado, não sendo possível a aplicação dos recursos no pagamento de: despesas com pessoal e encargos sociais

relativas a ativos e inativos, e com pensionistas; e encargos referentes ao serviço da dívida pública.

Nesse contexto, Débora Coelho Costa defende uma melhor regulamentação da alteração, considerando o exposto abaixo pela autora:

Tais mudanças que desobrigam formalidades facilitam a possível malversação e desvio destas verbas públicas pelos entes beneficiados. Diminuem o controle e a vigilância sobre a execução e aplicação destes valores, da forma como se fazia antes da EC N.º 105/2019. Inclusive, retirou da competência federal a fiscalização de tais valores, que já detinha de sistemas, plataformas de acesso e fiscalização, de ferramentas e meios de controle disponíveis para acompanhamento do uso de tais recursos, repassando, agora, tal responsabilidade para as Cortes de Contas e órgãos de controle Estaduais e municipais. Estes, por sua vez, para darem conta desta nova atribuição **precisam, rapidamente, adaptar-se, e regulamentar as suas formas de controle e atuação sobre tais recursos, a fim de que se tornem aptos à fiscalização, sem prejuízos para sociedade (COSTA, 2020, p. 4).**

Isto nos permite ver com evidência que o orçamento anual não pode ser feito de forma isolada, mas como parte de um processo maior, que envolve o planejamento, conforme detalhamento anterior. LOA - Deve guardar na sua elaboração e aprovação, compatibilidade com o PPA e a LDO, para isso, contará com um demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com a LRF, e deverá conter:

- I - Demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos, com objetivos e metas constantes da LDO;
- II - Demonstrativo de Impacto Orçamentário-Financeiro referente às renúncias de receita e às despesas obrigatórias de caráter continuado;
- III - Reserva de Contingência definida com base na receita corrente líquida que será utilizada no pagamento dos passivos contingentes;
- IV - Despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual e as receitas que as atenderão.

O processo do Ciclo Orçamentário é dividido em três partes, quais sejam:

- a) **Elaboração** – Começa com o planejamento da Proposta Orçamentária pelo Poder Executivo, iniciado no ano anterior ao de sua execução para o exercício financeiro seguinte, tendo a participação de todos os setores da administração pública, onde serão definidos aos níveis setoriais e central, as necessidades e prioridades da administração para aquele ano.
- b) **Aprovação** – Período da discussão e votação do projeto de lei orçamentária pelo Poder Legislativo, podendo este propor emendas ao projeto apresentado.
- c) **Execução** – Fase em que as ações planejadas pelo Governo são executadas durante o ano financeiro.

A lei 4320/64, em seus arts. 40 e 46, dispõe sobre os créditos adicionais que compreendem alterações ao orçamento no momento de sua execução, considerando como créditos adicionais, as autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas no Orçamento Público, o que permite uma flexibilidade no orçamento.

d) **Controle** – Última fase do Ciclo Orçamentário, o controle e a avaliação, são etapas que permeiam o ano financeiro, desde o início do planejamento até o encerramento do exercício. Esse controle pode ser interno, externo e social.

Ainda sobre estes créditos, destacamos sua classificação principal:

Suplementares – São os destinados a reforço de dotação orçamentária já existente, geralmente ao nível de grupos de despesas; Especiais – Os destinados a despesas com programas ou categoria de programas (projeto, atividades ou operações especiais); Extraordinários – Os destinados a atender despesas urgentes e imprevistas em casos de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Além disso, o art. 8º da LRF, sobre a execução orçamentária, estabelece que até 30 dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4, o Poder Executivo, estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

O Controle Interno segundo Osvaldo Sanches trata do:

Conjunto de recursos, métodos e processos adotados pela administração com vistas a assegurar que os recursos públicos

sejam utilizados de acordo com as leis, políticas públicas e normas regulamentares; tais recursos sejam protegidos do desperdício, desvio ou malversação e os dados relevantes da execução da receita e da despesa pública sejam registrado e tornados públicos, através de relatórios inteligíveis. (SANCHES, 2017, p.48)

Neste caso, não há determinações de sanções ao gestor. O Controle Externo, por sua vez, é a modalidade de controle exercida pelos órgãos legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas. De acordo com o art. 70 da Constituição Federal, o controle externo compreende a fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Este controle é feito através de análise de contas, auditorias e inspeções. Pode-se aplicar sanções ao gestor e deve ser submetido ao julgamento político do Legislativo. Sobre o Controle Social pode se dizer, enfim, que é controle do cidadão sobre os gastos públicos, derivados do próprio direito natural. Define-se que a sociedade tem o direito de pedir contas a todos os agentes públicos de sua administração. Não obstante, o tema transparência fiscal, só ganhou importância com a LRF, nos arts. 48 (já citado) e 49, como podemos verificar:

As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Dando sequência o art. 1º. § 1º da LRF, preceitua:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a “limites” e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social, e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de créditos, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição de restos a pagar.

A LRF institucionalizou o orçamento participativo, no parágrafo único do art. 48 que dispõe que a transparência será assegurada mediante incentivo à presença da sociedade e a feitura de audiências públicas, durante os procedimentos atinentes à elaboração e de debate do PPA, da LDO e da LOA.

5 CONCLUSÃO

Com o exposto no presente estudo, pode-se concluir que as práticas responsáveis e respeitadas para com os órgãos públicos não consistem em fazer, apenas, o bem ao outro, mas em abonar a prática da cidadania e da probidade dentro do Poder Público. Sendo assim, trabalhar corretamente, poderá ter as seguintes conotações no âmbito dos serviços públicos prestados: o Estado coloca seus servidores a serviço da sociedade, respeitando as normas atinentes às despesas públicas.

Ainda, no presente estudo apresentadas explicações teóricas acerca das modalidades de despesas públicas com enfoque na Lei de Responsabilidade Fiscal. Verificou-se, ainda, que o controle interno foi desenvolvido para prevenir a ocorrência de erros e irregularidades ou a minimizar as suas consequências. Além de garantir o desempenho pleno da Gestão. A exemplo disto, cita-se a sugestão do Controle Interno no que tange à estruturação de um setor de compras junto àquela municipalidade, garantindo presteza e legalidade aos atos processuais inerentes das despesas.

Diante do exposto, destaca-se, que o controle da Administração Pública, notadamente pelo Controle Interno, é primordial para a lisura dos gastos públicos e a efetivação de princípios norteadores da gestão pública, tais como o da probidade e da eficiência dos gastos públicos. Destaca-se, por fim, que o setor financeiro do município sob estudo vem desenvolvendo seu papel com excelência, pois o erro encontrado não afeta a lisura do processo e nem acrescenta prejuízo ao erário público.

Diante desse contexto, a responsabilidade dos gestores públicos não pode ficar restrita à vontade de fazer, à boa intenção e às promessas. Esse novo modelo administrativo exige que as ações dos administradores sejam traduzidas em programas e políticas sociais sólidas, capazes de permitir um ambiente confortável para toda a coletividade. Com a nova Lei, aparecerá o administrador nato, uma vez que cada representante público será responsável em auferir recursos para suprir as despesas do seu município, bem como para pagar as obras que pretende realizar durante o seu mandato, sem deixar compromissos pendentes para o seu sucessor. Além de todos esses compromissos, deverá ainda prestar contas para toda a sociedade dos resultados auferidos na administração do dinheiro público.

Ante o exposto, quando se verifica as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 105/2019, pode-se entender que existe certa necessidade de regulamentação dessa recente alteração constitucional. Isso porque os valores repassados pela União diretamente aos demais entes poderá, em virtude de uma fiscalização não tão efetiva, incidir em mal emprego de recursos públicos.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2018.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e (Coord.) **Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

COSTA, Débora Coelho. **Análise crítica sobre a nova Emenda Constitucional n. 105/2019**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6085, 28 fev. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79664>. Acesso em: 18 maio 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2019.

GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. **Análise dos Impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a Despesa de Pessoal e a Receita Tributária nos Municípios Brasileiros: Um Estudo com Modelo Probit Aplicado a Dados em Painel**. Brasília: Tesouro Nacional, 2012.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo**, 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOREIRA, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo Nascimento; DEBUS, Ilvo **Lei complementar nº 101/2000: entendendo a lei de responsabilidade fiscal.** Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2018.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. **Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública.** 8 ed. São Paulo: Renovar, 2018.

SILVA, Daiane Rodrigues; BONACIN, Carlos Alberto Grespan. **A Influência da Lei De Responsabilidade Fiscal na Gestão das Contas Públicas Segundo A Percepção De Um Contador.** Sociedade, Contabilidade e Gestão, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, jul/dez 2010.

SILVA, Elisa Maria Nunes da. **Contratação direta na administração pública. Âmbito Jurídico.**, v. XIV, n. 84. Porto Alegre, jan., 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8877>. Acesso em 10 de maio de 2021.

SOUZA, Edimaré Soares. **Lei de Responsabilidade Fiscal.** Primeira Edição. Vila Velha/ES. ESAB.2012 .

A MANIFESTAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SUAS

KAISE RODRIGUES CURCINO:
Graduanda do curso de direito da
Centro Universitário Católica do
Tocantins.

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA⁷

JANAY GARCIA⁸

(orientadoras)

RESUMO: Assédio moral no ambiente de trabalho é qualquer conduta abusiva, que pode ser realizada por meio de gestos, palavras, comportamentos e atitudes que atente contra a dignidade ou integridade psíquica, física de forma repetida e sistematizada, provinda de uma pessoa que ameace o emprego de outrem, assim degradando o clima de trabalho, portanto para ser configurado é preciso de uma ação, conduta que venha abalar tanto o lado físico como psicológico do trabalhador. Apesar de ser um assunto bastante difundido pelas mídias, tribunais, artigos e outros, surpreende o fato de apesar da divulgação acerca do tema ainda possa existir tantos casos de assédio, a violência moral no trabalho pode ocorrer das mais variadas formas e em diversas categorias. O grande desafio é como combater tal prática que tem crescido principalmente nos locais de trabalho, a participação das entidades sindicais, do Ministério Público do Trabalho é de suma importância, no propósito de manter o ambiente tranquilo e saudável, para que assim seja sempre preservado o princípio da dignidade humana.

PALAVRAS CHAVES: Assédio moral no trabalho; Combate e Prevenção; Princípios Constitucionais.

⁷Doutora e Mestre em Educação (UFBA). Professora da UniCatólica. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins-Brasil.

⁸Graduação em DIREITO pela Universidade Luterana do Brasil (2006). Pós-graduação em Ciência Políticas pela Universidade Federal do Tocantins (2007). Pós-graduada em Direito Previdenciário pelo Instituto Nacional de Ensino e Superior e Pesquisa (2014). Mestre em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB (2017). Atualmente é advogada, vice-presidente da ordem dos advogados do Brasil no Tocantins, e professora titular das Disciplinas de Prática de Estágio Cível, Processo do Trabalho, Prática de Estágio Trabalhista e Processo Civil. Tem experiência na área de Direito Previdenciário, Trabalho e Civil.

ABSTRACT: Moral harassment in the workplace and any abusive conduct, which can be performed through gestures, words, behavior or attitudes that act against the dignity or psychological or physical integrity in a repeated or systematic way, coming from a person who threatens the employment of others, thus degrading the work climate, so to be defined it is necessary to take action, conduct that will affect both the physical and psychological side of the worker. Despite being a subject widespread in the media, courts, articles and others, it is surprising that despite the disclosure on the topic there may still be so many cases of harassment, moral violence at work can occur in the most varied ways and in different categories. The great challenge is how to combat such a practice that has grown mainly in the workplace, the participation of union entities, the Public Prosecutor's Office is of paramount importance, in order to maintain a peaceful and healthy environment, so that the principle is always preserved. Of human dignity.

KEYWORD: Bullying at work; Combat and prevention; Constitutional Principles.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Assédio moral nas relações trabalhistas; 2. Prevenção e combate ao assédio moral através dos princípios constitucionais; 3. Atuação do Ministério Público do Trabalho na proteção dos trabalhadores; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo estudar, analisar os principais temas do assédio moral no ambiente de trabalho, fomentar as pesquisas sobre tal assunto, para que todos tenham ciência do problema que vem afetando a sociedade, buscando assim formas de prevenção a essa violência, com base nesse propósito demonstrar as ferramentas jurídicas de defesa que a vítima possa se valer em situações de assédio moral.

Diante a essa ideia o trabalho vem esclarecer as consequências jurídicas que o assediador enfrenta, caso seja denunciado, são várias as legislações aplicáveis, bem como os meios de reparação que a vítima poderá se valer. O propósito do estudo se concentra na produção do conhecimento e sua sistematização sobre o fenômeno do assédio moral nas relações de trabalho. Assim o leitor conseguirá identificar e como agir se por ventura vier a ser vítima dessa violência.

Assim se faz necessário difundir o assunto cada vez mais, refutar a importância de falarmos sobre assédio moral, pode ocasionar em um desdobramento desse quadro, complicando ainda mais a vida do trabalhador seja na empresa seja fora dela.

O empregador deve estar sempre atento para o que acontece em sua empresa, pois é responsável pelos atos praticados por seus prepostos.

Observa-se que o fenômeno de assédio moral é um assunto polêmico que vem ocorrendo de diversas formas, não há um remédio milagroso para que possa erradicar de vez essa violência moral, no entanto o primeiro passo para a sua diminuição é aceitar a existência do problema na sociedade. Portanto a discussão do tema é uma forma de esclarecer questões e debater as soluções.

1 Assédio Moral nas Relações Trabalhistas

O assédio moral caracteriza-se como um problema social organizacional e que tem gerado grandes preocupações, sendo causador de graves implicações na vida da vítima, a pessoa que sofre com o assédio moral é hostilizada, inferiorizada e isolada de um grupo, podendo em seu trabalho ser afastada, demitida, ocasionando em outros casos mais graves ainda como depressão e o suicídio.

Hirigoyen (2005) e Peli e Teixeira (2006), apontam que o assédio moral no trabalho pode ser vertical que é aquele praticado por um superior, e horizontal praticado por colegas de trabalho. A “gestão do medo” que algumas empresas aderem, onde incitam o empregado a bater metas abusivas através do medo de serem humilhadas, acarreta em uma competição no meio em que trabalham, transformando os empregados em verdadeiros inimigos, propiciando ao surgimento do assédio moral horizontal que acontece entre os colegas devido a esse tencionamento.

Como dito anteriormente a violência moral pode ocorrer de diversas formas no trabalho, seja ele presencial ou em forma de teletrabalho. Um exemplo de assédio moral vertical por parte do empregador, é quando ele constrange o empregado a cumprir uma jornada integral, estando seu contrato de trabalho suspenso ou a jornada reduzida com redução de salário, através de humilhações se o empregado recusar prestar serviços além do que foi combinado, conduta que agrava-se ainda mais caso feito em público com finalidade de que os outros empregados tomem como exemplo, sob pena de demissão.

Como aponta a autora Hirigoyen (1999), o assédio moral no trabalho se caracteriza por agressões frias, abusivas e perigosas, são diversos ataques preconceituosos, que passam muitas vezes despercebidos, capaz de abalar o psicológico da vítima e até mesmo danificar o clima no seu ambiente de trabalho.

Stoco (2011) define o assédio por meio de sua sistematização, pois é diferente de um simples ato ofensivo que acarrete em dano moral, é composto por diversas

práticas de importunação, repetidamente de modo que enfraqueça a autoestima da vítima, causando uma desestabilização moral a ponto de interferir na sua atividade laboral.

Como esclarece Hirigoyen (2005), a violência que acontece no âmbito do trabalho tornou-se objeto de pesquisa somente nas últimas décadas do século XX, embora a sua ocorrência seja tão antiga quanto o próprio trabalho. Por isso observamos a fundamental importância de realização de debates de conscientização e políticas que venham a prevenir e combater a ocorrência desse fenômeno que tem gerado consequências negativas.

2 Prevenção e Combate ao Assédio Moral Através dos Princípios Constitucionais

A constituição federal contém normas responsáveis pela estruturação da Federação, bem como os princípios constitucionais, que são uns dos pontos mais importantes do sistema legislativo. O direito é constantemente influenciado por preceitos constitucionais uma vez que a dignidade da pessoa humana corresponde a maior expiração da sua existência, é basilar no nosso ordenamento jurídico e quando falamos sobre assédio moral, estamos falando de uma violação direta a esse princípio.

Os princípios ligados diretamente a relação de trabalho são: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, o princípio da irrenunciabilidade, princípio da continuidade, princípio da razoabilidade e princípio da boa fé, também se aplicam aos casos de assédio moral a fim de proteger o trabalhador de condutas abusivas como essas têm como função driblar certas circunstâncias que exponham o obreiro a situações constrangedoras e humilhantes. De acordo como artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

Verifica-se então que o assédio moral simboliza uma afronta direta aos princípios constitucionais, Garcia (2015) pautando-se no que diz a Constituição Federal de 1988, expõe que o assédio moral é uma ofensa aos princípios da dignidade humana e o da valorização social do trabalho, o objetivo fundamental da promoção do bem de

todos sem preconceito de origem, raça, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para Stoco (2011, p. 1951) "A teoria do assédio moral encontra supedâneo na dignidade humana, princípio este de extração constitucional."

O princípio da proteção do trabalhador é um princípio do direito do trabalho, mas que tem origem constitucional, e que também serve como base legal para a repressão do assédio moral, busca equiparar o empregado ao empregador nas relações processuais, diminuindo a disparidade entre ambos, já que muitas vezes o acrescento se encontra em posição de hipossuficiente, além disso, o princípio tem a finalidade de assegurar a dignidade do empregado em relação ao seu superior, justamente para que não venha ser inferiorizado por este.

Carmen Camino doutrina que:

[...] no Direito do Trabalho a preocupação central é a de proteger uma das partes na busca de igualdade substancial. Essa preocupação expressa-se no princípio da proteção do trabalhador. (CAMINO, 1999, p.56).

Os princípios servem ainda para nortear as medidas que devem ser tomadas em face do assediador e do assediado. Diversas normas do direito trabalhista, se orientam com base na principiologia, pois são a base fundamental e filosófica de todo o ordenamento jurídico. Por todo exposto observamos o grande papel dos princípios nas decisões e resoluções judiciais. Como observa Reale:

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc. (REALE, 2002, p. 286).

3 Atuação do Ministério Público do Trabalho na Proteção dos trabalhadores

O combate ao assédio moral no meio de trabalho pode ser feito pela gestão de recursos humanos e além das leis deve haver um combate muito mais amplo, se faz necessária a participação do Ministério Público do Trabalho entrando com ações civis públicas pleiteando dano moral, a participação das entidades também é de suma importância, o trabalhador nessa atmosfera negativa do ambiente de trabalho deve procurar a entidade fazendo o relato para que o ente coletivo possa tomar as providências cabíveis.

Os empregados que se sentirem vítimas de assédio moral devem denunciar o seu agressor, para tanto pode utilizar-se dos canais de departamentos de recursos humanos, ou ouvidoria da empresa caso assim se sinta confortável para fazer a denuncia internamente, poderão também apresentá-la a entidade sindical que representa a sua categoria profissional e ainda a hipótese da denuncia através do poder judiciário com a propositura de uma reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho atua com um papel de defensor dos direitos e garantias de cada trabalhador, na busca de proteger seus interesses com uma maior paridade. O surgimento desse Ministério representou uma evolução do sistema trabalhista, isto porque nasceu da necessidade de controlar as relações de trabalho, e se tornou capaz de cercear os diversos tipos de abusos nessa área. Assim Leite explica que:

Desse modo, as questões atinentes à legitimação ministerial para defender interesses individuais homogêneos trabalhistas encontram-se indissolúvelmente ligadas à temática da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, isto é, a questões que decorrem da principiologia que fundamenta o próprio Estado democrático de direito brasileiro, cuja guarda foi confiada ao Ministério Público, como um todo, e ao Ministério Público do Trabalho, em particular, pois este, no exercício específico da sua função promocional, tem a missão institucional e permanente de zelar pela defesa ordem jurídica trabalhista e dos direitos ou interesses sociais e individuais indisponíveis dos trabalhadores (LEITE, 2001 p.76).

O Ministério Público do Trabalho foi criado em 1923, mas passou a atuar efetivamente após ter sido integrado ao Ministério Público da União em 1951, dentre as suas funções como garantidor dos direitos trabalhistas está a de mediador, onde atua nas relações entre empregados e empregadores para garantir a ordem nos litígios,

efetuando melhores acordos as ambas partes no processo, ressalta-se ainda sua importante atuação no combate a prática do assédio moral.

A atuação do Ministério Público do Trabalho tem sido acentuada no combate do assédio moral no ambiente de trabalho. Com a adoção de procedimentos judiciais e extrajudiciais (como a celebração do termo de ajustamento de conduta) o MPT tem atuado para a solução do assédio moral no meio ambiente de trabalho (SILVA NETO, 2005, p. 34).

O trabalhador geralmente procura os profissionais de Direito, advogados ou o Ministério Público do Trabalho quando se desfaz o vínculo trabalhista ou quando chega ao seu limite diante das humilhações. É importante lembrar que o trabalhador ao entrar com a reclamação trabalhista contra a empresa, assume o empregador a responsabilidade caso tenha sido notificado de prática de assédio moral e nada tenha feito para coibir, mesmo que em caso de assédio moral horizontal, visto que deve preservar o ambiente de trabalho para que mantenha uma relação bem fluida entre todos.

Enquanto agente fomentador da ordem pública, a atuação do Ministério Público do Trabalho, ratifica a necessidade de seu exercício na coibição de qualquer prática abusiva no ambiente de trabalho. Por se constituir como um difusor das garantias trabalhistas e verificador da igualdade, paridade entre as classes, com o propósito de reprimir qualquer ato abusivo no ambiente laboral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como enfoque analisar o direito do trabalho nas relações de emprego visando as garantias da Constituição Federal como forma de prevenção ao assédio moral, verificando a atuação do Ministério Público do Trabalho diante das políticas sindicais e empresariais.

Como exposto para ser configurado o assédio moral é necessário uma ação, conduta que venha abalar tanto o lado físico como psicológico do trabalhador, e isso na verdade é algo subjetivo pois o que é ofensivo para algumas pessoas, pode não ser ofensivo para outras, logo deve ser observada a individualidade de cada ser humano, visto que o assédio moral tem um conceito plenamente amplo, que pode ser considerado entre vários fatores da vida .

Uma das características do contrato de trabalho é a subordinação o funcionário que submete ao contrato de trabalho é subordinado tecnicamente ao

empregador, em que os empregadores, na gestão da empresa têm o poder de conduzir a técnica e manter os bons resultados, porém não há nessa subordinação uma forma ilimitada do tratamento que deve ser sempre respeitoso ético e humano, logo toda conduta que causa dano físico ou psíquico acarreta uma consequência tanto para a vítima quanto ao ambiente como degradação da personalidade da pessoa e do ambiente de trabalho.

São amplas as possibilidades de danos na esfera moral e material, sem um rol específico definido por lei, exemplos como a discriminação racial, orientação sexual, metas agressivas, constrangimento em público entre outros que podem ocorrer no ambiente de trabalho. O meio de trabalho virtual também está propenso para a instalação do assédio moral, seja por cobrança excessiva e a imposição de metas fora de um padrão aceitável de forma individual ou coletiva, ou ainda casos que o empregador faça controle da jornada de trabalho utilizando sistemas de rastreamento, invadindo a privacidade do trabalhador.

Geralmente o agressor pratica a sua ação nefasta de uma forma velada, para que o seu intento não seja descoberto, tal conduta vai ocorrendo de forma gradativa, fazendo com que a pessoa atingida no seu íntimo comece a duvidar das suas próprias capacidades profissionais, acarretando em alguns transtornos como ansiedade, podendo ocasionar em um quadro de depressão, doenças dermatológicas e vários outros problemas.

Portanto observa-se que o grande desafio perante o assédio moral no trabalho é combater o capitalismo selvagem que algumas empresas adotam visando o lucro que conseguem constrangendo o trabalhador. Esquecendo-se totalmente que um ambiente saudável é bem mais produtivo, e até mais lucrativo, onde o colaborador atua com maior desempenho a sua função.

REFERÊNCIAS

BABINI, José. **El Saber**. Buenos Aires: Galatea Nueva Vision, 1957.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988, Capítulo I- Dos Direitos, Art. 5. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 out. 2020.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GATTI, B.; ANDRÉ, M. A relevância dos métodos de pesquisa qualitativa em Educação no Brasil. In: WELLER, W.; PFAFF, N. (Org.). **Metodologias da pesquisa qualitativa em educação: teoria e prática**. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 29-38.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de direito do trabalho. **Forense**, Rio de Janeiro, n.7, 2015.

GIL, Antônio Carlos **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

HIRIGOYEN, Marie-France. **El acoso moral. El Maltrato Psicológico em la vida cotidiana**. Barcelona: Paidós, 1999.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Trad. Rejane Janowitz. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ação Civil Pública: Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual. **RevistaLTr**. São Paulo, 2001.

LUDORF, Silvia Maria Agatti. **Metodologia da Pesquisa: Do Projeto ao Trabalho de Conclusão de Curso**. Curitiba: Appris Editora e Livraria, 2017.

MAZZON, José A. **Análise do programa de alimentação do trabalhador sob o conceito de marketing social**. 1981. Tese (Doutorado), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

PELI, P.; TEIXEIRA, P. **Assédio moral: uma responsabilidade corporativa**. São Paulo: Ícone, 2006.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de, **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Assédio moral e atuação do Ministério Público do Trabalho. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/683>. Acesso em: 28 out. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

SMITH, H.W. **Strategies of social research**. New Jersey: Prentice-Hall, 1975.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. **Revista dos Tribunais**, 8 ed. São Paulo, 2011.

ASSÉDIO MORAL NO TELETRABALHO À LUZ DOS DIREITOS TRABALHISTAS

ALBERTO JOSÉ DE AMORIM FRANCO JÚNIOR:
bacharelado do Curso de Direito do Centro
Universitário Católica do Tocantins. Psicólogo,
Mestre em Psicologia da Saúde – UMESP

ERIC JOSÉ MIGANI⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo irá realizar uma abordagem do assédio moral na perspectiva do teletrabalho, conferindo atualidade ao tema em decorrência da dos avanços tecnológicos que de modo abrupto foram inseridos no contexto social em decorrência da pandemia do COVID 19. Assim, o objetivo do trabalho consiste em compreender a ocorrência do assédio moral no ambiente do teletrabalho e a respectiva responsabilidade do empregador em reparar eventuais danos. Metodologicamente, trata-se de pesquisa de revisão bibliográfica consistirá na seleção de textos relativos a área. No estudo se verificou que o assédio moral poderá ser classificado como dano moral, outros o colocam como discriminação. Parece mais prudente dizer que o assédio moral tem a natureza jurídica de atos discriminatórios, que merecem sua devida reparação por danos morais quando praticados. O estudo se justifica ante a necessidade de se demonstrar a gravidade social do assédio moral e os seus efeitos na perspectiva psicológica do empregado. Isso porque o assédio moral poderá acarretar nefastas consequências para a saúde e bem-estar social do trabalhador. No âmbito processual, mesmo que seja difícil provar em juízo o assédio moral, é necessário que a vítima busque alternativas para provar o assédio sofrido, de modo que faça jus a reparação de danos proporcionada pelo instituto da responsabilização civil por danos morais. Quanto ao *quantum* indenizatório, não há como fazer uma quantificação por simples cálculo matemático. Necessário se faz verificar as condições das partes, bem como os níveis sociais de ambos, a intensidade da culpa, entre outros aspectos.

Palavras-Chave: Assédio Moral. Teletrabalho. Reparação de Dano. Nexo Causal.

ABSTRACT: This article will address moral harassment from the perspective of teleworking, bringing the topic up to date as a result of technological advances that were abruptly inserted into the social context as a result of the COVID 19 pandemic.

⁹ Mestrado Acadêmico em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo – FADISP.
Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins.

Thus, the objective of the work is to understand the occurrence of moral harassment in the telework environment and the respective responsibility of the employer to repair any damages. Methodologically, this is a bibliographic review research that will consist in the selection of texts related. In the study it was found that moral harassment can be classified as moral damage, others put it as discrimination. It seems more prudent to say that moral harassment has the legal nature of discriminatory acts, which deserve their due reparation for moral damages when practiced. The study is justified by the need to demonstrate the social severity of bullying and its effects on the employee's psychological perspective. This is because moral harassment may have harmful consequences for the health and social well-being of the worker. In the procedural sphere, even if it is difficult to prove moral harassment in judges, it is necessary that the victim seek alternatives to prove the harassment suffered, so that it is entitled to reinforce the damages provided by the civil liability institute for moral damages. As for the compensatory quantum, there is no way to make a quantification by simple mathematical calculation. It is necessary to verify the conditions of the parties, as well as the social levels of both, the intensity of the guilt, among other aspects.

Keywords: Moral Harassment. Teleworking. Damage Repair. Causal Nexus.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda o assédio moral no ambiente de trabalho com ênfase no teletrabalho. Com isso, objetiva trazer à tona os aspectos que circundam esse grave problema com foco em tal modalidade. O assédio de uma forma geral, consiste em comportamento indesejado por parte do agressor com o intuito de ferir a dignidade de outra pessoa no ambiente laboral.

O estudo se justifica ante a necessidade de se demonstrar a gravidade social do assédio moral. Isso porque o assédio moral poderá acarretar nefastas consequências para a saúde e bem-estar social do trabalhador, tais como o seu relacionamento com a família, depressão, sofrimento, autoestima, entre outros.

Conforme consignado, o indivíduo vai perdendo as forças psíquicas de tal forma que, com o tempo, pouco ou nada faz para reverter a situação de assédio sofrido. As drogas lícitas ou ilícitas acabam sendo o recurso de muitos que são utilizados para amenizar o sofrimento das vítimas de assédio moral. Quanto à empresa, ela poderá sofrer sérias consequências, visto que poderá prejudicar a cultura organizacional, a motivação e autoestima de seu corpo laboral, o alcance dos objetivos, entre outros.

Assim, a empresa poderá ter fortes impactos econômicos, em função dos gastos com àqueles que não correspondem com a produtividade. Ora o assediador perde tempo com suas políticas de assédio.

O assediado, por sua vez, tem a sua produtividade diminuída em razão dos danos sofridos. Para a sociedade também há prejuízos, vistos que, com o pagamento da previdência para o afastado por motivos psíquicos decorrentes do assédio moral deriva dos cofres públicos. O assédio moral, desse modo, prejudica não só ao empregado, mas a todo um contexto social no qual se veja inserido.

Não existe legislação específica na qual conceitue o assédio moral, contudo com o passar dos anos, inspirado pela constituição e legislação comum os balizamentos da responsabilização civil foram incorporados para a seara trabalhista. O exposto vai ao encontro do que estabelece a Carta Magna. Assim, conforme o Artigo 5º, em seu inciso XXXV "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito". A princípio, pode-se dizer que a empresa possui responsabilidade pelas ações ou omissões de seus subordinados. Nada impede que o agente assediador possa ser submetido a punições. No entanto, o ônus da prova recai sobre o assediado, que deverá comprovar a lesão moral sofrido.

2 ASSÉDIO MORAL

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Diante do exposto, surge a necessidade de se conceituar assédio moral poder compreender exatamente o que significa. Necessário antecipar que o assédio moral pode acarretar violência psíquica, moral e física, podendo resultar, em determinadas situações, o desligamento do local de trabalho por parte do assediador.

Segundo Alkimin (2017, p 38):

O assédio moral, também conhecido como terrorismo psicológico ou psicoterror, é uma forma de violência psíquica praticada no local de trabalho, e que consiste na prática de atos, gestos, palavras e comportamentos vexatórios, humilhantes, degradantes e constrangedores, de forma sistemática e prolongada, cuja prática assediante pode ter como sujeito ativo o empregado ou superior hierárquico (assédio vertical) um colega de trabalho (assédio horizontal), ou subordinado (assédio ascendente), com clara intenção discriminatória e perseguidora, visando eliminar a vítima da organização do trabalho.

O assédio moral poderá ser classificado como dano moral, outros o colocam como discriminação. Parece mais prudente dizer que o assédio moral tem a natureza jurídica de atos discriminatórios, que merecem sua devida reparação por danos morais quando praticados

A natureza jurídica do assédio moral muda entre os vários ramos do direito, no âmbito trabalhista para Marcelo Rodrigues Prata: "O assédio moral é encarado como falta grave, capaz de justificar a perda da estabilidade no emprego e ser considerado justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, tanto por parte do empregador como por parte do empregado". (PRATA, 2016, p. 58)

No ramo do direito penal, o assédio moral configura-se ilícito contra a liberdade pessoal através do constrangimento ilegal ou ameaça que está fundamentado no Código Penal Brasileiro, nos Artigos 146 e 22. Na esfera cível o assédio moral é considerado um ato ilícito, e é fundamentado no Código Civil Brasileiro, nos Artigos 186 e 187 (RODRIGUES, 2016).

No da Administração Pública Federal, o assédio moral é visto como uma quebra dos deveres em relação ao servidor público, com fundamentação legal na Lei n. 8.112/90. Proteger o empregado em sua moral é decorrência da valorização da dignidade do ser humano (Constituição Federal Art. 1º, III) e não se limita às proibições de discriminar, segundo Amauri mascaro nascimento, o constrangimento é a base da sua configuração.

2.2 TIPOS DE ASSÉDIO MORAL

Cada autor tem a sua visão metodológica para classificar o assédio moral, a autora Márcia Novaes Guedes (2018), classifica-o em três formas: Assédio Moral Vertical, Assédio Moral Horizontal e o Assédio Moral Ascendente, já a estudiosa Maria Aparecida Alkimin, classifica em três espécies: Vertical descendente, Horizontal Simples ou Coletivo e Vertical ascendente.

Vertical quando feito por superior hierárquico (diretor, assessor, chefe, gerente, supervisor etc.), ou por subordinados (assédio moral descendente e ascendente, respectivamente); horizontal, quando feito por colegas de trabalho, entre outros.

O assédio moral vertical descendente é o tipo de assédio moral mais habitual, geralmente ocorre de cima para baixo, ou seja, quando os subordinados são agredidos pelos chefes ou por algum funcionário que ocupa cargo superior em relação à vítima (SILVA, 2015).

Quando o assédio moral parte de um superior hierárquico, as consequências para a vítima são maiores, no que diz respeito à saúde, sem saber como se livrar daquele problema e se sentindo humilhada vai se afastando aos poucos na tentativa de amenizar a sua dor e sentimento de impotência (BARRETO, 2015).

O agressor submete o seu subordinado a procedimentos abusivos visando atingi-lo em decorrência de uma relação jurídica trabalhista, sendo ela celetista ou estatutária, é comum em empresas e instituições com regulamentos rígidos (policiais civis, militares, corpo de bombeiros etc.) e onde se tem metas e prazos rigorosos (bancários, comerciários etc.) a serem desempenhados.

Hirigoyen (2017, p. 21) divide o assédio vertical descendente em três subgrupos:

O assédio perverso, estratégico e institucional. O primeiro se dá quando o assediador persegue o empregado com o simples objetivo de eliminá-lo, valorizando egoisticamente seu poder. O assédio estratégico busca o pedido de demissão por parte do empregado. Finalmente, o assédio institucional é o que utiliza o assédio como um instrumento de gestão.

Nesta divisão percebemos que o objetivo do agressor pode ter três objetivos para com a vítima: eliminá-la, demonstrando assim todo o seu poder, vaidade e perversidade, induzir o pedido de demissão por parte do funcionário, que diante tanta humilhação desiste por não encontrar uma solução, ou até mesmo utiliza do assédio como forma de gestão, envolvendo-se em um misto de crueldade e autoritarismo, para mostrar aos outros subordinados quem é o líder.

O assédio moral ascendente no ambiente de trabalho caracteriza-se pela agressão de um ou mais subordinados contra o superior hierárquico, nesta modalidade de assédio os danos causados à vítima são iguais aos causados pelo assédio moral vertical descendente, podemos citar situações em que um funcionário é designado para um cargo de chefia, quando seus novos subordinados esperavam que o cargo fosse concedido a outro colega, Se o agredido revidar pode ser acusado de não conseguir manter a liderança e vir a perder o a sua chefia (ARAÚJO, 2019).

O Projeto de Lei nº 6.625/09, ainda em tramite no Congresso Nacional, de autoria do Deputado Federal Aldo Rabelo prevê em seus dispositivos a ocorrência dessa modalidade de assédio moral. O Artigo 2º, inciso I considera como sendo "assediador aquele que pratica atos de assédio moral, seja como empregador ou preposto deste, ou qualquer funcionário que pratique assédio moral em relação ao colega de trabalho, ainda que superior hierárquico".

De acordo com Márcia Novaes Guedes (2018, p. 37):

A violência de baixo para cima geralmente ocorre quando um colega é promovido sem a consulta dos demais, ou quando a promoção implica um cargo de chefia cujas funções os subordinados supõem que o promovido não possui méritos para desempenhar tudo isso é extremamente agravado quando a comunicação interna inexistente entre superiores e subordinados.

Vale salientar que no serviço público, em que os funcionários, em sua maioria, gozam de estabilidade, esta modalidade se dá com maior frequência do que na iniciativa privada. O assédio moral horizontal caracteriza-se como sendo aquele os próprios colegas de trabalho, portanto quando não há nenhum grau de subordinação entre eles. Gerado por competitividade, preconceito ou até mesmo inveja, um indivíduo ou um grupo ataca o assediado com o intuito de receber uma promoção, destacar-se com a chefia, por homofobia, intransigência étnica ou religiosa.

Esse sistema de pagamento, ressaltado acima, consiste em uma forma de assédio moral. Isso porque estimula a vigilância entre colegas, ensejando em discriminação de alguns em virtude de não alcançarem as metas coletivas.

De acordo com Marie- France Hirigoyen: “Eles também precisam se auto proteger, pois reconhecer que a vítima não é culpada pelo que lhe está acontecendo é reconhecer também que um outro alvo pode ser escolhido de forma aleatória”. (HIRIGOYEN, 2017, p. 240)

Percebe-se que o assédio moral misto é praticado, ao mesmo tempo, por pessoas que ocupam níveis hierárquicos diferentes em relação à vítima, por colegas de serviço e por superior hierárquico.

Frisa-se, ainda, que além das denominações misto e coletivo, alguns autores denominam esta espécie de assédio moral como horizontal por aderência, que engloba dois tipos de assédio moral no ambiente de trabalho, o assédio moral vertical descendente e o assédio moral vertical ascendente, que é quando a vítima é agredida pelos colegas e pelo empregador ou superior hierárquico. Percebendo que um determinado colega de trabalho está sendo submetido a discriminação, passam a se prevenir contra ele, para evitar que sejam apontados como semelhantes e sofram o mesmo tipo de assédio.

3 ASSÉDIO MORAL NO TELETRABALHO E A RESPONSABILIDADE LABORAL

A OIT define o teletrabalho como a “forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação.”

Nesse sentido, o teletrabalho compreende uma nova forma de flexibilizar o emprego típico, que provocou uma mudança radical nas relações de trabalho. O teletrabalho, ao contrário do trabalho em domicílio clássico, maximiza o uso de tecnologia da informação sem a qual não seria viável a sua organização. Além disso, pressupõe um trabalho fora da empresa e também não prestado necessariamente na residência do trabalhador. No Brasil, por exemplo, o teletrabalho tem se constituído à maneira de trabalho precário, informal e de baixa remuneração (DELGADO, 2018).

O teletrabalho é uma atividade executada em forma de uma espécie de tele subordinação, ou seja, uma subordinação jurídica à distância. Por outro lado, o Direito do Trabalho brasileiro ainda não possui regulamentação do teletrabalho e a jurisprudência tende a tratá-lo como uma modalidade de trabalho autônomo (INÁCIO, 2015).

Ocorre que o teletrabalho constitui, efetivamente, uma nova e peculiar forma de atividade, cujas características evidenciam um modo especial de subordinação jurídica, com a inserção plena do trabalhador na atividade produtiva, presentes, ainda, o potencial controle e a direção do trabalho pelo empregador, os quais não ficam descaracterizados pela distância na execução do serviço (DELGADO, 2018).

Hodiernamente, a subcontratação pelo teletrabalho consiste no surgimento de várias empresas prestadoras de serviços. Isto é necessário para ocupar o nicho de mercado estabelecido pelas demandas de empresas públicas e privadas, desempenhando algumas atividades, mais precisamente nas chamadas áreas-meio.

Em virtude de suas particularidades, o assédio moral poderá não ser tão nítido no teletrabalho quanto o seria em um regime presencial de prestação de serviços. Mas não se pode olvidar de sua ocorrência, implicando inclusive em responsabilidade civil do empregador.

Os sujeitos do assédio moral são aqueles que têm conduta, ato ou comportamento degradante ou humilhante que cause danos psicológicos e na vítima, ferindo sua autoestima, dignidade. Os sujeitos envolvidos nesse assédio moral são eles: sujeito ativo (agressor ou assediador), e sujeito passivo (vítima ou assediado).

O sujeito ativo poderá ser o próprio empregador, um preposto, um superior hierárquico, um colega de serviço, ou até um subordinado. Margarida Barreto (2016, p. 50) ao se referir ao assediador como agressor destaca que:

Os agressores são Homens e Mulheres, mediadores das políticas e detentores de certa autoridade. Enquanto chefes devem saber comandar, retirando de cada um a maior produtividade possível. Pressionados por uma estrutura burocrática e hierarquizada, exercem o mando de forma autoritária, revelando-se pequenos déspotas, indiferentes ao sofrimento e dificuldades alheias. Usam e abusam de práticas autoritárias. Amedrontam, intimidam, ameaçam e humilham sem piedade. Se inseguros, escondem sua fraqueza, disseminando terror, fofocas e maledicências.

O assediador é aquele que de qualquer forma está em uma relação de hierarquia para com o assediado, porém também poderá partir de colegas de trabalho com o mesmo grau hierárquico como vimos anteriormente, sobre este tipo de assediador. De outro lado da conduta de assédio moral está o sujeito passivo, denominado também de vítima ou assediado. Em regra, é a pessoa do empregado subordinado ao seu empregador; todavia, também poderá ser sujeito passivo da conduta de assédio moral o próprio superior hierárquico quando o assédio provier por parte de um subordinado (SANTOS, 2017).

De qualquer forma a vítima do assédio moral é aquela pessoa que desperta um sentimento de incômodo para o assediador. Por questões mínimas, ou até mesmo sem motivo, o sujeito ativo do assédio cria uma perseguição atentatória aos direitos da personalidade da vítima. Nesta perseguição, a vítima tende a se auto culpar e, por isso, inicia a degradação da paz de seu espírito, inclusive, com a possibilidade de ocorrência de patologias psíquicas.

No âmbito do teletrabalho o que é mais comum é a jornada extenuante de trabalho, na medida em que o trabalhador, estando em casa, está, em tese, diuturnamente à disposição do seu empregador. Com isso, os seus horários não são respeitados de modo que o empregado fica em um regime de constante sobreaviso. Isso poderá inclusive trazer dano existencial.

Sabe-se que o dano moral está relacionado com os sentimentos da pessoa, isto é, à esfera particular. O dano existencial, por sua vez, está relacionado com as mudanças negativas que ocorrem na rotina da pessoa em razão de um ato ilícito. O dano existencial caracteriza-se, ainda, como uma lesão ao conjunto de relações que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana que acarreta numa limitação prejudicial alcançando tanto o âmbito pessoal como social (OLIVEIRA, 2012).

O dano existencial do teletrabalhador, classificado como uma nova espécie de dano moral foi desenvolvido originalmente pela jurisprudência italiana, e tem sido

acolhido nos tribunais brasileiros, principalmente na esfera trabalhista. Tribunal Superior do Trabalho reconhece o dano existencial no Direito do Trabalho, com o intuito de preservar a existência social do trabalhador. Com isso, está aumentando cada vez mais o número de decisões que condenam empregadores ao pagamento de indenizações por danos existenciais causados a trabalhadores (SANTOS, 2017).

Ademais, o dano existencial pode estar inserido na hipótese de assédio moral, o qual compromete a saúde do trabalhador e, segundo pesquisas, podem originar desde sintomas físicos e psíquicos.

O indivíduo, portanto, tem direito de viver sem que haja interferências negativas de outras pessoas, isto é, os projetos de vida do indivíduo não podem ser comprometidos em razão de atos ilícitos provenientes de terceiros.

No que diz respeito à jornada de trabalho, o dano existencial ocorre quando há excessos que submetem o trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo. Comumente no abuso de execução de muitas horas extras, o trabalhador deixa de cuidar da sua própria existência, abdicando de suas pretensões presentes e futuras em função do trabalho demasiadamente excessivo. No que se refere à jornada de trabalho, a Consolidação das leis do trabalho prevê:

Artigo 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

Artigo 59 – A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

No entanto, nem sempre esse limite de horas supracitado é obedecido. Na maioria dos casos, têm-se que as indenizações por danos existenciais são deferidas quando fica comprovado que o empregador exige frequentemente jornadas de trabalho excessivas, ou melhor, determina que o trabalhador preste um número de horas extras excedente ao limite legal que é estabelecido. Destarte, o trabalhador não tem tempo suficiente para um convívio social e familiar saudável. É evidente que o indivíduo que é submetido a trabalhar habitualmente mais de oito horas diárias tem sua existência restringida, pois o trabalhador abdica do lazer, da família, dos cuidados com a saúde, enfim, de tudo que condiz com sua vida particular e social para cumprir com o que é estabelecido pelo empregador.

Com a modernidade e o avanço das tecnologias, a sociedade capitalista tem se tornado perversa, fazendo do homem trabalhador como mera mercadoria utilizada pelo capitalista, visando apenas o lucro e não o bem-estar do empregado. Por mais que exista legislação em relação as jornadas de trabalho, muitos empregadores tentam burlar essas regras. Portanto é necessário colocar limites à jornada de trabalho, durante o tempo que o trabalhador trabalha ele é consumido pelo capital, ou seja, o capitalista compra o trabalho, e durante esse tempo ele procura aproveitar ao máximo a mercadoria que é o trabalhador.

O ser humano possui limite físico da força de trabalho e possui apenas vinte e quatro horas durante o dia, durante uma parte do dia, o trabalhador deve descansar, dormir, comer, satisfazer sua necessidade espirituais e sociais, além de trabalhar normalmente para o sustento seu e de sua família tem de encontrar tempo a mais para uma jornada de trabalho prolongada esbarrando fronteiras para satisfazer as necessidades do capitalismo.

No entanto, as vítimas em razão ausência de robustas provas e mesmo em razão de muitas vezes não saberem se o que sofrem consiste em assédio moral se veem sem possibilidades de acesso à justiça. É natural que a justiça não receba a provação, visto que pouco se sabe sobre assédio moral, ainda mais em um contexto de trabalho remoto, no qual o trabalhador pouco consegue perceber o assédio sofrido.

Com isso, entende-se que é preciso reconhecer o dano nos casos de assédio moral no âmbito do teletrabalho, apesar de ser mais difícil de ser identificado, bem como no que diz respeito ao excesso de jornada de trabalho. Esses abusos afrontam os direitos do trabalhador, como o direito à saúde, diante da necessidade de preservação da sua capacidade produtiva ao longo de sua vida, pois é do trabalho que provém a principal fonte, senão a única, do seu sustento pessoal e de sua família, além de fazer parte de sua dignidade de trabalhador e de pessoa humana.

4 DA DIFICULDADE DE REALIZAR A PROVA DA ALEGAÇÃO DO TRABALHADOR LESADO

Nota-se que a lesão na qual os trabalhadores assediados sofre é de difícil percepção e muitas vezes a rigidez probatória na qual deve ser produzida torna-se ainda mais difícil a reparação indenizatória decorrente do assédio. O ônus da prova recai sobre a parte que alega o dano sofrido. É o assediado quem deve provar o assédio sofrido. Caso contrário, os empregadores seriam refém de um emaranhado de ações sem nexos e robustez. Assim, na inicial a parte deverá demonstrar os fatos, o direito e a prova, de modo que o magistrado não tenha dificuldade em vislumbrar a ocorrência do assédio moral.

A prova produzida nos autos auxilia o magistrado no proferimento de sentença, Tendo em vista, que mesmo possuindo o livre convencimento, não poderá decidir baseado apenas em convicções. Igualmente, a produção de provas deverá seguir pré-estabelecidas, segundo as quais se incumbem às partes envolvidas em uma relação processual o ônus de provar os fatos alegados perante o magistrado. No entanto, considerando que o assédio moral ocorre normalmente de maneira velada, é de se perguntar como o assediado poderá provar em juízo o dano sofrido. Afinal, não basta postular, é necessário comprovar, por intermédio de provas contundentes, o assédio (PRATA, 2016).

Mesmo que a testemunha seja uma prova legalmente aceita, deverá ser analisada com cuidado. Ora, sabe-se que existem falsas testemunhas, as quais poderão induzir o magistrado ao engano. De igual modo, as impressões da testemunha poderão estar contaminadas por fatores subjetivos. Em razão disto, a prova testemunhal deverá ser valorada em conjunto com outros meios de prova, quando se fala em assédio moral (ALKIMIM, 2017).

Embora seja um tipo de prova arriscada, por conta da valoração subjetiva que cada testemunha poderá fazer do assédio moral, é a mais utilizada. O que ocorre amiúde é o fato da testemunha ser chamada para falar apenas aquilo que o magistrado que ouvir, esclarecendo conforme instruções de advogados. O magistrado deve estar preparado para evitar as testemunhas preparadas e treinadas para prestar esclarecimentos (GARCEZ NETO, 2018)

Diante o exposto, nota-se que é necessário ao assediado outros meios de prova, de modo que resta cristalina a incidência do assédio moral. Assim, outros meios de provas poderão ser utilizados, tais como documental, por intermédio do uso de documentos internos que comprovem o assédio ou gravações, entre outras provas virtuais. O agredido poderá filmar as ações do assediador e apresentar essa prova em juízo, por exemplo (PRATA, 2016).

Tão logo a vítima note que está sendo vítima de assédio moral, deve juntar documentos escritos pelo assediador, tais como *e-mails*, cartas, memorandos e bilhetes, entre outros que comprovem 'perseguição'. Igualmente, as gravações das ofensas do malfeitor diretamente à vítima também poderão ser utilizadas, conforme frisado anteriormente. O advogado possui a missão de assessorar o seu cliente no que tange ao uso das provas (ALVES, 2014).

Mesmo que seja difícil provar em juízo o assédio moral, é necessário que a vítima busque alternativas para provar o assédio sofrido, de modo que faça jus a

reparação de danos proporcionada pelo instituto da responsabilização civil por danos morais.

5 *QUANTUM DEBEATUR* DO ASSÉDIO MORAL NA CLT

Quanto ao valor estabelecido no dano moral (*quantum*), não há como fazer uma quantificação por simples cálculo matemático. Isso porque não existem critérios legais para estabelecer a indenização. Necessário se faz verificar as condições das partes (empregador e empregado), bem como os níveis sociais de ambos, a atividade desenvolvida pela empresa, a intensidade da culpa, entre outros aspectos.

Theodoro Junior ensina que:

Se de um lado se aplica uma punição àquele que causa dano moral a outrem, e é por isso que se tem de levar em conta a sua capacidade patrimonial para medir a extensão da pena civil imposta; de outro lado, tem-se de levar em conta a situação e o estado do ofendido, para medir a reparação em face de suas condições pessoais e sociais. (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 67)

Esse valor, independentemente do quantum, possui forte caráter punitivo, haja vista que o empregador deverá arcar com as consequências de sua negligência, imprudência, imperícia ou dolo. Por outro prisma, existe a concepção compensatória do dano moral, haja vista que o trabalhador receberá uma reparação do mal sofrido (BARROS, 2014).

Mirna Cianci explicita que:

A doutrina, à unanimidade, tem admitido que o conceito de dano moral se resume à definição de todo dano que atinja exclusivamente o patrimônio ideal da vítima. [...] Razoável o entendimento que afasta o caráter punitivo da reparação moral não só porque o seu pressuposto não diz respeito direto ao dano experimentado pela vítima e afasta a aplicação do consagrado princípio do restitutio in integrum que domina o tema da reparação do dano, como porque, como critério objetivo, deixa sem solução hipóteses abrangidas pelo dever indenizatório, como a responsabilidade por fato de outrem (objetiva) e a decorrente do risco da atividade, ambas divorciadas da ilicitude e, portanto, do conceito de culpa. [...]

Por esse motivo, a orientação jurisprudencial que considera que a indenização por dano moral deve guardar condições de compatibilidade com os fatos e a exequibilidade merece melhor análise, pois coloca devedor e credor em desigualdade subjetiva, decorrente da particular situação econômica, o que não ocorre no direito das obrigações em geral. (CIANCI, 2018, p. 6)

Assim, mesmo que não haja critérios previstos para a fixação do quantum, nada obsta de serem consideradas algumas questões, tais como intensidade da dor, angústias e condições financeiras do empregador. Observa-se que a intensidade da dor e sofrimento são primordiais para se estabelecer o *quantum*, mesmo não existindo critérios legais. Destaca-se que o dano moral deverá ser avocado sempre que houver danos materiais e/ou estéticos. O magistrado deverá verificar a existência do dano moral por intermédio do que for constado nos autos.

O dano moral pode até ser presumido, em algumas situações, conforme decisão da primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, *in verbis*:

ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. O laudo pericial atesta que [...] a atividade desenvolvida agravava o quadro doloroso da doença, estabelecendo-se assim o nexo de concausa. A omissão patronal, consistente na ausência de realização de exame médico admissional capaz de atestar a condição da saúde do trabalhador e de fiscalização quanto ao cumprimento das normas de segurança no trabalho; além da conduta comissiva caracterizada pela exigência de prestação de serviço diverso daquele que consta no contrato de trabalho, configuram-se como ato ilícito da empregadora. O dano moral, consistente na dor e sofrimento do trabalhador pode ser presumido (*danmum in re ipsa*). Presentes os requisitos autorizadores, há que se deferir a indenização por dano moral pleiteada. (TRT23. RO - 01766.2008.036.23.00-1. 1ª Turma. Relator DESEMBARGADOR TARCÍSIO VALENTE. Publicado em 28/04/10)

Conforme demonstrado, a omissão patronal poderá ensejar ou aumentar o dano sofrido pelo trabalhador. O dano moral presumido, no caso em tela, ocorreu em virtude da enfermidade sofrida pelo trabalhador. Com isso, pode-se dizer que

na incidência de dano físico, ou mesmo estético, o dano moral poderá ser presumido, haja vista a impossibilidade de sua comprovação em certos casos.

6 CONCLUSÃO

O assédio moral é uma nefasta consequência da permissão do empregador em lançar em seus quadros pessoas sem o perfil necessário para o trabalho em equipe, mesmo em situações nos quais os trabalhadores, em distância do empregador, estejam trabalhando, como no caso do teletrabalho. Na maioria dos casos, o assédio moral é perpetrado pelo chefe, o qual, muitas vezes, por arrogância e maldade infringe dor aos outros, por intermédio do comportamento ofensivo e desprovido de bom senso.

O conceito de meio ambiente laboral sadio faz parte de uma concepção mais abrangente, que consiste no trabalho digno e da valorização do trabalho, os quais devem ser assegurados a todos os que trabalham em razão da dignidade. O assédio moral contraria também este princípio visto que quem assedia afeta o bem-estar e a dignidade do trabalhador. Além de não praticar o assédio moral, as empresas deverão traçar diretrizes para evitar esse infortúnio, de modo que seja assegurado o meio ambiente laboral sadio e livre de humilhações. Nesse sentido, em razão da proteção constitucional, deverão ser evitados graves sofrimentos por parte do trabalhador, os quais poderiam acarretar perda de saúde além de afetar sua dignidade.

A vítima poderá ser acometida por diversos problemas comportamentais, psíquicos e físicos, tais como depressão, stress, dores físicas, alcoolismo, baixo astral, entre outros. O comportamento repetitivo do assediante retira ou lesiona direitos previstos na Constituição Federal, tal como o da dignidade, da valorização do trabalho e da proibição do tratamento degradante ou desumano.

No entanto, o direito prevê, por intermédio da robusta legislação processual, administrativa e civilista o instituto da responsabilidade civil contra o empregador, a qual, desde que comprovado o assédio, deverá arcar com o dano sofrido por intermédio do ônus financeiro.

REFERÊNCIAS

ALKIMIM, Maria Aparecida. **Assédio Moral na relação de trabalho**. 2ª Ed. (ano 2008) 2°. Reimp. Curitiba:Juruá, 2017

ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2014.

BARRETO, Margarida and HELOANI, Roberto. **Violência, saúde e trabalho: a intolerância e o assédio moral nas relações laborais**. Serv. Soc. Soc. [online]. 2015, n.123 [cited 2020-11-02], pp.544-561. Disponível em < <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300544&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 fev. 2021.

BARRETO, Margarida. **Uma jornada de humilhações**. São Paulo: Fapesp: PUC, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2018.

DELGADO, G. N. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTs, 2018.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

GUEDES, Márcia Novais. **Terror Psicológico**. São Paulo, LTR, 2018.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral**. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

INÁCIO, M. V. **Responsabilidade da empresa tomadora de serviços nas obrigações trabalhistas**. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito – TCC da Universidade Católica de Goiás do Departamento de Ciências Jurídicas. Goiânia, 2015.

MIRAGLIA, L. M. M. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

PRATA, Marcelo R. **Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar**. São Paulo: LTr, 2016.

RODRIGUES, Marcelo. **Elementos de Direito Processual Civil**. 3° ed. São Paulo: 2016.

SANTOS, Jeová. **Dano moral indenizável**. Disponível em < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Antonio%20Sereniski%20Junior.pdf>> Acesso em 12 mai. 2021.

SILVA, Ociana Donato da and RAICHELIS, Raquel. **O assédio moral nas relações de trabalho do(a) assistente social: uma questão emergente**. Serv. Soc. Soc. [online].

2015, n.123 [cited 2020-11-02], pp.582-603. Disponível em :
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300582&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 fev. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 23º REGUÇAI . TRT23. RO -
01766.2008.036.23.00-1. 1ª Turma. Relator DESEMBARGADOR TARCÍSIO VALENTE.
Publicado em 28/04/10

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES PELO ABANDONO AFETIVO DIANTE DA DEVOLUÇÃO DO MENOR AO ESTADO

DAVI MIRANDA COSTA NUNES MARTINS:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho-UNIFSAFSA

LARA EDUARDA ALMEIDA PIMENTEL¹⁰

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA¹¹

(orientadora)

Resumo: O presente artigo aborda a responsabilidade civil dos adotantes diante da devolução do menor ao estado. Ademais, o objetivo geral, encontra-se em analisar os argumentos atualmente utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro para determinar o dever de indenizar dos genitores, com objetivos específicos, pretendeu-se o estudo bibliográfico no âmbito do direito de família, a respeito do devido tema, discutindo e salientando o posicionamento e os argumentos utilizados pelos tribunais. Para isso, utilizou-se, a abordagem dedutiva, fundamentando-se na análise bibliográfica, doutrinária, e na coleta de julgados dos tribunais brasileiros e artigos científicos. Por conseguinte, demonstra-se que quando ocorre esta devolução do menor ao Estado, é necessário a reparação, uma vez que, este ato de devolver gera danos e transtornos psicológicos irreparáveis á este menor.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Dano Moral, Menor, Abandono Afetivo, Devolução.

Abstract: This paper discusses the civil liability of adopters before the return of the child to the state. In addition, the general objective is to analyze the arguments currently used by the Brazilian Judiciary to determine the duty to indemnify the parents. The specific objectives were the bibliographical study in the field of family law on the subject, discussing and highlighting the position and arguments used by the courts. For this, the deductive approach was used, based on bibliographical and doctrinal analysis, and on the collection of judgments from Brazilian courts and scientific articles.

¹⁰ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSAFSA

¹¹ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUC-RS.

Therefore, it is shown that when the minor is returned to the State, it is necessary to repair, since this act of returning generates irreparable damage and psychological distress to the minor.

Keywords: Civil Liability, Moral Damage, Minor, Affective Abandonment, Return.

Sumário: Introdução. 1. Instituto da Família no Brasil 2. Da Adoção 2.1 Noções Gerais da Adoção 2.2 Processo de Adoção na Legislação Brasileira 2.3 Poder Familiar 3. Responsabilidade Civil dos Adotantes em face da Devolução do Menor 3.1 Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro 3.2 Dano Moral e Dano Material 3.3 Da Responsabilização dos Adotantes 4. Da Concepção Jurisprudencial nas Situações de Devolução do Menor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A adoção significa acolher, aceitar um indivíduo no qual não exista relação sanguínea com sua família, dando-lhe amor, carinho, afeto e resguardando-o da melhor maneira possível obedecendo ao princípio legal do melhor interesse do menor, da mesma forma que um filho natural.

Após efetivada a adoção, o menor agora inserido em um novo ambiente familiar passa a alimentar expectativas, construir laços afetivos com os pais, efetivando o sentimento de pertencimento e de ser amado. Porém, são recorrentes os casos de devolução do menor aos cuidados do Estado, onde esses laços anteriormente estabelecidos são rompidos e novamente a criança passa a retomar o trauma da rejeição juntamente com o sentimento de frustração e de não pertencimento.

A importância desse estudo está diretamente relacionada a proteção integral da criança e do adolescente, que, como mencionado anteriormente, em muitas situações de adoção são submetidos a inaptidão e as inseguranças dos adotantes que estão despreparados para recebê-los e acolhê-los em seu seio familiar como prole.

O estudo apresentado faz referência a possibilidade dos adotantes serem responsabilizados civilmente no ordenamento jurídico pátrio, diante da devolução do menor ao Estado. Tendo como objetivo geral, analisar os argumentos atualmente utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro para determinar o dever de indenizar dos genitores.

Por meio dos objetivos específicos, pretendeu-se analisar a bibliografia no âmbito do direito de família, a respeito do devido tema, discutindo e evidenciando o posicionamento e os argumentos utilizados pelos tribunais coletando julgados. Acerca

do método utilizado, foi por meio da abordagem dedutiva, partindo de componentes gerais para componentes específicos, utilizando como base para a construção do presente estudo a análise bibliográfica, doutrinária, coleta de julgados dos tribunais brasileiros e artigos científicos.

1 INSTITUTO DA FAMÍLIA NO BRASIL

A família, na contemporaneidade, pode ser descrita como a junção de pessoas por meio de laços que podem ser originados pela consanguinidade, do afeto ou até mesmo através da convivência. Dessa forma, pode-se afirmar que o afeto constitui o vínculo entre os integrantes da família, sendo uma circunstância que provoca consequências jurídicas (GAGLIANO; PAMPLONA, 2019). Porém, nem sempre este instituto jurídico pôde ser traduzido nestes moldes.

No Brasil, o modelo familiar vivente até o século passado era o modelo patriarcal, onde o homem passa a ser responsável por toda a família, tendo a esposa o dever de conceber herdeiros, devendo obediência ao marido, sendo este, o modelo familiar retratado na própria lei da época, que era o Código Civil de 1916, esta norma trazia como regra a ser seguida um molde patriarcal, heteroparental, biológica e matrimonializada. Ou seja, a família naquele momento poderia apenas ser instituída mediante o casamento, era comandada e de responsabilidade do marido, sendo admissível somente relação entre dois indivíduos de sexo distintos, onde apenas o vínculo biológico era reconhecido juridicamente.

Todavia, somente com o advento da Constituição Federal de 1988, que o instituto jurídico da família sofreu radicais mudanças, onde foi instaurada uma nova noção de família, colocando como objetivo principal o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a união estável como entidade familiar, ampliando ainda a concepção de família, promovendo um tratamento igualitário aos homens e mulheres, bem como reconhecendo a família como comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, equiparando ainda, os filhos havidos fora do casamento e por meio da adoção, aos filhos biológicos.

Outrossim, de acordo com a doutrinadora Maria Berenice Dias, o instituto jurídico da família é composto por um sistema tanto público como particular, visto que, o menor passa a ser um integrante da entidade familiar e a compor toda a coletividade (DIAS, 2016).

A Constituição liderou outras mudanças que ocorreram posteriormente a sua promulgação, tal como, o Código Civil de 2002, que inova ao ensejar que os vínculos afetivos sobrepõem-se aos vínculos biológicos, favorecendo assim, a entidade familiar

proveniente da socioafetividade, reforçando ainda a idéia de igualdade matrimonial, entre outros aspectos abordados por este diploma legal.

Não obstante, outros diplomas legais promoveram diversas alterações em nosso ordenamento jurídico, gerando conseqüentemente, um maior amparo legal no tocante à figura da família, bem como ao instituto da adoção, como é o caso da Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, onde consagra os princípios básicos que regem e protegem as crianças e os adolescentes. Ademais, de forma a complementar o estatuto foi instituído em nosso ordenamento a Lei de n.º 12.010 também conhecida como lei da Adoção e a Lei n.º 13.509/2017.

2 DA ADOÇÃO

2.1 Noções Gerais da Adoção

A adoção pode ser entendida como a espécie fictícia de filiação que tem por objetivo reproduzir a filiação biológica (VENOSA, 2017). Dessa forma, a filiação natural tem como base o laço sanguíneo, sendo a adoção uma forma de filiação jurídica que possui como fundamento a presença de um laço ou relação afetiva.

Isto posto, esta figura jurídica, existiu desde os primórdios da história como uma forma de constituir entidade familiar a aqueles que não poderiam conceber de maneira natural ou biológica, ficando marcada como uma alternativa de perpetuação da família. Logo, esta espécie de filiação esteve presente desde os Códigos mais antigos da humanidade, os Códigos de Hamurabi e de Manu perpetuando-se até a cultura grega, todavia, foi através do império romano que tomou notórias inovações por meio de uma disciplina sistematizada, sendo ainda mais notabilizada por meio do Código Napoleônico.

No Brasil, foi somente no ano de 1916 por meio do Código Civil, que a regulamentação legal desse instituto teve início, em contrapartida, mesmo o código civil daquela época inovando ao versar especificamente sobre adoção, tinha algumas restrições para que esta fosse concretizada, tais como, só eram permitidos adotar aqueles casais com idade acima de 50 anos, e que não possuíssem descendentes legítimos ou legitimados.

Com o decorrer dos anos, houveram evoluções legislativas que permitiram que a ato de adotar deixasse de ser apenas uma forma legitimada legalmente para permitir que casais que não pudessem conceber filhos naturalmente formassem família, passando a ter um carácter afetivo, possibilitando que menores desamparados

pudessem ser inseridos em um novo lar. Destarte, esta figura jurídica teve um amparo específico com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente na data de 7 de julho de 1990, que vêm com uma redação inovadora, tendo como fundamento, a proteção integral à criança e ao adolescente.

Atualmente, a adoção é regida pela Lei da Adoção, também conhecida como Lei n.º 12.010 de 03 de agosto de 2009, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.060/90 e a Lei n.º 13.509/2017. Assim como os demais institutos regulados pelo direito, a adoção, possui algumas características inerentes a mesma, sendo elas, a irrevogabilidade. Ou seja, não poderá ser desfeita, não sendo mais permitida a rediscussão do mérito. Trata-se de um ato personalíssimo, onde diz respeito apenas às pessoas envolvidas neste processo, no caso, o adotado e os adotantes. Além disso, é incaducável, dispondo que, após o processo de adoção o menor não retoma o poder familiar para com a sua família biológica.

Ademais, é válido ressaltar que, o legislador possuindo como objetivo evitar a morosidade inerente ao processo de adoção, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a Lei de n.º 13.509/17, que facilitou este desempenho, promovendo consideráveis modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente bem como na Consolidação das Leis do Trabalho, o decreto-lei 5.452/43.

Outrossim, este instituto goza de excepcionalidade. Em outras palavras, a regra é que o menor mantenha um vínculo com sua família natural, e somente sendo este inviável é que será permitido que haja a adoção, tendo como objetivo a necessidade que o menor possui de proteção, afeto e amparo. É plena, devido ao fato de que o menor adotado passa a ter os mesmos direitos e deveres que os filhos biológicos, tendo inclusive, direitos sucessórios e direito à prestação de alimentos, e por fim, a adoção só poderá ser efetivada por meio de uma sentença judicial transitada em julgada que possui carácter constitutivo.

Nessa concepção, a família deve uma forma para a procura da alegria e satisfação de cada indivíduo, embora haja seios familiares formados sem afeto (GAGLIANO; PAMPLONA, 2019). Dessa forma, é notório o papel de extrema importância que a adoção exerce em nossa sociedade, visto que, por meio dela um indivíduo assume o papel de pai ou mãe enquanto outro assume o papel de filho, tendo por base uma relação de muito afeto entre ambos.

2.2 Processo de Adoção na Legislação Brasileira

Previamente, é válido mencionar que, para que os interessados em adotar possam candidatar-se, é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos mínimos

estabelecidos por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 42, caput e § 3º. Ajustando que, podem adotar aqueles que tenham idade superior á dezoito anos não considerando seu estado civil e a desproporção mínima de dezesseis anos entre a idade do adotante e a do menor (BRASIL, 1990).

O CNA (Cadastro Nacional de Adoção) é parte essencial neste processo uma vez que, foi originada com o objetivo de auxiliar no processo de adoção no Brasil, evitando assim, que possa vir a ocorrer adoções ilegais. Isto posto, o primeiro passo para que este processo seja iniciado é os adotantes ou adotante dirirgir-se até a Vara da Infância e da Juventude, localizada em seu município e buscar informações a respeito de quais documentos são necessários para dar início ao processo de adoção, dentre tais documentos estão a certidão de nascimento ou certidão de casamento, certidões de ordem civil e criminal, documentos de identidade, comprovante de rendimentos, comprovantes de residência, bem como declarações ou até mesmo atestados que comprovem a sanidade mental e física dos interessados.

Logo após realizado esta primeira etapa, os adotantes devem produzir uma petição, de inscrição para adoção, por meio de seu advogado ou de um defensor público, dessa forma, somente após ocorrida a aprovação da mesma, é que os nomes dos adoatantes poderão constar no Cadastro Nacional de Adoção. Em seguida, os habilitados devem insispensavelmente realizar um curso de preparação psicossocial e jurídica, tendo em si duração de dois meses.

Após a conclusão no requerido curso, mediante a comprovação da realização deste, os adotantes serão submetidos à entrevistas e visitas domiciliares realizadas por uma equipe composta por assistentes sociais e também psicólogos. Desta maneira, o resultado destes procedimentos serão encaminhados ao Ministério Público e ao Juiz competente, o qual seja aquele da Vara da Infância.

Partindo do laudo da equipe e do Ministério Público, o magistrado concederá sua sentença, se o nome dos pretendentes for acolhido estes terão seus nomes inseridos no CNA, após isto, os interessados devem aguardar até que surja uma criança com o perfil compatível com aquele fixado por eles. Quando isso ocorrer, a Vara da Infância entrará em contato com o casal interessado, onde será apresentado a estes todas as informações disponíveis a respeito do menor, caso haja interesse, os adotantes e o menor serão apresentados, sendo válido ressaltar que, o menor também passa por uma entrevista.

Com essa idéia em mente, a Lei n^o 13.509 estabelece em seu art. 46 § 3^o que a adoção será anteposta pelo estágio de convivência para com o menor, por um período de no máximo de 90 dias, sendo verificada as idades deste e as especificidades das

circunstâncias (BRASIL,2017). Tratando-se de um período de socialização e inclusão entre os indivíduos vinculados no processo de adoção, tendo por objetivo a construção de conexões sólidas para a formação de um relacionamento afetivo, dessa maneira, assim sendo, será permitido algumas visitas do casal ao menor.

Segundo o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira todo indivíduo, desde o seu nascimento, necessita obter e conceder afeto para que torne-se completo (PEREIRA,2017). Sendo assim, os candidatos terão que ajuizar uma demanda judicial com o objetivo de conseguirem a guarda provisória do menor, sendo possível dessa forma, ambas as partes estreitarem e solidificarem a relação e o afeto.

E por fim, a partir da promulgação da Constituição Federal a adoção passou a ser efetivada mediante ato complexo, exigindo assim, uma sentença judicial. Logo, o Estatuto da Criança e do Adolescente assevera em seu art. 47, que, o elo da adoção institui-se através de decisão judicial, que será firmada no registro civil por intermédio de mandado o que não será oferecido certidão (BRASIL, 1990). Portanto, como última etapa desse processo tão moroso e angustiante, o juiz profere sua sentença onde será lavrada uma nova certidão de nascimento do menor, incluso os sobrenomes da nova família.

2.3 Poder Familiar

O poder familiar pode ser traduzido como, esferas de direitos e de obrigações incumbidos aos genitores em face da prole menor e ainda não emancipada acerca destes mesmos e de seu patrimônio (VENOSA, 2017). Dessa forma, o Poder Familiar tem como objetivo principal, a proteção dos filhos menores, podendo ser exercido de forma igualitária, tanto pelo pai como pela mãe.

Este instituto jurídico leva em consideração exclusivamente o interesse dos filhos bem como da família, tendo tamanha importância, e que é atribuído a ele o status de *múnus* público, isto é, o poder familiar é uma obrigação imposta por lei, na qual beneficia toda a sociedade não sendo permitido a sua recusa, dessa forma, o legislador atribui a esta figura jurídica uma ampla regulamentação jurídica, tendo fundamento em diplomas legais incluindo, a nossa Carta Magna e lei maior, em seu artigo 227, o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei n.º 12.010/2009.

Neste passo, o Poder Familiar tem status de *múnus* público, ou seja, as normas que o regem são determinadas e instituídas pelo Estado, existindo assim, algumas características inerentes à esta figura jurídica, sendo estas, irrenunciável, isto é, incompatível com abdicação ou renúncia desses deveres; indelegável, não sendo

admitido aos pais transferir estas obrigações a outrem; imprescritível, ou seja, as obrigações não irão prescrever caso não estejam sendo exercidas pelos genitores, e por fim, é incompatível com a tutela, não sendo possível ser eleito um tutor, caso os pais não tenham sido suspensos ou destituídos de seu Poder Familiar.

Assim sendo, estão subordinados ao *Múnus* Público, os filhos biológicos, advindos ou não do matrimônio, bem como aqueles decorrentes de outra origem, estando compreendido também os socioafetivos, e aqueles adotivos enquanto menores, constituindo assim um grupo de direitos e de obrigações correspondentes.

Para mais, Maria Berenice Dias afirma que, o Estado julga-se autorizado a adentrar no âmbito familiar, para amparar os menores, podendo suspender ou excluir o poder familiar, quando este não é cumprido, existindo atos praticados pelos pais que podem desamparar a prole (DIAS, 2016).

Outrossim, os deveres decorrentes do Poder Familiar, quais sejam, educar, criar, amparar, proteger e orientar os filhos, utilizando como base da entidade familiar o afeto e o amor convergem diretamente com a conduta dos pais de devolver o menor adotado aos cuidados do Estado, muitas vezes, usando como amparo legal o princípio do melhor interesse da criança, quando na realidade procedem pensando exclusivamente neles mesmos.

Nesta concepção, à destituição do Poder Familiar, pode ser determinada como um ato judicial, por meio do qual os pais que não cumpriram com os deveres oriundos de tal poder, perdem o direito de exercer esta função em face dos filhos menores. Tornando-se classificado como a maior punição no que tange à transgressão dos deveres dos pais em relação aos filhos.

A respeito, Rolf Madaleno afirma que, a perda do Poder Familiar castiga os genitores pelo desrespeito às obrigações mais valiosas que possuem com a prole, passando a ser lavrada ao limite do apoio de nascimento do menor a sentença que determinar a perda ou suspensão do Poder Familiar (MADALENO, 2018).

Isto posto, cabe salientar que, o Código Civil Brasileiro afirma em seu artigo 1.638, que, nas situações em que os pais punirem de forma excessiva os filhos, deixá-los em abandono, realizar condutas divergentes à moral e aos bons costumes ou recair repetidamente nas situações que acarretem na suspensão do poder familiar, perderam o mesmo (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, a colocação do menor em uma família substituta, tem por finalidade amparar e deslocar o menor de uma situação de ameaça a sua integridade

ocorrendo uma lesão aos seus direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal (OLIVEIRA, 2018).

Observa-se que, aqueles menores que são destituídos do Poder Familiar, já vivenciaram experiências emocionais maçantes e desagradáveis transformando-os em crianças e adolescentes vitimados, em razão do não exercício dos deveres inerentes ao pátrio poder, no tocante aos pais para com os filhos menores.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES EM FACE DA DEVOLUÇÃO DO MENOR

3.1 Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Todo ato que provoca prejuízo á alguém está diretamente interligado com a responsabilidade civil. Partindo-se desta concepção essa responsabilidade tem como fundamento e objetivo o restabelecimento da paridade moral e patrimonial ocasionado pelo autor do dano. Destarte, a responsabilidade civil presume a ideia de atividade danosa de alguém que viola uma norma jurídica existente submetendo-se a obrigação de reparar o dano. (GAGLIANO; POMPLONA, 2020).

Dessa maneira, a Responsabilização Civil, pode ser traduzida como, a busca pela reparação de um dano, através do qual objetiva-se restabelecer o equilíbrio afetado, proveniente de um dano causado a outrem, podendo ser o responsável pela violação de determinada norma submetido a restabelecer o status quo ante da relação jurídica.

Por conseguinte, no ordenamento Jurídico Brasileiro quanto ao fato gerador existem a responsabilidade civil contratual, que pressupõe a existência de um contrato entre as partes, e a responsabilidade civil extracontratual que advém da ofensa a um direito de outrem e aos preceitos que regulamentam o comportamento e que são originados de uma violação de direitos que acontecem sem a existência de um contrato.

Na responsabilidade contratual o agente descumpre com o que foi acordado, tornando-se inadimplente com a obrigação, enquanto que, na responsabilidade extracontratual o causador do dano infringe um dever legal (GONÇALVES, 2020).

Entretanto, diante da devolução do menor ao Estado recai a responsabilidade civil extracontratual, uma vez que, não há relação jurídica anterior entre o casal adotante e o menor. Estando tal instituto jurídico regulamentado em lei por meio do Código Civilista Brasileiro em seus artigos 186, 187 e 927.

Outrossim, o Código Civil versa a respeito deste instituto jurídico primordialmente em seu art. 927, estabelecendo a premissa de que, aquele indivíduo que causar lesão ao direito de outrem, fica necessariamente obrigado a repará-lo em virtude deste dano (BRASIL, 2002).

Vale ressaltar que, todo aquele que violar direito de outrem e causar dano incide em ato ilícito (CC/02, art. 186). Portanto nota-se que no âmbito da responsabilidade civil existe um dever jurídico originário, o qual, ocorrendo a violação deste, faz nascer um dever jurídico sucessivo, ou seja, o dever de indenizar o prejuízo causado a outrem.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro baseia a responsabilização civil em dois pilares de suma importância nos quais são o ato ilícito, aqui entendido como o ato praticado que causa dano a um indivíduo, bem como a teoria do abuso do direito, e este, pode ser traduzido como determinado ato que é considerado lícito mas que devido ao exercício demasiado de um direito ultrapassando limites instituídos pela boa-fé objetiva, pelos bons costumes e por seu fim econômico a conduta torna-se ilícita.

Assim sendo, há no ordenamento jurídico pátrio duas outras espécies de responsabilidade civil: responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva, onde a distinção de ambos institutos jurídicos encontra-se relacionado a um dos requisitos necessários para a aplicação desta figura jurídica, a culpa.

Em suma, a responsabilidade civil subjetiva, tem por base fundamental a comprovação da culpa do agente, ou seja, ocorrerá quando o autor do ato ilícito causar dano ao prejudicado em virtude de dolo ou culpa, sendo, portanto, obrigado a indenizar a vítima. Seguindo esta linha de pensamento, a responsabilidade civil subjetiva é aquela que decorre de um dano causado em razão de um ato doloso ou culposos (GAGLIANO; POMPLONA, 2020).

Já a responsabilidade objetiva, fica configurada sem a necessidade de comprovação de culpa ou de dolo, ou seja, basta que seja comprovado o nexo causal existente entre aquela determinada ação e o objetivo atingido. Dessa maneira, na responsabilidade objetiva, a existência de dolo ou de culpa, não é necessário, sendo imprescindível apenas a existência do nexo causal entre o dano e a conduta do autor, para que haja o dever de indenizar (GAGLIANO; POMPLONA, 2020).

Partindo-se, destas concepções no direito pátrio para que a responsabilidade civil seja aferida é necessário a presença de alguns elementos essenciais: a conduta humana, a culpa, o dano e o nexo causal.

Como primeiro pressuposto, dispõe sobre a conduta humana, podendo ser esta definida como ação ou omissão. Trata-se da conduta humana comissiva ou omissiva do agente, sendo de forma voluntária, que acaba por gerar um dano ou um prejuízo. (GAGLIANO; POMPLONA, 2020).

Sucessivamente, a doutrina majoritária afirma o entendimento de que tratando-se de abuso de direito não há a necessidade da comprovação de culpa, ou seja, há de ser aplicada no caso concreto a responsabilidade civil objetiva.

Dado o exposto, é imprescindível tratar a respeito do dano, que pode ser considerado como elemento essencial para a existência da responsabilidade civil, posto que, sem o dano propriamente dito não há o direito à indenização. Sendo válido realçar o fato de que, este dano poderá ocorrer tanto no âmbito moral como patrimonial.

Em observância a todos os pressupostos supracitados, tem o nexo de causalidade, podendo ser conceituado como o vínculo existente entre a conduta do agente e o dano que foi gerado. Dessa forma, demonstra-se essencial para a aferição de responsabilidade civil, posto que, mesmo ocorrendo o dano, porém, não existindo o nexo causal entre a causa e o comportamento do autor torna-se inviável o dever de indenizar a parte prejudicada como forma de reparação.

3.2 Dano Moral e Dano Material

A palavra dano nos traz uma ideia de prejuízo, de violação, ou seja, pressupõe a noção de perda, seja ela no âmbito material ou no âmbito imaterial. Dessa forma, pode-se afirmar que o dano moral atinge os direitos da personalidade do indivíduo, ou seja, os bens jurídicos tutelados pela Carta Magna (GAGLIANO; POMPLONA, 2020).

Essa espécie de dano possui amparo jurídico na Constituição Federal em seu art. 5º, incisos V e X dispondo:

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:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

Portanto, fica nítido que o dano que afetar os direitos e garantias fundamentais elencados no dispositivo legal anteriormente citado deverá configurar como dano moral. O Código Civil em seu art.186, reafirma o que a concepção da Constituição, aduzindo que o indivíduo que causar dano a outrem e violar um direito, mesmo que, seja exclusivamente de ordem moral, por meio de uma ação ou omissão voluntária, por negligência ou por imprudência comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Em suma, no direito brasileiro prevalece o entendimento da reparação do dano moral em virtude da expressa previsão da Constituição Federal nesse mesmo sentido. Para mais, dessemelhante ao dano moral, no âmbito do dano material o bem atingido é de ordem patrimonial, sendo assim, plenamente possível a aferição exata do valor do dano.

Assim sendo, perfeitamente admissível a cumulação de pedidos de dano moral e dano material, já que em determinados casos há a ocorrência destes dois institutos jurídicos. Para firmar esta concepção foi instituído no nosso ordenamento jurídico a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, desta forma, para que seja efetivada tal cumulação é necessário apenas a comprovação donexo causal entre ambas as formas de dano.

3.3 Da Responsabilização dos Adotantes

Embora no ordenamento jurídico pátrio não exista regulamentação legal específica no tocante a reponsabilidade civil dos adotantes pelo abandono afetivo em virtude da devolução do menor ao Estado. É inegável os danos que este ato gera no menor, danos estes, de cunho psicológico, emocional e afetivos, desencadeados primordialmente pela sensação de abandono, de não pertencimento, e de desamparo. Isto é, a escolha de apartar o menor de seu âmbito familiar é muito severa, já que, provocará inúmeros acontecimentos que afetarão o mesmo por toda sua vida.

Outrossim, como já exposto anteriormente o artigo 927 do Código Civil afirma que o indivíduo que ocasionar dano a outrem, dano este, proveniente de ato ilícito torna-se obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Dessa forma, quando há a devolução do menor há por conseguinte a violação do mencionado dispositivo legal, uma vez que, o adotado deixa de usufruir do seu

direito de conviver em uma família, ferindo assim o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Isto posto, a prática do ato de devolver o menor ao Estado, caracteriza uma violação em desfavor do mesmo, uma vez que, a volta ao abrigo faz-se cessar todas as expectativas e crenças dessa criança ou adolescente de encontrar uma família que o acolha (SOUZA, 2018).

Nos moldes legais do ECA, a adoção só produzirá seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, sendo assim, os deveres inerentes à filiação nascem após este fato. Neste contexto, quando ocorre esta devolução do menor, é necessário que se estabeleça formas de responsabilizar os genitores pela prática deste ato irresponsável decorrente da ausência de preparo dos mesmos para exercerem uma criação adequada e responsável.

Por conseguinte, é oportuno sobressair que, a própria legislação estabelece a figura do estágio de convivência, estabelecido com o objetivo de integrar o menor na família adotante permitindo que durante este período haja a desistência da adoção por parte dos adotantes, sendo portanto, inadmissível que ocorra a devolução desta criança ou adolescente ao Estado após a sentença de adoção já ter transitado em julgado.

Cabe ressaltar ainda, que para que seja instaurado o dever de indenizar é preciso que cumpra-se os pressupostos da responsabilidade civil, sendo estes: a conduta humana, a culpa, o dano e o nexos causal.

Assim sendo, pode-se concluir que a presente situação atende a tais requisitos, uma vez que, a conduta humana, seria o ato de devolver o menor ao estado, praticado pelos adotantes, o dano seria justamente os danos causados a esse menor, de cunho psicológico, emocional e afetivos, e o nexos causal por sua vez, seria a ligação existente entre estes dois últimos pressupostos.

Nesta mesma concepção, o artigo 187 do Código Civil expressa a figura jurídica do abuso de direito, já mencionada anteriormente, afirmando que, se o titular de um direito ao exercer o mesmo, ultrapassar os limites estabelecidos pelo seu fim econômico ou social ou pela boa-fé ou ainda pelos bons costumes incide em um ato ilícito (BRASIL, 2002).

Por consequência, cabe evidenciar novamente que neste caso a doutrina majoritária defende que quando a situação fática incide sobre o instituto do abuso de

direito há de ser aplicada a responsabilidade objetiva, ou seja, não há a necessidade da comprovação de culpa.

Ademais, abandonar um filho seria provocar um dano a sua dignidade, visto que, a prole necessita de constante amparo e cuidado de seus pais, neste sentido, a Constituição Federal atribui alguns deveres inerentes à família, como por exemplo, o dever de educar, o respeito à dignidade dos filhos, ao respeito e a convivência familiar e comunitária. Dessa maneira, o ECA aduz em seu art. 3 que, a criança e ao adolescente usufruem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, com o objetivo de lhes oportunizar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1988).

Desta forma, torna-se nítido que a devolução do menor ao estado pode ser enquadrado na concepção de dano moral, uma vez que, os danos sofridos pela criança ou adolescente vêm em decorrência do abandono e do desamparo sofrido por este, principalmente em relação ao dever de assistência, educação e criação.

Outrossim, partindo-se desse pressuposto além da indenização por danos morais também seria cabível a reparação por dano material, o que se dá, em virtude do caráter irrevogável da adoção, ou seja, mesmo que o menor seja devolvido o vínculo criado entre este e o pais é inextinguível, além de que, a partir do transito em julgado da sentença constitutiva de adoção os genitores passam a ter todas as obrigações inerentes a filiação biológica para com o filho adotivo, inclusive as obrigações de cunho patrimonial .

Sendo assim, embora não exista uma forma de quantificar precisamente o valor dos danos psíquicos e afetivos sofridos pelo menor diante de sua devolução ao Estado, é necessário que o Poder Judiciário encontra uma forma de atenuar tamanho sofrimento (DANTAS, 2015).

Portanto, seria apropriado a fixação da prestação de alimentos, uma vez que, o próprio Código Civilista assevera em seu art. 1.696 que, o direito a prestação de alimentos é respectivo entre os genitores e os descendentes, bem como aos ascendentes incidindo tal dever aos mais próximos em grau, uns na ausência de outros (BRASIL, 2002).

4.DA CONCEPÇÃO JURISPRUDENCIAL NAS SITUAÇÕES DE DEVOLUÇÃO DO MENOR

Como já mencionado alhures, não existe uma disposição legal específica que trate a respeito da responsabilidade civil dos adotantes pelo abandono afetivo diante

da devolução do menor ao estado. Destarte, os Tribunais Brasileiros, com o objetivo de resguardar os direitos, interesses e a dignidade dos menores tem entendido que o adotante possui o dever de indenizar o menor por todos os danos que lhes foram causados. Vejamos alguns julgados:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe- lhes indenizar a criança pelos danos sofridos.

(TJ-MG - AC: 10702095686482002 Uberlândia, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 10/11/2011, Câmaras Cíveis Isoladas / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/12/2011)

No caso descrito acima, o menor foi adotado pelo casal, contudo anos depois foi devolvido aos cuidados do Estado, o que causou ao mesmo danos de difícil reparação, danos estes provenientes da negligencia do casal adotante, além disso, o menor foi impossibilitado do convívio com sua irmã de sangue. Portanto, em face de tais fatos o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, condenou os adotantes a pagarem ao menor, uma indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) além de 15% sob salário mínimo, até que o mesmo atinja a maioridade ou, se estiver estudando, até completar 24 anos de idade.

Cabe ressaltar ainda que, a fixação de indenização por danos morais não possuem o intuito de compensar o abandono afetivo praticado pelos pais adotantes, já que, nenhum valor será capaz de fazer com que todos os danos provenientes desse abandono desapareçam. Porém, o arbitramento de tais valores é de extrema necessidade, tendo em conta abrandar os dispêndios provocados a criança ou adolescente devolvido.

Isto posto, os tribunais, com a finalidade de resguardar os menores da forma mais eficaz possível, tem instituído a responsabilização dos pais adotantes. Como no caso abaixo:

Ação indenizatória – Danos morais – Responsabilidade civil pela devolução de criança adotada – Intempestividade do recurso – Inocorrência – Aplicação do prazo de 15 dias previsto no Código de Processo Civil – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – Juiz, na condição de destinatário das provas, deve indeferir providencias meramente protelatórias – Acervo probatório farto e suficiente para a resolução da lide – Mérito – Abuso de direitos dos pais adotivos em devolver a criança inserida no seio familiar – Responsabilidade objetiva – Abuso de direito – "Venire contra factum proprium" – Danos morais "in re ipsa" – Valor da indenização bem fixado pela r. sentença no valor de R\$ 150.000,00 que não comporta redução – Sentença mantida – Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso. (TJ-SP - AC: 10078329320188260048 SP 1007832-93.2018.8.26.0048, Relator: Marcia Dalla Déa Barone, Data de Julgamento: 05/03/2020, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2020).

No presente caso, o casal adotante resolveu por devolver o menor adotado, o que conforme o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, configurar-se como abuso de direito incidindo ainda no princípio *Venire contra factum proprium*. Podendo ser definido como a máxima de que alguém não pode desempenhar um direito seu contradizendo um atitude precedente, sendo imprescindível ser preservada a confiança e o dever de lealdade, conseqüente da boa-fé objetiva (TARTUCE, 2020). Outrossim, entendeu-se a existência de responsabilidade objetiva e a configuração de danos morais, dessa forma, o Tribunal fixou a sentença no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

CONCLUSÃO

Porquanto o presente artigo possui como principal objetivo apresentar a possibilidade dos adotantes serem responsabilizados civilmente no ordenamento jurídico pátrio, diante da devolução do menor ao Estado, analisando os argumentos atualmente utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro para determinar o dever de indenizar dos genitores, utilizando-se da análise bibliográfica no âmbito do direito de

família. Para a realização dessa pesquisa, foram utilizados análises bibliográficas, doutrinárias, coleta de julgados dos tribunais brasileiros bem como artigos científicos.

Verificou-se que, embora a adoção seja baseada no acolhimento, e em aceitar um indivíduo em seu âmbito familiar, ofertando-lhe amor, carinho, afeto e o resguardando da melhor maneira possível respeitando o princípio legal do melhor interesse do menor, são recorrentes casos em que ocorrem a devolução deste aos cuidados do Estado pelo adotantes, o que acaba por gerar danos de cunho psicológico que a criança ou adolescente levará consigo por toda a vida.

Diante disso, faz-se necessário que os genitores sejam responsabilizados civilmente, uma vez que, além dos danos psicológicos sofridos pelo menor, este é vítima do despreparo e das inseguranças alimentadas pelos genitores, já que, a adoção possui o carácter irrevogável. Ferindo assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como incidindo sob o instituto jurídico do abuso de direito.

Isto posto, apesar de a adoção ser regulamentada pelo Código Civil Brasileiro, Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal, Lei n.º 12.010 e Lei n.º 13.509, a devolução do menor ao Estado pelos adotantes não possui regulamentação específica. Sendo assim, é imprescindível que haja a responsabilização civil dos adotantes em virtude do ato praticado pelos mesmos.

Assim sendo, observou-se que o Poder Judiciário Brasileiro tem determinado esta responsabilização civil dos genitores, fixando a reparação por danos morais, bem como a fixação da obrigação de prestação de alimentos, determinado ainda que, os adotantes fiquem responsáveis pelo pagamento de todas as despesas provenientes de tratamentos psicológicos que o menor venha a ser submetido.

Sendo válido evidenciar que, em conformidade com os julgados dos Tribunais Brasileiros o valor pago à título de danos morais, assim como a prestação de alimentos, possuem prazos determinados, ou seja, será paga ao menor até que este atinja a maioridade ou até a idade de 24 anos, caso o mesmo esteja estudando.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 out 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out 2020.

BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 28 out 2020.

DIAS, Maria Berenice . **Manual de Direito das Famílias**. 4. Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DANTAS, DANILO RIGEL DE ANDRADE. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DEVOLUÇÃO DO MENOR ADOTADO. 2016. Disponível em: <https://openrit.grupotiradentes.com/>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

GAGIALO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 3.Ed.: Volume Único. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 18. Ed: Vol. 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. Ed: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 17. Ed: Direito de Família. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Disponível em:

<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943719692/apelacao-civel-ac-10702095686482002-uberlandia?ref=serp>, Acesso em: 28 out 2020.

OLIVEIRA, Jhulli Tauana de Lima. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADOTANTE NA DEVOLUÇÃO DO ADOTADO AO ABRIGO.** Disponível em: <https://www.unifacvest.edu.br>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil.** 25 Ed. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2017.

SOUZA, Gabriela Moraes, **RESPONSABILIDADE CIVIL POR DEVOLUÇÃO DO MENOR ADOTADO.** 2018. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br>. Acesso em: 01 de abril de 2021.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Ação indenizatória – Danos morais – Responsabilidade civil pela devolução de criança adotada – Intempestividade do recurso – Inocorrência – Aplicação do prazo de 15 dias previsto no Código de Processo Civil – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – Juiz, na condição de destinatário das provas, deve indeferir providencias meramente protelatórias – Acervo probatório farto e suficiente para a resolução da lide – Mérito – Abuso de direitos dos pais adotivos em devolver a criança inserida no seio familiar – Responsabilidade objetiva – Abuso de direito. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897425174/apelacao-civel-ac-10078329320188260048-sp-1007832-9320188260048?ref=serp>. Acesso em: 28 out 2020

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 10.ED: Volume Único. São Paul: Método, 2020

TRÁFICO DE SERES HUMANOS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

MARIA EDUARDA DIAS MONTEIRO SILVA:

Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro
Universitário Católica do Tocantins

IGOR DE ANDRADE BARBOSA¹²

(orientador)

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual, com foco nas assistências que as mulheres vítimas de exploração sexual recebem através das políticas públicas e como são efetivadas. Consiste em entender suas causas, fatores que motivam as vítimas a aceitarem as propostas, o tráfico no Brasil, características dos aliciadores, as leis nacionais e instrumentos internacionais, acordos, convenções e protocolos, formas de cooperação para o combate à realidade de exploração e violência, a qual fere os direitos humanos, localizando as vítimas e os criminosos, e a intervenção estatal na proteção das vítimas, com formas para saber lidar com a situação pós trauma. Tem como base, a pesquisa bibliográfica, consulta de livros, artigos, dissertações, internet, jornais e teses, materiais estes, já publicados, utilizando-se de uma abordagem qualitativa e quantitativa. Com um trabalho objetivo, foi esclarecido sobre como o Estado pode inovar para evitar tais acontecimentos e formas de acompanhamento dessas vítimas. Foi apresentado fatores que levam essas pessoas a se tornarem alvos de aliciadores e posteriormente vítimas, com o objetivo de proporcionar um novo material de leitura para aqueles interessados em assuntos que envolvem direitos humanos.

Palavras-Chave: Cooperação nacional e internacional. Crime. Exploração sexual. Tráfico de pessoas.

Abstract: The current work has the objective to inspect and explore the human trafficking for the purpose of sexual exploitation, aiming on the assistance that women victims of sexual exploitation receive from the public policies and how they are carried out. It consists of understanding its causes, factors that motivate victims to accept the proposals, human trafficking in Brazil, characteristics of the recruiters, national laws and international instruments, agreements, conventions and protocols, forms of cooperation to combat the reality of exploitation and violence, which violates human rights, locating victims and criminals, and the intervention of the state in protecting victims and ways to know how to deal with the post-trauma situation. It is based upon

¹² Docente mestre do curso de Direito – Centro Universitário Católica do Tocantins r

bibliographic research, consultation of books, articles, dissertations, internet, newspapers and theses, these materials are already published, using a qualitative and quantitative approach. In this short work, it was explained on how the State can innovate to avoid such events and ways of monitoring these victims. It was presented the factors that lead these people to become targets of recruiters and later victims, for the purpose of providing new reading material for those interested in matters involving human rights.

Keywords: National and international cooperation. Crime. Sexual exploitation. Human Trafficking.

INTRODUÇÃO

O presente cenário econômico-social brasileiro é marcado pela abertura econômica, com uma quantidade elevada de transações comerciais, por meio de empresas e pessoas. Outrora, é notável que essa realidade não está presente na vida de todos, com repercussões negativas nos direitos sociais e fundamentais das pessoas. A falta de acesso à cidadania nas favelas e periferias é algo recorrente, um direito que deveria atender a todos, como liberdade individual, participação política, juntamente com seus direitos sociais e o próprio respeito vindo da sociedade, são vistos sem a total eficácia que deveria ter, esse mesmo processo trouxe o aumento do crime organizado, como o tráfico de armas, drogas e de pessoas.

Considerada como a escravidão moderna, o tráfico de pessoas é uma realidade que atravessa anos ao longo da história, mas que nos tempos atuais, apesar de ainda ser um assunto que nem todos ouvem ou falam, vem tomando mais força através das organizações criminosas e de aumentos contínuos nos índices de desigualdade social e pobreza. É relevante que se discuta sobre a vertente da vítima, do aliciador, de como o Estado deve se portar diante de tal mazela, pontos importantes para se compreender sobre o tema, e ainda mais, por ser um assunto muito presente e com uma realidade dura e invisível, pois não é algo noticiado todos os dias e em todos os lugares, se tornando um dilema pouco visto e discutido.

As vítimas em sua maioria, são de classes sociais mais vulneráveis, estando em constante busca por oportunidades de trabalho, de melhorar de vida e contribuir para o sustento da família e filhos, sendo relevante que se estude e viabilize estratégias que possam ajudar essas pessoas. Muitas delas aceitam as propostas oferecidas já sabendo que trabalharão no mercado sexual, por exemplo, mas não tinham a noção que virariam vítimas do tráfico, tendo a sua liberdade tirada e acumulando dívidas, ficando cada vez mais difícil retornar ao seu país natal, já outras vão com uma oportunidade

de trabalho garantida, sem saber em nada sobre esse mercado sexual, e acabam vítimas do tráfico também.

São lados e abordagens feitas de modo diferentes, mas que precisam igualmente de formas que possam ajudar essas pessoas, seja de estratégias que auxiliem e mostrem como evitar “cair na lábia” do aliciador e iniciativas vindas do Estado para ajudar e fomentar empregos para essa massa da sociedade, e formas para que o estado/país possa lidar com as vítimas após o trauma. Dessa forma, pode haver uma contribuição para a coletividade, evitando que a família não perca seu mantenedor ou um (a) filho (a) perca sua mãe, ou vice-versa.

Quando se fala sobre o tráfico, seja comercial, sexual ou outra variação que se apresente, todos afetam o que de mais importante uma pessoa tem, sua liberdade pessoal, incluindo seu direito de ir e vir e de continuar com sua dignidade ilibada, e todos esses fatores são motivos para que se abra os olhos e coopere de alguma forma para ajudar a sociedade.

1. O TRÁFICO: CONCEITO E CAUSAS; O TRÁFICO NO BRASIL; CARACTERÍSTICAS; VÍTIMAS E ALICIADORES

Ainda que tenha surgido há muitos anos, o tráfico de pessoas não é um dilema que ocorria de forma esporádica e sim frequentemente, acompanhando o desenvolver da humanidade, onde existia o comércio de seres humanos com fins de trabalho escravo e exploração sexual (MASSON, 2019).

Não dá para saber a quantidade de pessoas que vivem em condições análogas à escravidão e nem quantas pessoas são traficadas a cada ano, é um número difícil de afirmar, pois se trata de um crime e o mesmo não é passível de contagem direta, sendo um cálculo feito baseado em projeções (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Devido a essa situação vivida, foi instituída a Convenção para Repressão ao Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, com data de 21 de março de 1950, em Nova York, sendo assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951. Estando, a mesma, aprovada pelo Congresso Nacional 8 (oito) anos depois, pelo Decreto 46.981/1959.

Passados alguns anos, também foi incorporado ao direito brasileiro, o Decreto 678/1992, que apresenta a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Documentos que trazem sobre o direito que as pessoas têm de serem respeitadas, proibindo quaisquer formas de tráfico de pessoas.

Foi promulgado pelo direito brasileiro o Decreto 5.017/2004, o qual traz o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial de Mulheres e Crianças, o qual também foi adotado em Nova York em meados dos anos 2000.

O Protocolo Adicional trata do significado de “tráfico de pessoas” no seu artigo 3º, como:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou 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. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos (BRASIL, 2004).

De acordo com o Decreto citado, essa novidade trazida ao ordenamento brasileiro, tem como escopo conseguir prevenir, investigar e reprimir as infrações relacionadas ao tráfico de pessoas, sendo estas, de natureza transnacional e envolvendo grupo criminoso organizado, e ainda com o objetivo de proteger a vítima.

Essa caracterização foi uma ferramenta de grande importância para o enfrentamento desse crime, que tomou novos rumos e trouxe formas para que o aplicador do direito pudesse compreender e saber como identificar os diversos mecanismos utilizados pelos criminosos, mas somente ela não é suficiente, é necessário um conhecimento mais aprofundado do que leva as pessoas a se tornarem vítimas.

A Organização das Nações Unidas (ONU), também traz sobre o tráfico de pessoas:

Para a Organização das Nações Unidas, o tráfico humano é o pior desrespeito aos direitos inalienáveis da pessoa humana. Isso porque, por mais oprimido e ferido que qualquer pessoa esteja numa situação de abandono, assim mesmo ela continua a ter sua identidade pessoal. Já a vítima do tráfico humano é “coisificada”,

passada de pessoa à condição de mercadoria. Ela tem sua identidade humana desconstruída (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 32).

Há muitas situações favorecedoras à essa prática, como a globalização, a pobreza, oportunidades de trabalho escassas, a discriminação existente ao gênero, violência doméstica, a corrupção e envolvimento de funcionários públicos e ainda, a legislação precária, de acordo com a Organização Internacional Do Trabalho (2005).

Como explicitado, são muitas as causas existentes que levam ao tráfico, mas nenhuma menos importante que a outra, pois independentemente do motivo, todas contribuem para o aumento das vítimas.

De acordo com a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (2014), o Brasil é considerado porta de chegada e de partida de pessoas em busca de novas oportunidades, seja financeiramente ou socialmente, para que possa ter uma melhor qualidade vida. É caracterizado, também, como país de origem, onde muitas pessoas saem em busca de uma nova vida, e em menor grau, como local de trânsito e de destino de vítimas do tráfico de pessoas.

No Brasil, há uma extensa área de fronteiras, as quais fazem divisa com outros países latino-americanos, o que facilita tanto a "importação" quanto a "exportação" de pessoas para o tráfico. ONGs e autoridades policiais que trabalham nas regiões fronteiriças com a Bolívia, Paraguai, Uruguai, Peru ou Argentina, comentam sobre isso. Em algumas regiões, o que separa o Brasil de outro país é uma rua por onde a pessoa traficada pode ser facilmente carregada (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Independentemente do destino para qual os traficados serão levados, toda essa movimentação pode levar à necessidade de uma rede de pessoas, a qual prestará os mais variados serviços, colaborando para que cada etapa do tráfico se torne bem sucedida.

Muitas crianças e adolescentes do território brasileiro são levadas para os países vizinhos a fim de serem exploradas sexual e comercialmente, e o mesmo acontece no Brasil com crianças e adolescentes trazidas desses países. E onde muitas pessoas de outros países sul-americanos que são traficadas para Europa ou outras regiões, ficam um tempo esperando condições para poder viajar (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

O Brasil possui uma estrutura para a execução da Política Nacional, coordenada de forma tripartite entre o Ministério da Justiça, a Secretaria de Políticas para as Mulheres e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, onde

considera e respeita as políticas públicas que estão conectadas com o tráfico, para que assim haja fortalecimento para produzir os resultados esperados, sendo composta por Núcleos, Postos e Comitês:

Núcleos são órgãos executivos da Política Estadual, mas também são encarregados de desenvolver ações políticas e técnicas visando a execução da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Articulam-se com órgãos públicos e sociedade civil atuantes na área de combate ao tráfico e mantêm constante interlocução com as Polícias Federal e Estadual, fornecendo-lhes informações. Cabe-lhes, ainda, fazer o encaminhamento de vítimas para os abrigos, serviços de apoio psicológico e auxiliar no retorno ao local de origem.

Postos Avançados de Atendimento Humanizado ao Migrante representam estrutura de apoio e atendimento. Estão situados nos principais locais de entrada e saída do Brasil – aeroportos, portos e rodoviárias – com o objetivo de receber pessoas deportadas e não admitidas, oferecendo acolhimento humanizado por equipe multidisciplinar através de rede local.

O Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Conatrap) é um órgão criado e coordenado pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2014, p. 25).

Uma parte das vítimas é atraída a deixar sua casa e cidade em razão de necessidade, onde pode-se encaixar viver em uma família opressora e não ter liberdade, já outra parte vai em busca de novas experiências, como oportunidades de melhorar a vida financeira.

As mulheres estão em maioria quando traz à tona o assunto de pessoas traficadas e, apesar de não ser fácil distinguir exatamente o perfil de cada uma, levantamentos apontam para aquelas com idade entre 18 a 30 anos, vindas de classes socialmente pobres, com descendência afro e habitantes de periferias dos grandes centros urbanos e de interiores.

De acordo com estudos, ainda apresentam baixo nível de escolaridade e renda familiar, geralmente com filhos, onde exercem atividades com uma remuneração pequena, sem os direitos trabalhistas garantidos corretamente, e com pouca ou nenhuma possibilidade de ascensão no ramo trabalhado e melhoria das condições que

vive. Algumas profissões são consideradas mais visadas, como arrumadeiras, empregadas domésticas, cozinheira, auxiliar de serviços gerais, garçonetes, balconista de supermercados, vendedoras domiciliares e atendentes de lojas de roupas.

Em conjunto aos fatores exemplificados anteriormente, o histórico de violência, seja doméstica ou externa, pode contribuir para essa maioria das vítimas serem do sexo feminino e para a maior aceitação das ofertas, onde muitas vezes até a própria família incentiva, devido às promessas feitas.

Com base no que foi apresentado e discutido, há também as vítimas indiretas, sendo aquelas pessoas que sofrem consequências por serem próximas da vítima traficada, familiares ou amigos, que podem ser ameaçados ou sofrer violências e represálias pelas redes de tráfico – que é uma das diversas ferramentas para manter a vítima presa e submissa. E assim como as vítimas diretas, também devem receber ajuda e formas de proteção direcionadas a elas, e que quando vier a acontecer, os agressores não saiam impunes.

Quando se trata da relação aliciador e vítima, é importante que o aliciador esteja inserido dentro do contexto da pessoa a qual ele pretenda atingir. Como essas operações se caracterizam por ter ramificações em variados lugares, um bom nível de conhecimento colabora nas relações, pois se tem a oportunidade de explorar diversos mercados, e ainda ajuda no poder de convencimento.

De acordo com o Centro De Referência, Estudos e Ações Sobre Crianças e Adolescentes, o explorador pode ter acesso às vítimas e às redes de aliciamento, sendo capaz de constituir relações de poder, tirando proveito das situações de vulnerabilidade social em que muitas mulheres e crianças se encontram, onde é manifestado através da sedução, abuso de confiança, engano e mentira, tudo isso podendo levar ao chamado “consentimento induzido”.

A confiança é um item importante quando se refere à etapa do aliciamento, pois as vítimas podem conseguir vislumbrar que aquilo oferecido, pode se tornar realidade. Dessa forma, a aparência e o poder de convencimento estão unidos para que se consiga chegar ao resultado pretendido, que é fazer com o que as vítimas fiquem confiantes de que realmente dará certo.

Quando se fala sobre os agentes que participam dessa rede de tráfico para fins de exploração sexual, os quais costumam ser homens e mulheres maiores de 30 anos, de nacionalidade estrangeira, que financiam as operações em parceria com brasileiros, essas pessoas têm um nível de escolaridade alto, geralmente sendo empresários da área de shows, bar, cassino, salão de beleza, agência de turismo, onde muitas vezes

podem estar associados a vários tipos de negócios ilícitos, como tráfico de drogas, contrabando e lavagem de dinheiro.

Além das diversas causas que levam as pessoas a tornarem-se vítimas, outro ponto importante que contribui para o crescimento do tráfico de pessoas são as estratégias e ferramentas utilizadas pelos aliciadores para se aproximarem e atrai-las.

São muitas as formas de coação e controle que os traficantes recorrem para manter as vítimas rendidas, como o confisco e retenção de passaporte, isolamento do mundo exterior, servidão por dívida - como alimentação e hospedagem, a violência, ameaça de violência a própria vida e represália contra familiares.

Esta é uma realidade dura e invisível, e por isso muitos podem pensar que são acontecimentos espaçados no tempo, pois não é algo noticiado todos os dias e em todos os jornais, se tornando assim, um dilema pouco visto e discutido. Os aliciadores usam as vítimas, tirando proveito dos sonhos, mostrando que aquela outra vida é repleta de oportunidades. Dessa forma, situações como essa, fazem com que as pessoas fiquem deslumbradas e propícias a aceitarem as propostas oferecidas.

2. O COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL E O CRIME DO ART. 149-A DO CÓDIGO PENAL

Paralelamente ao conceito, causas e características, é importante que se estude e viabilize formas que possam ajudar no combate do crime analisado, e para tanto, é relevante que se faça um breve histórico, para que assim haja uma maior compreensão acerca da temática discutida.

Não há como definir o momento exato que se iniciou as ações de combate ao tráfico de pessoas, mas tem-se como um momento histórico importante, a condenação à escravidão dos negros, os quais eram objeto de comércio por meio de tráfico com destinação a trabalhos forçados em condições inumanas, onde a comunidade internacional condenou esse crime no Congresso de Viena (1815), e em conjunto, no Brasil (1888), foi abolida a escravidão, por meio da criação da Lei nº 3.353 (Lei Áurea), medidas estas que buscavam frear o tráfico de escravos.

Ações como estas, podem ter colaborado para que se iniciasse outras medidas, como o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (1904), firmado em Paris, o qual tornou-se Convenção no ano seguinte. Posteriormente, foram assinados outros documentos referentes ao tema, como a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Paris, 1910).

Anos depois, veio a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921); a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933); o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947), e ainda, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (Lake Success, 1949) (FERREIRA, 2017).

Trazendo para o Brasil, em 1950, também foram instituídos documentos que objetivavam coibir o tráfico, tais como a Convenção Para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (1921) e a Convenção Para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1933). Posto essa análise, é notável se ver a evolução legislativa acerca do assunto explanado.

De acordo com Ferreira (2017), para um primeiro momento, a preocupação era apenas a proteção de mulheres europeias, de maioria do leste europeu, sem definir o crime. Apenas a partir de 1910, que a preocupação foi abrangendo o conceito de tráfico e exploração da prostituição como crimes sujeitos a punição com pena privativa de liberdade. Conforme a legislação foi se desenvolvendo, a proteção englobou para além das mulheres, também as crianças e adolescentes.

Como comentado anteriormente, há o 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, que também estabelece definições e disposições para aplicação de medidas destinadas a prevenir, reprimir e punir o tráfico de pessoas.

O Protocolo objetiva a prevenção e combate do tráfico de pessoas, em atenção especial às mulheres e às crianças; proteção e ajuda às vítimas, respeitando os seus direitos humanos e promovendo a cooperação entre os Estados-Partes de forma a atingir esses objetivos. Conforme citado, contempla a definição de tráfico de pessoas em seu art. 3º e estabelece infrações a serem objeto de criminalização, prevenção, investigação e repressão, especialmente quando forem de natureza transnacional e quando envolverem grupo criminoso organizado (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Outras modificações precisaram também serem aprovadas, como o Decreto nº 5.948/2006, que aprovou a “Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas”. E recentemente entrou em vigor a Lei nº 13.344, resultado de um Projeto de Lei do Senado (PLS nº 479/2012), sancionada em 6 de outubro de 2016.

Tal proposta teve origem na Comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil, que funcionou no Senado entre 2011 e 2012. A nova lei federal prevê penas específicas e políticas de integração com diversas áreas, como a saúde, a cooperação internacional, os Direitos Humanos e o enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Verifica-se, já no art. 2º da lei, que o enfrentamento ao tráfico de pessoas atenderá a diversos princípios constitucionais e que está de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), preservando a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a proteção aos direitos humanos, a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência, além da não discriminação por motivos de gênero e a proteção integral da criança e do adolescente.

E ainda, dispôs medidas de atenção às vítimas e cominou penas a quem agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar 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 ou a qualquer tipo de servidão, adoção ilegal ou exploração sexual.

Quanto as alterações realizadas pela recente Lei, inovou-se na tipificação penal do tráfico de pessoas, com a revogação dos arts. 231 e 231-A do Estatuto Repressivo e a criação do art. 149-A:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminoso.

A mudança revela ao menos dois sinais nitidamente positivos, primeiro o deslocamento do tipo penal do antigo título dos crimes contra a dignidade sexual para os crimes contra a pessoa (crimes contra a liberdade individual), e incorporou as demais modalidades de tráfico de pessoa, propugnadas pelo Direito Internacional, para alcançar a comercialização de órgãos e tecidos humanos, a escravidão e a adoção ilegal (PROCURADOR DA REPÚBLICA NO ESTADO DO TOCANTINS, 2017).

Ressalta-se que o aliciamento, o agenciamento, a compra, o alojamento e o acolhimento de pessoas, aliados ao desígnio de encaminhá-las ao exterior, para qualquer das finalidades dos incisos I ao V, preenchem as elementares do art. 149-A do Estatuto Repressivo, que rejeitam quaisquer argumentos tendentes a refutar o seu caráter criminoso.

O Protocolo Adicional, reproduz ainda, acertado mecanismo para interpretação no que se refere à consumação e à tentativa. Enfatiza-se que o documento define como tráfico de pessoas – não como preparação ou fase dessa infração – o recrutamento, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas. Em tais hipóteses, não se deve cogitar de tentativa – ressalvados o recrutamento, aliciamento e compra, frustrados por circunstâncias alheias à vontade do agente –, tampouco de ato preparatório (PROCURADOR DA REPÚBLICA NO ESTADO DO TOCANTINS, 2017).

No plano processual penal, a Lei nº 13.344/2016 também acrescentou ao Código de Processo Penal (1941) dois artigos, 13-A e 13-B:

Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterá:

I - o nome da autoridade requisitante;

II - o número do inquérito policial; e

III - a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei;

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III - para períodos superior àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§ 3o Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§ 4o Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

Com base em todas as legislações expostas, entende-se que a agressão ao bem jurídico começa quando a esfera de individualidade da possível vítima é invadida pela ação do recrutador que pode agir através da violência, ameaça, fraude, abuso, visando levá-la para outro lugar, onde viria a ser explorada, e dessa forma, é importante que haja formas para combater e trazer de volta a singularidade e privacidade de pessoas que já foram vítimas.

3. A SÍNDROME PÓS-TRAUMÁTICA E A INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS

De acordo com Ladeia (2016), o combate ao tráfico de mulheres no Brasil encontra adversidades para que se torne eficaz. Alguns pontos como o silêncio dos familiares e das vítimas deportadas que se opõem a testemunhar, dificultam, por exemplo, a localização dos criminosos e sua condenação. As pessoas vitimadas se sentem abaladas psicologicamente e ainda, receosas quanto a represálias que possam afetar pessoas próximas, há também a vergonha e discriminação que muitas sofrem, o que pode ocasionar na decisão de não denunciar.

Partindo da esfera que as vítimas sofrem com danos psicológicos, pode-se trazer a chamada síndrome pós-traumática, que corresponde a um conjunto de sintomas, apresentados por pessoas submetidas a grandes ameaças e violências. O estrago produzido por tais experiências pode fazer com que as vítimas não compreendam a situação em que estão inseridas, e até negar que vivenciou certas situações.

Algumas reações são notadas em pessoas com experiências traumáticas, tais como:

Evitação: situação em que a vítima passa a se submeter a qualquer tipo de condição para evitar novas agressões e traumas, tais como a total obediência ao traficante, para evitar novas punições, e até mesmo a total dedicação ao trabalho de prostituição, por exemplo.

Identificação com o traficante: trata-se da conhecida síndrome de Estocolmo, na qual a vítima passa a enxergar o traficante de forma ruim e passa a sentir uma espécie de empatia por tal pessoa, se colocando em sua posição, adotando sua forma de pensar e etc. Tal estratégia dificulta a identificação dos criminosos, muitas vezes fazendo com que as vítimas recusem o resgate e qualquer tipo de cooperação com policiais e operadores do direito.

Desligamento: neste caso as vítimas já se encontram tão identificadas com seus traficantes que acabam por se desligar completamente de suas personalidades. Trata-se de uma estratégia de sobrevivência, de modo que muitas vezes a vítima torna-se apática e passiva em relação a seu próprio sofrimento (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2005).

A Declaração Universal dos Direitos do Humanos trouxe sobre a necessidade de proteção dos direitos, estabelecendo valores universais, princípios de direitos e liberdade adotados pelos países signatários a serem seguidos, traz no seu art. IV e V que "ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos" e "ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes".

A ratificação do Protocolo de Palermo (2004), de acordo com Ministério da Justiça (2013), trouxe ato introdutório para o enfrentamento do crime de tráfico de pessoas, mulheres e crianças, que induziu o planejamento e implementação de ações e políticas públicas focadas em três eixos (prevenção, repressão e atendimento às vítimas), sendo apontado como transformador e fundamental instrumento juridicamente relacionado no combate a esse ilícito transnacional. Em seu art. 10, é tratado a cooperação entre os estados através dos serviços de imigração ou outros serviços dos Estados Partes.

É preciso enfatizar também, o papel das ONGS locais e transnacionais na prevenção e conscientização contra o tráfico de mulheres, onde há uma assistência para as vítimas, sendo auxiliadas com comida, alojamento, tratamentos psicológicos e de doenças sexualmente transmissíveis, além de acolhimento jurídico. Essa forma de ajuda está mais próxima da realidade das vítimas, sendo prestado ali, o primeiro amparo, para posteriormente, serem direcionadas ao ambiente jurídico (LADEIA, 2016).

O Brasil iniciou sua trajetória no combate a esse tipo de crime ao efetivar uma cooperação técnica internacional, assinada entre a Secretaria Nacional de Justiça e o Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). Partindo de 2002, com a divulgação do Pestraf, como já comentado, a real situação veio à tona, pois a pesquisa revelou diversos aspectos do tráfico de pessoas no país, como a identificação de rotas, questões de gênero e raça, como a exclusão econômica e social contribuem, e ainda, condições de vulnerabilidade que tornam as pessoas presas fáceis das redes de tráfico e exploração sexual.

O UNODC apoia o Estado Brasileiro no cumprimento das obrigações assumidas ao ratificar a Convenção da ONU contra o Crime Organizado, em seus três Protocolos (contra o Tráfico de Seres Humanos, contra o Contrabando de Migrantes e contra o Tráfico de Armas) e a Convenção da ONU sobre Corrupção. O Escritório no Brasil está concentrado na cooperação regional e inter-regional, com ênfase em promover a colaboração e o diálogo com outros países, através de ações do governo brasileiro com a sociedade civil e as empresas.

No que tange a obrigatoriedade dos Estados no cumprimento dos tratados e convenções que trazem consigo força normativa, "o que o Estado faz é reconhecer por meio de normas jurídicas, a sua obrigatoriedade, tanto no plano interno, como no plano internacional". Portanto, ao legitimar instrumentos internacionais, os sujeitos de direito internacional obrigam-se ao conteúdo acordado, conforme orienta a Convenção de Viena (1969) no seu artigo 26, "todo o tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas cumprido de boa-fé" (LADEIA, 2016).

A aprovação do Protocolo de Palermo (2004), desencadeou a aprovação da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, em 2006, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o combate ao crime, com o esforço dos órgãos públicos e da sociedade civil. Para se concretizar às diretrizes dessa Política, foi aprovado o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), pelo Decreto 6.347, de 8 de janeiro de 2008, com metas concretas para a atuação do estado Brasileiro num determinado tempo. Ambos os documentos passaram a exigir uma ação integrada

entre os diversos Ministérios, além da cooperação com outros poderes, entes federados e sociedade civil.

Decorrido alguns anos, foi constituído o GTI (Grupo de Trabalho Interministerial), pela Portaria MJ 1.239/2011, sob a liderança da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, onde gerou de início, a metodologia de elaboração do II PNETP, que incluiu espaços de participação social e de discussão entre os organismos governamentais e não governamentais (cartilha, p. 228), sendo o mesmo aprovado pela Portaria Interministerial 634/2013. O II Plano foi o marco do segundo ciclo de políticas públicas brasileiras para enfrentar do Tráfico de Pessoas.

Em 2018, com a eleição de um novo grupo de representantes para o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONATRAP), se iniciou um novo ciclo de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil, tendo a aprovação do III PNETP. Agregando valor ao II Plano (2013-2016), quando a realidade do tráfico foi conhecida; o III Plano (2018-2022) também se origina de uma ampla construção coletiva (GOVERNO FEDERAL, [2018]).

Assim, esse novo ciclo, se apresenta como uma oportunidade para conquistas adicionais nos campos da gestão da política, gestão da informação, na articulação e na integração de programas, e ainda reforça a necessidade de continuar capacitando as pessoas que auxiliam as vítimas, na sensibilização das opiniões públicas, na prevenção ao tráfico, na proteção das vítimas e na responsabilização e incriminação dos agressores.

Para o monitoramento e avaliação do III Plano, foi instituído o Grupo Interministerial de Monitoramento e Avaliação (GI/III Plano), por meio do Decreto nº 9.796/ 2019. Foi integrado pelos seguintes órgãos:

- I - Ministério da Justiça e Segurança Pública;
- II - Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos;
- III - Ministério das Relações Exteriores;
- IV - Ministério da Economia;
- V - Ministério da Educação;
- VI - Ministério da Cidadania;
- VII - Ministério da Saúde; e

VIII - Defensoria Pública da União.

Compete ao Grupo:

- 1) Monitorar e avaliar a execução do III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas;
- 2) Propor ajustes na definição da prioridade para a implementação das suas metas; e
- 3) Produzir e enviar relatórios de progresso sobre a implementação das metas sob sua responsabilidade, semestralmente, à sua Secretaria-Executiva.

Todo esse monitoramento acerca do tráfico, pode ajudar a evitar o chamado retráfico ou revitimização, pois muitas das vítimas, quando retornam da situação de exploração, não são tratadas da forma correta, as vezes sem apoio das autoridades na comprovação da violência sofrida, o que pode vir a causar maiores danos. Sendo assim, o acompanhamento por meio desses Planos, é de suma importância.

CONCLUSÃO

Quanto ao entendimento do fenômeno do tráfico de mulheres e sua abordagem que trata do aliciador, vítima, causas, meios do tráfico, legislações nacionais e internacionais, discriminação com o gênero, economia e cooperação internacional, é visto como fundamental para o seu enfrentamento.

A prevenção pode ser considerada como uma das maneiras mais eficazes no combate a esse ilícito e para isso, a confecção de ações que auxiliem essas vítimas a entrarem novamente no papel de auxiliar a produção do país, com todos os seus direitos trabalhistas e de acordo com os direitos humanos, seria de grande valia, pois auxiliaria, não só a parte financeira, como também a psicológica.

Todos esses instrumentos, sejam internacionais, tratados, protocolos ou convenções, estabelecem importantes mecanismos para esse combate ao tráfico. O fortalecimento dos laços entre os estados nas comunidades internacionais é relevante, visto que havendo respeito pelos direitos humanos internamente, transmite-se também externamente. Assim, os estados necessitam fortalecer essas políticas em defesa dos direitos humanos e combate ao tráfico, para que sirva de garantia para uma vida digna e sem violência, e com liberdade.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Taís Caroline Pinto Teixeira. Tráfico de pessoas: os aspectos jurídico-sociais da mercantilização da vida: função política do direito. **Tráfico de pessoas**, [s. /], 2014. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/5549-tais-caroline-pinto-teixeira-antunes/file>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 46.981, de 8 de outubro de 1959**. Promulga, com o respectivo Protocolo Final, a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio, concluída em Lake Success Nova York, em 21 de março de 1950, e assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951. [S. /], 1959. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D46981.htm>. Acesso em: 5 out. 2020.

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. [S. I.], 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o 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. [S. I.], 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 5 out. 2020.

CENTRO DE REFERÊNCIA, ESTUDOS E AÇÕES SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES - CECRIA (Brasil). Maria Lúcia P. Leal e Maria de Fátima P. Leal (org.). **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no brasil: relatório nacional**. Brasília: [s. n.], 2002. 280 p. ISBN 85-7062-364-x. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/documento/pesquisa-sobre-traffic-de-mulheres-criancas-e-adolescentes-para-fins-de-exploracao-sexual>>. Acesso em: 4 out. 2020.

FUNDAÇÃO CONTRA O TRÁFICO DE MULHERES (Holanda); GRUPO JURÍDICO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (Estados Unidos); ALIANÇA GLOBAL CONTRA O TRÁFICO DE MULHERES (Tailândia). **Padrões de direitos humanos para o tratamento de pessoas traficadas**. 3. ed. [S. l.: s. n.], 1999. 16 p. ISBN 974-87025-6-1. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/traficoseres/padroes_pessoas_traficadas.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

FERREIRA, Micaela Amorim. **Tráfico De Pessoas Como Problema Internacional E Panorama Legislativo De Combate. Tráfico de Pessoas: Coletânea De Artigos**, Brasília, v. 2, p. 30-31, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/003_17_coletanea_de_artigos_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

GOVERNO FEDERAL (Brasil). Ministério da Justiça e Segurança Pública. **III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. [S. /], [2018]. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/coletanea-de-instrumentos-de-enfrentamento-ao-trafico-de-pessoas>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

LADEIA, Ansyse Cynara Teixeira. Tráfico Internacional De Mulheres E Seu Enfrentamento No Âmbito Nacional E Internacional. *In*: LADEIA, Ansyse Cynara Teixeira. **Tráfico internacional de mulheres e seu enfrentamento no âmbito nacional e internacional**. Orientador: Gustavo Adolfo Menezes Vieira. 2016. Artigo científico (Graduação) - Direito na Faculdade Ruy Barbosa, Campus Rio Vermelho, Bahia, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pesquisa/trafico-internacional-de-mulheres-e-seu-enfrentamento-no-ambito-nacional-e-internacional>>. Acesso em: 1 mar. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial** (arts. 121 a 212). 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Método, 2019. 711 p. v. 2. ISBN 978-85-3098-413-7.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Brasil). Daniela Muscari Scacchetti et al, (org.). **Tráfico de Pessoas: Uma Abordagem Para Os Direitos Humanos**. 1. ed. Brasília: [s. n.], 2013. 576 p. ISBN 978-85-85820-56-5. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 4 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT (Brasil). Claudia Sérvulo da Cunha Dias (coord.). **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. 1. ed. Brasília: [s. n.], 2005. 80 p. ISBN 92-2-817384-X. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/Trafico_de_Pessoas/trafico_div/trafico%20de%20pessoas%20para%20fins%20de%20exploracao%20sexual.pdf>. Acesso em: 4 out. 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CASA CIVIL. **Decreto Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CASA CIVIL. **Decreto Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Promulga o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO (Brasil). Nilce Cunha Rodrigues (coord.). **Diálogos da Cidadania: Tráfico de Pessoas: conhecer para se proteger**. [S. l.: s. n.], 2014. 48 p. v. Único. Disponível em: <<http://si.ippdh.mercosur.int/si/web/uploads/cartilha-traffic-de-pessoas-nov2014.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

PROCURADOR DA REPÚBLICA NO ESTADO DO TOCANTINS (TO). George Neves Lodder. **Os Meios Para Obtenção Do Consentimento Da Vítima E A Punição Ao Tráfico De Pessoas No Art. 149-A Do Código Penal. Tráfico de Pessoas: COLETÂNEA DE ARTIGOS**, Brasília, v. 2, p. 150-164, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/003_17_coletanea_de_artigos_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

GIOVANNA LIMA DOS SANTOS:
bacharelanda em Direito do Centro
Universitário Católica do Tocantins.

AIRTON ALOISIO SCHUTZ¹³

(orientador)

Resumo: A alienação Parental foi regulamentada no Brasil com a Lei Federal nº 12.318/2010, que prevê de forma clara o conceito, condutas e punições para a prática de Alienação Parental. A referida lei diz que quando for caracterizada situações de alienação parental, o magistrado poderá responsabilizar civilmente o genitor alienador. Trata-se de pesquisa bibliográfica que compreende e analisa as possibilidades de responsabilização por danos morais sofridos pelo genitor nos casos em que se configura a alienação parental. A abordagem qualitativa possibilita relacionar alienação parental com a responsabilização por danos morais. Através da técnica documental com respaldo na lei compreenderemos a intenção do legislador ao tratar do instituto da responsabilidade civil e da alienação parental. Os instrumentos de dados de coletas a serem utilizados nesta pesquisa são a pesquisa documental e a revisão da literatura, pois a partir de obras já produzidas é possível entrar em acordo com os doutrinadores ou, por meio de novos questionamentos, trazer um novo posicionamento sobre o tema.

¹³ Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, na linha de pesquisa: "Novos paradigmas do direito privado no Estado Democrático do Direito", em 2017, cujo título da tese é: Biopolítica versus Função Social da Propriedade de Imóvel Urbano: uma alternativa à governamentalidade"; Pós graduação *latu sensu* em Processo Civil pela UCS - Universidade de Caxias do Sul - RS; pós graduação *latu sensu* em psicopedagogia pelo Instituto Imaculada Conceição de Viamão - RS; graduação em Direito pela UNITAU - Universidade de Taubaté - SP; graduação em Estudos Sociais, pela FEBE - Fundação Educacional de Brusque - SC; lecionou na Unitins - Universidade do Tocantins - Palmas, nos anos de 2000 a 2004, no curso de Direito; Lecionou de 2004 a 2009 no Centro Universitário Luterano de Palmas - TO, no curso de Direito; leciona na Faculdade Católica do Tocantins desde 2008 até os atuais dias, no curso de Direito. Desde 2017 Também leciona na Universidade do Tocantins - UNITINS, no Curso de Direito. É advogado militante no Estado do Tocantins desde 1997, especialmente nas áreas Trabalhista e Civil, com escritórios profissionais nas cidades de Porto Nacional e Palmas. Em 2018 publicou a obra "Direito, Biopolítica e Governamentalidade no Brasil". Foi Procurador dos Municípios de Brejinho de Nazaré, Fátima, Mateiros e Porto Nacional (todos localizados no TO), entre os anos de 1998 a 2012.

Palavras-chave: Alienação Parental. Danos morais. Responsabilização.

Abstract: Parental alienation was regulated in Brazil with federal Law No. 12,318 / 2010, which clearly provides for the concept, conducts and punishments for the practice of Parental Alienation. The said law says that when situations of parental alienation are characterized, the magistrate may hold the alienating parent civilly liable. This is a bibliographic research that understands and analyzes the possibilities of liability for moral damages suffered by the parent in cases where parental alienation is configured. The qualitative approach makes it possible to relate parental alienation with liability for moral damages. Through the documentary technique supported by the law, we will understand the intention of the legislator when dealing with the institute of civil liability and parental alienation. The data collection instruments to be used in this research are, the documentary research and the literature review, since, based on works already produced, it is possible to enter into an agreement with the doctrinators or, through new questions, bring a new position on the theme.

Keywords: Parental Alienation. Moral damages. Accountability.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 3 ALIENAÇÃO PARENTAL E A LEI FEDERAL 12.318/2010. 4 RESPONSABILIDADE CIVIL. 4.1 Conceito. 4.2 Espécies. 4.3 Pressupostos. 5 DANO MORAL. 6 APLICAÇÃO DO DANO MORAL NA ALIENAÇÃO PARENTAL. 7 CONCLUSÃO. 8 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A alienação parental é tratada na Lei Federal 12.318/2010; o surgimento da lei se deu como forma de proteger o genitor alienado e a criança ou adolescente, alvo de uma interferência na formação psicológica, causada pelo outro genitor ou por qualquer outra pessoa que possua sua guarda.

Como forma de inibir e atenuar os efeitos da alienação parental a Lei 12.318/2010 trata de instrumentos processuais que podem ser aplicados ao alienador, quando for constatada a prática de atos alienatórios ou de condutas que dificultem a convivência da criança ou adolescente com o genitor alienado, sem prejuízos de outras sanções. Um dos instrumentos processuais abordados pela Lei é a responsabilidade civil por danos morais.

Portanto, será analisada a relação entre a alienação parental e a responsabilização por danos morais impostas ao genitor alienador nas situações em que se configuram a alienação parental. Para isto, será abordado o conceito de alienação parental, a forma que ela é regulamentada no ordenamento jurídico

brasileiro, suas condutas caracterizadoras e os instrumentos processuais usados para inibir e atenuar a prática.

Diante da necessidade de entender a aplicação da responsabilização por danos morais, será tratado o conceito, espécies e pressupostos da responsabilidade civil, bem como será elaborado um estudo mais aprofundado sobre o dano moral e sua aplicação na alienação parental.

Por meio da pesquisa bibliográfica, da abordagem qualitativa, do método de revisão da literatura específica e análise documental, o trabalho objetiva analisar compensação por danos morais sofridas pelo genitor alienado nos casos em que se configura a alienação parental.

2 CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Síndrome de Alienação Parental foi um termo proposto pela primeira vez em 1985 por um especialista em psiquiatria infantil, Richard Gardner, que conceituou Síndrome de Alienação Parental como um distúrbio da infância que na maioria das vezes aparece em um contexto de disputa de custódia de crianças; a síndrome consiste em uma campanha de desqualificação feita pela própria criança juntamente com o genitor alienador para rejeitar e odiar o genitor-alvo sem que haja nenhuma justificativa (GARDNER, 2002)

Dentre os indícios que configuram a Síndrome de Alienação Parental, a participação de crianças e adolescentes nas campanhas de desqualificação da imagem do outro genitor é um fator determinante. O termo "síndrome" se justifica pela quantidade de sintomas que as crianças e adolescentes vítimas da síndrome de alienação parental apresentam (MADALENO; MADALENO, 2018).

A alienação Parental foi regulamentada no Brasil com a Lei Federal nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que prevê de forma clara o conceito, condutas e punições para a prática de Alienação Parental. Segundo Maria Berenice Dias (2010) apesar de a prática de Alienação Parental ter sido regulada no Brasil em 2010, os tribunais brasileiros já lidavam com a problemática há muito tempo, pois usar filhos como um instrumento de vingança após o término da vida conjugal não é uma novidade, "O filho é programado para odiar e acaba aceitando como verdadeiras as falsas memórias que lhe são implantadas. Assim afasta-se de quem ama e de quem também o ama" 14.

14 DIAS, Maria Berenice. **ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA NOVA LEI PARA UM VELHO PROBLEMA**. 2010.

Dessa forma, o ato de Alienação Parental é definido no ordenamento jurídico como uma interferência na formação psicológica da criança ou adolescente por quem possui sua autoridade, vigilância ou guarda. De acordo com o artigo 2º da Lei Federal nº 12.318, de 26 de agosto de 2010:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.¹⁵

De maneira geral, a lei assegura que os atos de alienação não são praticados apenas por genitores, “mas sim qualquer pessoa que detenha alguma autoridade sobre a criança ou adolescente, sendo parente ou não, mas desde que o façam com o intuito de atingir um dos genitores em benefício do outro” ¹⁶.

De acordo com Euclides de Oliveira (2016) nas situações de alienação parental, pode-se distinguir o polo ativo e o polo passivo. No polo ativo encontra-se o alienador, que pode ser um dos genitores ou parentes próximos envolvidos, e no polo passivo encontra-se o alienado “que por sua vez se desdobra por abranger o filho excluído e, também, o genitor colocado em situação de escanteio, além de, possivelmente, outros parentes que se situem do seu lado” ¹⁷.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL E A LEI FEDERAL 12.318/2010

Para esclarecer questionamentos sobre atos que se configuram a prática de alienação parental, a lei dispõe em um rol exemplificativo condutas que são consideradas alienadoras. De acordo com o parágrafo único do artigo 2º da lei de Alienação Parental:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta

15 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: Câmara dos deputados, 2010.

16 LÔBO, Paulo. **DIREITO CIVIL**: famílias. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 187.

17 OLIVEIRA, Euclides de. **GUARDA UNILATERAL**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 287.

do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.¹⁸

Além das condutas expostas, a Lei prevê a possibilidade de outros comportamentos serem considerados atos de alienação parental; analisando as peculiaridades de cada caso concreto, os atos serão identificados pelo juiz ou constatadas em perícia.

Portanto, não é qualquer conduta que caracteriza a alienação parental, é necessário que se comprove a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, ou prejuízo na convivência e nas relações afetivas com o outro genitor e seu grupo familiar. Comentários negativos de um genitor ao outro, em momentos de raiva ou ressentimento, feitos ao filho, nem sempre provocam tal efeito na formação psicológica, que são variáveis de pessoa a pessoa. (LÔBO, 2014)

Tratando dos efeitos causados pela alienação parental, o artigo 3º da lei 12318/2010 traz expressamente que a prática de alienação parental fere o direito fundamental de convivência familiar saudável da criança ou adolescente, já que a prática prejudica a formação de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar. Também constitui abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento de deveres inerentes à autoridade parental ou inerentes de tutela ou guarda.

De acordo com o artigo 4º, medidas processuais devem ser aplicadas quando houver indícios de alienação parental:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual,

¹⁸ 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: Câmara dos deputados, 2010.

em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.¹⁹

Além de garantir a tramitação prioritária nos processos que envolvam alienação parental, o legislador esclarece que o juiz pode agir a requerimento ou de ofício nesses casos, para que haja proteção da integridade de criança ou adolescente envolvido. Com o intuito de garantir a mínima convivência familiar o juiz também pode permitir ao genitor e a criança ou adolescente as visitas assistidas, desde que não haja iminente risco de prejuízos psicológicos e físicos à criança e adolescente.

Segundo Madaleno e Madaleno, quando se trata de impedir os atos de alienação parental o artigo 4º é "imprescindível, para o sucesso e preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, a ocorrência de uma rápida, segura e enérgica intervenção do Poder Judiciário quando alertado da existência de indícios de alienação parental"²⁰.

Tratando de instrumentos processuais que podem ser aplicados ao alienador, quando for constatado a prática do ilícito ou qualquer conduta que dificulte a convivência do menor com o genitor alienado, o art. 6º da Lei traz as medidas utilizadas para inibir ou atenuar a prática de alienação parental.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente

19 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: Câmara dos deputados, 2010.

20 MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**, a importância de sua detecção, seus aspectos legais e processuais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 104.

responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.²¹

As sanções explicitas na Lei da Alienação Parental é exemplificativa e não se consitui em *numerus clausus*, e o juízo deve aplicar a melhor solução para o caso concreto (VENOSA, 2013). O autor ainda traz a possibilidade de tais medidas serem aplicadas cumulativamente para que a medida se torne mais eficaz. A Lei traz um rol de instrumentos processuais bastante amplo, mas durante essa pesquisa iremos nos aprofundar na responsabilidade civil por danos morais.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Conceito

O termo responsabilidade tem sua origem na palavra latina *respondere*, que tem como significado garantir a restituição, compensação, ou ressarcimento do bem danificado (GONÇALVES, 2012). A expressão responsabilidade pode ser utilizada em qualquer situação na qual alguma pessoa deva arcar com consequências de uma ação, fato ou negócio danoso (VENOSA, 2013).

A responsabilidade civil pode ser definida como a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar um dano, patrimonial ou extrapatrimonial, sofrido por um terceiro. Sendo que a causa do dano decorre de um ato praticado por essa pessoa,

21 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: Câmara dos deputados, 2010

por alguém por quem ela responde, por alguma coisa pertencente à pessoa, ou ainda, por simples imposição legal (DINIZ, 2003).

É um instrumento criado para exercer algumas funções, como a reparatória que objetiva o reestabelecimento do equilíbrio após a ocorrência do dano, retornando à situação inicial por intermédio da restauração específica da condição anterior ou da indenização pecuniária, a função punitiva que, visa desestimular a prática de comportamentos reprováveis através da aplicação de penas cíveis (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017).

4.2 Espécies

Segundo Cavalieri Filho, a depender da qualidade da violação, o dever jurídico pode ter como fonte uma relação de obrigação preexistente, ou pode ter como causa uma obrigação imposta por princípio do direito ou lei. Baseada nesse pensamento, a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Nesse sentido o doutrinador esclarece:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.²²

Portanto, o que difere a responsabilidade civil contratual e extracontratual é que a primeira necessita da presença de um dever proveniente de um contrato, ou seja, um dever jurídico preexistente, já a segunda tem como fonte o dever jurídico derivado de lei ou do ordenamento jurídico.

Definindo a culpa como elemento essencial ou não, a responsabilidade civil será subjetiva ou objetiva. Quando a culpa for um elemento essencial para que haja o dever de reparar ou compensar o dano, a responsabilidade civil será de natureza subjetiva. Porém quando não for relevante discutir sobre a existência ou não de culpa para configurar o dano indenizável a responsabilidade será de natureza objetiva. (GONÇALVES, 2012)

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 16.

O Código Civil de 2002 regula em casos especiais a teoria da responsabilidade objetiva, por exemplo, o art. 927 parágrafo único "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"²³. Porém, tem como regra a teoria subjetiva que se faz presente no 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"²⁴, na qual se faz necessária a presença de dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2012)

4.3 Pressupostos

Para tratar dos pressupostos da responsabilidade civil é necessário analisar o Código Civil em seus artigos 186 e 927:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo²⁵

Os artigos acima trazem a ideia de quais são os pressupostos para que se configure a responsabilidade civil, sendo eles a conduta humana, o dano, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado causado à vítima. Além disso, na responsabilidade civil subjetiva é necessária a presença do elemento culpa.

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil é a conduta, e apesar de o artigo 186 código civil trazer expressamente "ação ou omissão", usa-se o termo "conduta" pois abrange as duas formas de exteriorização da conduta humana. São elas: a ação, definida como como um comportamento positivo, e a omissão, definida como a abstenção de uma conduta devida, ou seja, uma conduta negativa. É possível conceituar a conduta como o comportamento humano voluntário que se manifesta através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A vontade é o

23 BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Civil. Brasília. 11 jan. 2002.

24 BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília. 11 jan. 2002.

25 BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília. 11 jan. 2002.

aspecto subjetivo, psicológico da conduta, e a ação ou omissão seu aspecto objetivo ou físico. (CAVALIERI FILHO, 2012)

O artigo 186 do Código Civil, diz que comete ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem. Ou seja, o ato ilícito irá gerar responsabilidade civil se for lesivo.

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, sendo um elemento imprescindível para que haja o dever de indenizar (GONÇALVES, 2012). O nexo causal é a ligação entre a conduta e o resultado e, nesse sentido, Cavalieri Filho explica:

É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta; e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.²⁶

É o nexo de causalidade que possibilita definir quem foi o causador do dano, e cabe ao juiz uma avaliação de cada caso para eliminar quais fatos foram irrelevantes para a efetivação do dano, a causa será aquela que sem ela o dano não iria ocorrer. (CAVALIERI FILHO, 2012)

Outro pressuposto da responsabilidade civil é o dano; não haveria o dever de indenizar sem ele, pois a obrigação de indenizar só acontece quando o ato ilícito causa dano a alguém. É necessária uma consequência lesiva ao patrimônio econômico ou moral para que seja possível a reparação. O dano é conceituado como, a subtração ou diminuição de um bem jurídico de qualquer natureza. Pode se tratar de um bem patrimonial ou de um bem que faz parte da própria personalidade da vítima, como a honra, a imagem e a liberdade. Dessa forma, o dano é a lesão de um bem jurídico, seja ele patrimonial ou moral. (CAVALIERI FILHO, 2012)

Portanto, o dano patrimonial, também chamado de dano material, atinge o patrimônio da vítima e é passível de avaliação pecuniária; esse tipo de dano pode ser reparado mediante restauração natural, restituição específica da situação anterior à lesão, por algo equivalente ou indenização pecuniária (CAVALIERI FILHO 2012). Em

26 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

contrapartida, o dano moral, também conhecido como dano extrapatrimonial é aquele que fere o ofendido como pessoa e não seu patrimônio (GONÇALVES 2012).

Como já foi mencionado anteriormente, a responsabilidade subjetiva tem como pressuposto a culpa, que pode ser dividida em culpa lato sensu (dolo) e stricto sensu. A primeira configura-se quando o dano causado pelo ofensor é feito de forma voluntária, ou seja, é presente a vontade de cometer o dano, já a segunda ocorre quando o ofensor age com imprudência, negligência ou imperícia, não havendo vontade de cometer o ato ilícito (GONÇALVES, 2012).

5 DANO MORAL

Dada a relevância da pesquisa, é necessário aprofundar-se no dano moral, que em relação à nomenclatura do instituto a doutrina traz como sinônimos as expressões “dano moral” e “dano extrapatrimonial” (CAVALIERI FILHO, 2015).

Carlos Roberto Gonçalves (2012) conceitua o dano moral como sendo aquele que atinge o ofendido como pessoa e não o seu patrimônio. Para o autor a dor, angústia, desgosto, aflição espiritual ou a humilhação que a vítima sofre não é o dano moral e sim suas consequências. Nesse sentido Cavalieri Filho explica:

o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor; vexame, sofrimento, assim como pode haver dor; vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor; vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.²⁷

O dano moral está diretamente ligado aos direitos da personalidade, pois ele afeta o psicológico, o moral e o intelectual da vítima e por isso é muito difícil estabelecer uma compensação justa pelo dano causado. Porém, não é qualquer situação que pode acarretar a indenização por danos morais, e por isso cabe ao magistrado uma análise minuciosa de cada caso (VENOSA,2013).

No que se refere à configuração do dano moral, os doutrinadores entendem que as hipóteses previstas na Constituição brasileira são exemplificativas, e que o julgador deve se basear nelas para evitar que pequenos incômodos e desprazeres do

27 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.89.

cotidiano sejam considerados indenizáveis. Nesse sentido a Constituição no art. 5º, inciso V, garante a indenização por dano moral, e no inciso X que declara inviolável “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Também no art. 1º inciso III que traz como fundamento do Estado Democrático a “dignidade da pessoa humana”. (GONÇALVES, 2012)

Por estar diretamente ligado aos direitos da personalidade, o dano moral dispensa prova em concreto, salvo em casos especiais como os de natureza contratual (GONÇALVES, 2012). Segundo Cavalieri Filho, a prova do dano moral não pode se utilizar dos mesmos meios de comprovação que o dano material, pois seria impossível exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza e a humilhação que está sentindo por meio de provas documentais ou perícia; portanto, o dano moral decorre da gravidade do ato ilícito em si.

o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está in re ipsa; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.²⁸

Atualmente, temos o entendimento que a indenização por dano moral representa uma compensação para vítima, ou seja, um consolo, uma forma de atenuar o dano sofrido. Para o ofensor tem caráter punitivo, pois atua como uma sanção, desestimulando o ofensor a voltar a praticar os atos lesivos à personalidade de outrem (Gonçalves 2012).

6 APLICAÇÃO DO DANO MORAL NA ALIENAÇÃO PARENTAL

A lei 12.318/2010 em seu art. 6º, prevê expressamente, que quando forem caracterizadas situações de alienação parental, o magistrado poderá responsabilizar civilmente o genitor alienador, sem prejuízos de outras sanções que podem ser usadas

28 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.97.

para atenuar os danos decorrentes da alienação. Portanto o genitor alienador pode ser responsabilizado por seus atos alienatórios, tanto por ter previsão legal quanto por possuir elementos caracterizadores da responsabilidade. Segundo Douglas Phillips Freitas.

a prática de conduta alienadora, além de ilícita, é culpável de forma ativa, geradora de dano e, por constituir os elementos mínimos e necessários para configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, impõe o dever, do alienador, em compensar o alienado (genitor e até mesmo o menor) moralmente dos danos causados por sua conduta.²⁹

Ao reconhecer a existência de danos decorrentes da alienação parental, os direitos relacionados à saúde emocional e psicológica, à convivência familiar e social da criança e adolescente e do genitor alienado, são claramente prejudicados. Dessa forma, tem-se a necessidade de indenizar. A indenização por dano moral ou material tem especial referência na Lei de Alienação Parental, diante dos prejuízos de ordem patrimonial e extrapatrimonial causadas pela injustificada alienação dos filhos ao outro progenitor. (MADALENO, MADALENO 2018)

Sabe-se que a responsabilidade civil é uma obrigação que decorre de um descumprimento de um dever jurídico. Tal descumprimento é responsável por causar danos a outrem, e por isso deve haver reparação. Portanto, configura-se o dano moral quando há lesão de direitos da personalidade como imagem, honra e liberdade (RIZZARDO, 2015).

Dentre as suas classificações, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. Ao tratar de alienação parental, a natureza jurídica da norma violada será extracontratual. Pois, na maioria das vezes acontece em um contexto de dissolução da sociedade conjugal na qual não há um contrato obrigando as partes.

Em relação à necessidade ou não de compreender a culpa como um elemento essencial, importará para a alienação parental a responsabilidade subjetiva. Pois, é a regra adotada no Código Civil e o genitor alienador age de maneira intencionada, praticando uma conduta voluntária e comissiva (MADALENO; MADALENO, 2018).

²⁹ FREITAS, Douglas P. ALIENAÇÃO PARENTAL: Comentários à Lei 12.318/2010. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. s/p.

Portanto, no que tange à alienação parental, a responsabilidade será extracontratual e de natureza subjetiva.

Como já foi dito anteriormente, para a configuração da responsabilidade civil subjetiva, é necessário que haja a presença de seus pressupostos; a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa do agente.

Dessa forma, o primeiro pressuposto está presente no rol exemplificativo do artigo 2º da Lei de Alienação Parental juntamente com atos considerados alienatórios pelo juiz ou constatados em perícia. Tais condutas praticadas pelo genitor alienador são lesivas, ilícitas, e prejudicam diretamente o direito de convivência familiar da criança ou adolescente, além de gerar danos a honra e a personalidade do genitor alienado.

São claros os danos psicológicos causados ao menor e ao genitor alienado. Através de calúnias e difamações, o alienador pode gerar dor e sofrimento à vítima, trazendo consequências que podem ser irreversíveis. O genitor alienado também pode sofrer danos materiais advindos de despesas processuais, gastos com psicólogos, psiquiatras, procuradores e entre outros (MADALENO; MADALENO, 2018). Logo, pode se fazer presente tanto o dano extrapatrimonial quanto o patrimonial.

Com a perícia pode ser comprovado o nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano sofrido. Segundo Madaleno e Madaleno 2018, "o dano moral reclama a demonstração do nexo causal entre a atitude do alienante e os prejuízos morais, por abalo psíquico sofrido pelo progenitor alienado e pela criança ou o adolescente"³⁰. Por fim, a culpa lato sensu, que inclui o dolo, o qual está presente na voluntariedade do alienador ao tentar interferir no convívio do outro genitor com a criança ou adolescente.

Portanto, não há dúvidas em relação a gravidade da postura ilícita daquele que pratica alienação parental, preenchendo todos os pressupostos necessários para que haja a responsabilização por danos morais (FREITAS, 2014). Existe um descumprimento de um dever jurídico, portanto, é necessária e salutar a compensação.

7 CONCLUSÃO

Procurou, a pesquisa em questão, analisar compensação por danos morais sofridos pelo genitor nos casos em que se configura a alienação parental. Verificou-se

30 MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL, a importância de sua detecção, seus aspectos legais e processuais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

que de acordo com a Lei 12.318/2010 a Alienação Parental é definida como uma interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, por quem possui sua autoridade, vigilância ou guarda. Com a intenção de desprezar o genitor ou causar prejuízos a manutenção de vínculos entre eles.

São consideradas alienação parental condutas como realizar campanhas de desqualificação do genitor, dificultar o exercício da autoridade parental e o contato da criança ou adolescente com o genitor, dificultar o exercício do direito de convivência familiar, omitir do genitor alienado informações pessoais importantes sobre a criança ou adolescente, usar de falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós com o intuito de dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente. E outros comportamentos que poderão ser identificados pelo juiz a depender do caso concreto.

Como forma de inibir e atenuar os efeitos da alienação parental a Lei 12.318/2010, trouxe instrumentos processuais que podem ser aplicadas ao alienador quando for detectado a prática de atos alienatórios sem prejuízo de outras sanções, um deles é a aplicação da responsabilidade civil.

Verificou-se que a responsabilidade civil deve ser aplicada quando houver a necessidade de reparar um dano moral ou material, sofrido por outrem. Poderá ser contratual, quando o dever for proveniente de um contrato, ou extracontratual, quando tiver como fonte o dever jurídico derivado de lei ou do ordenamento jurídico. A responsabilidade civil pode ser classificada como objetiva ou subjetiva, na primeira não é relevante discutir sobre a existência ou não da culpa, na segunda a culpa é um elemento essencial para que haja o dever de indenizar, e por isso é a regra adotada pelo Código Civil brasileiro. No que diz respeito à alienação parental, a responsabilidade civil será extracontratual e de natureza subjetiva.

Além disso, foi destacado que a responsabilidade civil possui pressupostos, e são eles: a conduta humana, o dano, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado causado a vítima, e na responsabilidade subjetiva o elemento culpa. O dano moral ou extrapatrimonial, é aquele que atinge o ofendido como pessoa e não o seu patrimônio, está ligado diretamente aos direitos da personalidade e por isso é muito difícil estabelecer uma compensação justa pelo dano causado.

A prática de conduta alienadora é ilícita e lesiva, e o genitor alienador pode vir a ser responsabilizado por seus atos alienatórios tanto por previsão legal, quanto por possuir os elementos caracterizadores da responsabilização civil. Direitos relacionados a saúde emocional e psicológica, o direito de convivência familiar e social do genitor

alienado e da criança ou adolescente, são claramente prejudicados. Além de gerar danos a honra e a personalidade do genitor alienado.

Na Alienação Parental, a violação de direitos do genitor alienado não são apenas aborrecimentos cotidianos e sim uma lesão grave que deve ser compensada, pois os atos ilícitos provocados voluntariamente prejudicam seus direitos da personalidade. Dessa forma, nos casos de alienação parental é presente a violação de um dever jurídico e por isso, tem-se a necessidade de indenizar para que haja compensação dos danos causados.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 de abril. 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: Câmara dos deputados, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 15 de abril. 2021.

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

DIAS, Maria Berenice. **ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA NOVA LEI PARA UM VELHO PROBLEMA.** 2010. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/669/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental:+uma+nova+lei+para+um+velho+problema!+>>. Acesso em 12 de abril. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO: RESPONSABILIDADE CIVIL.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.7.

FARIAS, Cristiano. C.; ROSENVALD, Nelson.; NETTO, Felipe. P. B. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FREITAS, Douglas P. **ALIENAÇÃO PARENTAL: Comentários à Lei 12.318/2010.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV TEM EQUIVALENTE PARA O DIAGNÓSTICO DE SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL(SAP)?.** 2002. Disponível em:

<<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 12 de abril. 2021.

GONÇALVES, Carlos R. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO: RESPONSABILIDADE CIVIL**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

LÔBO, Paulo. **DIREITO CIVIL: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL, a importância de sua detecção, seus aspectos legais e processuais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Euclides de. **GUARDA UNILATERAL**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 13ª edição, São Paulo: Atlas. 2013.

O ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR E EXTRAFAMILIAR: IMPLICAÇÕES E REFLEXOS À LUZ DA OBRA “OS TESTAMENTOS” DE MARGARET ATWOOD

IARA SOUZA TEIXEIRA:

Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

NAYANNA TEREZA FERREIRA CALDAS³¹:

(coautora)

ROSALIA MARIA CARVALHO MOURÃO³²

(orientadora)

Resumo: O abuso sexual é um tipo de violência cometida por adultos contra crianças e adolescentes, onde eles se utilizam de força física ou manipulação para satisfazer lascívia própria e esta pode ocorrer de duas formas: intrafamiliar e extrafamiliar. O livro “Os testamentos de Margaret Atwood” relata de forma evidente os abusos e uma série de violações aos direitos das crianças e dos adolescentes. Neste contexto, este estudo tem como objetivo principal alertar sobre esta forma de violência sofridos por crianças e adolescentes e prevenir o abuso sexual diminuindo o impacto que este ocasiona na vida da vítima. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva na qual utilizaram-se estudos científicos, doutrinas e livros, em especial: Os Testamentos de Margaret Atwood, que enfatizam a cerca do abuso sexual sofrido pelas crianças e adolescentes. Portanto, é imprescindível a relevância em decorrência das reiteradas violações aos direitos das vítimas através do abuso sexual e os danos psicossociais causados por estes.

Palavras-chave: Violência intrafamiliar e extrafamiliar, abuso sexual, direito e literatura.

Abstract: Sexual abuse is a type of violence committed by adults against children and adolescents, where they use physical force or manipulation to satisfy their own lust and this can occur in two ways: intrafamily and extrafamily. The book “The wills of Margaret

31 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

32 Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestra em Letras pela Universidade Federal do Piauí.

Atwood” clearly reports abuses and a series of violations of the rights of children and adolescents. In this context, this study's main objective is to warn about this form of violence suffered by children and adolescents and to prevent sexual abuse by reducing the impact it causes on the victim's life. To this end, bibliographic research with a deductive approach was carried out in which scientific studies, doctrines and books were used, in particular: Margaret Atwood's Wills, which emphasize the sexual abuse suffered by children and adolescents. Therefore, relevance is essential as a result of repeated violations of the rights of victims through sexual abuse and the psychosocial damage caused by them.

Keywords: Intrafamily and extrafamily violence, sexual abuse, law and literature.

Sumário: Introdução. 1. Direito e Literatura 1.1 Resumo da Obra 2. Abuso Sexual Intrafamiliar e Extrafamiliar 3. A Evolução Histórica do Direito de Família e do Estatuto da Criança e Adolescente 4. Sob a Luz da Obra “Os Testamentos” quais reflexos trazidos pelo Abuso a Vida das Vítimas 4.1 Agressão e Silêncio, como identificar agressores em potencial? 5. Quais Medidas Repreensivas podem ser tomadas contra o Agressor, sob a Luz do Código Penal e ECA 6. Quais Medidas Preventivas podem ser tomadas? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo irá abordar o abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar como uma forma de violência que revela dominação constrangimento, intimidação e aliciamento. O abuso sexual infantil é frequentemente praticado sem o uso da força física, sendo assim, deixando pouquíssimas evidências, dificultando sua constatação, sobretudo, quando se trata de crianças menores de cinco anos. O abuso sexual são atos praticados que podem ser caracterizados por envolver contato sexual com ou sem penetração. Ocorre que na família, onde deveria ser o local de segurança das vítimas o que seria o espaço “perfeito” para o progresso de crianças e adolescentes, acaba por se tornar um local de angústia, desespero e sofrimento, violando os direitos fundamentais destes como no caso da prática de abuso sexual intrafamiliar.

Por conseguinte, a nossa legislação brasileira em diversos dispositivos legais, tais como: Estatuto da criança e do adolescente, Constituição Federal de 1988, Código Penal, trazem um rol de medidas de proteção, tendo em vista resguardar as crianças e os adolescentes que forem vítimas, como, por exemplo o desligamento do abusador do lar. Entretanto, verificou-se, por meio de leituras acerca da temática e de obras literárias, que crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar, tem dificuldades para relatar as violências sofridas, isso ocorre, pois

geralmente o abusador é alguém próximo ou da família, o que causa na criança sentimento de constrangimento, vergonha e culpa.

É comum que a criança ou adolescente não reconheça como violência o abuso sexual que vem sofrendo, pois pode entender como forma de carinho. Como se trata de uma situação sexual, a criança pode levar algum tempo para se dar conta de que aquilo não deveria acontecer. No livro, *Os Testamentos* de Margaret Atwood, Becca e Agnes relatam alguns sentimentos em relação aos seus agressores. Isso é comum em crianças e adolescentes vítimas de abuso, principalmente quando são pessoas próximas que elas confiavam e sentiam carinho, como é o caso de Becca, que é filha do Dr. Grove e é abusada desde os 04 anos de idade, e sua amiga Agnes que é assediada pelo mesmo homem, que é muito conhecido da família, inclusive a acompanha em seu consultório odontológico desde a vinda dela para a casa do comandante Kyle.

Crianças atacadas por pessoas conhecidas são as mais amedrontadas e as que mais se calam. Geralmente, sofrem ameaças (“Se você contar para alguém, eu mato seus pais.”) e acabam não contando nada para ninguém, e, quando o fazem, ainda correm o risco de serem acusadas de mentir, fantasiar desde então, menores de idade vítimas de abuso têm um prazo de vinte anos para denunciar o crime a partir do momento em que se completam dezoito anos, e não mais a partir do fato. Mesmo assim, poucas mulheres fazem essa denúncia tardia. (ARAÚJO, 2020, p. 14)

Apesar de se tratar de uma obra literária, é algo que acontece frequentemente em muitos lares brasileiros, tendo consequências danosas às vítimas. Com isso, deve se entender que toda forma de relação sexual que venha a ocorrer entre um adulto e uma criança é chamado de abuso sexual. Esse termo significa que houve uma violação sexual sem o consentimento da outra parte, essa violação pode ocorrer de formas variadas, ou seja, existem vários tipos de abusos sexuais.

O estupro é o mais grave deles, onde o autor para satisfazer seus desejos sexuais utilizam a violência física ou psicológica. Segundo a legislação brasileira, o estupro é dividido em duas categorias, que ocorre quando a vítima é maior de quatorze anos e o chamado estupro de vulnerável que é definido quando a vítima é menor de quatorze anos, nesse caso, mesmo que haja o consentimento é considerado crime, com amparo no art.217-A do código penal.

Ainda sobre a obra *Os testamentos* de Atwood é utilizada como base para retratar esse assunto tão necessário, pois o abuso sexual aconteceu e continua acontecendo no século XXI. Onde os dados divulgados são alarmantes e esse assunto muitas vezes não tem a atenção que deveria. O livro traz diversas questões que demonstram o quanto a mulher, principalmente crianças e adolescentes são vítimas de uma sociedade machista e patriarcal, em que as vítimas não têm voz e são obrigadas a conviver com as agressões, o medo, a culpa, isto ocorre tanto na obra literária analisada quanto na realidade brasileira.

1 DIREITO E LITERATURA

A literatura é de suma importância para o direito, pois essa conexão é muito mais vasta do que imaginamos, inclusive, com muitos pontos em comum. A literatura trabalha as relações humanas e sociais, a interface do Direito com a literatura traz esse olhar humano para o direito, reunindo as leis que regulamentam a sociedade, e o desempenho da sociedade.

De acordo com Antônio Candido (1989, p.122): "A literatura corresponde a uma necessidade universal que deve ser satisfeita sob a pena de mutilar a personalidade, porque pelo fato de dar forma aos sentimentos e à visão do mundo ela nos organiza, nos liberta do caos e, portanto, nos humaniza"

Pois bem, é necessário mencionar que os direitos humanos são vistos com impicância por algumas pessoas, que afirmam que estes são apenas para "marginais", "bandidos", e é necessário a intervenção da literatura pois a mesma transmite conhecimentos, mostrando através das obras literárias que o Direito não é apenas a mera aplicação de leis, trabalha com o desenvolvimento da empatia, a reflexão sobre a condição humana e que todos cidadãos independentes de terem cometido crime ou não são possuidores de direitos humanos e devem tê-los resguardados, apesar do cometimento de crimes ou atos infracionais. É necessário entender quem são os sujeitos, pois é importante para se compreender melhor o direito.

O direito e a literatura juntos formam um cidadão sensato e prudente, com equilíbrio e um olhar humanizado. Portanto, a obra *Os testamentos* de Margaret Atwood, busca uma reflexão a partir do estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente. A obra em estudo não está sob a perspectiva do ECA, porém, as situações enfrentadas pelas crianças, principalmente as do sexo feminino, continuam sendo uma realidade atual e que perpassa nossa legislação.

Na obra em análise observa-se relatos de situações vividas por crianças e adolescentes do sexo feminino, sofrendo com abusos sexuais e tendo que lidar com o

casamento infantil, e retrata bem a sociedade patriarcal, opressora e com fanatismo religioso. Para dar conta de um problema tão grave e complexo como o abuso sexual, há a necessidade de uma rede articulada de serviços e programas, que possa oferecer suporte adequado às vítimas e suas famílias. Pois, apesar de hoje ter o Estatuto da Criança e do Adolescente o que se observa, na prática, é o elevado número de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais e o acontecimento da união estável de adolescentes no Brasil.

A idade núbil é de 16 anos, mas o que acontece, é que principalmente longe dos centros urbanos, meninas de 12 a 14 anos vivem em união estável. Portanto, é necessário que o Estatuto da criança e do adolescente oriente mais o plano da prevenção, minimizando assim os incontáveis prejuízos dessa violência que vitimiza tantas crianças e adolescentes e que se repete no decorrer das gerações. É importante abordar diretamente as crianças para falar sobre abuso sexual, a literatura já demonstrou que crianças que passam por programas de prevenção apresentam maior conhecimento sobre abuso sexual do que aquelas que não participaram.

Em “Os testamentos de Margaret Atwood”, observa-se que aqueles que deveriam protegê-las, a própria família, causam danos irreparáveis, como é o caso da Becka que é abusada sexualmente pelo pai. Nesse caso a violação dos direitos da criança e do adolescente se dá dentro do próprio ambiente familiar iniciando-se assim o que é conhecido como violência intrafamiliar.

O estudo da obra literária, procura trazer uma reflexão para os direitos que foram violados, com um olhar na família da criança e adolescente, onde ela cresceu, para que no futuro não traga danos à tornando no futuro em uma abusadora em potencial.

A obra retrata uma série de direitos violados pela República de Gilead, mesmo assim, se destaca a forma de como as mulheres são tratadas, vítimas de abuso sexual, e tendo que iniciar a vida sexual ainda na infância.

Em uma passagem da obra, Agnes uma adolescente que frequenta a escola de Gilead, onde a educação é voltada para religião e para os afazeres que elas teriam quando se tornassem Esposas, como o bordado e jardinagem, diz: “o corpo da fêmea adulta era uma grande arapuca. Se houvesse um buraco, com certeza algo seria enfiado nele e depois outra coisa sairia dele [...] acabei sentindo que estaria melhor sem ele” (ATWOOD, 2019, p.95).

1.1 Resumo da obra

Na obra "Os testamentos, de Atwood", encontramos um enredo importuno, as crianças são criadas em um sistema que não lhes atribui voz, sendo impossível reportarem qualquer tentativa de assédio ou estupro, na sociedade de Gilead as mulheres adultas e crianças são ensinadas a cobrirem todo seu corpo, pois um fio de cabelo pode induzir ou seduzir homens para que tenham atos e pensamentos pecaminosos, o medo é enraizado no meio social das mulheres e crianças, mesmo sendo uma obra fictícia a autora garante que em algum lugar do mundo, aquilo já aconteceu, não importa a época, inclusive a obra faz menção aos casamentos de crianças, como no caso de Maomé, profeta que chegou a ser casado com uma criança de 9 anos.

O livro entrelaça a vida de quatro pessoas; Testemunha 369A que é Agnes Jemima, uma jovem que aos 13 anos se vê em desespero ao ser levada a preparação de seu casamento com um homem, de idade avançada, mais tarde, Agnes vira Tia Victoria, pois diz que foi guiada para um chamado maior, que é ser Tia, no Ardua Hall, na tentativa de não se casar com o comandante Judd.

A outra personagem é Becka, que estuda junto com Agnes. Na escola são ensinadas a como serem donas de casa e esposas. Becka tem um comportamento retraído e pouco contato com outras pessoas e também se vê em desespero ao ter que casar ainda na infância, no decorrer da obra, descobrimos que Becka é abusada sexualmente por seu pai, Dr. Grove, desde os 4 anos de idade. Ela tenta suicídio para que seja dispensada do casamento, em busca de uma solução mais viável que é ser Tia e não ter relação com homem algum. Becka, também tem seu nome trocado na obra, para Tia Immortelle.

No livro, tem a chegada de Dayse (testemunha 369B) uma adolescente de 16 anos que vive no Canadá e não segue o regime de Gilead. Depois da morte de seus supostos pais, Neil e Melaine, descobre que anteriormente se chamava Nicole (bebê Nicole) e foi retirada de Gilead, por seus pais biológicos e o grupo Mayday em busca de uma vida melhor.

A Tia Lydia tem papel fundamental na obra, pois ela junta provas contra o regime de Gilead desde sua fundação. Tia Lydia era uma juíza da vara familiar, que no início do regime teve que escolher entre viver e tentar acabar com o regime ou morrer, e na obra relata todo sofrimento e abuso psicológico para se tornar a mulher que tinha poderes de comandar outras mulheres.

As tias, possuíam a função de ensinar as outras mulheres adultas e crianças o que deveriam fazer, ensinavam a serem esposas, aias e Martas. A obra "os Testamentos de Atwood" analisa também outras personagens e não apenas o foco nas aias, é

mencionado as econoesposas, apenas citadas sempre como um pano de fundo de males maiores. Ou as marthas, empregadas que parecem não ter expressão senão uma falsa felicidade de cumprir seus deveres para com os lares de outros.

Na obra há uma introdução de uma nova categoria: as Pérolas que são as missionárias das ideias de Gilead. São enviadas ao Canadá e outros países para conquistar novos adeptos, mas subestimadas. E tal qual na realidade, a pouca consideração do poder feminino pode ser uma das melhores formas de resistência e subversão.

2 ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR E EXTRAFAMILIAR

O abuso sexual é uma violação dos direitos sexuais e da intimidade, acontece quando a vítima é obrigada a realizar qualquer tipo de ato sexual sem o seu consentimento, esses atos podem ser, por exemplo: carícias indesejadas, sexo oral forçado, dentre outras tantas formas forçadas de violação sexual. O código penal trata desse tema nos chamados “crimes contra a dignidade da pessoa humana” que será debatido no decorrer deste artigo.

As vítimas mais frequentes são crianças e adolescentes que acabam sendo vistas pelo agressor como mais frágeis e mais vulneráveis a serem submetidas a tal situação, além disso há uma maior dificuldade de denunciar já que o ato geralmente vem acompanhado de ameaças que acabam intimidando a vítima, além de que na maioria das vezes ao contar elas são desacreditadas.

Esse tipo de violência pode ser intrafamiliar e extrafamiliar, a primeira ocorre quando a vítima é acometida do ato pelo abusador dentro do próprio seio familiar, que acaba tornando a situação ainda mais difícil para a vítima, que geralmente sofre violência psicológica, maus tratos, além de ter que lidar com isso sozinhas, na maioria dos casos permanecendo caladas e com medo por ser abusada por uma pessoa que vive no mesmo meio familiar.

Segundo Maria Ignez e Sônia Margarida (2012, p.17)

A violência intrafamiliar expressa dinâmicas de poder/afeto nas quais estão presentes relações de subordinação e dominação. Nessas relações, pais e filhos, de diferentes gerações, estão em posições opostas e assimétricas. No campo das relações familiares geradoras da violência, é preciso também considerar a desigualdade de poder entre homens e mulheres. Usualmente,

são as mulheres que ocupam a posição subalterna nessas relações.

Já a violência extrafamiliar ocorre fora do domínio familiar, não há laços parentais, nem vínculo familiar, e a condição social acaba tendo uma parcela de culpa, pela situação de vulnerabilidade que a vítima se encontra, como se não bastasse todo o psicológico ser afetado, ainda tem que lidar com as mais variadas percepções das mães de vítimas, como no caso citado abaixo por De Antoni et al (2011, p.101):

A família é formada pelo casal e cinco filhos entre 13 anos e um ano e seis meses de idade. A mãe revela que sua mãe faleceu quando ela tinha quatro anos, e que viveu "jogada e rolando no mundo". Seu relato evidencia uma infância de muitas privações e de violência física. Aos 15 anos, engravidou de um rapaz, que não assumiu a filha; logo em seguida, casou-se com um primo, seu atual marido. O casal esteve desempregado, e recentemente o marido iniciou um trabalho como vigia noturno. No período em que ambos estavam desempregados, a mãe afirmou ter passado por dificuldades financeiras, e que, por vezes, não havia nenhum tipo de alimento para seus filhos, nem auxílio governamental para sobrevivência. Ela relata que pedia "dinheiro" para seu vizinho, cerca de R\$2,00 para comprar carcaça de frango para fazer sopa. Sempre pedia para a filha, na época com 11 anos, levar o bilhete e trazer o dinheiro. O vizinho tinha mais de 70 anos e, de acordo com o relato dessa mãe, "era respeitado" na comunidade por ter condições financeiras melhores do que as dos demais moradores. Ela comenta que ele estaria envolvido com atos ilícitos, dos quais obtinha sua renda. Era constante essa prática de "ajudar" as vizinhas com dinheiro ou comida, principalmente as meninas, que iam em busca de doces, que ele sempre lhes oferecia quando o visitavam. A mãe eventualmente fazia limpeza ou lavava as roupas desse homem, atividades pelas quais era remunerada. A versão da mãe para a situação do abuso é a de que ela não sabia o que acontecia quando a filha ia buscar dinheiro ou doces. Revela que a menina contou para a diretora da escola que esse homem invadiu seu quarto à noite e a levou para sua casa, onde ocorreu o abuso, mas a mãe, inicialmente, não acreditou, pois julgava a filha "mentirosa". Somente acreditou no relato da menina após outras denúncias contra esse homem.

Deve ser levada em consideração uma análise completa do meio em que a vítima vive e quais os reflexos que esse meio traz para sua vida, a dinâmica familiar vai demonstrar as características do grupo familiar, o desenvolvimento e as problematizações que geram o abuso e porque a vítima é desacreditada no próprio seio familiar, onde devia haver proteção.

A obra Os Testamentos de Margaret Atwood traz situações com essas características, Becka é abusada sexualmente por seu pai e sua amiga Agnes foi assediada enquanto estava em consulta odontológica com o Dr. Grove, mas assim como em muitos casos reais não há amparo, não há a quem recorrer no seu próprio seio familiar.

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O direito de família surgiu após a revolução industrial, decorrente da evolução do conceito de família, que com o tempo foi se tornando uma entidade onde visavam a reprodução e a proteção de membros a partir do reconhecimento da entidade familiar, o direito da família foi reconhecido e tutelado por meio da constituição federal de 1988, que traz o princípio da dignidade da pessoa humana e visa uma sociedade igualitária promovendo o bem de todos.

O código Melo Matos foi o primeiro código brasileiro de proteção à infância e adolescência, onde foi fixado a menor idade em 18 anos e tinha um empenho na criação de abrigos e escolas. Já o código de menores de 1979, tinha um caráter repressivo e foi revogado a partir da vigência do estatuto da criança e do adolescente em 1990. A constituição de 1988, trouxe um sistema mais amplo e inovador, chamada de doutrina da proteção integral da criança e adolescente, tornando crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. E finalmente em 1990 houve a promulgação do diploma legislativo dispensando a crianças e adolescente tratamento levando em consideração a sua condição de pessoa em peculiar desenvolvimento.

O ECA introduziu mudanças amplas e profundas nas políticas públicas direcionadas para a infância e juventude, por meio da adoção da doutrina de proteção integral, que inclui políticas integradas de saúde, educação, habitação, trabalho, lazer, profissionalização, consideradas como direitos de todos e dever do Estado (SOUZA; ADESSE, 2005, p.43)

Com isso, é necessário que as políticas públicas de assistência social sejam mais abrangentes, visto que esse é um fator que tem vastas implicações na vida dessas

crianças, porque muitos abusos só correm porque ela precisa trocar o seu corpo em razão da sua necessidade, comercializando seu corpo e demonstrando a falha do Estado na garantia de direitos como prevê o Art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990): “Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Nesta vereda, o art 87, do ECA (BRASIL, 1990), contempla as políticas de atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes:

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

I - políticas sociais básicas;

II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;

III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;

V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;

VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Imperioso destacar, que o supracitado artigo é feito através de um conjunto de ações governamentais e não-governamentais, que definem as atitudes que poderão

ser tomadas dentro da política de assistência social promovendo assim a garantia de direitos. Essa política de atendimento é importante para visar a proteção social no enfrentamento ao abuso sexual.

É importante frisar que o abuso sexual também pode ser cometido por adolescentes para com crianças, tanto no âmbito intrafamiliar, quanto extrafamiliar, existem diversos casos em que o agressor é um menor infrator.

Sobre o abuso sexual cometido por Daniel, o menino (vítima) relatou na delegacia que quando tinha 9 anos, Daniel pediu pela primeira vez que tirasse a roupa e se sentasse no seu colo, ocasião em que introduziu o pênis em seu ânus. Daniel confirmou toda a acusação e afirmou que parou de fazer isso por causa da denúncia, pois estava “viciado” nessa “brincadeira”, perpetrada durante um ano. (COSTA, COSTA, CONCEIÇÃO, 2014, p.97).

É comum constatar que as vítimas normalmente estão inseridas em um contexto social desprivilegiado, que devido ao baixo poder aquisitivo, não possuem acesso a informação, possuindo pouca instrução, daí a necessidade do acesso à educação que tem o dever de informar sobre os sinais de abuso e abrir portas para que a vítima se sinta acolhida pra falar e assim tomar as medidas cabíveis para a intervenção no abuso sexual que ela está vivenciando.

4 SOB A LUZ DA OBRA “OS TESTAMENTOS” QUAIS REFLEXOS TRAZIDOS PELO ABUSO A VIDA DAS VÍTIMAS

A sociedade retratada em Gilead trata-se de um mundo distópico, onde as mulheres não têm direitos, são ensinadas e educadas para serem esposas, desigualdade de gênero, autoritarismo e além disso há uma questão cultural que resulta no medo e a subordinação entre as personagens femininas do livro. O que acontece no livro, infelizmente, ainda é muito atual, pois ocorre o abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar mesmo com uma legislação que pune os agressores e as vítimas sendo sujeito de direitos, não é somente a lei que irá resolver estes problemas, todos são responsáveis pela segurança física e afetiva como diz a Constituição Federal de 1988, (BRASIL, 1988) que traz uma responsabilidade social que visa a proteção e uma vida íntegra que preserve a vida:

Art. 227 CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

A obra demonstra os reflexos que o abuso sexual traz na vida das vítimas como o caso da Becka que é abusada sexualmente pelo pai desde os 04 anos, isso ocorre dentro do próprio seio familiar onde deveria ser protegida e acolhida, mas ao invés disso Becka sofre as consequências psicológicas, como a maioria das vítimas de abuso e acaba tentando o suicídio. O abuso sexual pode afetar o desenvolvimento cognitivo, afetivo e social de crianças de diferentes formas e intensidade. E o livro demonstra os danos irreparáveis que a vítima sofre e que comprometem a formação da sua personalidade.

Quando começamos a aprender o estilo francês, Becka andava muito abatida. Seu casamento estava planejado para novembro. O escolhido já fizera a primeira visita a sua família. Ele fora recebido na sala, e conversara amenidades com o pai dela enquanto ela ficava ao lado calada e sentada – era este o protocolo, e esperava-se que eu fizesse o mesmo –, e ela dissera que ele lhe dava arrepios. Ele tinha espinhas e um bigodinho irregular, e tinha a língua branca. (ATWOOD, 2019, p.183).

É possível identificar o abalo psicológico na vida de Becka, que buscou o suicídio como última solução para os problemas que enfrentava com seu pai, Dr. Grove e com o casamento precoce, ainda em sua adolescência. Crianças e adolescentes podem desenvolver quadros de depressão, transtornos de ansiedade, alimentares e dissociativos, além de transtornos psicopatológicos, e podem apresentar alterações comportamentais, cognitivas e emocionais.

4.1 Agressão e silêncio, como identificar agressores em potencial?

Os efeitos da violência podem ser devastadores a vítima, sequelas para toda vida, como físicas, comportamentais, sexuais, sociais e principalmente psicológicas.

O abuso sexual deve ser considerado um fator predisponente a sintomas posteriores, como fobias, ansiedades e depressão, bem como envolvimento de um transtorno dissociativo de identidade, também conhecido com o transtorno de personalidade múltipla com possibilidade de comportamento autodestrutivo e suicida. (FEIFFER; SALVAGNI, 2005, p.203).

A literatura destaca a família como centro na formação da criança e adolescentes e sua influência para que ele venha a ter no futuro condutas violentas. Nesse caso o abuso sexual levou Becka a comportamentos extremos como tentativa de suicídio, distanciamento das pessoas e inclusive medo de se relacionar com outros homens, quando chega na idade de se casar, que em Gilead, se dá por volta dos 13 aos 15 anos.

Aos 20 anos uma jovem que não houvesse se casado ainda já seria malvista e não mais poderia optar pelo candidato a casamento que mais lhe agradaria. Becka causa uma série de danos a si para ser levada ao Ardua Hall, já que lá as moças são ensinadas a ser tias e não precisam casar (ATWOOD, 2019). "O mundo estava infestado de homens que com certeza achariam tentadora uma menina desencaminhada, essas meninas seriam vistas como mulheres de moral dúbia" (ATWOOD 2019, p.242)

Observa-se que há diversos efeitos de violências e consequências, levando muitas crianças e adolescentes a viverem em condições de vulnerabilidade e em risco social.

Embora não exista um único perfil de agressores sexuais, a análise e a investigação de traços e sinais que possam estar relacionados a esse tipo de conduta é de extrema importância, fazendo-se necessária para que possa facilitar a identificação desses indivíduos e a compreensão do que os leva a agirem dessa forma (CASARIN; BOTELHO; RIBEIRO, 2016 p.61-72)

Portanto, mesmo não havendo um perfil único para o agressor sexual, algumas situações podem desencadear esse perfil como traumas, negligências, agressão física ou verbal. Visto que em alguns casos o agressor sexual sofreu exploração e abuso no ambiente intrafamiliar ou extrafamiliar na sua infância e conseqüentemente reproduziu posteriormente.

O abuso sexual no contexto familiar é desencadeado e mantido por uma dinâmica complexa. O agressor utiliza-se, em geral, de seu papel de cuidador, da confiança e do afeto que a criança ou adolescente tem por ele para iniciar, de forma sutil, o abuso sexual.

Então, aos trancos e barrancos, ela foi contando. O desgraçado do dr. Grove não tinha se limitado a apalpar suas jovens pacientes na cadeira de dentista. Eu já sabia daquilo havia tempos. Eu chegara até a coletar provas fotográficas, mas as omitira, porque os depoimentos das jovens – se é que seria possível extrair depoimentos delas, o que nesse caso eu duvidava – de pouco ou nada valeriam. Até mesmo com mulheres adultas,

quatro testemunhas mulheres valem o mesmo que um homem, aqui em Gilead.

BECKA: Ele disse que sua autoridade sobre mim vinha de Deus.

AGNES: E quanto à sua suposta mãe?

BECKA: Ela não quis acreditar em mim. Mesmo que acreditasse, ia dizer que eu que provoquei. Todo mundo diria a mesma coisa.

AGNES: Mas você tinha quatro anos!

BECKA: Iam dizer isso do mesmo jeito. Você sabe que iam. Não podem começar a acreditar na palavra de... de gente como eu. E supondo que acreditassem em mim, iam matar ele, mandá-lo para ser dilacerado por Aias numa Particicução, e a culpa ia ser minha. Eu não conseguiria viver com isso. Seria como cometer assassinato. (ATWOOD 2019, p.227)

A violência gera os sentimentos de medo e de desamparo. Estes contribuem para que o abuso sexual seja mantido em segredo pela própria vítima, como no caso de Becka, que teme a represália da família e da sociedade, visto que a vítima na sociedade de Gilead era considerada provocadora daquela situação, a criança ou adolescente sente-se vulnerável, acredita nas ameaças e desenvolve crenças de que é culpada pelo abuso, sentindo vergonha e medo de revelá-lo à família e ser punida.

5 QUAIS MEDIDAS REPREENSIVAS PODEM SER TOMADAS CONTRA O AGRESSOR, SOBE A LUZ DO CÓDIGO PENAL E ECA

Na obra em estudo, existe uma série de violação contra as mulheres e crianças. Dentre as quais uma passagem marcante na narração, que é quando Becka é abusada sexualmente por seu pai e sua amiga Agnes que foi assediada enquanto estava em consulta odontológica com o Dr. Grove (ATWOOD, 2019).

Os casos de violência sexual infantil, estão crescendo principalmente no âmbito familiar, sendo este o de mais complicado, pois quase sempre é imperceptível, em razão do lugar onde é praticado, na sua própria casa, onde os agressores são de confiança da vítima, tio, irmão ou até mesmo os pais. Como dito, a violência também ocorre no âmbito extrafamiliar, um desconhecido, vizinho ou amigo da família. A obra literária apresenta uma série de acontecimentos que podemos ver refletidos na sociedade e que acontece frequentemente em muitos lares brasileiros, tendo consequências danosas às vítimas.

Será que agora isso ia acontecer toda vez que eu fosse ao dentista? Eu não podia dizer que não queria mais voltar ao dr. Grove sem dizer o porquê, e se eu dissesse o porquê, estaria encrencada. As Tias da escola ensinavam que você deveria dizer a uma pessoa com autoridade – ou seja, elas – se algum homem tocasse você de maneira imprópria, mas sabíamos muito bem que era burrice fazer escândalo, especialmente se fosse um homem respeitado feito o dr. Grove. (ATWOOD, 2019 p.90)

A violência sexual viola os direitos das crianças e adolescentes, que podem ocorrer na própria família (intrafamiliar) ou fora dela (extrafamiliar), tem como vítimas, da mesma forma as meninas como os meninos, e preferência aos menores de 14 anos, por ser mais vulneráveis. A criança e adolescente tem legislação específica, que asseguram seus direitos, Estatutos da Criança e do Adolescente – ECA, que considera criança, a pessoa de até 12 anos de idade incompletos e adolescentes entre 12 a 18 anos de idade. Por tanto, visa a garantir à criança e ao adolescente maior segurança, com o foco de diminuir casos de violência contra estes menores, assegurando-lhe o cumprimento dos direitos constitucionais. O artigo 4º do ECA define os direitos da população infanto-juvenil, ao informar que:

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, à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

Portanto, o agressor é punido com o aprisionamento, a punição é prevista no Código Penal Brasileiro: O Código Penal em sua parte Especial, intitulada como Crimes contra a dignidade sexual em seu artigo 226 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) menciona que: “a pena será aumentada [...] de metade se o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador [...], ou seja, aquele que praticar o ato, utilizando-se da confiança que possui com a vítima. O agente que pratica conjunção carnal ou ato libidinoso, como sexo oral, anal, beijo e toque lascivo, com um menor de quatorze anos de idade sofre pena de prisão de oito a quinze anos, sendo cumprido, inicialmente, em regime fechado. É considerado Crime Hediondo aquele que revestir de gravidade onde evidenciem o sofrimento físico ou moral do indivíduo, e ao se referir à criança e adolescente, o abuso sexual de caráter intrafamiliar constitui causa de aumento de pena.

Entretanto, no caso do agressor sexual infantil, a prisão não faz nada para mudar o padrão de interesse sexual de tais agressores, pois o sistema carcerário brasileiro é uma desordem e caos. Isso se dá devido a superlotação e falta de medidas para ressocialização dos criminosos. É necessário um tratamento adequado de acordo com a real necessidade do agressor, para tentar inibir de alguma forma o desejo sexual pelas crianças e adolescentes. É necessário a conscientização dos profissionais que atendem situações de abuso sexual infanto-juvenil, de que é imprescindível a intervenção multidisciplinar, já que há possibilidade de atuação punitiva, protetora e terapêutica. Para que o poder punitivo do estado seja suficiente, além da proteção integral ao menor.

6 QUAIS MEDIDAS PREVENTIVAS PODEM SER TOMADAS?

Na obra em estudo, após uma série de acontecimentos, Becka revela a Agnes o que tinha sofrido com seu pai, Dr. Grove, em uma conversa particular entre as duas, porém, Tia Lydia tem câmeras com escutas em todos os cômodos do Ardua Hall, sendo assim, conseguiu ouvir a conversa das duas meninas e preparou “uma armadilha” para Dr. Grove, pois as meninas não eram ouvidas, quando denunciavam situações como essa, ninguém dava ouvidos ou simplesmente as chamavam de mentirosas. Então Tia Lydia, solicitou ajuda de Tia Elizabeth fosse ao consultório do Dr. Grove e após ele iniciar o procedimento ela correu da sala o acusando de assédio. Então é preparado uma “participação” onde as aias de Gilead o espancam até a morte. (ATWOOD, 2019).

Existem leis que visam proteger a criança e adolescente da violência sexual, que é o Estatuto da criança e do adolescente–ECA e a Constituição Federal. Existem também medidas de punição contra o agressor e estão elencadas no código penal, como visto anteriormente. Porém, mesmo com a vasta legislação de proteção à criança e adolescente e de punição ao agressor, o número de violência sexual contra menores ainda é crescente, e a existência da lei não está inibindo ou impedindo o número de violência sexual contra menores. Até mesmo por casos que nunca chegaram até as autoridades devido à dificuldade enfrentada pela criança e adolescente, por medo, vergonha ou até mesmo por achar que a prática é algo normal (geralmente na violência sexual intrafamiliar), dificultando assim a prevenção.

É necessário se ter uma abordagem/linguagem apropriada a cada faixa etária, é necessário existir uma educação sexual para que a criança e adolescente saiba o limite do seu corpo, inclusive, não permitir que ninguém toque as suas partes íntimas, ou ainda, que ela não toque nas partes íntimas de nenhuma pessoa, seja ela conhecida ou desconhecida. É muito importante analisar o comportamento da criança e adolescente como: irritação, ansiedade, dores de cabeça, alterações gastrointestinais frequentes,

rebeldia, raiva, depressão, problemas escolares e pesadelos constantes. A literatura refere-se a alterações resultantes do impacto da vitimização sexual que seriam úteis para a sua identificação, como: depressão, sentimento de culpa, comportamento autodestrutivo, ansiedade, isolamento, abuso de substâncias e agressão, consequências dos traumas vividos.

As diversas formas de violência ou abuso afetam a saúde mental da criança ou do adolescente, visto este se encontrar em um processo de desenvolvimento psíquico e físico, produzindo efeitos danosos em seu desempenho escolar, em sua adaptação social, em seu desenvolvimento orgânico. Vários estudos relacionam a violência doméstica com o desenvolvimento de transtornos de personalidade, transtorno de ansiedade, transtornos de humor, comportamentos agressivos, dificuldades na esfera sexual, doenças psicossomáticas, transtorno de pânico, entre outros prejuízos, além de abalar a auto-estima, por meio da identificação com o agressor, um comportamento agressivo (ROMARO; CAPITÃO, 2007, p. 121).

Observa-se o impacto na vida das vítimas, gera grandes consequências, podendo se prolongar por toda vida, como é o caso de Becka, que recorre ao suicídio. "Becka abriu o pulso esquerdo com o podão e precisou ser levada para o hospital". (ATWOOD-2019 p.151). Por isso, é necessário explicar a criança e adolescente o limite do seu corpo e analisar o comportamento dos mesmos. Os prejuízos decorrentes dessa violência são tão intensos e duradouros que é de suma importância ter programas de prevenção, pois o impacto gerado na vida das mesmas é social, psicológico, de saúde e econômico e sua prevenção faz uma diferença sem tamanho na vida das crianças e famílias, destacando que a prevenção do abuso é dever de todo cidadão, conforme o artigo 4º do ECA.

CONCLUSÃO

A violência sexual contra crianças e adolescentes é uma das formas mais desumanas de violência, pois se configura pelo uso do comportamento humano face a libido, de maneira a violar os seus direitos sexuais e sua intimidade. Na obra Os Testamentos de Atwood, é possível ver uma série destes direitos da criança e do adolescente serem violados, Becka é abusada sexualmente pelo pai, Agnes é assediada por seu dentista, Dr. Groove. Além disso, as crianças do sexo feminino, ao entrarem na adolescência, que se inicia com ciclo menstrual, são obrigadas a casarem.

A violência, por vezes mal percebida pelas partes envolvidas, pode ser desencadeada por diversos fatores, e tem como consequência danos irreparáveis. Os tipos de abuso contra crianças de mais fácil detecção médico-legal são a violência física e a sexual, por isto é necessário um preparo técnico, emocional e psicologicamente para que o atendimento com a vítima seja eficaz. E esse preparo, deve ser feito por profissionais da saúde, educação e justiça, em destaque. Porém, é necessário que toda a população tenha o devido conhecimento, para que se tornem aptos a atuarem de maneira adequada, fornecendo as informações capazes de auxiliar a investigação médico-legal.

Visto que, a violência contra crianças e adolescentes configura um processo endêmico e global que tem características e especificidades inerentes às diferentes culturas e aspectos sociais. Toda criança tem direito a uma infância segura. Tem direito de ser criança, brincar, aprender e ser protegida contra qualquer forma de violência, portanto, fere os direitos humanos, sexuais e particulares da criança e adolescente em desenvolvimento. Na obra, traz o enredo da violência sexual intrafamiliar, que constitui, ainda, uma violação ao direito a uma convivência familiar protetora. As consequências são inúmeras para o desenvolvimento das vítimas. Os personagens participantes envolvem famílias fragilizadas, crianças e adolescentes amedrontados, é necessário agir adequadamente nesses casos, que tem impacto também na prevenção de abusos futuros.

A temática é de extrema relevância para a atualidade, uma vez que há uma crescente incidência de abuso sexual infantil, no ambiente intra e extrafamiliar, os serviços ainda estão carentes de especialização, justificando-se a necessidade de maior entendimento e divulgação do tema, para conscientização da população em todos os âmbitos em que o ser humano está inserido, para tentar no mínimo, minimizar o impacto na vida das vítimas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Paulo. **Abuso**: a cultura do estupro no Brasil. Rio de Janeiro: Globalivros, 2020.

ARAUJO, Maria de Fátima. Violência e abuso sexual na família. **Scielo**, ISSN 1807-0329, Maringá, v.7, n. 2. 30 dez. 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722002000200002. Acesso: 15 out. 2020.

ATWOOD, Margaret. **Os testamentos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, Estatuto da Criança. do Adolescente (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: disposições constitucionais pertinentes: lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.–. 2006.

BRASIL. Governo lança cartilha de prevenção a abuso sexual e exploração infantil: Com linguagem didática, material ressalta que pais e responsáveis estejam atentos e saibam como proceder para garantir que seus filhos fiquem seguros. **Governo do Brasil**, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/05/governo-lanca-cartilha-de-prevencao-a-abuso-sexual-e-exploracao-infantil>. Acesso em: 10 out. 2020.

CAMPOS, Lorraine Vilela. Abuso Sexual. **Mundo Educação**, São Paulo. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sexualidade/abuso-sexual.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

CANDIDO, Antonio. **Direitos Humanos e literatura**. In: A.C.R. Fester (Org.) Direitos humanos E... Cjp / Ed. Brasiliense, 1989.

CASARIN, Juliane Magda; BOTELHO, Elizabeth Hertel Lenhardt; RIBEIRO, Rosangela Kátia Sanches Mazzorana. **Ofensores sexuais avaliados pelo Desenho da Figura Humana**. Avaliação Psicológica, n. 15, v. 1, 2016.

CASTRO, Paula Drummund; BERGAMINI, Cristiane. Violência psicológica tem difícil diagnóstico e causa danos graves. **ComCiência**, São Paulo, n. 192, 09 out. 2017. Disponível em: <https://www.comciencia.br/violencia-psicologica-causa-danos-graves-ainda-pouco-estudados/>. Acesso em: 10 out. 2020.

CHIARA, I. D. et al. **Normas de documentação aplicadas à área de Saúde**. Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2008.

COSTA, Florença Ávila de Oliveira; COSTA, Liana Fortunato; CONCEICAO, Maria Inês Gandolfo. **O adolescente que cometeu abuso sexual extrafamiliar**: motivação e sofrimento. Rev. Subj. [online]. 2014, vol.14, n.1, pp. 94-104. ISSN 2359-0769

DE ANTONI, Clarissa et al. Abuso sexual extrafamiliar: percepções das mães de vítimas. **SciELO**, ISSN 0103-166X, Campinas, v. 28, n. 1. 29 out. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2011000100010. Acesso em: 15 out. 2020.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, E. M., **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.92.

MOREIRA, M. I. C.; SOUSA, S. M. G. Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: do espaço privado à cena pública. **O social em questão**. ISSN 2238-9091, PUC - Rio de Janeiro, ano XV. n.28. mai. 2012. Disponível em: <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/2artigo.pdf>. Acesso em: 16 abril. 2021.

PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato. **Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência**. *Jornal de Pediatria*, v. 81, n. 5, 2005.

PIETRO, A. T.; YUNES, M. A. M. Considerações jurídicas e psicossociais sobre o abuso sexual contra crianças e adolescentes. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 58, 31 out. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-58/consideracoes-juridicas-e-psicossociais-sobre-o-abuso-sexual-contra-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 11 nov. 2020

RODRIGUES, B.R.R. A Influência do Abuso Intrafamiliar e Seu Reflexo na Vida Adulta da Criança e do Adolescente à Luz da Obra Literária o Turco e o Cinzelador. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, ano 22, n. 190, 05 nov. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/eca/a-influencia-do-abuso-intrafamiliar-e-seu-reflexo-na-vida-adulta-da-crianca-e-do-adolescente-a-luz-da-obra-literaria-o-turco-e-o-cinzelador/>. Acesso em: 11 out. 2020.

ROMARO, R. A; CAPITÃO, C. G. **As faces da violência**: aproximações, pesquisas, reflexões. São Paulo: Vetor, 2007.

SEGUNDO, V. A. P. Abuso Sexual Infantil, Suas Fragilidades e Exposições Legais de Proteção. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 176, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-176/abuso-sexual-infantil-suas-fragilidades-e-exposicoes-legais-de-protecao/>. Acesso em: 08 set. 2020.

SILVA, Cristiana Russo Lima da. O grito silencioso da criança diante da violência sexual intrafamiliar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3231, 6 maio 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21688>. Acesso em: 11 nov. 2020.

SILVA, L.L; COELHO, E. B. S; CAPONI, S.N.C. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **SciELO**, ISSN 1807-5762, Botucatu, v.11, n.21, 20 nov. 2016. Disponível em:



https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832007000100009.
Acesso em: 15 out. 2020.

SOUZA, Cecília de Melo; ADESSE, Leila. **Violência Sexual no Brasil**: perspectivas e desafios. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres. 2005.

INVESTIGAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS DA OAB SOBRE IDONEIDADE MORAL

EVERTON LOPES CHAVES:

Graduando em Direito pelo
Centro Universitário Una,
Campus: Betim/MG

YAGO SOUZA E SILVA

(coautor)

WAGNER FELIPE MACEDO VILAÇA

(orientador)

RESUMO: As súmulas 09/2019/COP, 10/2019/COP e 11/2019/COP, editadas pelo conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), veda inscrições nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil de bacharéis em direito que tenham praticado violência contra determinadas classes sob o fundamento de ausência do requisito de idoneidade moral. Atribui-se à OAB, desse modo, a competência pela apreciação e o julgamento de cada caso concreto, independentemente da instância criminal que se encontrem. O presente estudo objetiva investigar quanto à (in)constitucionalidade das súmulas supramencionadas, editadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, confrontando-as junto à normatização jurídica brasileira abordando, em especial, a compatibilidade do objeto em questão face à Constituição Federal de 1988, sob a análise de desconformidades frente aos princípios e às disposições constitucionais, incidindo assim, na inconstitucionalidade formal e material, haja vista a infringência aos direitos e às garantias fundamentais. A metodologia aplicada ao caso tem embasamento em pesquisas bibliográficas por meio da legislação vigente, mas abrange tratados internacionais, a doutrina especializada e inclui análises dos renomados autores processualistas, Aury Lopes Jr. e Eugênio Pacelli. Opta-se pela modalidade qualitativa tendo em vista a apresentação da temática em torno da legislação jurídica e dos ensinamentos doutrinários.

Palavras-chave: Súmulas OAB; Prática de Violência; Idoneidade Moral; Inscrição e Exclusão OAB; Constitucionalidade.

ABSTRACT: The overviews 09/2019 / COP, 10/2019 / COP and 11/2019 / COP, edited by the federal council of the Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), prohibit enrollment in the *Ordem dos Advogados do Brasil* of law graduates who have violence

against certain classes was carried out on the grounds that there was no requirement of moral suitability. In this way, the OAB is attributed the competence for the appreciation and judgment of each specific case, regardless of the criminal instance they are in. The present study aims to investigate the (in) constitutionality of the above mentioned summaries, edited by *Ordem dos Advogados do Brasil*, comparing them with the Brazilian legal norms, addressing, in particular, the compatibility of the object in question with the Federal Constitution of 1988, under the analysis of nonconformities in face of the constitutional principles and provisions, thus focusing on formal and material unconstitutionality, given the violation of fundamental rights and guarantees. The methodology applied to the case is based on bibliographic research through current legislation, but covers international treaties, specialized doctrine and includes analyzes by renowned procedural authors, Aury Lopes Jr. and Eugênio Pacelli. We opted for the qualitative modality in view of the presentation of the theme around legal legislation and doctrinal teachings.

Keywords: OAB's Overviews; Practice of Violence; Moral suitability; OAB's Registration and Exclusion; Constitutionality.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa promover a análise normativo-jurídica das recentes súmulas N^os 09/2019/COP, 10/2019/COP e 11/2019/COP editadas e publicadas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no ano de 2019. As análises se referem ao que tange sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como principais atributos os princípios consagrados na Constituição Federal de 1.988 (CF/88), assim como as demais normatizações que implicam em toda contextualização jurídica vigente.

As três súmulas, objetos em questão, expressam em sua redação a impossibilidade de inscrições nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil por bacharéis em Direito que tenham praticado violência contra determinadas classes, mediante ausência do requisito de idoneidade moral. Atribui-se ao próprio órgão a competência pela apreciação e o julgamento de cada caso concreto, independentemente da instância criminal que se encontrem.

O desenvolvimento do trabalho se dá pela análise baseada na abordagem de especificidades quanto aos limites em que pesem as atribuições e as competências da Ordem dos Advogados do Brasil, através de seus respectivos órgãos no que competem suas atuações institucionais referentes à força normativa de seus atos praticados. Estes atos são condicionados à regulação para o exercício da advocacia.

Ao longo da proposta em questão, serão devidamente observados em caráter técnico os atos praticados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tais como a possibilidade de edição de súmulas pelo respectivo órgão e suas disposições formais. Será feita, também, a observação de cunho material do conteúdo sumulado, especialmente quanto às aplicações de sanções potencialmente graves e de improváveis reparações.

O desfecho se dará pela conclusão em torno da investigação quanto à (in) constitucionalidade das súmulas 09/2019/COP, 10/2019/COP e 11/2019/COP. Objetiva-se, *a priori*, a análise quanto às formalidades expressas pelas redações das normatizações e, em segundo plano, a potencial violação ao devido processo legal e a presunção de inocência.

2. A ORDEM NACIONAL DOS ADVOGADOS DO BRASIL: FUNÇÕES E COMPETÊNCIAS

A Ordem Nacional dos Advogados do Brasil (OAB) foi instituída através da promulgação e vigência do Decreto 19.408 do ano de 1.930 quando inserido seu artigo 1733. Este determinado ato veio a ratificar a OAB como instituição suprema na representação da classe profissional dos advogados, tendo como principal função a fiscalização e a orientação em relação ao exercício da atividade advocatícia, somado à incumbência pela organização e pela aplicação do Exame da Ordem - requisito imposto aos bacharéis em direito que almejam aptidão para exercer a profissão de advogado.

As características provenientes da OAB podem ser extraídas do artigo 4434 do Estatuto da Advocacia, as quais, por caráter de serviço público, é dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade a defesa da

33 Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros com a colaboração dos Institutos dos Estados e aprovados pelo Governo.

34 Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 2º O uso da sigla OAB é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil.

Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social e pugnar pela boa aplicação das leis, pela célere administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; além de promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

A OAB tem sua estruturação composta por órgãos que estão elencados no artigo 4535 do Estatuto da Advocacia. O Conselho Federal é hierárquico aos demais, dotado de personalidade jurídica própria, com sede na capital da República. O Conselho Federal é seguido pelos Conselhos Seccionais, também dotados de personalidade jurídica própria, com jurisdição sobre os respectivos territórios dos estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios. As Subseções são partes autônomas dos Conselhos Seccionais na forma do seu ato constitutivo. Por fim, as Caixas de Assistência dos Advogados, com personalidade jurídica própria, são criadas pelos Conselhos Seccionais quando estes contarem com mais de mil e quinhentos inscritos. Percebe-se, desse modo, que a importância da instituição vai além da representação da classe de advogados ao se considerar a indispensabilidade da advocacia para a administração da justiça e a manutenção do Estado Democrático de Direito, que demonstram ser de relevância social inestimáveis.

Conclui-se pela notoriedade da Ordem dos Advogados do Brasil, vislumbrada pela incumbência de combater violações ao exercício profissional da advocacia por meio de representação da classe de advogados em âmbito nacional com

35 Art. 45. São órgãos da OAB:

I - o Conselho Federal;

II - os Conselhos Seccionais;

III - as Subseções;

IV - as Caixas de Assistência dos Advogados.

§ 1º O Conselho Federal, dotado de personalidade jurídica própria, com sede na capital da República, é o órgão supremo da OAB.

§ 2º Os Conselhos Seccionais, dotados de personalidade jurídica própria, têm jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 3º As Subseções são partes autônomas do Conselho Seccional, na forma desta lei e de seu ato constitutivo.

§ 4º As Caixas de Assistência dos Advogados, dotadas de personalidade jurídica própria, são criadas pelos Conselhos Seccionais, quando estes contarem com mais de mil e quinhentos inscritos.

§ 5º A OAB, por constituir serviço público, goza de imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços.

§ 6º Os atos, as notificações e as decisões dos órgãos da OAB, salvo quando reservados ou de administração interna, serão publicados no Diário Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil, a ser disponibilizado na internet, podendo ser afixados no fórum local, na íntegra ou em resumo. (Redação dada Lei nº 13.688, de 2018) (Vigência).

parâmetros introduzidos na própria Lei Federal 8.906/94, sobretudo alinhado à Constituição Federal de 1.988, sendo que a mesma preceitua em seu artigo 13336 a essencialidade do advogado à administração da justiça. Soma-se à legitimidade pela organização nacional do Exame da Ordem e ao reconhecido papel de entidade fundamental à preservação e à manutenção do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, pela defesa da Carta Constitucional de 1.988.

2.1 A REGULAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

No que tange a regulação do exercício da advocacia nacional por parte da OAB, conforme disposição do inciso V do artigo 5437 e do artigo 7838 da Lei 8.906/94, incumbe ao Conselho Federal da Ordem editar e alterar o Regulamento Geral; o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos que julgar necessários, sendo que o Estatuto da Advocacia e da OAB somente podem ser alterados por lei. O órgão hierárquico da Ordem Nacional da Advocacia intitula as referidas normatizações como parâmetros de observância ao efetivo exercício da atividade advocatícia, conforme disposição expressa no artigo 1º 39 do Regulamento Geral da OAB. Este Regulamento Geral decorre de uma das espécies normativas da OAB, que objetiva, assim como os demais, a formalização de regras para o exercício da atividade profissional advocatícia, tais como os fins de organização; as inscrições; entre outros, subdivididos em capítulos.

Já o Código de Ética e Disciplina da advocacia, através dos artigos 1º e 2º40 do mesmo diploma, nos remetem para o campo subjetivo dos profissionais, tendo como baliza principal a moralidade ética em detrimento da própria classe, daqueles

36 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

37 Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários.

38 Art. 78. Cabe ao Conselho Federal da OAB, por deliberação de dois terços, pelo menos, das delegações, editar o regulamento geral deste estatuto, no prazo de seis meses, contados da publicação desta lei.

39 Art. 1º A atividade de advocacia é exercida com observância da Lei nº 8.906/94 (Estatuto), deste Regulamento Geral, do Código de Ética e Disciplina e dos Provimentos.

40 Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os princípios da moral individual, social e profissional.

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.

que exercem legitimamente o exercício da advocacia, assim como nas relações para com a sociedade, tendo em vista a indispensabilidade da advocacia profissional, em razão da defesa pelo Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e dos direitos e das garantias fundamentais, como argumenta Medina (2016, p. 1) a seguir:

Tais normas de condutas correspondem à ética da advocacia, isto é, ao conjunto de princípios e regras de natureza moral que regem a atividade do advogado. Esta não pode dissociar-se de certos padrões de comportamento que dão dignidade ao trabalho profissional e procuram uniformizar a disciplina da classe a que pertence, tendo em vista o interesse social que o envolve e a responsabilidade atribuída ao advogado perante os seus concidadãos. Se fosse possível dispensar o estabelecimento das referidas normas de conduta, confiando em que cada profissional saberia agir de acordo com os valores morais inerentes à sua formação como homem, a advocacia reduzir-se-ia a uma congêrie de trabalhadores autônomos, atuando sem coesão, sem espírito de classe e sem compromisso com a sociedade.

Coêlho (2016, p. 23) esclarece que:

os Provimentos, por fim, são normas de caráter específico que regulam matérias pontuais afetas a diversos temas, como os colégios de Presidentes, a prestação de contas e quantias recebidas por advogado, o combate ao nepotismo no âmbito da OAB, entre outros.

2.2. A FORÇA NORMATIVA DOS ATOS PRATICADOS PELA OAB

A força normativa dos atos praticados pela Ordem dos Advogados do Brasil através de seus respectivos órgãos decorre das normatizações empregadas no Regulamento Geral e no Código de Ética e Disciplina, ambos advindos da Lei Federal 8.906/94. O inciso V do artigo 54 41 legitima o Conselho Federal da Ordem a editar e a alterar os dois referidos diplomas e Provimentos que julgarem necessários.

41 Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários.

Simultaneamente, o inciso XVIII42 do mesmo dispositivo, mediante a ausência de um rol taxativo e por se apresentar meramente exemplificativo, legitima o órgão supremo da entidade a resolver os casos omissos do Estatuto, os quais potencializam edições de súmulas e de resoluções, entre outras normatizações, condicionadas exclusivamente à regulamentação e ao exercício da função advocatícia em âmbito nacional. Contudo, cumpre salientar que muito embora as disposições legais infraconstitucionais se demonstrem exemplificativas, e por isso permanecer no campo genérico interpretativo, os entendimentos firmados sob os mesmos são estritamente condicionados à sua integral compatibilidade frente à Carta Magna de 1.988.

No que se referem às disposições constitucionais acerca da legitimação da Ordem dos Advogados do Brasil na edição de atos normativos, observa-se a redação do inciso XIII do artigo 5º43 da Constituição Federal de 1988 que confere à entidade de classe a imposição de normatizações requisitórias regulamentadoras em aspectos relacionados às qualificações profissionais no que tange ao livre acesso ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Neste sentido, frisa-se que a edição de tais atos devem se valer de disposições estritamente técnicas e científicas, a título de exemplo, o Exame Nacional da Ordem dos Advogados.

3. A EDIÇÃO DE SÚMULAS PELO COP

Espécie de atos normativos, as súmulas são provenientes de entendimentos jurisprudenciais sob assuntos específicos inerentes ao exercício da atividade advocatícia, tendo como objetivo a orientação predominante em território nacional. Ao Conselho Pleno, pertencente à estrutura orgânica do Conselho Federal da Ordem e presidido pelo presidente do órgão hierárquico, são designadas tais atribuições por força das disposições legais trazidas pelo Regulamento Geral da Lei 8.906 de 1.994, que serão demonstradas a seguir.

Nos termos do parágrafo 1º do artigo 7644, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, ao receber consulta de determinada matéria

42 Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

XVIII - resolver os casos omissos neste estatuto.

43 Art. 5º, XIII_ é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

44 Art. 76. As proposições e os requerimentos deverão ser oferecidos por escrito, cabendo ao relator apresentar relatório e voto na sessão seguinte, acompanhados de ementa do acórdão. (NR)93

§ 1º No Conselho Pleno, o Presidente, em caso de urgência e relevância, pode designar relator para apresentar relatório e voto orais na mesma sessão.

potencialmente propícia a se tornar objeto sumulado, inicialmente é designado ao conselheiro federal, para incumbência de relatoria acerca da proposição. É posteriormente encaminhado parecer aos seus pares para inicialmente deliberarem quanto à admissibilidade da relevância da matéria e, em seguida, a apreciação em plenário e veredito final quanto à aprovação ou o indeferimento do pleito.

3.1. A POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE SÚMULAS PELO COP

O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB prevê em seu artigo 7545, parágrafo único, a possibilidade de edições de súmulas pelo Conselho Pleno, sendo que, ao abarcar um entendimento de caráter de urgência e de grande relevância pelo presidente do órgão, com a devida aprovação, estas, advindas de espécies de atos normativos com a finalidade de sumular entendimentos inerentes ao exercício da função advocatícia, quando publicada na imprensa oficial, conforme disposto artigo 8646 do referido diploma, podem desencadear efeitos das orientações predominantes a toda classe dos quadros da OAB. Estas ações se consolidaram nas súmulas 09/2019/COP; 10/2019/COP e 11/2019/COP, após julgamento das proposições 49.0000.2019.002283-2/COP e 49.0000.2019.003152-3/COP, decididas em sessões ordinárias realizadas nas datas 18 de março e 10 de junho do ano de 2019.

3.2. DOS CONTEÚDOS QUE PODEM SER ABORDADOS NAS SÚMULAS

No que diz respeito às matérias consubstanciadas em súmulas pela Ordem dos Advogados do Brasil, logicamente, estas devem se restringir exclusivamente ao que compete à regulação do exercício da função da advocacia, limitadas às disposições constantes na lei federal 8.906/94, sobretudo em consonância com o texto constitucional vigente. Destaca-se, por ora, a idoneidade moral, passível de vir a ser objeto de súmula, já que versa como requisito indispensável para o ingresso e a manutenção do indivíduo nos quadros da OAB. Rachid (2010, p. 49) nos esclarece que

a idoneidade moral é uma qualidade que distingue o indivíduo e o torna digno perante a sociedade, sendo assim merecedor de

45 Art. 75. Compete ao Conselho Pleno deliberar, em caráter nacional, sobre propostas e indicações relacionadas às finalidades institucionais da OAB (art. 44, I, do Estatuto) e sobre as demais atribuições previstas no art. 54 do Estatuto, respeitadas as competências privativas dos demais órgãos deliberativos do Conselho Federal, fixadas neste Regulamento Geral, e ainda:

Parágrafo único. O Conselho Pleno pode decidir sobre todas as matérias privativas de seu órgão Especial, quando o Presidente atribuir-lhes caráter de urgência e grande relevância.

46 Art. 86. A decisão do Órgão Especial constitui orientação dominante da OAB sobre a matéria, quando consolidada em súmula publicada na imprensa oficial.

respeito. Trata-se de requisito para obtenção da inscrição perante a OAB que deve ser preservado pelo advogado por toda sua carreira profissional. A idoneidade moral é incompatível com qualquer comportamento capaz de implicar no desprestígio da advocacia.

O conceito de idoneidade moral é, como se pôde ver, um tanto quanto relevante, dada a amplitude de abrangência e de desencadeamentos de efeitos que súmulas ou quaisquer outros atos normativos podem gerar sob a sua perspectiva.

3.3. ANÁLISE DE CONTEÚDOS DAS SÚMULAS 09/2019/COP; 10/2019/COP E 11/2019/COP

Aprovadas no ano de 2019 pela OAB em deliberação do Conselho Federal da instituição, com repercussão de entendimento predominante em caráter nacional, as súmulas 09/2019/COP, 10/2019/COP e 11/2019/COP apresentam em suas redações impeditivos quanto ao ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil por bacharéis em direito que tenham cometido violência contra determinadas classes sociais, sob o fundamento de ausência do requisito de idoneidade moral previsto no inciso VI do artigo 8º47 da lei nº 8.906/94. Para maior aprofundamento, veja abaixo as referidas súmulas⁴⁸ em suas totais integralidades, bem como as extensões que abrangem a atual disposição:

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2019.002283-2/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 18 de março de 2019, editar a Súmula n. 09/2019/COP, com o seguinte enunciado: INIDONEIDADE MORAL. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. ANÁLISE DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB. Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. A prática de violência contra a mulher, assim definida na “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – ‘Convenção de Belém do Pará’ (1994)”, constitui fator

47 Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

VI – idoneidade moral.

48 Cf. <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/sumulas>>

apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto. (OAB, 2019, s/p)

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2019.002283-2/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 18 de março de 2019, editar a Súmula n. 10/2019/COP, com o seguinte enunciado: INIDONEIDADE MORAL. VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA OU MENTAL. ANÁLISE DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB. Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. A prática de violência contra crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência física ou mental constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto. (OAB, 2019, s/p)

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2019.003152-3/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 10 de junho de 2019, editar a Súmula n. 11/2019/COP, com o seguinte enunciado: INIDONEIDADE MORAL. VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA LGBTI+. ANÁLISE DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB. Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. A prática de violência contra pessoas LGBTI+, em razão da Orientação Sexual, Identidade de Gênero e Expressão de Gênero, constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto". (OAB, 2019, s/p)

Em razão do requisito de idoneidade moral, que por essência obtém conceito genérico, ser considerado indispensável para o exercício da atividade advocatícia, a literalidade do corpo das súmulas implica tanto no impedimento de inscrição do graduado em direito, quanto à exclusão do profissional vinculado a OAB. Tais implicações não se restringem somente aos advogados privados, se estendendo à advocacia pública, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 3º⁴⁹ da lei 8.906/94, razão pela qual sujeitam-se a aplicação das súmulas aqui analisadas.

Diante da abstratividade nos termos propostos nas respectivas súmulas, notam-se evidentes imprecisões quanto ao que seria necessariamente suficiente para o impedimento de inscrições ou de exclusões dos quadros da Ordem. Isso implica na possibilidade de uma mera suspeita ocasionar tais efeitos sobre determinado profissional, haja vista a dispensabilidade de quaisquer instâncias criminais.

De acordo com o texto sumulado, ao se tratar de forma expressa da conduta de violência, seja física, moral, psicológica entre outras espécies do gênero, observa-se que esta precede a caracterização da inidoneidade moral; logo, nos remete ao âmbito criminal com tipificações inclusive previstas na legislação Penal Brasileira, prevendo autoridade de competência constitucionalmente constituída, conforme o inciso LIII do artigo 5º 505º da CF/88.

Contudo, as redações contextualizadas asseguram como competentes aos Conselhos Seccionais para processar e julgar o caso concreto que venha a ser objeto de análise quanto a possível inaptidão de ingresso aos quadros da Ordem, assim como a exclusão daqueles que já a integram, no que verse sobre a idoneidade moral, independentemente da instância criminal em que se encontre. Os processos e julgamentos dos casos concretos ocorrem mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros da Seccional competente, consoantes ao

49 Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

50 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:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

inciso VII do artigo 5851 e ao parágrafo 3º do artigo 8º52 do Estatuto da Advocacia e OAB.

Não obstante, em processo disciplinar instaurado pelo Conselho Seccional que venha acarretar em decisão irrecorrível, firmando o entendimento pelo impedimento de inscrição do bacharel em direito ou pela exclusão do advogado, de plano sumário em relação à sentença penal condenatória com trânsito em julgado em razão de processo criminal instaurado, geram relevantes e fundadas críticas, já que a violência precede a caracterização da inidoneidade moral. É, por esse viés, elemento imprescindível para tanto. Contudo, sendo esta afastada pelo judiciário após o devido processo legal diante de desdobramentos de determinado caso concreto, há risco eminente de violações irreparáveis de direitos e de garantias fundamentais mediante confronto entre decisões proferidas pelas Seccionais frente às jurisdicionais.

4. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS 09, 10 E 11 DE 2019

A inconstitucionalidade das súmulas 09/2019/COP, 10/2019/COP e 11/2019/COP são acertadamente fundadas em decorrência dos textos normativos propostos padecerem de vícios. Contudo, faz-se necessário conceituá-los através da doutrina especializada para um maior entendimento. Abaixo, o comentário de Lenza (2012, p. 251) sobre o tema:

Como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua “forma”, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente.

Portanto, ao confrontarmos os ensinamentos trazidos ao meio pelo qual as súmulas, os objetos em questão, foram elaboradas, constata-se flagrante vício formal. Isso porque entendemos - conforme já demonstrado - a incidência de incompetência legislativa por parte da Ordem dos Advogados do Brasil através de edições das

51 Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional:

VII – decidir os pedidos de inscrição nos quadros de advogados e estagiários.

52 Art. 8º (...) §3º A idoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar.

súmulas aqui analisadas pelo seu órgão hierárquico, o que difere à competência, constitucionalmente atribuída à União.

Noutro giro, a inconstitucionalidade material é conceituada nas palavras do reputado autor Lenza (2012, p. 254):

Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade.

Subitamente, a matéria propriamente dita, constante nas súmulas 09/2019/COP, 10/2019/COP e 11/2019/COP, ao instituir normatizações infraconstitucionais com disposições conferindo autoanálise aos Conselhos Seccionais e ao afastar a necessidade de apreciação do Poder Judiciário em casos relacionados à violência que envolva bacharéis em direito e membros dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, segue sentido diverso do que rezam direitos e garantias fundamentais, tais como o devido processo legal, a presunção de inocência, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Estas são as razões pelas quais incorrem na inconstitucionalidade material.

4.1. A VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O devido processo legal e a própria presunção de inocência são princípios norteadores inerentes à Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. Ressalta-se que o Tratado Internacional da Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1.948, que o Brasil é signatário, já recepcionava e aduz em seu artigo 1153 a presunção de inocência e/ou a não culpabilidade, prezando por julgamento justo amparado pela ampla defesa e contraditório. De acordo com Lopes Jr. (2019, p. 107),

a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao

53 Artigo 11, §1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

processo e exterior a ele. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto - inicialmente - ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz. Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Em sessão extraordinária cujo objeto são as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, tendo a Ordem dos Advogados do Brasil como um dos órgãos propositores, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do Código Penal Brasileiro (CP), no sentido de que se faz necessário o esgotamento de todas as instâncias jurisdicionais para o efetivo início de cumprimento da pena e, conseqüentemente, a declaração da culpabilidade do indivíduo, assegurando o devido processo legal e a presunção de inocência. Estranhamente a situação diverge das súmulas editadas pelo Conselho Federal da Ordem, já que prevê a possibilidade de incidência de culpa em questões que envolvam, inclusive, tipificações penais, independentemente da instância criminal em que tramite determinado processo. Extrai-se do voto do Ministro Marco Aurélio, relator ADCs 43, 44 e 54, os seguintes dizeres: "é impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão". (STF, plenário, 2019)⁵⁴.

Dentro dessa temática, assim como na impossibilidade de devolver ao indivíduo sua liberdade de locomoção perdida, não se recompõem arbitrariedades que impõem impedimentos à liberdade de inscrições por bacharéis em Direito. Tampouco as possíveis exclusões de advogados públicos e privados ao livre exercício da atividade

54 Cf. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>

advocacia, resultantes de procedimentos incompatíveis com o devido processo legal e a presunção de inocência.

As violações traduzidas nas súmulas 09/2019/COP, 10/2019/COP e 11/2019/COP, decorrem da usurpação de prerrogativas exclusivas da União, de acordo com o inciso I do artigo 2255 da CF/88, por intermédio do Congresso Nacional em editar legislações no âmbito penal. Impõe, ainda, restrições de direitos e de garantias fundamentais, como o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, de acordo com o inciso XIII do artigo 5º56 da Carta Constitucional vigente, sendo que é permitido exclusivamente através de lei condicionar requisitos para o exercício de profissão. Contudo, tais normatizações positivam necessariamente regulamentações técnicas e científicas, a exemplo do Exame Nacional da Ordem, o que difere do conteúdo sumulado, instituindo normas abstratas e genéricas, desproporcionais, tampouco razoáveis, passíveis de interpretações das mais amplas e variáveis, que originam lacunas e brechas para arbitrariedades.

Não obstante, optando pela imposição de penalidades gravíssimas em matéria que verse nas respectivas súmulas por mera deliberalidade dos tribunais seccionais e inadmitindo prévia apreciação do judiciário, observa-se que potenciais recursos que venham a ser interpostos frente à decisão primária têm como último examinador o colegiado do próprio órgão originário da norma. O Conselho Pleno da OAB, pela segunda câmara, vide artigo 8957 do Regulamento Geral da Ordem, o retrata imparcialidade e/ou qualquer legitimidade democrática. Contudo, o conteúdo normativo fere o princípio do juiz natural, de acordo com o inciso LIII do artigo 5º 58 da CF/88, haja vista que tais tribunais não integram o Poder Judiciário. Nesse sentido, segue o ensinamento doutrinário de que “o princípio do juiz natural tem origem no

55 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

56 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:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

57 Art. 89. Compete à Segunda Câmara:

I – decidir os recursos sobre ética e deveres do advogado, infrações e sanções disciplinares.

58 Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

direito anglo-saxão, construído inicialmente com base na ideia da vedação do tribunal de exceção (...) (OLIVEIRA, 2016, p.37)". E mais:

Posteriormente, por obra do direito norte-americano, acrescentou-se, na elaboração do princípio, a exigência da regra de competência previamente estabelecida ao fato, fruto, provavelmente, do federalismo adotado desde a formação política daquele Estado. O direito brasileiro adota tal princípio nessas duas vertentes fundamentais, a vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais. (OLIVEIRA, 2016, p.37)

Ao romper sua esfera de atuação e usurpar da competência do poder judiciário em processar e julgar demandas que envolvam até mesmo tipificações penais é ignorada a indispensabilidade de esgotamentos das instâncias criminais, conjuntamente com os princípios da ampla defesa e contraditório, vertentes ao devido processo legal, segundo o inciso LIV do artigo 5º59 da CF/88, observando primariamente o benefício da dúvida pela presunção de inocência, disposto no inciso LVII do artigo 5º60 da CF/88. Consolidada-se, assim, a prestação jurisdicional digna nos moldes da justiça social como reza a Carta Magna vigente, em que pese relevantes inobservâncias protagonizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ao editar tais súmulas, contrariando princípios, violando direitos e garantias fundamentais assegurados em nossa Constituição Federal de 1.988, razão pela qual implica em inconstitucionalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente análise objetiva como premissa a revogação de tais súmulas. Sugere-se que seja por iniciativa própria do órgão emissor; seja por meio de ação direta de inconstitucionalidade levada para apreciação ao Supremo Tribunal Federal, este que é originariamente guardião da Constituição Federal.

Em torno dos princípios constitucionais do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência entre outros, torna-se indispensável a declaração da inconstitucionalidade das referidas súmulas a fim de

59 Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

60 Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

ratificar a prevalência hierárquica da Constituição Federal de 1.988. Conferir-se-á o pronto restabelecimento da ordem jurídica no que concerne aos direitos e às garantias fundamentais a todo cidadão brasileiro no que tange sua dignidade, sobretudo o benefício da dúvida.

As implicações da discussão apresentada nos remetem a refutar medidas retrógradas carregadas de abusividades e retrocessos frente às relevantes conquistas obtidas ao longo de uma história marcada e escrita por atrocidades em meio a sociedade civil, tais como a presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana entre outras, que consolidam o Brasil como um Estado democrático de direito, que resguarda os direitos imprescindíveis aos seus cidadãos. O zelo tem o intuito de assegurar os direitos e as garantias fundamentais e, de fato, promover suas reais e efetivas aplicabilidades que se fazem cada vez mais permanentes e vigilantes.

Por fim, preza-se pelo reconhecimento da necessidade de maior proteção das classes de mulheres, crianças, adolescentes, idosos, LGBTI +, pessoas com deficiência física ou mental traduzidas nas respectivas súmulas, inclusive, todas as demais que se apresentam em estado de vulnerabilidade social. No entanto, tais medidas devem estar exclusivamente em consonância ao devido processo legal e a presunção de inocência o que, por razões lógicas, devem estar equiparadas às disposições constitucionais vigentes.

REFERÊNCIAS

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

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Acesso em março de 2021.

BRASIL. Lei 8.906/1994. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília, DF: OAB. 1994.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em março de 2021.

BRASIL. RESOLUÇÃO N. 02/2015 (DOU, S.1, 04.11.2015, p. 77). **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília, DF: OAB. 2015.

Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em março de 2021.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Comentários ao novo código de ética dos advogados**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Comentários ao código de ética e disciplina da OAB: análise do Código de 2015, pelo relator do anteprojeto e da sistematização final do texto**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RACHID, Alysson Cesar A. de Freitas. **Estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil comentado**. São Paulo: BF&A, 2010. 232 p.

GUARDA COMPARTILHADA EM TEMPOS DE PANDEMIA: A IMPOSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA PODE CARACTERIZAR ALIENAÇÃO PARENTAL?

JÉSSYCA LARISSA FREITAS SOUSA CAMPOS:
Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG.

WELLSON ROSÁRIO SANTOS DANTAS⁶¹

(orientador)

RESUMO: Dentre as formas de guarda previstas pelo Código Civil, em razão da entrada em vigor da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada passou a ser uma regra nas dissoluções de casamentos e uniões estáveis, uma vez que, permite o convívio semelhante do infante para com os genitores. Na forma compartilhada, há a divisão igualitária das responsabilidades e períodos de convivência com os menores. Quando há o descumprimento do pactuado, o genitor causador do rompimento das regras pode ser responsabilizado. Nas hipóteses legais, pode se constatar a alienação parental, regulamentada pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Em tese, o impedimento de convívio com outro genitor seria caso de alienação, contudo, em tempos de pandemia, em que a locomoção dos indivíduos é limitada, em decorrência de lei e normas sanitárias, o contexto mudou, trazendo o questionamento acerca da possibilidade de configuração de alienação parental em razão da impossibilidade de convívio entre pais e filhos causada pelo período de pandemia. Através de pesquisa bibliográfica, o resultado do estudo se apresenta no método dedutivo, respaldado em citações doutrinárias e jurisprudenciais que demonstram a aplicação dos dispositivos legais durante a pandemia da Covid-19 no Brasil.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Pandemia. Convivência. Alienação Parental. Configuração.

ABSTRACT: Among the forms of custody provided for by the Civil Code, due to the entry into force of Law 13.058, of December 22, 2014, shared custody has become a rule in the dissolution of marriages and stable unions, since it allows coexistence similar to that of the infant towards the parents. In the shared form, there is an equal division of responsibilities and periods of contact with minors. When there is a breach of the agreement, the parent causing the breach of the rules can be held responsible. In legal cases, parental alienation, regulated by Law No. 12,318, of August 26, 2010, can be verified. In theory, the impediment of living with another parent would be a case of

61 Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. r

alienation, however, in times of pandemic, when mobility of individuals is limited, due to law and sanitary rules, the context has changed, raising the question about the possibility of setting up parental alienation due to the impossibility of coexistence between parents and children caused by the pandemic period. Through bibliographic research, the result of the study is presented in the deductive method, supported by doctrinal and jurisprudential citations that demonstrate the application of legal provisions during the Covid-19 pandemic in Brazil.

Keywords: Shared custody. Pandemic. Coexistence. Parental Alienation. Settings.

Sumário: Introdução. 1. Material e Métodos. 2. A guarda compartilhada no Código Civil. 2.1 Deveres e vantagens dos pais e filhos. 3. A prática de alienação parental. 3.1 Hipóteses legais. 3.2 Consequências. 4. A aplicação das responsabilidades dos guardiões em caso de pandemia. 4.1 A mudança do convívio em razão da pandemia e a caracterização de alienação parental. 5. Considerações finais. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

A separação entre genitores e a dissolução de uniões afetivas leva à necessidade de fixação de regras de convivência dos filhos para com seus pais. Neste contexto, a guarda compartilhada se mantém como regra aplicável a tais situações.

Ocorre que, com o advento de uma significativa modificação na vida das pessoas, em decorrência da pandemia causada pela Covid-19, surge o questionamento sobre a manutenção das regras fixadas em momento anterior já que a pandemia que se instalou no mundo acabou por influenciar o cotidiano das pessoas, motivo pelo qual a legislação passou a ser aplicada de modo diverso, diante dos casos concretos, notadamente no que diz respeito a guarda compartilhada dos filhos menores.

O instituto da guarda compartilhada foi uma das situações jurídicas que sofreram alteração em razão da pandemia. Isto porque, conforme se sabe, há nesses casos a divisão de responsabilidade e de período de convivência dos menores entre os genitores.

Neste ponto, a situação vivenciada pelas famílias em que há a fixação da guarda compartilhada merece ser analisada, uma vez que, em caso de isolamento, há a redução do convívio do menor para com um dos genitores. Com isso, poderia haver a facilitação da conduta de alienação parental.

Diante dessa possibilidade, a pesquisa científica apresenta um estudo acerca da guarda compartilhada em tempos de pandemia, com enfoque na impossibilidade de

convivência entre o guardião e o infante e a possibilidade de caracterização de alienação parental.

1 MATERIAIS E MÉTODOS

Tem como foco o estudo sobre a aplicação das regras de compartilhamento de guarda em tempos de pandemia, cuja pesquisa está classificada como bibliográfica, porque considerou a busca por determinações legais, doutrinárias e jurisprudenciais que auxiliem os envolvidos em eventuais descumprimentos de regras da guarda compartilhada em razão da Covid-19.

Por destinar-se à exposição completa das normas que regulam a guarda no Brasil e as condutas que caracterizam a alienação parental, quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória.

2 A GUARDA COMPARTILHADA NO CÓDIGO CIVIL

Um dos mais importantes institutos do direito de família, a guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da sanção da Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, que instituiu e disciplinou essa espécie de guarda alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2008).

Anos depois, houve uma mudança legislativa na matéria trazida pela Lei nº. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, o instituto sofreu uma significativa modificação; posto que, mesmo já existindo anteriormente; até então, a forma como a guarda compartilhada era tratada era diversa, já que a predisposição era pela responsabilização unilateral (MANSUR, 2016).

De fato, após a nova lei, a guarda compartilhada passou a ser a regra na fixação de responsabilidades após a dissolução de casamentos e uniões estáveis.

Logo no primeiro dispositivo o legislador determina as espécies admitidas e conceitua a guarda compartilhada nos seguintes termos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [...]

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (BRASIL, 2002)

A professora Maria Berenice Dias comenta essa forma de convivência familiar e defende se tratar da espécie que melhor preserva os interesses dos menores e também dos genitores.

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica (DIAS, 2016, p. 257).

Com a entrada em vigor da nova Lei de Guarda Compartilhada, a grande modificação observada consiste na possibilidade de ser instaurada no caso concreto de forma prioritária. Isto porque o parágrafo 2º do artigo 1.584 aponta para a sua opção diante do caso concreto, caso não haja acordo entre pai e mãe.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) (BRASIL, 2014).

Apesar da prioridade para o compartilhamento da guarda, a lei também determina que se um dos genitores declarar seu desinteresse ou se o julgador verificar

que o filho não deve estar sob a guarda de um deles, irá concedê-la unilateralmente àquela pessoa que revele compatibilidade com a medida (BRASIL, 2014).

Certo é que nessa modalidade de guarda o compartilhamento entre os pais e os filhos não se limita aos direitos, mas também compreende uma série de deveres.

2.1 DEVERES E VANTAGENS DOS PAIS E FILHOS

É comum os genitores reclamarem seus direitos de convivência perante seus filhos em caso de separação de residências. Contudo, não se pode deixar de mencionar que os deveres também são compartilhados pelos guardiões.

As vantagens, que aqui compreendem os direitos de pais e filhos em situação de dissolução de entidades familiares, se relacionam diretamente com a manutenção da convivência entre os indivíduos, com a manutenção da afetividade tal qual antes da separação.

A adoção da guarda compartilhada traz consigo grandes vantagens para os filhos e para os pais separados, especialmente com relação à convivência daqueles com os dois genitores evitando que os filhos percam o contato que tinham com o pai e a mãe antes da separação destes (RESENDE, 2017, p.1).

O aumento de convívio pode reduzir os conflitos entre os envolvidos na relação familiar, de modo que os filhos sintam-se parte da vida dos genitores e vice e versa. A cooperação entre os guardiões significa bastante nesse sentido.

Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes. (GRISARD FILHO, 2014, p. 211).

Os deveres, por sua vez, são os mesmos dispostos no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, quais sejam o de “assistir, criar e educar os filhos menores”, contudo com variações em decorrência da moradia e alimentação (BRASIL, 1988).

Isto porque, na guarda compartilhada há a fixação de uma moradia de referência, não estando o genitor eximido de realizar o pagamento dos alimentos e

também de estabelecer as regras de visitação, posto que não se pode invadir e alterar a rotina da criança sob o pretexto de convivência.

Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos (GONÇALVES, 2017, p. 370).

Deste modo, tem-se que o funcionamento do compartilhamento de direitos e deveres exige um relacionamento constante entre os genitores em regime de constante cooperação. Todavia, se não houver essa atuação conjunta, é possível que se caracterize a ocorrência de alienação parental.

3 A PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Tal qual apresentado neste estudo, no compartilhamento da guarda, os genitores possuem direitos e responsabilidades iguais, de modo que nenhum deles pode ser privado do convívio com o menor, a menos que a situação se apresente como de seu melhor interesse (DIAS, 2016).

Ocorre que não são raras as situações em que os genitores, movidos por desavenças do casal, acabam por transferir aos filhos sentimentos negativos em relação ao outro, atingindo de sobremaneira a relação entre eles.

A constatação dessas práticas levou à necessidade de conceituação jurídica desse instituto chamado alienação parental.

Uma das mais importantes e recentes evoluções do Direito de Família foi o estabelecimento de um conceito para a criação de um instituto jurídico para um velho problema, que tem-se denominado como Alienação Parental, expressão cunhada pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, em meados da década de 1980, como Síndrome da Alienação Parental – SAP. Na verdade, a síndrome pode ser a consequência da alienação parental, quando atingida em um grau mais elevado.

A partir do momento que se pôde nomear, isto é, dar nome a uma sutil maldade humana praticada pelos pais que não se entendem mais, e usam os filhos como vingança de suas frustrações, disfarçada de amor e cuidado, tornou-se possível protegê-los da desavença dos pais. Trata-se de implantar na psiqué e memória do filho uma imagem negativa do outro genitor, de forma tal que ele seja alijado e alienado da vida daquele pai ou mãe. Alienação Parental é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e psíquica de uma criança/adolescente (PEREIRA, 2021, p. 710).

A fim de dar resposta aos casos levados à apreciação do Poder Judiciário, o Legislativo aprovou no ano de 2010 a edição de uma Lei que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Segundo Bruna Barbieri, "a Lei nº 12.318/2010 foi editada no Brasil para socorrer as crianças e adolescentes vítimas de uma violência familiar muito particular: uma violência invisível, decorrente das disputas de forças, muitas vezes até inconscientes, entre os adultos." (2020, p.1).

O alienador, assim como todo abusador, é um usurpador da infância, que se utiliza da ingenuidade e inocência das crianças e adolescentes, para aplicar o seu golpe, às vezes mais sutil, mais requintado, às vezes mais explícito e mais visível, e o filho acaba por apagar as memórias de convivência e de boa vivência que teve com o genitor alienado. Embora o alvo da vingança e rancor seja o outro genitor, a vítima maior é sempre a criança ou o adolescente, programado para odiar o pai ou a mãe, ou qualquer pessoa que possa influir na manutenção de seu bem-estar, o que significa violação também dos princípios constitucionais da dignidade humana (Art. 1º, CF), do melhor interesse da criança e do adolescente (Art. 227, caput, CF) e da paternidade responsável (Art. 226, § 7º, CF (PEREIRA, 2021, p. 711).

Deste modo, para esclarecer o que se considera alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro, o *caput* do artigo 2º da Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010 apresenta o conceito legal:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida

ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Além da definição legal, o legislador ainda indicou no mencionado dispositivo, algumas situações exemplificativas de alienação parental, que merecem análise.

3.1 HIPÓTESES LEGAIS

A Lei 12.318/2010, além de apresentar a conceituação da alienação parental, em seu artigo 2º, parágrafo único apresenta uma série de formas exemplificativas de caracterização desta prática.

Assim, no Brasil, poderá caracterizar a alienação parental se houver o descumprimento das medidas fixadas pelo juízo ou pelas partes genitoras, tal qual especificamente os incisos II, III, IV, do artigo 2º da Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010 destacam.

Art. 2º [...]

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

Como dito, o rol é exemplificativo, de modo que o julgador do caso poderá considerar outras situações como caracterizadoras da alienação parental. A partir disso a dificuldade de convivência em razão da pandemia poderá ser objeto de análise judicial.

Certo é que a alienação parental, em síntese, consiste no outro lado da moeda do abandono afetivo, que se refere à irresponsabilidade daquele que possui dever de cuidado. “Na alienação parental, a convivência se vê obstaculizada por ação/omissão/negligência do alienador, com implantação de falsas memórias, repudiando e afastando do convívio familiar o outro genitor não detentor de guarda” (PEREIRA, 2021, p. 710).

Em decorrência da gravidade dessas condutas, é que a alienação parental possui consequências ao alienador.

3.2 CONSEQUÊNCIAS

A gravidade da conduta de alienação parental é notável, uma vez que atinge diretamente o desenvolvimento da criança e do adolescente e prejudica o seu convívio com o genitor vitimado. “Na alienação parental, o filho é deslocado do lugar de sujeito de direito e desejo, e passa a ser objeto de desejo e satisfação do desejo de vingança do outro genitor” (PEREIRA, 2021, p. 710 - 711).

Estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, que é dever da família assegurar a efetivação dos direitos à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e a convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

Deste modo, a prática da alienação parental é repudiada e deve desencadear em consequências jurídicas para o genitor alienador. Sendo assim, a Lei da Alienação Parental prevê os efeitos da caracterização de alienação, bem como as sanções impostas aos casos concretos.

O artigo 6º da Lei nº. 12.318/2010 estabelece:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (BRASIL, 2010).

Contudo, para que se fixe alguma dessas medidas de responsabilização, é preciso que o julgador tenha se baseado em provas idôneas, caso contrário, poderá sofrer reforma, conforme o exemplo a seguir:

APELAÇÃO – GUARDA – SENTENÇA QUE DETERMINOU A GUARDA COMPARTILHADA COM APLICAÇÃO DE SANÇÃO POR ALIENAÇÃO PARENTAL – INSURGÊNCIA DA GENITORA – ACOLHIMENTO – AUSÊNCIA DE PROVAS IDÔNEAS – ESTUDO PSICOSSOCIAL QUE, EMBORA CONSTATE CONDUTAS

INADEQUADAS NÃO EVIDENCIA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL – A pretexto de proteger um menor de suposta alienação parental, a Justiça não pode abrir mão de provas inequívocas da prática alegada antes e adotar as graves consequências previstas em lei – Sentença reformada em parte – DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (TJ-SP – AC: 10366782620158260002 SP 1036782-61.2015.8.26.0002, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 11/09/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/09/2020).

Portanto, a proteção à criança e ao adolescente sujeito à alienação parental poderá levar à modificação das regras de guarda fixada para os genitores, de modo a reduzir a prática. Entretanto, para que isso ocorra, reduzindo o direito de convivência entre pais e filhos, a decisão deverá estar respaldada por elementos probatórios suficientes.

4 A APLICAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES DOS GUARDIÕES EM CASO DE PANDEMIA

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o estado de pandemia causada pela Covid-19, também denominado novo coronavírus (UMA/SUS, 2020).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o Covid-19, causado pelo novo coronavírus, já é uma pandemia. Segundo a Organização, pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma epidemia, surto que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa.

“A OMS tem tratado da disseminação em uma escala de tempo muito curta, e estamos muito preocupados com os níveis alarmantes de contaminação. Por essa razão, consideramos que o Covid-19 pode ser caracterizado como uma **pandemia**”, afirmou o diretor-geral da entidade, Tedros Adhanom (SHUELER, 2020, p.1).

Via de regra, as obrigações estabelecidas entre os guardiões em regime de guarda compartilhada não poderiam ser alteradas sem a concordância dos genitores. Contudo, o próprio Código Civil, em seu artigo 1.583, §2º já determinava que a divisão

do tempo de convívio sempre leva em consideração as condições fáticas e interesses dos filhos (BRASIL, 2002).

Com a constatação de uma pandemia causada pelo Covid-19, doença com alto nível de contaminação e disseminação, as autoridades nacionais e mundiais passaram a adotar protocolos sanitários que envolvem, principalmente, o distanciamento social. Pessoas que convivem em uma mesma casa foram orientadas a manter restrito o convívio externo.

Deste modo, quando da divulgação de informações, pais que estavam com seus filhos foram orientados a permanecer dentro de casa. Por outro lado, o genitor que não estava com o menor se viu impossibilitado de buscar a criança para ficar sob seus cuidados.

Diante deste novo cenário, surgiram os questionamentos sobre a possibilidade de caracterização de alienação parental em razão da mudança das regras de convívio entre pais e filhos.

4.1 A MUDANÇA DO CONVÍVIO EM RAZÃO DA PANDEMIA E A CARACTERIZAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Em razão dessa situação pandêmica, houveram recomendações de autoridades locais para que todos se isolassem o máximo possível. A partir disso, muitas mães resolveram que esse fato seria suficiente para suspender o convívio com outro genitor, uma vez que estariam seus filhos expostos ao contágio (GIMENEZ, 2020).

Com base nas situações apresentadas, nos últimos meses, em razão da pandemia causada pela Covid-19, muitas relações parentais sofreram alteração. Com o rompimento do convívio, houveram demandas interpostas em desfavor dos genitores sob o argumento de alienação parental. “Por serem, muitas vezes, decisões unilaterais, os pais passaram a buscar o Poder Judiciário para garantir seu direito de convivência com os filhos, resguardadas as orientações da saúde pública” (GIMENEZ, 2020, p.1).

Em um primeiro momento, o entendimento jurisprudencial era no sentido de preservação da integridade do menor, mantendo-se o afastamento social. Contudo, com o passar do tempo, essa visão sofreu alterações.

Nos primeiros dias, notaram-se decisões liminares que mantiveram o status quo da criança, fazendo com que ela

permanecesse, por tempo indeterminado, com quem ela estivesse no momento em que a pandemia se instalou.

Um outro argumento utilizado, na ocasião, foi a necessidade de preservação dos avós, já que se alertava para o fato de as crianças poderem ser hospedeiras do vírus, de maneira assintomática, colocando em risco a população idosa, que se apresenta como mais vulnerável à gravidade da doença.

No entanto, com o passar dos dias, reconheceu-se que a permanência indiscriminada das crianças com apenas um guardião, por longo tempo, não se afinava com o princípio da proteção integral devida à população infanto-juvenil e que o trabalho a ser feito era o de análise particular de cada caso, com o objetivo de se apurar as melhores condições de proteção e cuidado dos filhos em cada família.

Os juízes passaram, então, a apreciar cada pedido de convívio sob a ótica do modelo legal vigente, que é o compartilhamento do tempo dos filhos com seus dois genitores e, não havendo diferenciação das condições entre pais e mães, tais como a ausência de comorbidades, a custódia física de ambos restou garantida, sempre com a adoção dos cuidados de higiene e de prevenção recomendados pela OMS e as autoridades nacionais (GIMENEZ, 2020, p.1).

Ao julgar caso concreto, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o descumprimento do pactuado pela genitora, que se mudou sem o consentimento do pai do menor; todavia, negou a tutela de urgência por ser inadequada a visitação em razão da pandemia. No caso em apreço, a caracterização da alienação parental restou adiada para a fase instrutória, podendo vir a ser reconhecida. Eis a ementa em questão:

GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. Insurgência do autor. Pedido de tutela de urgência para retorno imediato da filha para São Paulo/SP. Não acolhimento. Situação de fato criada pela genitora que, sem autorização judicial e consentimento do genitor, mudou-se provisoriamente para Cuiabá/MT com a filha. Ausência de razoabilidade, porém, quanto ao retorno da criança, em virtude da pandemia de Covid-19. Visitas ao genitor no Rio de Janeiro/RJ que se mostram inadequadas, na atual conjuntura. Determinação apenas de existência de contato telefônico diário

(de preferência por vídeo-chamada) entre o genitor e a filha, sem interferências da agravada. Alienação parental praticada pela genitora que depende de instrução probatória na origem, com a presença dos genitores e da filha. Compensação de férias que deve ser pleiteada futuramente, quando se vislumbrar o retorno normal da rotina da criança. Agravo provido em parte. (TJ-SP – AI: 20712489420208260000 SP 2071248-94.2020.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 18/08/2020, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/08/2020).

Em outra situação, o mesmo Tribunal de São Paulo que determinou a suspensão das visitas aos infantes, uma vez que o domicílio do genitor apresentava risco de contaminação aos menores, por ser o epicentro da pandemia.

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – DETERMINAÇÃO PARA SUSPENSÃO DAS VISITAS PATERNAS ATÉ A CASSAÇÃO DAS MEDIDAS DE ISOLAMENTO SOCIAL RECOMENDADAS PELO PODER EXECUTIVO – REGIME PROVISÓRIO DE GUARDA COMPARTILHADA, COM FIXAÇÃO DO DOMICÍLIO NO LAR MATERNO – AS CRIANÇAS, DE SEIS E QUATRO ANOS DE IDADE, ESTÃO PASSANDO A QUARENTENA NA CASA DOS AVÓS MATERNOS NA CIDADE DE CAMPINAS – GENITOR QUE RESIDE NA CAPITAL, EPICENTRO DA PANDEMIA NO BRASIL – CAUTELA QUE RECOMENDA, POR ORAM, A SUSPENSÃO DAS VISITAS ATÉ 10 DE MAIO DE 2020, DE ACORDO COM OS DECRETOS DO GOVERNADOR DE SÃO PAULO, QUANDO ENTAO A SITUAÇÃO PODERÁ SER REAVALIADA DE ACORDO COM AS NOVAS ORIENTAÇÕES, SEM PREJUÍZO DO CONSENSO ENTRE OS PAIS – CONTATO DO PAI COM A PROLE QUE DEVE SER GARANTIDO MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS, VIDEOCHAMADAS OU OUTROS MEIOS SEMELHANTES – SITUAÇÃO ATÍPICA QUE EXIGE ADAPTAÇÕES – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO DESPROVIDO. (TJ-SP – AI: 20742689320208260000 SP 2074268-93.2020.8.26.0000, Relator: Theo Dureto Camargo, Data de Julgamento: 30/06/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/06/2020).

Por outro lado, em muitos casos, a suspensão do convívio fora revista pelo Judiciário com o passar dos dias, uma vez não poder perdurar por período indeterminado. No Mato Grosso, por exemplo, o convívio foi restabelecido.

A Justiça de Mato Grosso restabeleceu a convivência entre pai e filha que foram afastados após viagem da mãe levando a menina para o interior do estado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a juíza Angela Gimenez, da 1ª Vara de Família e Sucessões de Cuiabá, determinou que a genitora retorne com a menina para a capital. Em seu entendimento, a pandemia do coronavírus e os demais argumentos apresentados pela requerida não justificam a transgressão da guarda compartilhada.

A mãe havia pleiteado a suspensão temporária do direito de convivência do pai ante à situação de distanciamento social por conta da proliferação da COVID-19. Com a suspensão das aulas da filha, a genitora optou por ficar em uma cidade menor, onde a doença não se alastrou, visando o bem-estar da criança.

A magistrada indeferiu o pleito e deu o prazo de cinco dias para retorno da mãe com a filha, sob pena de busca e apreensão da criança. Até a chegada à cidade, o pai deverá ter informações e contato com a filha por meio de recursos digitais, como WhatsApp. Em sua decisão, a juíza destacou que o momento de pandemia exige condutas excepcionais, mas não pode colocar em risco os direitos das crianças, como o convívio com os dois genitores, o que comprometeria seu pleno desenvolvimento (ASCOM IBDFAM, 2020, p.1).

Deste modo, os casos práticos indicam o crescimento de alegações de alienação parental e descumprimento das normas da guarda compartilhada em razão da suspensão de convivência.

Assim, há uma tendência pela prevalência das normas fixadas pela guarda compartilhada (GIMENEZ, 2020), mas nem por isso, desconsidera-se o risco de contaminação causado pela Covid-19. Desta feita, por ser situação excepcional, as análises judiciais tendem a considerar as características fáticas, a realidade local, com entendimentos que podem influenciar casos futuros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decretação de estado de pandemia causada pela disseminação do vírus da Covid-19, ou novo Corona vírus, causou impacto da vida de toda a população mundial. Em razão do alto grau de contaminação, as pessoas tiveram que se readaptar a nova realidade, reduzindo a convivência e o contato entre si.

A orientação de isolamento social desencadeou mudança nas relações entre os indivíduos, não apenas no âmbito profissional, cultural, etc., mas principalmente nos relacionamentos familiares, com o afastamento de entes queridos. Para os infantes, o impacto também é grande.

Assim, mesmo com a fixação de regras anteriores em razão da guarda compartilhada, com a Covid, muitos genitores, por conta própria, interromperam o período de convivência das crianças e dos adolescentes para com o outro genitor. Ocorre que a situação pandêmica não se resolveu em poucos dias; ao contrário, já se passou mais de um ano e até hoje persiste o risco à saúde de todos os indivíduos.

Em um primeiro momento, a situação de calamidade pública justificou a interrupção de convívio de várias pessoas. Mas tal vedação de contato não pode se prolongar indefinidamente.

Neste contexto, é possível que se caracterize a alienação parental em razão da proibição de convívio entre pais e filhos, à medida que, a jurisprudência já passou a entender que deve se considerar o caso concreto e não apenas suspender indeterminadamente o contato com o genitor.

Deste modo, o melhor interesse do menor deve ser atendido caso a caso, haja vista que, existem situações em que o risco de contágio não se sobrepõe ao direito de convivência, uma vez que, as orientações sanitárias se aplicam a todas as situações.

6 REFERÊNCIAS

ASCOM/IBDFAM. Pandemia do coronavírus não pode ser usada para rompimento do convívio parental, IBDFAM, 06/05/2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7242/Pandemia+do+coronavirus+não+pode+ser+usada+para+rompimento+do+convívio+parental#.XrLuNIm_lxt.whatsapp>. Acesso em 25 mar. 2021.

BARBIERI, Bruna. Lei de Alienação Parental completa 10 anos; especialistas avaliam a experiência de uma década. IBDFAM, publicado em 27 ago. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7666/Lei+de+Alienação+Parental+comple>>

ta+10+anos%3B+especialistas+avaliam+a+experiência+de+uma+década>. Acesso em 14 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em 8 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1>. Acesso em 8 fev. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 20 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **TJ-SP – AI: 20712489420208260000 SP 2071248-94.2020.8.26.0000**, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 18/08/2020, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/08/2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/928303492/agravo-de-instrumento-ai-20712489420208260000-sp-2071248-9420208260000/inteiro-teor-928303512>>. Acesso em 09 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **TJ-SP – AC: 10366782620158260002 SP 1036782-61.2015.8.26.0002**, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 11/09/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/09/2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925427780/apelacao-civel-ac-10367826120158260002-sp-1036782-6120158260002>>. Acesso em 22 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. TJ-SP – AI: 20742689320208260000 SP 2074268-93.2020.8.26.0000, Relator: Theo Dureto Camargo, Data de Julgamento: 30/06/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/06/2020. Disponível em: <<https://tj.sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/893303948/agravo-de-instrumento-ai-20742689320208260000-sp-2074268-9320208260000/inteiro-teor-893303982>>. Acesso em 09 nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias [livro eletrônico]** – 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 3,03 Mb; PDF.

GIMENEZ, Angela. **A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19. Revista Consultor Jurídico, 19 de maio de 2020.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/angela-gimenez-guarda-filhos-tempos-pandemia>>. Acesso em 27 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo da responsabilidade parental.** 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

MANSUR, Gisele Muller. **Evolução histórica da guarda compartilhada.** Revista Âmbito Jurídico, publicado em 01/03/2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-da-guarda-compartilhada/#:~:text=Fundamentadamente%2C%20na%20Lei%202013.058%5B3,e%20os%20interesses%20dos%20filhos.>>>. Acesso em 12 fev. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias.** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RESENDE, Letícia Maria de Melo Teixeira. **Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.** *Revista Âmbito Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/vantagens-e-desvantagens-da-guarda-compartilhada/>>. Acesso em 19 fev. 2021.

SCHUELER, Paulo. **O que é uma pandemia.** 14 Outubro 2020. Disponível em: <<https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia>>. Acesso em 25 mar. 2021.

UMA/SUS. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. Publicado em 11 de março de 2020 - Ascom SE/UNA-SUS. Disponível em:

<<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em 25 mar. 2021.

O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS

GUILHERME AUGUSTO BRAGA MORAIS:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Una Betim/MG

WERISON BITTENCOURT DE ARAÚJO⁶²

(coautor)

RESUMO: No Brasil, as infrações penais se dividem em crimes e em contravenções penais. Estas últimas são, em princípio, direcionadas para tratarem de condutas menos gravosas e protegem bens jurídicos menos importantes. Todavia, a previsão de algumas condutas como contravenções penais são retrógradas e oneram o poder público, causando mais gastos e ineficiência no lugar de benefícios. Ademais, algumas contravenções penais como “vadiagem” e “embriaguez” demonstram, notadamente, ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e *ultima ratio* do Direito Penal, não se coadunando com os princípios de tal seara do Direito. Assim, justifica-se a presente pesquisa, uma vez que se mostra relevante ter um ordenamento jurídico mais lógico e que gera economia ao Poder Público. Utilizando-se de método dialético e do tipo bibliográfico de pesquisa, com obras e artigos como instrumentos, tem-se como objetivo geral abordar a ineficácia das contravenções penais com base na principiologia geral do Direito Penal, bem como nas teorias criminológicas. O objetivo específico é demonstrar que a Lei de Contravenções Penais deve ser ab-rogada, mas sem que os bens jurídicos nela tutelados fiquem sem proteção. Ao final, conclui-se pela possibilidade de revogação das contravenções penais, remetendo a proteção de alguns bens jurídicos às vias administrativas e destacando que outros já são abarcados pelo Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal. Contravenções Penais. Revogação.

Abstracts: *In Brazil, criminal offenses are divided into crimes and criminal offenses. The latter are, in principle, aimed at dealing with less burdensome conduct and protect less important legal assets. However, the provision of some conducts such as criminal offenses is backward and burdens the public authorities, causing more spending and inefficiency in place of benefits. In addition, some criminal offenses such as “vagrancy” and “drunkenness” demonstrate, notably, an offense to the principles of human dignity, proportionality and the ultimate ratio of criminal law, not being in line with the*

⁶² Acadêmico de Direito do nono período do Centro Universitário Una Betim

principles of Criminal Law. Thus, this research is justified, since it is relevant to have a more logical legal system and that generates savings for the Public Power. Using a dialectical method and a bibliographic type of research, with works and articles as instruments, the general objective is to address the ineffectiveness of criminal offenses based on the general principle of Criminal Law, as well as criminological theories. The specific objective is to demonstrate the possibility of abrogated the Penal Contraventions Law, without the legal assets protected therein being left without protection. In the end, the possibility of revoking criminal offenses is concluded, referring to the protection of some legal assets to administrative channels and emphasizing that others are already covered by the Brazilian Penal Code.

Keywords: Criminal law. Criminal offenses. Revocation.

Sumário: Introdução. 1. As Contravenções Penais à luz dos princípios básicos do Direito Penal. 2. Contravenções penais no contexto dos movimentos penais. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como cediço, no Brasil foi adotado o conceito bipartido da infração penal, sendo estas o crime (também chamado de delito) e as contravenções penais. Acerca das infrações penais consistentes em crime e contravenção, leciona Guilherme Souza Nucci (2019, p. 116):

A infração penal divide-se em crime e contravenção penal. Dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei das Contravenções Penais o seguinte: "considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção a infração que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente."⁶³

O Decreto-Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941, também chamado de Lei de Contravenções Penais - LCP, reflete muito os costumes daquela época, havendo disposições retrógradas. Algumas contravenções penais como "vadiagem" (art. 59 da LCP), "embriaguez" (art. 62 da LCP) e "dirigir sem permissão" (art. 32 da LCP) demonstram, notadamente, desproporcionalidade, havendo também violação aos

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** - Vol. 1, 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

princípios da dignidade da pessoa humana e *ultima ratio* do Direito Penal, de modo que não são condizentes com os princípios de tal seara do Direito.

A título exemplificativo, mostra-se relevante citar o disposto no artigo 25 do Decreto-Lei em questão:

Art. 25: Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima.

É desnecessária realizar uma análise profunda do dispositivo legal supracitado para observar que este, além de provocar a inversão do ônus da prova em desfavor do acusado, viola os princípios da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e vedação à pena de caráter perpétuo.

Além disso, há algumas previsões demasiadamente vagas, o que pode dar muita discricionariedade ao julgador e violar o princípio da legalidade.

Neste sentido, por meio de metodologia bibliográfica, o presente trabalho visa demonstrar, com base nos princípios gerais do Direito Penal, a possibilidade da revogação de todas as contravenções penais previstas no Decreto Lei nº 3.688/1941, não abordando, todavia, cada tipo penal detalhadamente, mas de forma ampla, com base nos princípios do Direito Penal e nas teorias criminológicas.

Logo, se tem como problema central a possibilidade de revogar a Lei de Contravenções Penais e ainda assim tutelar os bens jurídicos previstos em tal diploma de forma mais coerente aos princípios do Direito.

Destarte, pretende-se demonstrar que os bens jurídicos tutelados pela Lei de Contravenções Penais podem ser protegidos por outras áreas do Direito, destacando-se que algumas contravenções penais devem ser totalmente abolidas por já estarem puníveis no Código Penal, enquanto outras podem ser direcionadas aos Direito Administrativo.

Como exemplo de conduta punível com mais rigor no Código Penal e prevista de forma desnecessária na Lei de Contravenções Penais, podemos citar o artigo 22 desta última, que prevê a conduta de "receber em estabelecimento psiquiátrico, e nele internar, sem as formalidades legais, pessoa apresentada como doente mental". Ora,

se há internação indevida de indivíduo e este é forçado a permanecer em determinado estabelecimento, configura-se cárcere privado.

Podem ser citadas também as condutas previstas nos artigos 18, 19 e 28 da Lei de Contravenções Penais, às quais possuem previsão mais adequada no Estatuto do Desarmamento (Lei Federal nº 10.826/03).

De igual modo, pode ser citada, ainda, a contravenção penal de dirigir sem habilitação, sendo que tal conduta também é prevista no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro e exige o fim específico de “gerar perigo de dano” para que seja considerada uma conduta típica.

Se por um lado, algumas infrações previstas na Lei de Contravenções Penais devem ser revogadas e extirpadas totalmente do ordenamento jurídico, outras devem ser revogadas, mas de modo que sejam punidas com mais efetividade pelo Código Penal.

Neste sentido, confira-se a crítica de Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 144) acerca do artigo 22 do Decreto-Lei nº 3.688 de 1941:

Não há dúvida de que a internação de uma pessoa sadia em casa de saúde ou hospital é conduta grave e merece punição, pois representa típica situação de sequestro ou cárcere privado. Porém, para isso, existe o tipo do art. 148, § 1.º, II, do Código Penal. Por outro lado, internar, para tratamento, uma pessoa que padeça de doença mental é meta a ser buscada por familiares, amigos e, também, pelo Estado. Logo, não pode ser considerada conduta criminosa. Não se encaixa no referido artigo do Código Penal. Restam as infrações previstas nos artigos 22 e 23 da Lei das Contravenções Penais. Estas, em tese, configuram-se quando a internação do doente mental – se a pessoa não estiver enferma caracteriza-se o crime de sequestro ou cárcere privado – foi realizada ou desfeita, sem observância das formalidades legais. Portanto, chega-se à conclusão de ser necessária a internação, mas o ponto crucial seria a inobservância de algum preceito secundário (ex.: interna-se o portador de transtorno mental, desprovido do seu consentimento e sem a solicitação escrita de um médico inscrito no Conselho Regional de Medicina do Estado onde se situa o estabelecimento). Se tal se der, em nosso entendimento, inexistiria razão para configurar uma infração penal. Bastaria a punição, na órbita administrativa, da casa de

saúde ou do hospital e não se utilizaria o Direito Penal para sanar irregularidades menores, pois tal medida fere o princípio da intervenção mínima, incompatível com o Estado Democrático de Direito.⁶⁴

Assim, depreende-se a importância de tal assunto ao cenário jurídico, uma vez que pretende proteger bens jurídicos de forma muito coerente, econômica e, portanto, eficaz ao poder público.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 As Contravenções Penais à luz dos princípios básicos do Direito Penal

Os princípios, na definição de Rogério Greco (2017, p. 61), “são considerados, na ciência jurídica, como as normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo”.⁶⁵

A fim de demonstrar que as Contravenções Penais não se coadunam com o nosso ordenamento jurídico, passa-se a estudar alguns princípios básicos do Direito Penal.

De plano, pode ser citado o princípio da dignidade da pessoa, norteador não somente do Direito Penal, mas de todo o sistema jurídico.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2018, p. 2.546), citando Roberto Andorno, afirmam que:

Roberto Andorno aponta que a dignidade da pessoa humana “é um dos poucos valores comuns no nosso mundo de pluralismo filosófico”, sendo esse princípio a base dos direitos humanos e da democracia. Acrescenta que “a maioria das pessoas assume, como fato empírico, que os seres humanos possuem uma dignidade intrínseca. Essa intuição compartilhada pode ser chamada de atitude padrão (...) Todo sistema jurídico está baseado na suposição de que a dignidade humana realmente existe”. (“The paradoxical notion of human

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** - Vol. 1, 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁶⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma visão minimalista do Direito Penal**. 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

dignity". <http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>. Acesso em 26 de outubro de 2008).⁶⁶

Assim, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base do Estado Democrático de Direito, funcionando como um norteador das ações do Estado e, até mesmo, como uma espécie de 'filtro' para se criar as leis.

Portanto, algumas infrações, como aquela constante do artigo 25 da Lei de Contravenções Penais, violariam o princípio da dignidade da pessoa humana, como já mencionado alhures na introdução do presente artigo.

Podem ser citadas também as contravenções denominadas de "apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia", prevista no artigo 62 do Decreto-Lei em questão, bem como aquelas prevista no artigo 59, possuindo conduta tipificada de "entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita".

A última contravenção supracitada prevê a hipótese de extinção da punibilidade, caso o condenado passe a auferir renda. Logo, observa-se ainda mais o preconceito constante do dispositivo legal em questão.

Destarte, resta demonstrado que algumas contravenções penais não observam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro princípio básico do Direito Penal é o da legalidade, o qual é positivado logo no primeiro artigo do Código Penal nos seguintes termos: "não há crime sem lei anterior que o defina". Não há pena sem prévia cominação legal".

Oriundo do brocardo em latim *nullum crimen nulla poena sine lege*, o princípio da legalidade exige que a conduta definida como infração penal seja previamente prevista em lei e de forma clara, sem expressões vagas, funcionando como uma garantia ao cidadão frente ao poder estatal.

Neste sentido, ensina Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 119), o qual cita Claus Roxin:

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. [...] Para que o princípio de legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Nesse sentido profetiza Claus Roxin, afirmando que: “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo”. (Claus Roxin, *Derecho Penal*, p. 169).⁶⁷

Assim, verifica-se a importância do tipo penal ser bem delimitado, o que não ocorre com diversas contravenções penais, que empregam termos vagos e que conferem ampla liberdade ao julgador, tais como, por exemplo, as condutas descritas nos artigos 24, 37 e 39 da Lei de Contravenções Penais.

A fim de dar maior robustez a tal afirmativa, confira-se a crítica de Guilherme Souza Nucci (2019, p. 145) a respeito da conduta prevista no artigo 24 da Lei de Contravenções Penais:

Cuida-se de outra infração penal completamente dissociada da nova ordem constitucional gerada em 1988. Em primeiro lugar, não se pode tipificar uma conduta vaga, como, por exemplo, “fabricar instrumento empregado usualmente para a prática de

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral volume 1** – 26. ed – São Paulo: Saraiva, 2020.

furto”. Não quer dizer, concretamente, nada. Fabricantes de pés-de-cabra ou chaves de fenda, objetos que podem ser utilizados para o cometimento de furto (e outros delitos igualmente) seriam processados? Por outro lado, o termo *usualmente* perdeu inteiramente o significado, pois a vida moderna tem evidenciado que furtos são cometidos das mais variadas maneiras, de modo que não há um instrumento específico para isso.

Deste modo, observa-se a lesão ao princípio da legalidade por parte de algumas contravenções penais.

Além dos princípios citados acima, pode ser mencionado também o princípio da intervenção mínima.

Corolário do princípio da *ultima ratio*, o princípio da intervenção mínima objetiva-se restringir a incidência de normas incriminadoras às hipóteses de ofensas a bens jurídicos considerados mais importantes. Desta forma, ficam reservados aos demais ramos do ordenamento jurídico as ilicitudes que não ofendem bens fundamentais.

Como exemplo de contravenções penais que violam o princípio da intervenção mínima podem ser citadas: vias de fato (art. 21 da LCP), dirigir sem habilitação (art. 32 da LCP) e abandonar animal de tiro, carga ou corrida ou confiá-lo a alguém inexperiente (art.31, pu, 'a', da LCP).

É sabido acerca da impossibilidade de aplicar algumas contravenções penais atualmente, levando alguns juízes a fazerem um controle difuso de constitucionalidade e/ou “filtrarem”, com base nos princípios, a aplicabilidade das contravenções penais em casos específicos.

Como exemplo, confira-se a seguinte jurisprudência:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. IMPUTAÇÃO AOS PACIENTES DA PRÁTICA DO DELITO DE EXERCÍCIO ILEGAL DE PROFISSÃO. “FLANELINHAS”. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I – A profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores está regulamentada pela Lei 6.242/1975, que determina, em seu art.

1º, que o seu exercício “depende de registro na Delegacia Regional do Trabalho competente”. II – Entretanto, a não observância dessa disposição legal pelos pacientes não gerou lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma, bem como não revelou elevado grau de reprovabilidade, razão pela qual é aplicável, à hipótese dos autos, o princípio da insignificância. III - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica. IV – Critérios que se fazem presentes na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela. V - Como é cediço, o Direito Penal deve ocupar-se apenas de lesões relevantes aos bens jurídicos que lhe são caros, devendo atuar sempre como última medida na prevenção e repressão de delitos, ou seja, de forma subsidiária a outros instrumentos repressivos. In casu, a questão pode ser facilmente resolvida na esfera administrativa. VI – Ordem concedida, para restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia. (HC 115046, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 15-08-2013 PUBLIC 16-08-2013).⁶⁸

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. ART. 47 DA LCP. "FLANELINHA". AUSÊNCIA DE REGISTRO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. I - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de prova da materialidade ou de indícios mínimos de autoria. **II - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal, bem como desta Corte, há muito se firmou no sentido de ser atípico o exercício da atividade**

⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal.HC 115046. Segunda Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em: 19/03/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur238743/false>. Acesso em: 09 mar. 2021.

desenvolvida pelo denominado "flanelinha", sem o registro nos órgãos competentes, ainda que esta exigência encontre previsão em lei, uma vez que a sua ausência não atingiria de forma significativa o bem jurídico tutelado pela norma penal. **III - Segundo entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal e desta Corte, a contravenção penal descrita no art. 47 da LCP (Dec.-Lei n. 3.688/41), tem como objetivo a tutela da organização do trabalho, notadamente as profissões que exigem habilitação ou qualificação técnica especializada, razão pela qual deve haver complementação por outra norma para definir tais requisitos. IV - A existência de norma estabelecendo a necessidade de registro para o exercício da atividade do "flanelinha", mediante a simples apresentação de documentos pessoais sem exigência de conhecimentos técnicos especializados, não se afigura, todavia, apta a criminalizar referida conduta à luz dos princípios do direito penal, em especial o da intervenção mínima e da ofensividade**, Recurso ordinário provido para determinar o trancamento da ação penal em face da atipicidade da conduta. (RHC 88.815/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017). [sem grifo no original].⁶⁹

Em Projeto de Graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Fábio Camargo Rosa (2017, p. 49), concluiu que, em razão de derrogações, expressas ou tácitas, e das normas não recepcionadas pela Carta Magna de 1988, "dentre as 53 (cinquenta e três) contravenções penais estabelecidas na referida legislação, somente 24 (vinte e quatro) encontram-se plenamente vigentes".⁷⁰

Todavia, em que pese a inaplicabilidade de muitas contravenções pelo Poder Judiciário, a ab-rogação destas ainda seria pertinente, uma vez que, segundo Rogério

⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC 88.815/RJ6. Quinta Turma, Relator: Min. Felix Fischer, Julgado em: 28/11/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702278983&dt_publicacao=06/12/2017. Acesso em: 09 mar. 2021.

⁷⁰ ROSA, Fábio Camargo. **Lei de Contravenções Penais e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Projeto de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20250/1/LeiContravencoesPenais.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

Greco, na página 4 da obra citada no início deste tópico, “com a revogação dos tipos penais incriminadores, que somente têm o condão de servir aos interesses de alguns em detrimento de muitos, o discurso crítico será voltado não mais ao processo de inflação, mas, sim, à deflação legislativa”. Mais adiante, ainda na página 4, o doutrinador assevera que “os juízos criminais, a partir de então, estarão aptos a julgar somente aqueles casos que importem em grave repercussão social, que atinjam os bens jurídicos mais caros à sociedade”.⁷¹

Em artigo de opinião publicado no *site* Jurídico Certo, o advogado Vinícius Queiroz afirma que, incluindo as contravenções penais, as disposições do Código Penal, a legislação ambiental, financeira, a Lei de Licitação, dentre diversas outras, estão previstas mais de 1.000 (mil) infrações penais no Brasil.⁷² Isso evidencia a chamada inflação legislativa, citada acima, o que gera uma banalização do Direito Penal.

Com efeito, somente os bens jurídicos de maior interesse devem ficar a cargo da legislação penal, remetendo a solução da lide contravencional às vias cíveis ou administrativas.

Neste sentido, confira-se o seguinte julgado proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO (ART. 42, I E III, DA LCP). INTERVENÇÃO MÍNIMA. ATIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. Impossibilidade de desconsiderar que o Direito Penal é a última ratio e que a intervenção mínima deve ser a tônica de molde a assegurar a sua utilização apenas em face das condutas que se revistam de relevância penal. Caso em que o fato objeto da peça acusatória - promoção de FESTAS em estabelecimento comercial - não se afigura, à toda evidência, como penalmente relevante. Ora, em hipóteses tais, onde configurado claramente um conflito de vizinhança, o caminho é outro, ou seja, a propositura, no âmbito cível, das medidas pertinentes, seja pelo Ministério Público, seja por aquele que tenha sido prejudicado na esfera individual, sem prejuízo de eventuais providências do Município na esfera

⁷¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma visão minimalista do Direito Penal**. 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

⁷² QUEIROZ, Vinícius. **Você sabe quantos crimes estão previstos em lei?** [s.l.], 2019. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/vinicius-queiroz/artigos/voce-sabe-quantos-crimes-estao-previstos-em-lei-5318> Acesso em : 30 out. 2020.

administrativa. RECURSO PROVIDO.(Recurso Crime, Nº 71006055990, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em: 12-09-2016).⁷³

Desta forma, com supedâneo no princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deixaria de intervir em bens jurídicos menos importantes, de modo que, aliado aos demais princípios gerais do direito criminal, tal proteção fique a cargo de outros ramos do ordenamento jurídico.

Por derradeiro, é válido citar o princípio da adequação social, o qual preconiza que a aplicação da legislação penal deve acompanhar a evolução dos costumes da sociedade, de maneira que não se pode reputar como criminosa uma conduta tolerada pela sociedade, ainda que se enquadre em uma descrição típica. Observe-se, por exemplo, como ultrapassada, a conduta de apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia, prevista no artigo 62 da Lei de Contravenções Penais.

Sobre o princípio da adequação social e as contravenções penais, Rogério Greco (2017, p. 99), faz a seguinte crítica:

Mencionamos também a revogação em virtude do fato de que condutas que no passado eram consideradas inadequadas socialmente, se hoje já não mais gozarem desse *status*, a sua proibição deve ser retirada de nosso jurídico-penal, a exemplo do que ocorre com a contravenção penal do jogo do bicho. Como proibir o jogo do bicho se o Estado ocupa a posição de maior “banqueiro” de jogos de azar? Será que a sociedade já se acostumou com esse tipo de aposta, de modo que tolera a sua prática, mesmo tendo consciência da sua qualidade de jogo de azar? Quantos jogos de azar existem que não são proibidos pelo Estado, principalmente aqueles que são por ele mesmo fomentados, a exemplo das chamadas “raspadinhas”?⁷⁴

⁷³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Crime nº 71006055990. Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em: 12-09-2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 16 out. 2020.

⁷⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma visão minimalista do Direito Penal**. 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

No mesmo sentido, é a crítica realizada pelo criminalista Evinis da Silveira Talon. Senão Vejamos:

Estamos no século XXI, com uma legislação do século XX e legisladores que pensam como se estivessem no século XIX. A nossa legislação é marcada por fragmentos históricos de um moralismo exagerado que parece transmitir aos Juízes uma confiança para que continuem fazendo juízos morais, inclusive no processo penal. Alguns tipos penais refletem valores de outrora, já superados por uma evolução histórica cada vez mais acelerada. [...] Portanto, o moralismo Legislativo foi além: dentro do tipo penal relativo à contravenção da exploração de jogo de azar, passou a prever a conduta de quem faz a aposta, inclusive pela internet. Nesse ponto, os legisladores ignoram as inúmeras propagandas de sites de apostas que são realizadas em vários canais, sobretudo nos canais esportivos da TV a cabo, que são diuturnamente aceitas pela sociedade. Ignoram, ainda, que muitas pessoas realizam essas apostas nos mais diversos ambientes (bancas, sites etc.), fazendo parte da realidade de inúmeros brasileiros. Destarte, há um falso moralismo disciplinado como infração penal. Aliás, o falso moralista é aquele que prega a “moral e os bons costumes”, mas adota padrões diversos em sua vida. Geralmente, os políticos são os maiores exemplos de falsos moralistas na sociedade atual, pois, ironicamente, são os que sofrem inúmeras investigações por crimes que a população considera repugnantes (corrupção, por exemplo). De fato, a decisão política sobre uma legislação moralista em relação ao Direito Penal compete, especificamente, a falsos moralistas. Seriam os legisladores os indivíduos com um padrão moral exemplar a ser seguido e imposto ao restante da sociedade?⁷⁵

Diante do exposto, pela análise de alguns princípios básicos do Direito Penal, observa-se que a manutenção da vigência do Decreto-Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941 é incompatível com as diretrizes do de tal seara do Direito.

2.2 Contravenções penais no contexto dos movimentos penais

⁷⁵ TALON, Evinis. **O falso moralismo penal: o caso dos jogos de azar e outras “imoralidades”**. Paraná, 2018. Disponível em: <https://evinistalon.com/jogos-de-azar/> Acesso em: 16 out. 2020.

Além da principiologia do Direito Penal, se faz necessário também abordar as contravenções penais à luz dos principais movimentos penais, de maneira que possa-se distinguir os referidos discursos penais e estabelecer qual movimento de política criminal se amolda à proposta do presente trabalho.

Os principais movimentos penais contemporâneos, também chamados de movimentos ideológicos penais ou movimentos de política criminal, são o Abolicionismo, o Movimento Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo. Estes são, portanto, o modo em que os delitos serão reprimidos. De acordo com Nathacha Alves de Oliveira (2020, p. 50), "a política criminal é o conjunto de medidas e critérios de caráter jurídico, social e econômico adotados pelos Poderes Públicos para prevenir e reagir ao delito, visando ao controle da criminalidade".⁷⁶

Embora o enfoque do presente artigo não seja a abolição de todo o sistema penal, mostra-se pertinente abordar o Abolicionismo para fins de comparação com os demais enfoques criminológicos.

Assim, adentrando no Abolicionismo, ainda segundo Natacha, na página 231:

O abolicionismo parte da premissa de que o mal causado pelo sistema penal à sociedade é muito mais grave que o proporcionado pelo fato que gera sua intervenção. Em sua vertente mais radical, defende o fim das prisões e do próprio Direito Penal, por considerá-lo um instrumento manejado pelos grupos sociais dominantes para definição das condutas criminosas, sendo o crime, portanto, uma realidade construída, de forma arbitrária ou por conveniência.

Portanto, depreende-se que o Abolicionismo visa extirpar totalmente o sistema penal, com a consequente solução das infrações por outros meios.

César Roberto Bitencourt (2020, p. 1335), citando Manuel Lopez-Rey Arrojo, defende que a adoção do Abolicionismo não seria viável. Senão Vejamos:

É inquestionável que a prisão deve transformar-se radicalmente, porém não pode ser suprimida. Diante das condições sociopolíticas prevalentes na atualidade, a pena privativa de liberdade é um meio de controle social do qual, neste estágio da civilização, não se pode abrir mão. Podem-se e devem-se

⁷⁶ DE OLIVEIRA, Natacha Alves. **Criminologia**. 2ª ed. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2020.

reformular racionalmente as suas formas de execução, mas não existem condições sociais, políticas, econômicas e culturais que permitam a total supressão da prisão.⁷⁷

Segundo Rogério Greco (2017, p. 10), o sociólogo Thomas Mathiesen, mesmo sendo um abolicionista convicto, admitiu que, em determinadas hipóteses, permaneceria a possibilidade de intervenção do Direito Penal. Neste sentido, vejamos a citação feita por Greco:

Temos que admitir talvez a possibilidade de se encarcerar alguns indivíduos permaneça. A forma de se tratar deles deveria ser completamente diferente do que acontece hoje em nossas prisões. Uma forma disto ser assegurado, contra o aumento de seu número devido a uma mudança de critérios seria estabelecer um limite absoluto para o número de celas fechadas para tais pessoas a ser aceito em nossa sociedade.⁷⁸

Mais adiante, na página 11, Greco menciona que, até o momento, não é possível vislumbrar outros meios capazes de impedir a prática de comportamentos mais graves e que, segundo Edmundo Oliveira, advogar a abolição da instituição carcerária seria uma utopia, pois as estruturas do Poder Executivo e do Poder Judiciário não propiciam condições para tanto.

Desta forma, observa-se que, embora seja plausível a revogação das contravenções penais, não se mostra possível a adoção do Abolicionismo no cenário atual no que tange às condutas mais graves.

De modo diametralmente oposto ao Abolicionismo, surge o Movimento Lei e Ordem (também chamado de Tolerância Zero), o qual prega um discurso de Direito Penal Máximo.

Acerca do Movimento Lei e Ordem, leciona Nestor Filho (2018, p. 65):

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral volume 1** – 26. ed – São Paulo: Saraiva, 2020.

⁷⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma visão minimalista do Direito Penal**. 10^a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

Uma vertente diferenciada surge nos Estados Unidos, com a denominação lei e ordem ou tolerância zero (zero tolerance), decorrente da teoria das “janelas quebradas” (broken windowstheory), inspirada pela escola de Chicago, dando um caráter “sagrado” aos espaços públicos. Alguns a denominam realismo de direita (apud SHECAIRA, 2004, p. 331) ou neorretribucionismo. Parte da premissa de que os pequenos delitos devem ser rechaçados, o que inibiria os mais graves (fulminar o mal em seu nascedouro), atuando como prevenção geral; os espaços públicos e privados devem ser tutelados e preservados.⁷⁹

Portanto, esta teoria parte da premissa de que existe uma relação entre a desordem e a criminalidade, sendo que os delitos menores devem ser punidos.

Embora o Movimento de Tolerância Zero, aplicado pelo prefeito Rudolph Giuliani, tenha reduzido a criminalidade na cidade de Nova York, conforme assevera Nestor Filho, tal teoria promoveu o aumento do encarceramento de indivíduos menos favorecidos, como os sem-teto e pessoas de baixa renda, por exemplo. Neste raciocínio, podem ser citados os seguintes excertos, que tratam sobre o encarceramento promovido pela política de Lei e Ordem:

O grande número de prisões que este enfoque gera, traz consequências para os bairros onde elas ocorrem com mais frequência. Já se disse que as ações da polícia no combate às drogas podem ser o resultado adverso do uso de drogas – uma medida da morbidade social com consequências negativas para aqueles detidos no sistema de justiça criminal, mas devem ser vistas também como uma variável independente – agravando muitos problemas sociais e de saúde atribuídos ao uso de drogas. Um grande número de jovens que vivem em bairros pobres, entram e saem da cadeia cumprindo curtas sentenças. Com poucas ligações com instituições convencionais, oportunidades legítimas são diminuídas enquanto as oportunidades na vida do crime são aumentadas através dos contatos feitos na prisão. Quando jovens de bairros desprivilegiados tornam-se acostumados aos repetidos contatos

⁷⁹ FILHO, Nestor Sampaio Pentead. **Manual Esquemático de Criminologia**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

com o sistema de justiça criminal, os efeitos que detêm e estigmatizam, diminuem inevitavelmente. Ser preso é visto como um rito de passagem. Isto está acontecendo numa era em que o crime está em declínio.⁸⁰

Em pouco tempo, a implementação da Tolerância Zero provocou sérias críticas de especialistas e a oposição de políticos progressistas americanos, assim como dos movimentos populares urbanos. Desconfiava-se, então, de que os prefeitos envolvidos estavam direcionando o rigor contra minorias raciais, jovens pobres, sem-teto, prostitutas, mendigos, trabalhadores informais, bêbados e drogados. Prevaleceu a impressão de que a Tolerância Zero servia a uma espécie de faxina social nas suas cidades. Para isso, estariam fazendo uso do encarceramento massivo, ou da segregação espacial, dos grupos sociais inconvenientes. Uma marca da Tolerância Zero eram as humilhantes abordagens policiais denominadas stop and frisk (parar e revistar), normalmente realizadas contra jovens pobres, negros e latinos. [...] Alguns analistas afirmam que nunca se agrediu, prendeu e se matou tantos jovens negros nos Estados Unidos como durante o exercício da Tolerância Zero. Estudos demonstraram que a redução da criminalidade urbana naquela década não se deveu ao novo regime, mas a diversos outros fatores como a recuperação econômica americana, que gerou novas ocupações para os jovens nas áreas de tecnologia, economia criativa, turismo e outros serviços.⁸¹

Ademais, deve ser ressaltado que o Movimento Lei e Ordem utiliza o Direito Penal como instrumento educador, sendo que a utilização de tal ramo do direito como *prima ratio* pode levar à banalização das leis penais.

Neste sentido, confira-se a crítica feita por Rogério Greco (2017, p. 17):

⁸⁰ WENDEL, Travis; CURTIS, Ric. **Tolerância zero: a má interpretação dos resultados**. Revista Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em 12 abr. 2021.

⁸¹ SAMPAIO, Felipe. Cidades seguras: a polêmica tolerância zero. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/noblat/cidades-seguras-a-polemica-tolerancia-zero-por-felipe-sampaio/>. Acesso em 12 abr. 2021.

Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade. [...] o falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, que atingem os bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio social.⁸²

Desta forma, infere-se que o Movimento Lei e Ordem possui ideologias totalmente contrárias ao objetivo do presente artigo, uma vez que este último possui como escopo a revogação das contravenções penais, por serem delitos de menor potencial ofensivo.

Por fim, tem-se o movimento do Direito Penal Mínimo, segundo o qual, com base nos princípios já vistos alhures, a pena criminal só deve ser prevista às ofensas contra os bens jurídicos mais importantes.

Neste sentido, vale citar novamente Rogério Greco (2017, p. 30) em sua Obra Direito Penal do Equilíbrio:

O Direito Penal do Equilíbrio tem como princípio central, orientador de todos os outros que o informam, o princípio da dignidade da pessoa humana. O Homem, aqui, deve ocupar o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da paz social, deverá somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

De acordo com Guilherme Souza Nucci (2020, p. 518), o qual cita Hassemer e Muñoz, o Direito Penal Mínimo possui algumas diretrizes que almejam proteger os bens jurídicos de forma eficaz. Senão vejamos:

Convém, ainda, mencionar as soluções mais apropriadas de Hassemer e Muñoz na ótica do direito penal mínimo: a) promover uma busca de alternativas à prisão, que principalmente

⁸² GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma visão minimalista do Direito Penal**. 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

afeta aos setores sociais mais baixos; b) realizar uma investigação que possa clarear o âmbito obscuro da “criminalidade dos poderosos”, vinculada a reflexões políticas sobre a igualdade da criminalização em Direito Penal; c) estabelecer uma política de descriminalização da criminalidade menor ou de bagatela no âmbito da criminalidade “clássica”; d) efetuar investigações sobre a práxis do princípio da oficialidade na persecução dos delitos, unidas à busca de funções substitutivas desejáveis político-criminalmente (Introducción a la criminología y al derecho penal, p. 62).⁸³

Por fim, vale ressaltar que, nas palavras de Ferrajoli (2002, p.83), “Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”.⁸⁴

Com efeito, o discurso do Direito Penal Mínimo é o que mais se coaduna com a proposta do presente trabalho, uma vez que se funda no princípio da dignidade da pessoa e visa aplicar o Direito Penal como *ultima ratio*.

Verifica-se, então, ser viável a revogação das contravenções penais frente aos princípios do Direito Penal, bem como aos movimentos penais contemporâneos.

3 CONCLUSÃO

Pelo exposto, observa-se a possibilidade de revogação das contravenções penais, tendo em vista que estas são retrógradas quando analisadas em conjunto com os princípios e correntes penais, de modo a remeter a proteção de alguns bens jurídicos às vias administrativas.

Além disso, verifica-se que outros bens jurídicos que a Lei de Contravenções Penais visa resguardar já são tutelados pelo Código Penal Brasileiro ou por leis esparsas (como o Código de Trânsito Brasileiro ou o Estatuto do Desarmamento, por exemplo) de forma mais eficiente.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Traduzido por Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes.

O Direito Administrativo, por possuir o atributo da autoexecutoriedade, poderia trazer resultados mais céleres, econômicos e eficazes, além de preservar o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.

O raciocínio do Direito Penal Mínimo, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa e demais princípios citados ao longo da pesquisa, deve servir de orientação ao legislador, de modo a penalizar somente as condutas que lesem os bens jurídicos mais importantes, servindo de base tanto para a criação, quanto para a revogação de condutas previstas como contravenção penal.

Desta maneira, poderá se desassoberbar a atividade jurisdicional de questões que muitas vezes podem ser solucionadas de maneira mais rápida e, ainda, de modo que o Direito Penal não seja banalizado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Eriberto Cordeiro; JÚNIOR, Paulo Fernando Bezerra Cesar. **Direito Penal Mínimo**: A necessária revogação da Lei de Contravenções Penais. Cadernos de Graduação: Ciências Humanas e Sociais, Recife, 1 dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/3704/2071>. Acesso em: 16 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral volume 1 – 26. ed – São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997. Brasília, 23 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10826, de 22 de dezembro de 2003. Brasília, 22 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC 88.815/RJ6. Quinta Turma, Relator: Min. Felix Fischer, Julgado em: 28/11/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702278983&dt_publicacao=06/12/2017. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 115046. Segunda Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em: 19/03/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur238743/false>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Crime nº 71006055990. Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em: 12-09-2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 16 out. 2020.

DE OLIVEIRA, Natacha Alves. **Criminologia**. 2ª ed. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Traduzido por Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes.

FILHO, Nestor Sampaio Pentead. **Manual Esquemático de Criminologia**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GANDRA, Thiago. **Leis Especiais para Concursos - Vol. 51. Leis das Contravenções Penais**. 2ª ed. - Bahia: Juspodivm, 2019.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio** – Uma visão minimalista do Direito Penal. 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Vol. 1, 12ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Fábio Camargo. **Lei de Contravenções Penais e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Projeto de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20250/1/LeiContravencoesPenais.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

SAMPAIO, Felipe. Cidades seguras: a polêmica tolerância zero. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/noblat/cidades-seguras-a-polemica-tolerancia-zero-por-felipe-sampaio/>. Acesso em 12 abr. 2021.

SILVESTRE, Renato Marinho. **Princípio da autorresponsabilidade no Direito Penal**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01082017-145305/pt-br.php>. Acesso em: 16 out. 2020.

TALON, Evinis. **O falso moralismo penal**: o caso dos jogos de azar e outras “imoralidades”. Paraná, 2018. Disponível em: <https://evinistalon.com/jogos-de-azar/>. Acesso em: 16 out. 2020.

QUEIROZ, Vinícius. **Você sabe quantos crimes estão previstos em lei?** [s.l.], 2019. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/vinicius-queiroz/artigos/voce-sabe-quantos-crimes-estao-previstos-em-lei-5318> Acesso em : 30 out. 2020.

WENDEL, Travis; CURTIS, Ric. **Tolerância zero**: a má interpretação dos resultados. Revista Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, 2002 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em 12 abr. 2021.

A CONTRIBUIÇÃO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS PARA A REDUÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS NO PODER JUDICIÁRIO

DIEGO HENRIQUE NOTÓRIO MACEDO:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário UNA - Campus Contagem/MG;
serventuário de cartório.

CRISTIAN KIEFER DA SILVA⁸⁵

(orientador)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo realizar uma promoção dos serviços prestados pelos cartórios extrajudiciais, sua celeridade, praticidade e a segurança jurídica que os mesmos oferecem como um instrumento que contribui para a redução do número de processos do Judiciário. A metodologia utilizada para a pesquisa foi a exploratória, buscando expor hipóteses que confirmam que os cartórios extrajudiciais tem contribuído com a redução de processos judiciais, no que couber, e que são capazes de evitar conflitos que, *a posteriori*, poderiam resultar em litígios que acabariam por trazer mais processos para o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Notariais; Extrajudicial; Justiça;

Abstract: This article aims to promote the services provided by extrajudicial notaries, their speed, practicality and the legal certainty that they offer as an instrument that contributes to reducing the number of judicial proceedings. The methodology used for the research was exploratory, seeking to expose hypotheses that confirm that extrajudicial notaries have contributed to the reduction of lawsuits, as far as appropriate, and that are able to avoid conflicts that, a knowledge which proceeds from observations, could result in disputes that would eventually bring more lawsuits to the judiciary.

Keywords: Notaries; Extrajudicial; Justice;

Sumário: 1. Introdução; 2. Contextualização histórica sobre os serviços extrajudiciais no mundo e no Brasil; 3. Princípios específicos da atividade das serventias Extrajudiciais; 3.1. Princípio da Cautelaridade; 3.2. Princípio Rogatório; 3.3. Princípio da Independência funcional; 4. Diferença entre as serventias notariais, registrais e de protesto; 4.1.

⁸⁵Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2018), possui Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016), possui Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2012).

Cartório do ofício de Notas; 4.2. Cartório de registro de imóveis; 4.3. Cartório de registro civil das pessoas naturais; 4.4. Cartório de registro de títulos, documentos e das pessoas jurídicas; 4.5. Cartório de protesto; 5. Do tabelião de notas, de protesto e registradores: sua formação e capacidade para serem exímios aplicadores da Lei; 6. Das inovações legislativas na seara das serventias extrajudiciais e contribuição para a redução do número de processos no Poder Judiciário; 6.1. A Lei nº 11.441/2007 e a possibilidade de realização de separações e divórcios pela via extrajudicial.; 6.2. A Lei 11.441/2007 e a possibilidade de realização de partilhas pela via extrajudicial.; 6.3. A usucapião extrajudicial; 6.4. Conciliação e mediação em cartórios extrajudiciais; 6.5. A integração dos cartórios no combate ao crime de lavagem de dinheiro; 7. Das contribuições que algumas serventias podem oferecer para a prevenção de litígios: uma análise em relação aos cartórios de notas, registro de imóveis e registro de títulos e documentos; 7.1 Do Cartório de Ofício de Notas; 7.2 Do serviço de Registro de Imóveis; 7.3 Registro de títulos e documentos; 8. Do número ainda grande de separações e divórcios consensuais no judiciário: as vantagens de se realizar o procedimento pela via extrajudicial; 9. Das vantagens de se recorrer aos cartórios de notas para a realização de inventário extrajudicial; 10. Considerações finais; Referências.

1. Introdução

O conflito está para a sociedade assim como o Poder Judiciário subsiste para resolvê-los. De acordo com as ideias do contratualista Thomas Hobbes, o homem, em seu estado natural, tende ao conflito. Desta forma, os homens firmam um pacto com um terceiro imparcial, a figura de um Estado forte, para que se resolva os seus conflitos e garanta seus direitos, e assim então chegue - ou pelo menos busca - ao bem estar social. E desta maneira tem ocorrido desde o século XVI (dezesseis), onde surgiram as ideias de Hobbes, de a necessidade e imprescindibilidade de uma figura estatal para que se resolvam os conflitos, até a atualidade.

Seguindo o raciocínio, o Barão de Montesquieu em sua exímia obra "O Espírito das Leis" propôs a tripartição dos Poderes que detinha esse Estado. Como uma das figuras de tal tripartição, o Poder Judiciário fora idealizado para que fosse um Poder que aplicasse a Lei em um caso concreto, sem a concentração deste Poder, à época, nas mãos do monarca, quando lhe fosse apresentado como um conflito de interesses. Em nosso ordenamento jurídico pátrio, a Carta Magna de 1988, em seus artigos 92 a 126, buscou regulamentar essa atividade estatal de suma importância para a promoção de garantias e defesa de direitos fundamentais, possuindo este respeitável Poder Judiciário, como um todo, uma função social indispensável. Detém este Poder a função típica de julgar causas de distintas matérias, como causas cíveis, trabalhistas, criminais e dentre outras.

Não obstante, este Poder, que possui como função precípua julgar e dizer o Direito, tem se encontrado em um estado que o excessivo número de processos a serem julgados, e este fato tem resultado em uma morosidade na prestação jurisdicional. Sem adentrar no mérito dos motivos da superlotação de processos judiciais (reservando tal discussão e pesquisa a outros estudiosos), nos reserva apenas a análise de dados estatísticos que comprovam a obstrução do Judiciário. De acordo com o portal de transparência do Conselho Nacional de Justiça, CNJ em números, em uma análise restrita ao Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, com ênfase a classe processual " Processo Civil e do Trabalho", foram 1.608.469 (um milhão, seiscentos e oito mil e quatrocentos e sessenta e nove) de processos distribuídos na justiça de primeiro grau em referência ao exercício de 2019, sendo que deste número, 988.938 (novecentos e oitenta e oito mil e novecentos e trinta e oito) são do assunto "Direito Civil". Em relação ao tempo de tramitação destes processos, a mesma fonte informa que, em média, processos de conhecimento, da fase inicial até a sentença, duram em média 2 anos e 9 meses, sem contar ainda a fase recursal. (CNJ, 2020).

Diante deste cenário em que se evidencia o excessivo número de demandas levadas ao judiciário e morosidade em sua resolução, operadores do direito têm tentado buscar medidas alternativas à resolução de conflitos, e até mesmo à prevenção deles. Sem ignorar outras medidas, esta pesquisa fará uma análise de como os cartórios extrajudiciais podem e têm contribuído para desafogar o Poder Judiciário, desde a prevenção de litígios até a resolução, no que couber, de demandas.

2 Contextualização histórica sobre os serviços extrajudiciais no mundo e no Brasil

Os serviços extrajudiciais compreendem em serviços prestados pelo Estado, através de um delegatário público, onde será concedida autenticidade, fé pública e, principalmente, segurança jurídica aos negócios jurídicos privados. Antes da abordagem de como os cartórios podem contribuir para a redução do número de processos do judiciário proposto pelo artigo, é importante a situar, brevemente, os cartórios ao longo da história, sua chegada ao Brasil e evolução até resultar na importante ferramenta estatal que se tornou.

As primeiras aparições ao longo da história destes serviços foram com a civilização suméria. Responsáveis pela invenção da escrita, inovação àquela época dentre as civilizações do mundo antigo, foram com esses povos que apareceram os primeiros atos notariais. Os Escribas, que eram os personagens no seio social com conhecimento da escrita, realizavam atos que atribuíam fé pública aos documentos, aparecendo os primeiros carimbos como forma de autenticidade.

Muito embora os primeiros atos notariais tenham aparecido com os sumérios, foram os Romanos que aperfeiçoaram as práticas notariais e registrais, muitas delas herdadas pelos atuais modelos de cartórios e ainda praticadas. Os registros públicos e privados eram separados, onde os públicos guardavam uma relação com os assuntos da Corte e de Estado e eram exercidos pela figura denominada de "*notarii*", e os privados eram responsáveis por elaborar documentos dos cidadãos, como contratos e testamentos exercidos pela figura do "*tabelliones*".

Historicamente, os serviços extrajudiciais - naturalmente - chegaram ao Brasil com os portugueses, no período de colonização do país. As Ordenações do Reino davam ênfase ao valor probante dos atos escritos. Com a expansão da colonização lusa pelo território, criação das capitanias hereditárias e delimitação de terras, nasceu a necessidade de instituir Tabeliães para o controle desta atividade. Conta Gustavo Sousa César que os registros eram levados perante a Igreja Católica que, ao tempo, era órgão oficial vinculado ao Estado, que tal atividade se assemelhava muito aos que os serviços de registro de imóveis realizam atualmente.

Posteriormente, com o advento da Lei 8.935 de 1994 foram aperfeiçoados os atos praticados pelos cartórios. Além da substituição do termo "cartório" por "serventias", a referida lei instituiu a comunicação entre as serventias, o arquivamento de documentos e a independência e responsabilidade dos titulares dessas serventias. Com o tempo, legislações foram sendo aprimoradas, até chegar ao modelo atual das serventias e suas funções, cada vez mais dando protagonismo a estas atividades e colocando as mesmas como mais um instrumento que contribui com a desobstrução do Poder Judiciário.

3. Princípios específicos da atividade das serventias Extrajudiciais

Falar em princípios é associar diretamente a ideias norteadoras, seja para guiar o legislador a aprimorar as leis em sua atividade legiferante ou para conduzir os operadores do Direito a aplicá-las. E na área extrajudicial não é diferente, com princípios peculiares que ordenarão o bom funcionamento desta seara.

3.1. Princípio da Cautelaridade

No ordenamento jurídico brasileiro, os profissionais que atuam nas serventias extrajudiciais se deparam em sua rotina com pessoas em que requisitam sua autoridade, seja para aconselhar sobre alguma medida ou para dar fé pública a algum ato jurídico particular.

Por esse princípio, de acordo com Oldemir Bilhalva Teixeira “o notário realiza tarefa acautelatória, e, desse modo, contribui sobremaneira à harmonização de interesses”. (TEIXEIRA, 2019, p. 131). A cautelaridade está intimamente ligada às atividades extrajudiciais como um todo, não só a notarial. Seja o registrador ou o tabelião, deve ter os cuidados jurídicos necessários na realização de seu *mister*, ao passo que sua função está envolvendo interesses jurídicos de terceiros e, a depender do caso, um erro ou omissão do profissional extrajudicial poderá até mesmo gerar uma responsabilidade solidária para com o caso concreto. Em resumo, o dever de cautela envolve, de acordo com seu juízo e conhecimentos técnicos, auxiliar as partes que buscarem os serviços extrajudiciais a tomarem decisões pautadas na cautela e primando pela segurança jurídica do negócio.

3.2. Princípio Rogatório

Na esfera judicial, o direito de ação é exercido nos moldes do princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual a jurisdição deve ser provocada pelas partes interessadas. Desta forma, a parte interessada deve requerer ao Judiciário que tutela sua demanda.

Corolário ao princípio acima narrado, as atividades extrajudiciais, naturalmente, também se regem por princípios semelhantes. Trata-se do rogatório, onde a parte interessada na prestação dos serviços extrajudiciais deverá dirigir-se ao de sua competência - ou preferência, a depender - e solicitar tal prestação, não podendo os profissionais do Direito atuante nessas serventias atuarem sem requisição das partes.

3.3. Princípio da Independência funcional

De acordo com este princípio, os profissionais atuantes nos serviços extrajudiciais exercem suas funções de natureza pública e de forma independente. Quando algum destes profissionais se sujeitam a vontade de uma parte interessada inobservando deveres de seu *mister*, sua função social, sem dúvidas, restará prejudicada e flertando com a insegurança jurídica.

Independência funcional é, ademais, independência técnica e de juízo do profissional ao atuar nos casos concretos em que lhe são apresentados, para chegar o mais próximo que couber das possibilidades jurídicas do caso que lhe forem apresentados e sem detrimento de interesses das partes. Afinal, ter independência funcional para estes casos é principalmente adotar uma postura de modo a atender as partes e evitar futuros litígios.

4. Diferença entre as serventias notariais, registrais e de protesto

As chamadas serventias extrajudiciais, ou cartórios extrajudiciais, se dividem em 5 (cinco) espécies diferentes, cada uma atuando dentro de suas especificidades e atendendo a anseios específicos da população usuária. São os cartórios de ofício de notas, registro de imóveis, registro civil das pessoas naturais, registro de títulos, documentos e das pessoas jurídicas e, por fim, os tabelionatos de protesto.

A Lei nº 8.935/94, conhecida popularmente como “Lei dos Cartórios”, regulamenta o artigo 236 da CRFB, dispondo sobre serviços notariais e de registros. A dita legislação cuidou, em seus artigos 6º ao 13º, em trazer a diferença entre os serviços extrajudiciais presentes em nosso ordenamento jurídico, na forma abaixo.

4.1. Cartório do ofício de Notas

Conforme a Lei supracitada, aos notários compete a formalização jurídica da vontade das partes e a intervenção nos atos e negócios jurídicos a qual as partes queiram dar autenticidade e segurança jurídica.

Desta forma, é competência exclusiva dos Tabeliães de notas lavrar escrituras públicas, procurações, atas notariais, reconhecimento de firmas e autenticações de documentos. Sendo o mais procurado pelo público, os ofícios de Notas estão lotados nas comarcas por todo o território nacional, facultando a Lei ao usuário utilizar o serviço de qualquer um desses.

4.2. Cartório de registro de imóveis

Aos oficiais do serviço de registro de imóveis compete, no que lhe couber, a prática dos atos previstos na legislação de registros públicos, qual seja, Lei 6.015/73. Em relação a sua competência exclusiva, cabe ao registro de imóveis registrar todas as alterações constantes em um imóvel que está delimitado em sua circunscrição, que é por comarca e subdistritos.

É neste serviço extrajudicial que são feitos os registros de alienações referentes aos imóveis lotados em sua circunscrição, como exemplo a compra e venda ou a doação. Cabe a esta serventia também averbar, à margem da matrícula, alterações no status da coisa imóvel, como exemplo hipoteca, alienação fiduciária, usufruto, servidão, incorporação, condomínio, penhora, inalienabilidade etc.

Desta forma, sua atividade é imprescindível para dar publicidade a coisa imóvel registrada em sua serventia, ao passo que o interessado poderá solicitar certidões ao

ofício de registro de imóveis para ter informações da procedência da coisa imóvel, o que garante segurança jurídica aos negócios jurídicos como a compra e venda.

4.3. Cartório de registro civil das pessoas naturais

Dentre os serviços extrajudiciais, este é o único em que poderá se afirmar que todos estão sujeitos aos seus serviços. Nele são registrados o Nascimento, Casamento, Óbito e interdição e todas as alterações desses registros que possam vir a ocorrer, como uma alteração no nome ou no estado civil da pessoa natural.

4.4. Cartório de registro de títulos, documentos e das pessoas jurídicas

A função precípua desta serventia é o registro de documentos para a sua conservação. Neste Cartório o usuário poderá registrar documentos particulares, como contrato de aluguel, contrato de compra e venda de imóveis (não se confunde com a escritura de compra e venda, lavrada no cartório de Notas e registrada no serviço do registro de imóveis).

É comum na prática os particulares celebrarem contratos e registrarem neste cartório, com a finalidade de haver uma via arquivada na serventia em caso de eventual perda do documento pelos pactuantes.

Em relação ao registro das pessoas jurídicas, tomou-se a liberdade de colocá-lo junto registro de títulos e documentos, pois, o que se observa na prática, é o acúmulo das funções pelas serventias no país. A função é registrar os atos constitutivos das pessoas jurídicas de Direito privado que não sejam de competência da Junta Comercial, como exemplo os estatutos de associações sem fins lucrativos.

4.5. Cartório de protestos

Os Tabeliães de protesto são responsáveis por dar publicidade a uma dívida não paga e por intimar o devedor. Neste cartório são levados os títulos executivos, como o cheque e nota promissória não paga, para que através do instrumento de protesto lavrado neste cartório possa ocorrer tal publicidade e constituir o devedor em mora.

5. Do tabelião de notas, de protesto e registradores: sua formação e capacidade para serem exímios aplicadores da Lei

Os tabeliães (sejam de notas ou de protesto) e registradores são agentes públicos classificados como particulares em colaboração com o Poder Público. Compreendem as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado, sem vínculo

empregatício, com ou sem remuneração (PAVIONE, 2020, p.232) São delegatários do serviço público, onde exercerão a função em nome próprio e sob a fiscalização do Poder Público.

Para se tornar um tabelião ou registrador, o interessado estará condicionado à realização de um concurso de provas e títulos, realizado pelo Poder Judiciário de cada estado da federação. Para ilustrar a complexidade de tal concurso, selecionamos o Concurso Extrajudicial Edital 01/2019 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais com o fito de demonstrar cada etapa do certame.

Inicialmente, tratando dos requisitos para a outorga da delegação, além dos requisitos corriqueiros em editais como ter nacionalidade brasileira, estar em pleno gozo dos direitos civis e políticos dentre outros, a carreira apresenta requisito específico, conforme se vislumbra no item 4.1.1, "f", ser bacharel em Direito ou ter completado dez anos de exercício da função em serviço notarial ou de registro.

Se tratando do certame, a seleção passa por cinco fases, sendo elas a prova objetiva, prova escrita e prática, comprovação de requisitos para a outorga da delegação, prova oral e, por fim, exame de títulos. Em relação a prova objetiva, a mesma possui um extenso rol de conteúdos no qual o conhecimento é exigido pelos futuros tabeliães e registradores. Valendo-se do edital exemplo, a prova objetiva possui 100 (cem) questões, passando pelos conteúdos Registros públicos e conhecimento geral, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, Direito Tributário, Direito Comercial, Direito Administrativo e Constitucional.

Em relação a prova escrita e prática, a mesma é fragmentada em uma dissertação, uma peça prática e quatro questões discursivas, tudo conforme conteúdo programático já descrito. Por fim, a prova oral realizada perante a banca examinadora onde, além do domínio do conteúdo, serão avaliados o uso correto da língua portuguesa e o estado emocional do candidato.

É correto afirmar que o que se extrai dos requisitos do edital é que um concurso rigoroso e extremamente seletivo, onde os aprovados, certamente, tiveram um longo preparo e carregam um notório saber jurídico. Um certame onde se é exigido dos candidatos conhecimentos desde Direito Penal até mesmo Direito Comercial, seguramente, tem a finalidade em selecionar aqueles que possuem um vasto conhecimento e, por consequência, raciocínio jurídico para resolver questões que lhes são apresentadas no cotidiano dos cartórios.

A importância de se reconhecer o percurso até se tornar um tabelião ou registrador é demonstrar que tal profissional é apto a ser um aplicador da Lei, onde

diariamente em suas serventias serão levadas situações em que seu raciocínio jurídico refletirá diretamente na demanda, de forma sempre a trazer segurança jurídica para as partes e, por consequência, evitar conflitos que futuramente poderiam desaguar no Poder Judiciário.

6. Das inovações legislativas na seara das serventias extrajudiciais e contribuição para a redução do número de processos no Poder Judiciário

De toda a sorte os cartórios extrajudiciais têm, com o tempo, adquiridos uma maior importância no seio social e no ordenamento jurídico pátrio. Cada vez mais o legislador vem reconhecendo a atuação de excelência destas serventias e aumentando suas funções, colocando lado a lado os cartórios com outros órgãos de Estado em uma atuação que, cada vez mais, tem contribuído para a prevenção de litígios e redução dos números de processos.

Selecionamos algumas inovações legislativas que ocorreram e atribuíram algumas novas funções aos cartórios extrajudiciais, e como essas modificações contribuíram, e contribuem na diminuição de processos no judiciário, e na prevenção de litígios.

6.1.A Lei nº 11.441/2007 e a possibilidade de realização de separações e divórcios pela via extrajudicial.

Com a entrada em vigor da Lei Federal nº 11.441/2007, que alterou o Código de Processo Civil, se instituiu a possibilidade de se realizar separações, divórcios e partilhas (inventário ou sobrepartilha) em cartórios extrajudiciais. Mais especificamente, serão realizados nos cartórios de ofício de notas, onde serão lavrados em escritura pública pelo Tabelião de notas e sem a necessidade de homologação por juiz. Todavia, não serão todos os casos específicos que poderão ser realizados em cartórios de notas, devendo ser observados os requisitos legais.

Para a realização de separações e divórcios pela via extrajudicial, além do recolhimento dos emolumentos cartorários (conforme tabela de cada estado da federação), é necessário que da relação não haja filhos menores ou incapazes, que a varoa não se encontre em estado gravídico e que haja consenso entre as partes. Os mesmos requisitos se aplicam quando da realização de dissolução de união estável. Insta salientar que a realização destes procedimentos em cartório não exclui a necessidade de estar assistido por advogado.

Com relação a números, desde que entrou em vigor a legislação, é notável a redução de processos no judiciário. De acordo com o Colégio Notarial do Brasil - CNB,

foram mais de 1,3 milhões de processos de separações, divórcios e partilhas retirados do poder judiciário desde a entrada em vigor da Lei supracitada, com uma economia de 3 bilhões de reais na justiça de todo país.

Em análise aos números do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o relatório de movimentação processual, extraído do sítio eletrônico deste mesmo Tribunal, demonstra, entre 2007 (ano de entrada em vigor da referida Lei) e 2009, já uma grande diferença no número de processos da natureza "família", a qual se enquadra as separações e divórcios consensuais. Enquanto em 2007 foram distribuídos 230.847 feitos da natureza "família", em 2009 foram ajuizados 211.481 feitos dessa mesma natureza, totalizando uma redução de aproximadamente 20.000 processos dentre as comarcas do estado de Minas Gerais. De acordo com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, conforme dados mais recentes, em 2019, embora fossem distribuídas 254.038 ações de família (um número superior aos anos citados anteriormente), mas desse número apenas 20.729 compreendem ações de separação e divórcio consensual, não totalizando nem 10% dos feitos ajuizados de família.

Tais números, em verdade, são um reflexo da referida Lei nos processos de natureza "família", revelando que magistrados têm se dedicado mais a causas de outros assuntos dentro dessa mesma natureza processual, sendo uma notória contribuição dos serviços extrajudiciais para com a desobstrução do judiciário.

6.2. A Lei 11.441/2007 e a possibilidade de realização de partilhas pela via extrajudicial.

Ainda sobre a Lei supracitada, que modificou o diploma processual civil, mas agora em uma análise em relação às partilhas, a mesma legislação também autorizou que os tabelionatos de notas realizassem inventários e sobrepartilhas consensuais. Da mesma maneira das separações e divórcios consensuais, não será qualquer demanda analisada pelo notário, devendo cumprir os requisitos impostos pela Lei e sendo obrigatória a assistência de um advogado.

Com relação aos requisitos, para que se realize a partilha pela via extrajudicial é necessário, além do pagamento dos emolumentos cartorários, deverá se apresentar as devidas documentações de impostos pagos, certidões necessárias, que todos os herdeiros sejam maiores e capazes, devendo haver o consenso entre os herdeiros quanto à partilha dos bens e o falecido não poderá ter deixado testamento (exceto se o mesmo estiver caduco ou revogado).

Em relação ao requisito testamento, tal requisito ostenta maior atenção, por razão de alteração recente em entendimento do Superior Tribunal de Justiça e normas

estaduais. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão inédita expedida em Outubro de 2019, decidiu por ser possível a realização do inventário em vias cartorárias mesmo com testamento. O Desembargador Luis Felipe Salomão, da 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, fundamentou em seu voto que não é razoável obstar a realização da partilha por escritura pública, desde que houver registro válido do testamento ou autorizado pelo juízo sucessório quando não houver discussões incidentes que não poderiam ser dirimidas pela via extrajudicial. De acordo com o Desembargador, obstar a realização violaria princípios caros de justiça, como a efetividade da tutela jurisdicional e duração razoável do processo. Em conformidade com o entendimento, Tribunais dos Estados já têm autorizado as respectivas serventias extrajudiciais a realizarem o inventário com testamento, mediante autorização judicial. É o caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde o Código de normas, provimento nº 93/2020, em seu artigo 224, §1º, expressamente admite a lavratura da escritura pública de inventário nos casos em que houver testamento válido com ordem judicial. Louvável é tal decisão do Superior Tribunal de Justiça e autorização por parte dos Tribunais dos estados em permitir os cartórios extrajudiciais a realizarem o inventário mesmo com testamento, uma vez que reduz, em parte, um requisito e possibilita a entrada de mais partilhas em cartórios e, por consequência, diminuindo o número de inventários judiciais.

Em relação aos números de processos judiciais, em 2007, ano da implementação da Lei, o número de feitos distribuídos da natureza “sucessões” era de 37.674 novos processos, de acordo com o relatório anual de processos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Em contrapartida, em 2019 (dados mais atuais disponíveis), conforme o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, o número de ações distribuídas na classe “sucessões” foi de 25.969, evidenciando os efeitos da entrada em vigor da referida Lei e comprovando, em números, a redução de processos no Poder Judiciário.

6.3.A usucapião extrajudicial

A usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade pela posse prolongada exercida sobre a coisa acrescida de demais requisitos legais. O termo usucapião é oriundo do latim *usu capio*, ou seja, tomar a coisa pelo uso.

De acordo com a legislação e doutrina civil, as espécies de usucapião são a extraordinária, ordinária, especial urbana, urbana coletiva e rural. Sem entrar no mérito de diferenciar cada uma das espécies, reservando tal conhecimento a estudos apartados, a intenção da presente pesquisa é tão somente demonstrar que a usucapião extrajudicial não se trata de uma nova modalidade de se usucapir, mas sim um novo

procedimento inserido no ordenamento jurídico brasileiro, mais célere e que tem contribuído com a redução de processos no judiciário e a promoção do direito de propriedade.

Com a entrada em vigor do CPC/2015 (Código de Processo Civil), o novo códex introduziu no direito brasileiro um meio alternativo ao processo judicial de usucapião: o procedimento de usucapião extrajudicial. O atual diploma processual civil alterou o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), estabelecendo que, sem o prejuízo da via jurisdicional - em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição -, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório de registro de imóveis a comarca em que estiver o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado e representado por um advogado e munidos das documentações necessárias.

Em relação às documentações necessárias para se processar a usucapião junto aos oficiais de registro de imóveis, os incisos do referido artigo da Lei de Registros Públicos impõe que deverá ser apresentada, juntamente com petição subscrita por advogado solicitando o reconhecimento da usucapião, as seguintes: ata notarial lavrada por tabelião de notas, atestando o tempo de posse do requerente e antecessores, conforme o caso; planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou dos imóveis confinantes; certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; e justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e taxas que incidem sobre o imóvel. Ademais, o provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça estabelece diretrizes procedimentais para a realização da usucapião extrajudicial nos cartórios de registro de imóveis e de ofício de notas, auxiliando os notários, registradores e respectivo advogado, ocasionalmente, representante da parte no pedido em todo o processo.

Passando agora à inquirição dos números de processos de usucapião judicial, fazendo uma comparação da quantidade que eram ajuizadas antes e depois da inovação instaurada pelo novo Código de Processo Civil, resta claro que este novo procedimento retirou processos do judiciário. Em uma análise em parâmetro nacional, a soma dos processos de usucapião ajuizados em todos os Tribunais dos estados da federação, em 2014 (um ano antes do Código de Processo Civil/15), fora de 72.719 feitos. Já em 2017, um ano após o término do período de *vacatio legis* do novo códex, o número de feitos reduziu para 53.792. Com relação ao Tribunal de Justiça de Minas

Gerais, em 2014 o número de processos judiciais de usucapião fora de 11.074. Em compensação, em 2017 houve redução para 7.312 de pedidos judiciais de usucapião, Tribunal este com um dos maiores números de processos dessa classe ajuizados anualmente.

Mais uma vez o que se vislumbra é a confiança do legislador pátrio nos serviços prestados pelas serventias extrajudiciais. Em uma tentativa para buscar meios de descongestionar o judiciário de processos, o Código de Processo Civil/15 foi discutido para buscar meios alternativos de resolução dos conflitos e demandas. O que se conclui é que delegar aos cartórios a realização do procedimento de usucapião foi uma escolha acertada, onde tal procedimento possui segurança jurídica e celeridade, que por consequência reduziram, no que lhe coube, processos no Judiciário.

6.4. Conciliação e mediação em cartórios extrajudiciais

A conciliação e a mediação compreendem em um dos meios alternativos de resolução de conflitos ante a busca pelo judiciário. Se trata de um procedimento onde as partes, auxiliadas por um terceiro imparcial, buscam a tentativa de resolução da demanda/conflito com base no consenso. A diferença entre as duas formas reside na atuação do terceiro imparcial, onde o conciliador adota um papel mais ativo naquele diálogo, dando opiniões e fazendo sugestões e o mediador facilita o diálogo entre as partes, sem opinar para que as mesmas cheguem a uma solução por esforços próprios.

A importância de se fazer a promoção da conciliação e mediação é buscar evitar os desgastes de tempo e dinheiro que um processo judicial prolongado pode resultar. Nessa toada, o provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça autorizou os cartórios de notas e de registro a realizarem conciliação e mediação, devendo a serventia interessada se cadastrar junto à corregedoria local e assumindo o dever de manter a capacitação dos funcionários que atuarão como mediadores e conciliadores. O provimento dispõe da forma que será realizado o procedimento, e os resultados da conciliação ou mediação ficarão resguardados sob confidencialidade nos livros cartorários. O valor dos emolumentos cartorários a serem recolhidos irá variar de acordo com a tabela de cada Estado.

Autorizar que seja realizado tais procedimentos perante os tabeliães e registradores é bastante positivo, sob a perspectiva de se ter profissionais com notório saber jurídico e capacitados para realizar tal procedimento, seja por sua formação ou pela obrigação de se manter, paulatinamente, preparados para lidar com demandas que lhes são apresentadas. Além do mais, tal permissão é mais uma alternativa às partes, sem contar as centrais de conciliação e até mesmo as audiências de conciliação e mediação pré-processual estabelecidas no Código de Processo Civil. O que se

observa, mais uma vez, é os cartórios extrajudiciais sendo colocados lado a lado com outros órgãos com medidas de busca de diminuição de processos judiciais.

6.5.A integração dos cartórios no combate ao crime de lavagem de dinheiro

Os crimes de lavagem ou ocultação de bens e valores, conhecido no popular como “lavagem de dinheiro”, conforme o artigo 1º da Lei nº 9.613/98 compreende em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. A referida Lei também se incumbiu de criar o Conselho de controle de atividades financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na mesma Lei.

Criar mecanismos nos quais o Poder Público continue, veementemente, no combate aos crimes de lavagem ou ocultação de bens e valores é de suma importância, uma vez que as formas de praticar tal infração penal estão cada vez mais complexas. É nesta toada que, para que se torne mais forte e efetiva a atuação do Estado em repressão a esses crimes, que o Conselho Nacional de Justiça, por meio do provimento número 88/2019, introduziu os cartórios extrajudiciais no combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Dispõe o provimento que os notários e registradores devem avaliar a existência de suspeição nas operações ou propostas de operações de seus clientes. Nesse sentido, os tabeliães e os oficiais de registro deverão dar atenção à prática de atos incomuns em suas serventias, ou que, por suas características, no que se referem a partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar indícios dos crimes de lavagem de dinheiro. Sendo assim, os mesmos comunicarão à Unidade de Inteligência Financeira – UIF, por intermédio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras – Siscoaf, quaisquer operações que, por seus elementos objetivos e subjetivos, possam ser consideradas suspeitas de lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo.

A fim de se exemplificar situações em que os registradores e notários terão de, obrigatoriamente, comunicar à Unidade de Inteligência Financeira, o próprio provimento nº 88/2019 trouxe circunstâncias no qual configuram atividades que oferecem suspeitas. Quando o oficial do registro de imóveis se deparar com registro de transmissões sucessivas do mesmo bem, em período não superior a 6 (seis) meses, se a diferença entre os valores declarados for superior a 50%, onde evidencia-se o aumento paulatinamente do valor atribuído ao bem, ou então quando configurar

indícios de ocorrência do delito, como doações de bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis para terceiros sem vínculo familiar aparente com o doador, referente a bem imóvel que tenha valor venal atribuído pelo município igual ou superior a R\$100.000,00 (cem mil reais). Em relação aos tabeliães, um exemplo de situação é qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor em espécie igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou equivalente em outra moeda, em espécie, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis. Tais exemplos não excluem outras possibilidades de o registrador ou o notário suspeitar de atos, uma vez que o provimento oferece uma margem de discricionariedade aos mesmos no sentido de convicção subjetiva do que será um ato que gere suspeita.

Conclui-se que as serventias extrajudiciais, ao assumir esse papel de atuar lado a lado com a central de controle de atividades financeiras - COAF aumenta o poderio estatal no enfrentamento aos crimes de lavagem e ocultação de bens, podendo, muitas das vezes, contribuir ao ponto de fornecer dados que levem o Estado a informações cruciais sobre crimes em andamento, e, sem deixar de citar, reforçando a importância dos cartórios para com a sociedade.

7. Das contribuições que algumas serventias podem oferecer para a prevenção de litígios: uma análise em relação aos cartórios de notas, registro de imóveis e registro de títulos e documentos

Em entrevista concedida ao Colégio Notarial do Brasil - CNB/MG, ao ser indagado sobre como avaliava a importância dos segmentos extrajudiciais no auxílio ao Poder Judiciário, o Ilmo. Desembargador Newton Teixeira Carvalho, terceiro vice-presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, respondeu que " O segmento extrajudicial é de suma importância para desafogar o Judiciário e também para atender o mais rapidamente possível as pessoas, eis que vários requerimentos, que antes eram monopólio do Judiciário, agora podem ser feitos também nos Cartórios. Assim, o cidadão terá um atendimento mais rápido, a exemplo, da separação, divórcio, dissolução de união estável consensuais e usucapião.". Embora tais contribuições dos cartórios, citadas pelo Ilmo. Desembargador, são imprescindíveis para desafogar o Poder Judiciário em relação ao número de processos, as serventias podem ajudar - e ajudam - na prevenção de litígios através de suas funções e de seus atos praticados.

Nesse sentido, o intuito deste capítulo é a partir das funções precípuas estabelecidas na Lei nº 8.935/94 (Lei dos Cartórios) e atos praticados por cada um dos cartórios extrajudiciais, somado com a atuação dos tabeliães e registradores no cotidiano dos cartórios, demonstrar como a segurança jurídica dos atos cartorários podem contribuir para a prevenção de litígios, que, se não fosse a instrução destes

profissionais dotados de notório saber jurídico ou a falta de alguns desses atos, poderia resultar em uma discussão judicial.

7.1 Do Cartório de Ofício de Notas

O cartório de ofício de notas, conforme legislação cartorária tem como competência formalizar negócios jurídicos, como exemplo uma compra e venda de imóvel, e auxiliar as partes em negócios jurídicos através do conhecimento técnico e jurídico do tabelião. Tendo como pilar central da atividade notarial o oferecimento de segurança jurídica aos negócios jurídicos através de seus atos praticados, de acordo com o Colégio Notarial do Brasil, são, atualmente, 8.500 (oito mil e quinhentos) ofícios de notas em funcionamento em 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios, levando esse serviço essencial à sociedade por todos os cantos da federação.

Dentre os atos praticados pelo tabelião de notas está o reconhecimento de firma, que consiste no ato pelo qual o notário atesta a autoria de uma assinatura em um documento que lhe é apresentado. Tal ato reveste-se de segurança jurídica no sentido de auferir uma maior autenticidade ao documento apresentado, uma vez que uma assinatura reconhecida pelo cartório aumenta a presunção de veracidade da mesma e afasta dúvidas quanto à sua procedência em um documento firmado. A ausência de um reconhecimento de firma poderia abrir margem, por exemplo, à uma falsificação, que poderia resultar em uma discussão no juízo cível para atestar a autenticidade da autoria, ou até mesmo se enquadrar em uma situação fraudulenta, que poderia configurar o crime de Estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, sendo que em ambos os casos haveria lesão a direito da parte e levaria mais discussões e litígios para a análise do Poder Judiciário.

Outro ato que é praticado pelo tabelião de notas é a lavratura de procuração pública, onde o interessado, que será denominado outorgante, poderá nomear uma pessoa de sua confiança, denominado outorgado procurador, para agir em seu nome conforme finalidade que especificar. Um exemplo de situação que poderá ser lavrada uma procuração é quando há a outorga de poderes para representar alguém junto ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social. Casos comuns são idosos, com reduzida capacidade de locomoção, outorgando poderes a pessoas de sua confiança para que retirem seus benefícios de aposentadoria junto às instituições bancárias. Em casos mais delicados, como por exemplo, de moléstia, o INSS exige que o mandato seja lavrado em cartório, perante o tabelião de notas que irá averiguar as condições da pessoa outorgada, principalmente no que tange à capacidade expressão de vontade. Caso o tabelião, conforme seu juízo e entendimento percebam que a pessoa não está em pleno gozo das faculdades mentais para praticar tal ato, o mesmo irá rejeitar com base

na segurança jurídica que o cartório oferece e também na proteção dos direitos daquela pessoa. No contrário, sem essa atenção especial por parte dos cartórios, poderia abrir margem também a fraude, podendo a pessoa nessas condições ser vítima de golpes e acabar tendo que recorrer ao Judiciário para socorrer aos seus direitos.

Não excluindo a importância dos demais atos praticados pelos notários, evidenciando apenas os citados acima, resta claro como atos desempenhados pelos tabeliães de notas são dotados de segurança jurídica, protegem direitos das partes que buscam seus serviços e evitam litígios na medida do possível.

7.2 Do serviço de Registro de Imóveis

“Quem não registra não é dono” ou “Só é dono quem registra”. Através das máximas citadas se extrai uma das funções primordiais dos cartórios de registro de imóveis: registrar todas as transferências de propriedade de imóveis lotados na circunscrição de cada cartório imobiliário. Ademais, além da função citada, os cartórios de registro de imóveis são responsáveis por realizar todas as alterações constantes em um imóvel que está delimitado em sua circunscrição, tais como, por exemplo, gravação de ônus à margem de matrícula imobiliária ou averbações de dados do proprietário, como alteração de estado civil.

Guardião da propriedade imobiliária, a atividade registral de imóveis, além de estar embasada na segurança jurídica, é pautada na promoção da publicidade de tudo o que guarda relação com os imóveis registrados nas serventias (não que os outros cartórios extrajudiciais não possuam publicidade dos seus atos). Desta maneira, com a análise de alguns dos atos praticados pelos registradores de imóveis, a título de ilustração, é inequívoca a contribuição desta serventia para a desobstrução do judiciário.

Conforme prescreve o artigo 1.245 do Código Civil, “transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”. Ainda em relação ao mesmo dispositivo, o primeiro parágrafo menciona que “enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”. Sendo assim, a legislação civil instituiu o trâmite da transferência do imóvel, seja a título oneroso (compra e venda) ou a título gratuito (doação). Após a lavratura da escritura pública da transmissão do bem imóvel nos tabelionatos de notas, o título, obrigatoriamente, deve ser levado a registro no cartório de imóvel competente para que se conclua a transferência. Ostensivamente os serviços e registro de imóveis orientam seu público da maneira que deverá se proceder a transferência de titularidade dos imóveis, para evitar garantir que se cumpra com todas as etapas e evitar, posteriormente, discussões de propriedade no Poder Judiciário.

Ainda em relação a transferências de titularidade de imóveis, ressalta-se a importância da publicidade dos cartórios. Ao adquirir um imóvel, consultar o cartório de registro de imóveis é de suma importância ao passo de se ter ciência da situação da coisa. A princípio, deve se constatar se, de fato, o imóvel é de propriedade da pessoa com quem se está contratando, o que pode evitar fraudes e crimes. Além disso, imprescindível avaliar se não há questões incidentais sobre o imóvel e que podem embarçar a transação, como por exemplo, verificar se não há nenhuma ação gravada à margem da matrícula pode evitar que se adquira um imóvel objeto de penhora em um processo judicial, afastando assim o risco evicção que é a perda do bem em virtude de uma decisão judicial, que, por consequência também poderia ser uma fraude à execução por parte do alienante, evitando assim lesões a direitos e prolongadas *lides* no Judiciário.

As atividades dos cartórios de registro de imóveis protegem o direito constitucional à propriedade, seja daquela pessoa que tem constituída ou daquela que está prestes a constituí-la. Podem afastar também demandas através de suas funções protetivas, evitando que caiam no judiciário causas que poderiam ser evitadas pela publicidade atribuída aos seus atos ou por seguir trâmites que a lei impõe.

7.3 Registro de títulos e documentos

A Lei nº 8.935/94 atribui a esses cartórios a função de registrar títulos e documentos, sendo comum associar o registro desse cartório à validade de um documento, o que não expressa a realidade. Quando um documento é levado ao registro nessas serventias, por exemplo um contrato de locação de imóvel, os efeitos que o registro refletirá sobre esse contrato é a publicidade (uma vez que qualquer pessoa poderá solicitar uma cópia deste documento ao cartório) e a guarda desses papéis em uma espécie de arquivo público.

A intenção em se criar essa serventia para essas finalidades é ser um serviço à disposição de quem interessar para, de certa forma, proteger um documento particular celebrado. O que se observa na prática é que quando as partes confeccionam um contrato particular, criando ou extinguindo alguma obrigação, o fazem em número de vias no qual ficará uma cópia a cada parte contratante. Seguindo ainda o exemplo da locação de imóveis, habitualmente as partes ao assinar o contrato o fazem em duas vias, uma ficando ao locador e outra ao locatário. Até esse momento, a guarda e segurança pelo contrato é responsabilidade das partes. Mas o que ocorre se houver a perda das vias deste contrato? - Em verdade as partes ficarão sem um documento comprobatório dessa obrigação criada entre ambos.

Nesta toada, imaginemos a seguinte situação hipotética: como as partes iriam comprovar o período estipulado pela locação e o valor a ser pago por ela? E se uma parte alegar a outra uma situação diversa do que estava estipulada no contrato, por má-fé, somente pelo fato de não existir mais a prova documental? - Poderia haver, nesse caso, uma discussão judicial para sanar tais perguntas, o que teria que ser comprovado por outros meios de prova, levaria tempo e dinheiro, o que poderia ser resolvido se houvesse anteriormente o registro desse contrato no cartório de títulos e documentos.

Em verdade, quando as partes decidem registrar um contrato no cartório de títulos e documentos, as mesmas perdem a confidencialidade do documento que estão celebrando ao passo que qualquer pessoa poderá ter acesso em virtude da publicidade dada pelos cartórios. Em contrapartida, quando registrado nestes cartórios é garantida que sempre tenha uma via do documento a disposição para solicitar uma cópia, afastando os riscos da situação hipotética apresentada anteriormente, gerando uma proteção ao conteúdo desses documentos e afastando a busca pelo Judiciário para resolver questões que poderiam ser evitadas pelo registro no cartório de títulos e documentos.

8. Do número ainda grande de separações e divórcios consensuais no judiciário: as vantagens de se realizar o procedimento pela via extrajudicial

Analisando os dados estatísticos elencados em tópico retro abordado, sobre a redução de processos judiciais de divórcios e separações consensuais desde a entrada em vigor da Lei nº 11.441/2007, fornecidos pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, apesar da empolgante diminuição de processos judiciais de separações e divórcios consensuais, ainda há um grande número de procedimentos no seio do Judiciário versando sobre esses mesmos assuntos. Reiterando os dados citados acima, em 2019 foram distribuídos 20.729 novos processos de separações e divórcios consensuais, o que se mostra um número ainda excessivo. Embora não há como analisar se todos esses feitos se enquadram nos requisitos impostos para a realização destes procedimentos nos cartórios, o intuito deste capítulo é demonstrar as vantagens de se realizar o procedimento pela seara extrajudicial (quando admitidos os requisitos), fazendo um contraponto do tempo de duração das duas formas e comparando os emolumentos, promovendo assim a via extrajudicial.

Nesse primeiro cenário de comparação, com base nos dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, o tempo médio de duração de um processo de conhecimento na Justiça Comum de primeiro grau, analisando as estatísticas com enfoque no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é de 2 anos e 9 meses. (CNJ, 2020)

Muito embora não tenha um filtro específico para os processos de separação e divórcio, a partir dos dados consegue se extrair, em média, um tempo de duração por analogia. Em contrapartida, o tempo de duração da realização do procedimento em um cartório de notas dependerá apenas da reunião dos documentos necessários e disponibilidade do tabelião para lavratura da escritura e marcação da assinatura na serventia, o que torna os anos para aguardar a análise no Judiciário em celeridade dos cartórios.

Agora em relação aos emolumentos, observando as tabelas de custas (Justiça Comum) e emolumentos (Cartórios extrajudiciais) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais do exercício de 2021, em um processo de competência da Vara da Família de custas inestimáveis, teria um total a recolher pelas partes de R\$220,86 (duzentos e vinte reais e oitenta e seis centavos). Por outro lado, para lavrar a escritura de divórcio ou separação consensual, a tabela de emolumentos informa que o valor da lavratura seria de R\$446,64 (quatrocentos e quarenta e seis e sessenta e quatro centavos), sendo levado em consideração que em ambos os casos seria o custo de um divórcio ou separação consensual sem bens ou pensão. Observando que se levar em consideração o tempo até o resultado final do procedimento, a diferença dos valores é ínfima, sendo o melhor custo benefício realizar o procedimento em cartório.

Por derradeiro, além dos benefícios citados acima de se realizar o procedimento de separação ou divórcio nos cartórios de notas, também é vantajoso para o advogado realize esses procedimentos por vias cartorárias, uma vez que lhe demandará menos tempo e poderá entregar um resultado útil aos seus patrocinados em um prazo menor.

9. Das vantagens de se recorrer aos cartórios de notas para a realização de inventário extrajudicial

Celeridade é a principal vantagem oferecida pelos cartórios. Não diferente dos processos judiciais de separações e divórcios consensuais, o procedimento judicial de inventário demanda tempo e também é burocrático até a entrega da pretensão às partes, ou seja, a partilha dos bens deixados para que os herdeiros possam se tornar proprietários e disporem dos mesmos como melhor convier. Para demonstrar o tão burocrático (o que também o torna, por consequência, lento) é o procedimento judicial, em um primeiro momento, será feita a análise do procedimento judicial de acordo com o Código de Processo Civil vigente.

Conforme o Código Processual Civil, o prazo para dar entrada no procedimento de inventário, seja judicialmente ou extrajudicialmente, é de dois meses da abertura da sucessão (começa a se contar da data do óbito). Em relação ao

procedimento judicial de inventário, o mesmo inicia-se com petição ao juízo competente solicitando a abertura do processo, e, em sequência, o Juiz nomeia o inventariante respeitando a sequência que estabelece o artigo 617 do Código de Processo Civil. Ato contínuo, após a nomeação do inventariante, o mesmo terá vinte dias para as primeiras declarações, onde serão informados os herdeiros, bens e eventuais dívidas deixadas pelo falecido. Após esta etapa do procedimento, serão citados os outros herdeiros, que terão a oportunidade de manifestarem, dentro do prazo estabelecido pelo Código, em relação às declarações realizadas pelo inventariante. Em sequência, o Juiz nomeará perito para avaliação dos bens e posteriormente as partes deverão recolher o ITCMD -Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Finalizada a etapa de recolhimento do imposto, será designada a partilha dos bens e, finalmente, sentença homologando a partilha dos bens.

Fazendo um contraponto, o procedimento de inventário extrajudicial, quando admitido em razão do cumprimento dos requisitos, inicia-se com a escolha do cartório de notas em que será realizado o procedimento. Em sequência, o advogado nomeado pelas partes atuará junto ao cartório, encaminhando petição com os dados do falecido e sua certidão de óbito, meeiro(a) quando houver, herdeiros, a indicação de quem será o inventariante, documentos demonstrando quais foram os bens, direitos e eventuais dívidas deixadas pelo falecido e certidões negativas de débitos para com às Fazendas públicas estadual e municipal. Em relação à nomeação do inventariante, cabe salientar que este ato poderá ser realizado por escritura pública de nomeação de inventariante apartada, caso haja a necessidade da atuação do mesmo junto a outros órgãos para resolução de pendências do falecido que esteja ligada intrinsecamente ao procedimento de inventário. Em seguida, após análise dos documentos dos bens, direitos ou eventuais dívidas deixadas pelo falecido, o Tabelião solicitará ao advogado que, junto das partes, proceda o recolhimento do ITCMD -Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Após a quitação do imposto, será remetida a minuta da escritura de inventário constando a divisão dos bens ao advogado que, após aprovação das partes, será lavrada a escritura definitiva.

Após a análise dos dois procedimentos, resta claro que o realizado em vias extrajudiciais é mais célere. Como dizem no dialeto popular "tempo é dinheiro", e o tempo de tramitação dos dois procedimentos interfere diretamente nessa perspectiva. Simulando a situação de processo judicial, em que o falecido deixou aos seus herdeiros um bem imóvel (apartamento), os mesmos ficariam reféns do tempo em que gastariam o procedimento judicial, para só depois disporem livremente como proprietários. Com isso, ao longo do tempo o espólio teria gastos com a manutenção do bem, como despesas com estrutura, condomínio, água e luz, IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano e outros gastos que porventura incidam sobre o bem. Com o procedimento

extrajudicial, com o fator celeridade em favor do(s) herdeiros, mais rapidamente os mesmos irão concluir a partilha e registrar a propriedade em seus respectivos nomes, podendo dispor do bem como seus que ficam sendo.

10. Considerações finais

A presente pesquisa se propôs, desde o início, em realizar uma promoção dos serviços realizados pelos cartórios extrajudiciais e o protagonismo que os mesmos têm assumido como uma ferramenta de ajuda para a desobstrução do Poder Judiciário em número de processos. Em nenhum momento o intuito do presente estudo foi denegrir a reputação do Poder Judiciário, em máximo respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Mas pelo contrário, a verdadeira intenção fora em destacar como as serventias extrajudiciais têm contribuído para desafogar o número de processos no Judiciário, para que este Poder concentre suas atividades em “dizer o direito” e resolver demandas da sociedade quando provocado.

Nesse sentido, ao longo do estudo foram demonstrados números que comprovam esse importante papel dos cartórios para “enxugar” o número de demandas do Poder Judiciário, como estatísticas de redução número de processos separações e divórcios consensuais, inventários e partilhas consensuais e usucapião extrajudicial. Ademais, fora demonstrado também como as atividades desenvolvidas pelos cartórios são eivadas de segurança jurídica e podem afastar situações em que o resultado seria a busca pelo Judiciário, como atos dos ofícios de notas, registro civil e registro de títulos e documentos.

Por derradeiro, conclui-se que é notável a excelência que os cartórios extrajudiciais têm assumido no seio social através de suas funções, sendo uma ferramenta de suma importância no enfrentamento ao problema da obstrução do Judiciário. No entanto, por si só, não é a solução para o respectivo problema. Em verdade, tal problemática pode ser avaliada de várias perspectivas, como falta de recursos humanos nos Tribunais, motivos culturais ou o até mesmo a questão do protagonismo do Judiciário ante a inoperância de outros poderes, deixando estas análises a outros estudiosos-pesquisadores, mas que este artigo cumpre com sua finalidade ao passo que comprova que as serventias extrajudiciais contribuem nesse enfrentamento.

REFERÊNCIAS

ANOREG. Provimento nº 67/2018 do CNJ disciplina conciliação e mediação em cartórios. **Associação dos Notários e Registradores do Brasil**. 27 mar. 2018. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/03/27/provimento-no-67-do->

cnj-dispoe-sobre-os-procedimentos-de-conciliacao-e-mediacao-nos-servicos-de-notas-e-de-registro-do-pais/. Acesso em: 18 Fev. 2021.

ANOREG. Coaf destaca a importância da integração dos Cartórios no combate à lavagem de dinheiro. **Associação dos Notários e Registradores do Brasil**, 12 mar 2020. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2020/03/12/coaf-destaca-a-importancia-da-integracao-dos-cartorios-no-combate-a-lavagem-de-dinheiro/>. Acesso em: 18 Fev. 2021.

ANOREG. Provimento nº 88/2019 – Procedimentos extrajudiciais no combate à lavagem de dinheiro. **Associação dos Notários e Registradores do Brasil**, 01 out. 2019. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2019/10/01/provimento-no-88-2018-dispoe-sobre-procedimentos-extrajudiciais-no-combate-a-lavagem-de-dinheiro/> Acesso em: 22 Fev. 2021.

ANOREG. Inventário Extrajudicial. **Associação dos Notários e Registradores do Brasil**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/atos-extrajudiciais/tabelionato-de-notas/inventario-extrajudicial/> Acesso em: 16 Fev. 2021.

ARPEN SP. História dos Cartórios. **Associação dos Registradores do estado de São Paulo**. Disponível em: https://www.arpensp.org.br/index.php?pagina_id=181#:~:text=Desde%20os%20primeiros%20anos%20do,dos%20atos%20notariais%20e%20registrais.&text=Uma%20das%20importantes%20novidades%20dessa,quase%20500%20anos%20perdurou%3A%20Cart%C3%B3rio. Acesso em: 13 Mar. 2021.

ARAÚJO, Maria Darlene Braga. Sistema Registral e Notarial. 1ª ed. Curitiba/PR: IESDE Brasil, 2009.

BEZERRA, Juliana. Contrato Social. **Toda Matéria**, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/contrato-social/#:~:text=O%20contrato%20social%20%C3%A9%20uma,Locke%20e%20Jean%20DJacques%20Rousseau>. Acesso em: 04 Fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.935/94. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 18 nov. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em: 08 Nov. 2020.

BRASIL. Código Civil.. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 08 Nov. 2020

BRASIL. Código Penal.. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 Nov. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 Nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 Nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.015/1973 . Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 31 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 08 Nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.441/2007 . Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 04 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 08 Nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.613/1998 . Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 03 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 08 Nov. 2020.

CESAR, Gustavo Sousa: A função social das serventias extrajudiciais. **Anoreg**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2019/08/13/artigo-a-funcao-social-das-serventias-extrajudiciais-e-a-desjudicializacao-por-gustavo-sousa-cesar/> . Acesso em: 16 Mar. 2021.

COSTA, Marcele. História dos Cartórios no Brasil. **Cartório no Brasil**. Disponível em: <https://cartorionobrasil.com.br/artigos/historia-dos-cartorios-no-brasil/>. Acesso em: 13 Mar. 2021.

CONJUR -Revista Consultor Jurídico. Atos de cartório retiram 1,3 milhões de processos da Justiça. **ConJur**, 25 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-25/atos-cartorios-retiraram-13-milhao-processos-justica> Acesso em 16 Mar. 2021.

CNB/MG. O segmento extrajudicial é de suma importância para desafogar o Judiciário. **Colégio Notarial do Brasil - MG**, 01 fev. 2021. Disponível em: <https://cnbmg.org.br/o-segmento-extrajudicial-e-de-suma-importancia-para-desafogar-o->

[judiciario/#:~:text=Newton%20Teixeira%20Carvalho%3A%20O%20segmento,ser%20feitos%20tamb%C3%A9m%20nos%20Cart%C3%B3rios](#) Acesso em: 23 Fev. 2021.

DADALTO, Rafael Gaburro: Desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais e acesso à justiça análise acerca da (im)possibilidade de tornar obrigatória a via administrativa. **Universidade Federal do Espírito Santo**. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11329>. Acesso em: 23 Fev. 2021.

DIP, Ricardo. Direito registral e o novo código de processo civil. 1ª ed. Santana de Parnaíba/SP: Forense, 2016.

MINAS GERAIS, Provimento Conjunto nº 93/2020. Belo Horizonte, 23 Jun. 2020. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/novo-codigo-de-normas-dos-servicos-extrajudiciais.htm#.YFeYxdJKjcc> Acesso em: 16 Fev. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

POMPEU, Ana. Norma do CNJ autoriza cartórios a fazer mediação e conciliação de conflitos. **ConJur**, 30 mar 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-30/cnj-autoriza-cartorios-mediacao-conciliacao-conflitos#:~:text=Da%20forma%20como%20ficou%20estabelecida,Justi%C3%A7a%E2%80%9D%2C%20explicou%20o%20advogado>. Acesso em: 18 Fev. 2021.

QUARTO REGISTRO DE IMOVEIS DE GOIANIA. **Quais tipos de cartórios extrajudiciais existem no Brasil? O que eles fazem?** Disponível em: <http://4registro.com.br/site/quais-tipos-de-cartorios-existem-no-brasil-e-o-que-cada-um-faz/>. Acesso em: 08, nov. 2020

REDAÇÃO DOS MIGALHAS. STJ: É possível inventário extrajudicial mesmo com testamento. **Migalhas**, 15 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/313129/stj--e-possivel-inventario-extrajudicial-mesmo-com-testamento>. Acesso em: 16 Fev. 2021.

SANTANA, Gustavo. A separação dos três poderes. **Politize**, 01 mar. 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>. Acesso em: 04, Fev 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Siqueira: Atividades Notariais e Registrais, judicialização e acesso à justiça: o impacto da desjudicialização para a concretização dos direitos da personalidade, 2018.

TARTUCE, Flávio e Fernanda. Lei nº 11.441/2007: diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil quanto à separação e ao divórcio extrajudiciais. **Colégio Registral – Rio Grande do Sul**, 19 jul 2007. Disponível em:
<https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/lei-n-11-441-2007-dialogos-entre-direito-civil-e-direito-processual-civil-quanto-a-separacao-e-ao-divorcio-extrajudiciais/#:~:text=Em%205%20de%20janeiro%20de,e%20partilhas%20pela%20via%20extrajudicial>. Acesso em: 18 Fev. 2021.

TEIXEIRA, Oldemir Bilhalva. Princípios e procedimentos notariais. 1ª ed. Campinas/SP: Russell, 2009.

ABORTO RESULTADO DE ESTUPRO EM VÍTIMAS MENORES DE IDADE

BEATRIZ BERNI: Bacharelada do curso de Direito na Universidade Católica do Tocantins

Resumo: Este artigo visa examinar a realidade do aborto legal em incapazes, alertando para os motivos que levam a vítima a não ter acesso aos seus direitos. Esse estudo é relevante em âmbito acadêmico para a compreensão da gravidade que enfrenta-se em lidar com vidas todos os dias, mesmo sabendo que a lei existe, prevê situações, mas não evita injustiças e muitas vezes não consegue alcançar uma porcentagem alta de indivíduos. Sobre isso, é importante ressaltar que não há aqui a dúvida sobre a existência da lei, e sim a análise da eficácia da mesma. Se os fatos ocorrem conforme previsto em lei e os envolvidos tem acesso a essa lei e seus direitos, não há o que ser reparado. Caso haja um episódio em que existe a lei, mas não há o acesso a ela, deve-se investigar o que está incapacitando esse processo, principalmente quando há o interesse de indivíduos que não respondem por si. Em relação á metodologia, todo o estudo será realizado mediante uma revisão bibliográfico-interativa, assim orientada pela abordagem descritivo-qualitativa

Palavras chave: Estupro, Vítima menor de idade, Violência Sexual, Aborto resultado de estupro.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O crime de estupro de vulnerável. 3 O agressor sexual infantil. 4 O acesso ao aborto em caso de estupro para vítimas menores de idade. 5 A (in)eficácia da lei. 6. Conclusão. 8.Referências

1. INTRODUÇÃO

Atualmente no Brasil, a violência sexual contra crianças e adolescentes é um grande problema de saúde pública. Indivíduos menores de 14 anos, que são considerados como vulneráveis de acordo a Lei nº 12.015/09, se tornaram as principais vítimas desse crime, que vem tomando grandes proporções.

No código Penal Brasileiro, uma das formas de abuso sexual infantil está tipificado como estupro de vulnerável. De acordo com uma publicação no site Projeto Colabora, com o título "Filhos da dor – estupro e gravidez", tal crime geralmente ocorre em local afastado, longe dos olhos de testemunhas, em locais privados e infelizmente quase sempre em uma relação intrafamiliar, fato que dificulta que a vítima consiga ou tenha coragem de efetuar a denúncia.

O grande problema acontece quando esse abuso sexual resulta em uma gravidez precoce, resultado de um grande trauma, onde geralmente a vítima não tem entendimento do que vem a ser uma relação sexual e seus riscos, e conseqüentemente não sabe como reagir diante do estupro e de uma gravidez indesejada, principalmente quando o seu abusador é alguém da família ou amigo próximo.

Este artigo tem o objetivo de expor que a lei para combater esses casos já existe e prevê situações, porém, por algum motivo é ineficaz. Também tem o objetivo analisar a figura do abusador, sua posição na vida da vítima e a necessidade de um tratamento adequado para o mesmo.

Para entendimento desse artigo, é necessário compreender que essa questão do estupro acontece todos os dias no nosso país, e que muitas vezes não chega ao conhecimento das autoridades pela dificuldade que uma criança tem de, primeiramente, entender que o que aconteceu foi uma relação sexual sem consentimento, e após isso entender o que é uma gravidez, já que na maioria das escolas (públicas e privadas), a educação sexual não é uma matéria ou orientação obrigatória.

Diante ao exposto, também é necessário citar que é dever de todos, ou seja, da família, da sociedade e do Estado, assegurar os direitos previstos em lei que protegem, ou deveriam proteger esses infantes. Tais direitos estão assegurados na Constituição Federal de 1988, na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Posteriormente, é necessário abordar a atual tipificação de Estupro de Vulnerável, instituído pela Lei 12.015/09, onde se tutela a dignidade sexual das pessoas em situação de vulnerabilidade. Neste artigo, é feita somente a análise desses vulneráveis, em relação a faixa etária, ou seja, menores de 14 anos. Também é de suma importância citar o artigo 128 do Código Penal, onde prevê o aborto em casos de incapaz, no inciso segundo.

Em seguida, deve ser analisado o agressor sexual infantil, e até que ponto isso interfere na dificuldade que a vítima tem de denunciar o estupro, e até mesmo de ter o acesso ao aborto, que lhe é de direito. Também é importante analisar a classificação que esse agressor recebe, já que muitas vezes todo agressor sexual infantil é taxado como pedófilo, e tal termo é usado incorretamente.

Por fim, o último capítulo demonstra o objetivo final desse artigo, que seria voltar a atenção para o número de casos de estupro de menores de idade que resultam em gravidez no Brasil, mesmo que a lei exista para a proteção desses indivíduos.

2. O crime de estupro de vulnerável

O presente artigo tem o objetivo de analisar os motivos que fazem uma criança ou adolescente a não ter acesso aos seus direitos de aborto diante de um estupro. Para isso, é necessário entender o início desse delito, onde começa esse problema, que é o crime de estupro de vulnerável. No artigo 227-A do Código Penal Brasileiro, disponível no site do Senado, indica que o estupro de vulnerável é aplicado à toda pessoa que praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com um menor de 14 anos de idade, sendo punido com pena de reclusão de 8 (oito) à 15 (quinze) anos.

Mesmo tendo a consciência de que esse grupo é o mais vulnerável, só em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, através de seu artigo 227, marcando a mudança da Doutrina da Situação Irregular, onde esses jovens eram vistos como meros objetos de intervenção do Estado, sem haver diferença entre um jovem em situação de carência, abandono ou delinqüência, para a Doutrina de Proteção Integral onde isso mudou, quando esses infantes passaram a ser sujeito de todos os direitos universalmente reconhecidos e merecedores dessa proteção.

Diante disso, o artigo 227 diz que, "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (BRASIL, 2017)

Para que esses direitos citados na lei tivessem garantia de efetivação, foi necessária a elaboração de um instrumento legal, foi quando nasceu a Lei Federal nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que garantiu aos menores de 18 anos seus direitos fundamentais especiais e específicos, como direito à vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização e proteção do trabalho, devendo ser universalmente reconhecidos.

Desse modo, crianças e adolescentes passaram a ser elementos de proteção integral, com tratamento jurídico de certa forma diferenciado, gerando consequentemente responsabilidade à família, à sociedade e ao Poder Público, de garantir seus direitos. Em relação à isso, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que: "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.” (BRASIL, 1990)

É importante citar também, que o artigo 2º do Estatuto considera criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade. Além disso, na Constituição Federal e no ECA, foi previsto a proibição de qualquer prática lesiva ao desenvolvimento desses indivíduos, como está descrito nos seguintes artigos:

Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art.227

4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Diante disso, pode-se dizer que o ECA garante a proteção de todas as crianças e adolescentes, independente de sua classe, cor, raça, ou etnia, classificando os mesmos como indivíduos indefesos que necessitam que os responsáveis a sua volta garantam sua proteção.

Mesmo assim, a realidade é que, na maioria dos casos de estupro de menor de idade, de acordo com a publicação do site Projeto Colabora com o título “Filhos da dor- estupro e gravidez”, o agressor sexual está dentro do convívio familiar, o que torna a identificação desse crime muito complicada, pois quando acontece esse crime é notório o quanto a vítima fica sensibilizada, em muitos casos até em estado de choque, sem saber como reagir. Quando se trata de uma criança, pode-se dizer que a situação se agrava muito.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (1999), o abuso sexual infantil é conceituado como “todo e qualquer envolvimento de uma criança em uma atividade sexual na qual não compreende completamente, já que não está preparada em termos de desenvolvimento.” É claro que casos de estupro em menores de idade ocorrem em todas as classes sociais, porém é inegável que a maior porcentagem desses casos se encontra em famílias de classe mais baixa.

3. O agressor sexual infantil.

Diante do crime que está sendo analisado, é de suma importância reforçar sobre a peça chave de tudo isso, o agressor sexual infantil. Atualmente no Brasil, em uma grande porcentagem dos casos, o estupro está dentro da casa da vítima, ou é um amigo próximo de família. Em relação à pena, a figura do crime de estupro contra vulnerável é prevista em outro tipo penal, descrito no artigo 217-A, criado pela Lei 12.015/2009.

“Estupro de vulnerável”

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

A lei prevê no artigo 128 do Código Penal que:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Portanto, pode-se dizer que o direito da incapaz está assegurado no inciso II do artigo 128 do Código Penal, quando é citado que caso ocorra gravidez com a menor, seus representantes legais são responsáveis. Porém, o que acontece na realidade, é que em parte considerável desses casos, o representante legal é o próprio abusador, o que muitas vezes dificulta que o outro representante legal ou familiares e amigos tomem a iniciativa de denunciar.

Diante disso, e de acordo com a pesquisa “Estupro e gravidez de adolescentes no Brasil: características e implicações na saúde gestacional, no parto e no nascimento”, coordenada por Maria de Fátima Marinho, diretora do Departamento de Doenças e Agravos não Transmissíveis e Promoção da Saúde, do Ministério da Saúde, chega-se a conclusão de que mesmo que os números de estupro de vulnerável seja muito alto hoje no país, a verdade é que muitos dos casos não chegam às autoridades, pelo

simples fato de que a vítima obviamente se vê com diversos motivos para não efetuar a denúncia, ou muitas vezes nem sabe como deve agir.

Outro ponto importante a ser analisado, é a raça e a classe social onde está identificado um maior número de estupro infantil. O site Alma Preta, já conclui isso no título da matéria, “Crianças negras são as maiores vítimas de estupro de vulnerável no Brasil”, e segue com o subtítulo “**Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), esse grupo corresponde a 50,9% das vítimas e ainda há** subnotificação (...)”.

Ainda baseado na publicação do site Projeto Colabora “Filhos da dor- estupro e gravidez”, o artigo cita a fala de Maria de Fátima para a pesquisa do Ministério da Saúde, onde a mesma afirma que nos hospitais públicos há um maior controle das notificações de nascidos vivos, por serem as unidades mais procuradas por pessoas de classe baixa, já que uma família de classe média ou classe alta tem maior facilidade de esconder uma gravidez.

Desse modo, é notório que o maior problema da criança diante de um estupro, é seu abusador, já que esse indivíduo muitas vezes está infiltrado em seu lar, dificultando que a vítima tenha coragem primeiramente de entender o ocorrido, e depois de contar aos que convivem com ela sobre o que aconteceu.

Também é válido citar que quando esse abuso ocorre dentro de casa, a facilidade para reincidência do ato é muito maior. Portanto, quando uma criança chega em uma unidade de saúde, ou em outro órgão de apoio, é provável que a mesma já tenha um longo histórico de abusos, que muitas vezes ocorre durante anos, até que aconteça uma gravidez e se torne impossível continuar escondendo.

4. O acesso ao aborto em caso de estupro para vítimas menores de idade.

Como já vimos anteriormente, o artigo 128 do Código Penal prevê o aborto em caso de estupro de vulnerável, porém é necessário se atentar para o real acesso que a vítima tem a esse direito. Pelo abusador sexual infantil ser, na maioria dos casos, de uma relação intrafamiliar, como também exposto anteriormente, a vítima na maioria das vezes se vê sem forma de agir.

Em agosto de 2020, um caso no Recife teve atenção de todo o país, quando uma menina de 10 anos se apresentou em uma unidade de saúde já com 22 semanas de gestação, que é o prazo máximo para efetuar o aborto em caso de estupro. A infante relata que era estuprada desde os 6 anos de idade, pelo tio, e demonstrava pavor quando era falado em manter a gravidez, de acordo com o site EL PAÍS.

“Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. (...) O legislador cuidou, assim, de criar um dispositivo específico para essa espécie de estado de necessidade, sem, contudo, exigir o requisito da atualidade do perigo, pois basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante, que pode advir de causas várias, como, por exemplo, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes”. (CAPEZ, 2020, p. 200)

Para poder chegar no ponto do aborto, vale começar pela capacidade que uma criança de até 14 (catorze) anos tem para entender o que é uma relação sexual, já que pela lógica, até então não teve nenhuma experiência de cunho sexual. Também é importante falar sobre a incapacidade que a vítima tem de compreender que essa mesma relação sexual foi contra a sua vontade, e que isso é algo negativo. Após isso, ainda tem a fase final, que seria a coragem e o modo de notificar seus parentes e responsáveis.

Quando uma criança tem que lidar com a situação do abuso sexual ou estupro, se é o caso de um infante que nunca teve contato com a vida sexual, ela está conhecendo ali sua primeira experiência sobre uma coisa que refletirá em sua vida para sempre. Portanto, deve-se ter em mente que mesmo que esse menor tenha todo apoio possível, ainda assim o evento do estupro, e em alguns casos da gravidez resultado de estupro, deverá causar um trauma para o resto de sua vida. Tal trauma é bem detalhado no artigo “Trauma psíquico e abuso sexual: o olhar de meninas em situação de vulnerabilidade”, da Universidade Federal de Santa Maria – RS, publicado pelas alunas Dorian Mônica Arpini, Aline Cardoso Siqueira e Sabrina Dal Ongaro Savegnago, publicado em 2012.

Há alguns meses, no Brasil, foi publicado no “Diário Oficial da União”, pelo Ministério da Saúde, uma portaria que altera o procedimento padrão a ser adotado por médicos e profissionais de saúde ao atender vítimas que estão com uma gravidez em processo, e querem abortar por essa concepção ser resultado de um estupro. Mesmo que nesse caso o aborto seja permitido por lei, a nova regra é que a equipe médica deve relatar o crime para a autoridade policial.

Esse relato deve acontecer independente da vontade que a vítima tem de registrar uma queixa, ou até mesmo de identificar o agressor, porém de qualquer forma deverá responder a um questionário sobre o ocorrido, e assim será aberta uma investigação para comprovação do crime. Caso o crime não seja comprovado, a gestante responderá pelo crime de aborto e falsidade ideológica.

Analisando o exposto, presume-se a concordância de que uma vítima menor de idade, que muitas vezes ainda está vivenciando a infância, não tem idéia da real burocracia que isso envolve. Se soubesse, provavelmente esses detalhes aumentariam o medo da denúncia, já que independente de sua vontade, ela deverá expor e provar o crime para ter direito a interrupção da gravidez.

Outro ponto que deve ser analisado é o cenário que a maioria dessas vítimas vivem. De acordo com Maria de Fátima, que coordenou a pesquisa para o Ministério da saúde - "Estupro e gravidez de adolescentes no Brasil: características e implicações na saúde gestacional- no parto e no nascimento"-, é muito comum nos casos em que a infante é estuprada pelo pai ou pelo padrasto, que a mãe da mesma também sofra algum tipo de violência, geralmente doméstica, e já tenha o costume de se sentir coagida pelo autor do crime. Portanto, o que acontece repetidamente, é a progenitora ter conhecimento do estupro e da gravidez, e optar por esconder a situação.

Em outros casos, acontece também da vítima dar sinais ou ter coragem de notificar o crime para alguém da família que não seja a própria mãe, e essa pessoa se evadir da sua obrigação de proteção à criança, por medo das conseqüências diretas ou indiretas. Dessa forma, é comum que a infante se sinta desencorajada de recorrer a outro indivíduo para relatar sobre o fato ocorrido.

A questão do erro sobre o responsável omitir sobre a gravidez da infante, está ligada justamente a obrigação que os mesmos tem de proteger a criança e permitir o aborto, no caso de menores de idade.

Desta forma, é importante lembrar que o aborto, de acordo com o site da Defensoria de São Paulo e de acordo com a lei, em casos de violência sexual só será permitido até a 20ª semana de gestação, podendo ser estendido até 22 semanas, desde que o feto tenha menos de 500 gramas. Portanto, é de suma importância que a vítima tenha capacidade de reagir desde o início da gestação, para que esse direito seja garantido, e ela não seja forçada a manter a gravidez até o final, e cultivar para sempre um fruto desse crime.

5. A (in)eficácia da lei.

Diante de tudo que foi exposto, é notório que infelizmente a existência da lei que pune o estupro de vulnerável e dá a vítima o acesso ao aborto, por algum motivo tem sido ineficaz. Foi visto também que uma grande porcentagem dos casos de estupro acontecem dentro de casa, com familiares ou pessoas de confiança, o que geralmente facilita uma reincidência do ato.

Também é de conhecimento que a lei prevê o crime de estupro, no artigo 217-A do Código Penal, e na teoria pune o agressor sexual infantil e apoia a vítima caso esse crime resulte em uma gravidez precoce. Visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente também tem leis que visam a proteção desses infantes, nos resta a dúvida: porque ainda existem tantos casos de estupro e gravidez infantil, que crescem consideravelmente a cada ano que passa?

Acredita-se que, tudo se inicia quando uma criança no Brasil não tem acesso a educação sexual nas escolas e dentro de casa. Mesmo que não haja a necessidade dos pais conversarem sobre o ato sexual com seus filhos de até 14 anos, é imprescindível que seja ensinado a eles o que podem aceitar de conhecidos e estranhos e o que não pode ser aceito, ou no mínimo notificado aos pais. Eles devem saber independente da forma que os pais queiram ensinar, a diferença entre carinho e assédio sexual.

Em uma pesquisa publicada pelo DATAFOLHA, de 2019, 54% da população brasileira disse ser favorável à educação sexual nas escolas. Nas escolas do Brasil, geralmente na matéria de biologia, é passado aos alunos em algumas páginas como é realizada a reprodução humana, e em alguns casos como devemos nos proteger de doenças sexualmente transmissíveis (DST'S), o que claramente não é suficiente.

Não deve haver receio dos professores, de ensinar desde cedo para os alunos que uma relação sexual só deve acontecer caso haja consentimento de ambas as partes, e que caso haja alguma situação em que eles se sintam forçados a algo, essa situação deve ser noticiada para a mãe ou o pai, ou caso um desses esteja envolvido no ato, deve ser escolhido alguém de plena confiança da criança, podendo ser até mesmo o próprio professor.

É de suma importância que um infante que pode vir a ser uma vítima de estupro e conseqüentemente de uma gravidez precoce, saiba que a lei existe para apoiá-lo caso ele se encontre nessa situação e quem ele deve procurar para ajudá-lo a assegurar esses direitos. Se a vítima tiver capacidade de agir desde o começo, haverá uma probabilidade muito menor de que ela chegue ao hospital somente na hora do parto, perdendo assim o direito do aborto, por não ser mais o momento permitido para o ato.

Dito isso, será que pode-se culpar a ineficácia da pena por ainda ocorrerem tantos casos de aborto por gravidez causada por estupro? Tendo em vista a ineficácia da prisão e também das medidas de segurança para o pedófilo e devido ao elevado índice de casos de prática sexual contra crianças e adolescentes, está sendo analisada na câmara sob o projeto de Lei 4550/20 que obriga os órgãos de segurança pública a garantir a integridade física, a privacidade e as liberdades de locomoção e de manifestação da vontade de vítimas de estupro que decidirem pelo aborto legal no País.

O projeto prevê também que a justiça deverá priorizar o julgamento de pedidos para a interrupção da gravidez de crianças ou adolescentes. O texto tramita na Câmara dos Deputados.

No Brasil, com a falta de outras alternativas de controle social, o Estado responde a criminalidade com o encarceramento. Porém, o que acontece é que, devido aos anos de aprisionamento não favorecer o preso em nada, quando o mesmo se encontra livre, dificilmente terá formas legais de se manter. Tendo que haver assim, uma grande mudança em seu caráter e modo de pensar, para que ele saia da prisão e mude totalmente de vida sem nenhuma ajuda do Estado.

Também devido ao aprisionamento ser a única forma de controle social para este tipo de crime, o cidadão conhece a realidade do país, onde o sistema carcerário vive um verdadeiro caos, e acaba não tendo condições de penalizar todos os crimes que ocorrem no país. Talvez essas condições acabem fazendo com que o indivíduo pense que tem a chance de não ser penalizado pelos seus atos.

Portanto, conclui-se que a ineficácia da lei existe por múltiplos fatores que se iniciam desde a educação e orientação que a criança recebe para agir em situações indevidas, até ao modo como o agressor sexual infantil se sente ameaçado de receber uma devida punição sobre seus atos. A educação sexual para esses infantes é de suma importância para que uma menina até seus 14 (catorze) anos de idade saiba exatamente até onde vão seus direitos de aborto em caso de estupro, para que medidas sejam tomadas dentro do tempo certo.

6. Conclusão

Atualmente no Brasil, o crime de estupro contra vulneráveis é um grande problema para a sociedade e para a saúde pública. Quando esse estupro resulta em uma gravidez precoce, o problema se agrava pelo fato de que é um resultado a longo período, caso essa gravidez não seja interrompida, como a lei prevê.

Pesquisas apontam que existem sim, classes e raça onde há maior incidência de gravidez resultado de estupro em menores de idade, porém isso não diminui a problemática do crime. É importante que a sociedade e a lei se atente para esses casos que vem crescendo a cada dia que passa, pois a criança e o adolescente são os indivíduos mais vulneráveis do nosso meio, e estarão mais vulneráveis ainda casos os responsáveis não se esforcem para mudar essa realidade.

Uma criança de até 14 (catorze) anos hoje em dia não apresenta a menor capacidade de lidar com um estupro, muito menos com uma gravidez indesejada. Boa parte dessa incapacidade se deve ao que lhes é ensinado desde cedo, já que a maioria das escolas do país não tem educação sexual como uma matéria obrigatória e muitas famílias não tem essa conversa por medo, vergonha ou conservadorismo.

Algo que com certeza prejudica muito a situação dessas crianças é o fato de que em grande porcentagem dos casos, o agressor sexual infantil está dentro de casa, sendo muitas vezes seu responsável ou alguém de confiança. Mesmo que a criança tenha coragem de notificar alguém da família, muitas vezes essa pessoa também deixa de agir por medo ou por conveniência, e assim a vítima se sente impotente diante a situação.

Como na maioria dos casos o estupro é algo recorrente, em alguma das situações pode ocorrer a gravidez indesejada, causando assim um impacto maior ainda na vida da infante, que por ser muito nova, quase nunca tem conhecimento de seus direitos.

A lei prevê que o aborto em caso de estupro de vulnerável é permitido desde que a gestação esteja na vigésima semana, ou na vigésima segunda dependendo do peso do feto. Desse modo, a vítima de estupro deve notificar uma unidade de saúde ou autoridade policial, até esse momento da gestação.

A partir do momento em que é feita a queixa do crime, a gestante, para ter acesso ao seu direito de aborto, não tem outra opção que não seja fazer um relatório completo do que ocorreu, para a autoridade ou para seus responsáveis (para que os mesmos relatem a autoridade), e a partir de então colaborar com toda a investigação, que deve obrigatoriamente comprovar a ocorrência do crime, caso contrário a gestante será punida.

Desta forma, percebe-se o quanto todo o caminho do estupro até o aborto legalizado é no mínimo desgastante para a vítima, que no caso estamos tratando de vulneráveis (criança de até 14 anos). Infelizmente, é normal encontrar relatos de vítimas

que admitem não ter tido nenhum apoio, principalmente psicológico, para enfrentar esse caminho.

Por fim, conclui-se que com certeza o principal problema do crime de estupro, que pode resultar em gravidez, está no agressor sexual infantil, que muitas vezes se mostra disfarçado de protetor ou amigo, dificultando que o crime seja descoberto e consequentemente sua prevenção. Percebe-se também, que pelo caos carcerário que o Brasil encontra, e pela ineficácia da lei que ocorre com frequência, o agressor muitas vezes não se sente ameaçado pelo crime que comete, até mesmo por saber que o máximo que lhe acontecerá como punição é o aprisionamento, que nesses casos é temporário.

7. Referências

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol.2. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARONE, Isabelle. Estupro e aborto: como uma boa educação sexual poderia ajudar a prevenir o abuso de crianças. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/estupro-e-aborto-como-uma-boa-educacao-sexual-poderia-ajudar-a-prevenir-o-abuso-de-criancas>. Acesso em: 08/05/2021

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Lei 8.069/90 – **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm#:~:text=Toda%20crian%C3%A7a%20ou%20adolescente%20tem,pessoas%20dependentes%20de%20subst%C3%A2ncias%20entorpecentes. Acesso em: 22/03/2021

BRASIL. Decreto n 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código penal brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm . Acesso em: 07/03/2021

BRASIL. **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009. Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 03/03/2021

BRASIL. Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.
Acesso em: 07/03/2021

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm#:~:text=Art.%204%C2%BA%20%C3%89%20dever%20da,e%20%C3%A0%20conviv%C3%Aancia%20familiar%20e.
Acesso em: 22/03/2021

Direitos reprodutivos: “Aborto legal”. Disponível em:
[https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/AbortoLegal%20\(5\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/AbortoLegal%20(5).pdf) .
Acesso em: 23/04/2021

JÍMENEZ, Carla. **Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores á porta do hospital.** Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conserdores-a-porta-do-hospital.html>. Acesso em:
08/05/2021

MARINHO, Rosane. **Filhos da dor: quase duas mil crianças engravidaram após estupro.** Disponível em: <https://projetocolabora.com.br/ods3/filhos-da-dor-estupro-e-gravidez>. Acesso em: 10/05/2021

SIMÕES, Nataly. **Crianças negras são as maiores vítimas de estupro de vulnerável no Brasil.** Disponível em: <https://almapreta.com/sessao/cotidiano/criancas-negras-sao-as-maiores-vitimas-de-estupro-de-vulneravel-no-brasil> . Acesso em: 10/05/2021

SOUZA, Murilo. **Projeto aumenta pena para estupro de vulnerável e cria garantias ao aborto legal.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/708568-projeto-aumenta-pena-para-estupro-de-vulneravel-e-cria-garantias-ao-aborto-legal/>. Acesso em: 08/04/2021

O CONVALESCIMENTO DA POSSE PRECÁRIA: ANÁLISE COM FULCRO NA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

JULIANA SOUSA NASCIMENTO:
Bacharelanda em Direito – Centro
Universitário UNA.

THIAGO BORGES SILVA GONÇALVES

(coautor)

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar se a posse precária é passível de convalidação, tendo em vista que o código civil de 2002 somente admite o convalidação da posse violenta e clandestina. Os métodos de desenvolvimento utilizados baseiam-se na análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Para respaldar a pesquisa foi utilizado como argumento central o princípio constitucional da função social da propriedade e o direito à moradia. Para alcançar a mais lúdica conclusão foi necessário abordar as principais teorias acerca da posse, bem como suas principais classificações, diferenciar os institutos da posse, propriedade e detenção, os vícios possessórios e discorrer sobre a função social. Para então, averiguar se a impossibilidade do convalidação da posse do possuidor precarista viola o princípio da função social da propriedade.

Palavras-chave: Convalidação da posse; Direito à moradia; Função social; Posse precária.

Abstract: The present work aims to analyze whether the impossibility of the recovery of precarious possession for purposes of adverse possession violates the principle of the social function of property, considering that the civil code of 2002 only admits the recovery of violent and clandestine possession. The development methods used are based on legislative, doctrinal and jurisprudential analysis. To support the research, the constitutional principle of the social function of property and the right to housing also agreed upon in the constitution were used as a central argument. In order to reach the most valid conclusion, it was necessary to address the main theories about possession, as well as their main classifications, the usucapião institute, differentiate the possession, property and detention institutes, discuss the relativization of the right to property, aiming at the rights of collectivity, possessory vices, the requirements for recovery. And then, to find out if the impossibility of convalidation of precarious possession violates the principle of social function.

Key-words: Convalidation of possession; Right to housing; Social role; Precarious.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito e Principais Teorias. 2.1. Posse Versus Propriedade e Detenção 3. Principais classificações da Posse 4. Vícios da posse. 5. Análise no que concerne a (im)possibilidade do convalidamento da posse precária. 5.1. Possibilidade da posse precária com fulcro na função social. 6. Considerações Finais. 7. Referência

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo analisar a hipótese do convalidamento da posse precária. Parte da doutrina e jurisprudência sustenta a impossibilidade do convalidamento da posse, levando em conta que o vício da precariedade surge através da quebra do negócio jurídico.

A importância do tema se dá pela total ausência de previsão legal, tendo em vista que no artigo 1.208 do código civil de 2002 prevê a possibilidade de convalidamento da posse violenta e clandestina, desde que cessados os atos que as tornem injustas. Entretanto, o legislador não estendeu tal possibilidade para posse viciada pela precariedade, prevendo tão somente que não induz posse os atos de mera permissão ou tolerância.

Diante da ausência de previsão legal o artigo tem como cerne responder se a impossibilidade do convalidamento da posse precária viola o princípio da função social da propriedade. O objetivo do estudo é analisar se a posse do possuidor precarista é passível de convalidamento ou se a mesma é inapta como entende parte da doutrina.

Para desenvolvimento do estudo, foi realizada uma análise jurisprudencial, doutrinária e legislativa.

Na busca do objetivo proposto, faz-se necessário o estudo da função social da propriedade que privilegia o possuidor que exerce o direito sobre o bem com o intuito de valorizá-lo, gerando uma finalidade social. Isso porque "não basta ser somente proprietário para garantir o seu direito, é necessário ser cauteloso e zeloso sobre o bem em questão, sob pena de perder a propriedade para aquele que faz com que a sua função social seja cumprida". (WESENDONCK, 2010, p. 250-251).

Serão abordados o conceito de posse e suas principais teorias justificadoras, a diferença entre o instituto da posse, propriedade, detenção, e as principais classificações da posse, bem como os seus vícios, para então realizar uma análise no que tange a (im) possibilidade do convalidamento da posse precária, com base no princípio da função social da propriedade.

Em primeiro momento se faz necessário conceituar e discorrer sobre as principais teorias justificadoras da posse, desenvolvidas por: Friedrich Carl von Savigny, Rudolf von Ihering e Raymond Saleilles, que demonstram o desenvolvimento da concepção de posse ao decorrer dos anos, bem como, quais são os requisitos para que uma determinada pessoa seja considerada possuidora. Em seguida são mencionadas as principais diferenças entre posse, propriedade e detenção.

Como argumento principal o estudo baseia-se na função social da propriedade que deverá ser respeitada, sob pena de desapropriação, pois mesmo se tratando de um direito real a propriedade deverá ser relativizada para atender as necessidades da coletividade, uma vez que a propriedade tem que cumprir as promessas constitucionais, como o direito à moradia. (GONÇALVES, 2019, p.58)

Mais adiante, serão demonstrados os vícios possessórios, quais sejam: violência, clandestinidade e precariedade que transmudam a posse para injusta. Após, será realizado uma análise abordando os principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da posse precária, com ênfase na possibilidade do convalhecimento da posse do possuidor precarista mesmo com a ausência de expressa previsão legal.

2. CONCEITO E PRINCIPAIS TEORIAS DA POSSE

Para analisar a (im)possibilidade do convalhecimento da posse precária, se faz necessário conceituar o instituto da posse e discorrer sobre o desenvolvimento das principais teorias justificadoras, destacando a teoria sociológica de Saleilles, que deu ênfase ao caráter econômico e a função social da posse.

Segundo Pereira (2019, p.284) o conceito de posse deriva do Direito Romano e consiste na situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não proprietária, exerce sobre a coisa, poderes ostensivos, conservando-a ou defendendo-a.

Nos termos do artigo 1.196 do código civil de 2002 "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".

Visando justificar a posse no decorrer do tempo, surgiram várias teorias, entre elas existem duas que são mais comentadas, sendo: A Teoria Subjetiva da Posse encabeçada por Friedrich Carl von Savigny e a objetiva desenvolvida por Rudolf von Ihering, não obstante as supracitadas serem as mais comentadas, não são as mais

adequadas para garantir os direitos constitucionais, sendo esses enfatizados na teoria sociológica da posse. (Gonçalves, 2019, p. 57)

Savigny, em sua obra “Tratado da Posse”, estabelece que possuidor é aquele que tem corpus e animus, corpus está relacionado com o poder de fato e o animus é a intenção de ser dono.

O primeiro é o elemento material, que consiste no poder físico sobre a coisa. O segundo é o elemento subjetivo que é a intenção de ter a coisa como sua, exercendo o direito de propriedade como se o seu titular fosse. (TARTUCE, 2009, p. 48)

Presente os dois elementos, estará configurada a posse. Contudo, para Savigny se ausente o pressuposto material não existe posse, e se ausente o animus trata-se de detenção. (AZEVEDO, 2019, p.31)

Em contrapartida a Teoria Objetiva da Posse desenvolvida por Rudolf von Ihering, no livro “O espírito do Direito Romano” em oposição à concepção de Savigny, que considera o elemento animus, ou seja, a vontade de ser dono. Ihering, em sua teoria descarta o elemento animus, classificando como possuidor aquele que exerce algum ou alguns dos poderes do proprietário. (PEREIRA, 2019, p.285)

Pelo disposto no artigo 1.196 do código civil, percebe-se que o legislador adotou parcialmente a teoria objetiva de Ihering ao definir possuidor como todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. (TARTUCE, 2020 p.32)

A teoria sociológica desenvolvida por Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Hernandez Gill, tem permitido que a posse adquira sua autonomia em face da propriedade. Nesse sentido:

Essas novas teorias, que dão ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, aliadas à nova concepção do direito de propriedade, que também deve exercer uma função social, como prescreve a Constituição da República, constituem instrumento jurídico de fortalecimento da posse, permitindo que, em alguns casos e diante de certas circunstâncias, venha a preponderar sobre o direito de propriedade. (GONÇALVES, 2020, p. 56).

Para Silvio Perozzi, o que efetiva a posse é o abandono de terceiro. Por outro lado, na concepção de Raymond Saleilles possuidor é aquele que expõe a independência econômica. Já para Hernandez Gill entende-se que a propriedade carece de atender os propósitos coletivos. (GONÇALVES, 2020, p.58).

Entre as teorias sociológicas desenvolvidas, merece destaque a da apropriação econômica de Saleilles, que estabelece a independência da posse em relação ao direito das coisas, uma vez que ela se manifesta pelo juízo econômico, com base na consciência social. O critério para diferenciar a posse da detenção não é o da intervenção do legislador para dizer que não há posse, como discorre Ihering, mas, sim, o de observação dos fatos sociais. Há posse nos casos que ocorre relação de fato suficiente para estabelecer a independência econômica do possuidor (GONÇALVES, 2020, p.58).

Sobre o tema leciona Flávio Tartuce:

Sem prejuízo dessa confrontação, como mencionado, tendo a propriedade uma função social reconhecida no Texto Maior, o mesmo deve ser dito quanto à posse. Diante desses argumentos, entendemos ser mais correto afirmar, atualmente, que o nosso Código Civil não adota a tese de Ihering, pura e simplesmente, mas sim a tese da posse-social, como defendem Perozzi, Saleilles e Gil. Uma mudança de paradigma inegável atingiu também o Direito das Coisas, razão pela qual o debate entre Ihering e Savigny encontra-se mais do que superado (TARTUCE, p.34-35, 2016).

Verifica-se que ao longo do tempo a posse adquiriu autonomia, desvinculando-se da propriedade, tendo em vista o reconhecimento da sua valorização econômica e social. Com base nessa valorização, reconhecendo a importância da função social é possível realizar uma análise sobre a impossibilidade do convalidamento da posse precária, sob a ótica do princípio da função social da propriedade, dado que, a posse muitas das vezes é garantidora dos preceitos constitucionais, como o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana.

É importante distinguir, mesmo que de forma sucinta, a diferença entre posse, propriedade e detenção, pois o legislador no artigo 1.028 do código civil estabeleceu que não induzem posse os atos de mera permissão, afastando assim a aplicação dos efeitos jurídicos da posse.

2.1 Posse VERSUS Propriedade e Detenção

A posse, propriedade e detenção, não devem ser confundidas, pois são institutos divergentes no que tange aos efeitos, direitos e remédios possessórios. É indispensável realizar a distinção entre os institutos supracitados, pois parte da jurisprudência decide no sentido que a posse precária não é apta a convalescer, em virtude de configurar mera detenção ou tolerância, sendo tal impossibilidade objeto de análise do estudo.

Nos termos do artigo 1.196 do código civil, haverá posse sempre que uma pessoa possuir de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Dessa forma, pode uma pessoa ser possuidora de um imóvel e não ser proprietário, bem como, o proprietário pode não possuir a posse de fato do bem.

Diante disso, “a distinção entre posse e propriedade é feita tendo em vista a origem do poder de sujeição sobre a coisa. Dependendo de como teve início o vínculo de subordinação, considera-se o titular do direito um possuidor ou proprietário”. (COELHO, 2010, p. 27).

Já no que tange ao proprietário, é importante ressaltar a definição elencada no artigo 1.028 Código civil de 2002. “O proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade, bem como de reavê-la de quem a possua injustamente”.

Conforme a definição legal, a propriedade está ligada com os poderes de usar, gozar, dispor e reaver a coisa. (ADIERS, 2003, p. 285)

O direito de usar está relacionado ao poder que o proprietário tem de utilizar o bem da melhor maneira. O direito de gozar do bem significa que o proprietário pode colher os frutos e os produtos do bem principal. (GONÇALVES, 2010, p. 230-231).

O direito de dispor totalmente ou parcialmente permite que o proprietário desfaça do bem, de forma onerosa ou gratuita. O direito de reaver ou reivindicar o bem consiste no direito que o proprietário tem de se valer da justiça para conseguir a propriedade que lhe foi tomada de forma injusta, através da ação reivindicatória que somente poderá ser movida por ele. (GONÇALVES, 2010, p. 230-231).

A posse estará estabelecida quando o possuidor usar e gozar do bem que, ficando o direito de dispor e reaver estabelecidos de forma unicamente ao proprietário.

Da mesma maneira que a posse se diferencia da propriedade também se diferencia da detenção. Considera-se detentor a pessoa que se encontra em relação

de dependência com o possuidor, cuidando da posse em nome deste e cumprindo ordens, conforme estabelecido no artigo. 1.198 do Código Civil (AZEVEDO, 2019, p. 34).

O detentor tem o encargo de cuidar do bem, subordinando-se ao seu titular. “A situação de fato que tem consequências jurídicas é denominada posse. Aquela que é juridicamente irrelevante, limitando-se a constituir simples fato material, sem repercussão no mundo do direito, é a detenção”. (WALD, 2002, p. 30).

A primeira parte do art. 1.208 do CC. Estabelece que: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância”. Esse entendimento é aplicado pela jurisprudência, principalmente no que tange o convalescimento da posse precária. Vejamos:

Apelação cível. Ação de Usucapião. Extraordinária. Improcedência na Origem. Recurso dos Autores. Pretendida Aquisição Originária da propriedade pela Usucapião, consubstancia no artigo 1.238 do código civil. Imóvel que inicialmente, foi ocupado em virtude de relação laboral existente entre os demandantes e a empresa contestante. Autores que se limitaram a alegar que houve a transmutação do caráter da posse. Inacolhimento. Detenção por mera permissão que não induz aos efeitos da posse precária. Posse precária que não se convalésce. Manutenção do caráter com que foi adquirida. Ex: 1.203 e 1.208 do código civil. Sentença Mantida. **“Recurso Conhecido e Desprovido.”** (TJ-SC-Ap nº 0002594-35.2011.8.24.0041.12- 6-2018, Rel. André Carvalho).

Contudo, como será demonstrada no decorrer do estudo, a posse mesmo que injusta, poderá convalésce desde que adquirido o elemento do animus domini, estabelecido pela teoria subjetiva de Savigny.

A posse e a propriedade são diferentes e autônomas e não se confundem, pois é possível que uma pessoa tenha propriedade, mas não tenha a posse direta do bem. Para identificar o instituto da detenção, será necessário verificar se existe vínculo de subordinação.

Além de se diferenciar da propriedade e da detenção, a posse ainda pode ser classificada, sendo necessário para o desenvolvimento do artigo discorrer, principalmente, no que se refere ao título e aos efeitos da posse.

3. Principais classificações da posse

A posse poderá ser classificada de diversas formas, insta classificá-la, tendo em vista que de uma classificação para outra há disposições legais distintas. A posse precária é direta, injusta e adquirida com má-fé e por isso é necessário expor as classificações e os dispositivos legais aplicáveis para melhor desenvolvimento do tema proposto.

A posse poderá ser direta ou indireta, nos termos do artigo 1.197, CC, a posse direta consiste na pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal ou real, não anulando a indireta de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto. (GONÇALVES, 2016, p.70)

Sendo assim, posse direta é aquela realizada através do poder material ou do contato direto com a coisa. Em contrapartida, a posse indireta é aquela exercida à distância, por exemplo, a posse exercida pelo locador que fruir ou gozar dos aluguéis, sem que esteja diretamente na posse sobre o imóvel locado. (STOLZE, FILHO, p.70).

Se tratando da legitimidade do título a posse poderá ser de boa ou má fé, de acordo com o artigo 1.201, do CC. "É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa". A posse de boa-fé é presumida se o possuidor possui justo título, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 1.201, do CC. Em contrapartida, a posse de má-fé será configurada quando aquele que está exercendo-a tem ciência da existência do vício. (STOLZE, FILHO, 2020, p.76)

A posse ainda poderá ser exercida por duas ou mais pessoas caracterizando a composses, nos termos do artigo 1.199 do código civil de 2002. "Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros possuidores".

Além disso, diferencia-se *ius possidendi* e *ius possessionis*, que consistem no direito do possuidor e do proprietário, sendo o *ius possidendi* direito do proprietário, com tutela petítória e o *ius possessionis* direito do possuidor, gerando somente a posse com tutela possessória. (AZEVEDO, 2019 p. 35)

A classificação mais relevante consiste nos efeitos da posse que se desdobra em justa ou injusta, de acordo com o artigo 1.200 do código civil de 2002. "É justa a

posse que não for violenta, clandestina ou precária", sendo injusta a posse que contenha qualquer dos vícios supracitados.

Antes de analisar a (im)possibilidade do convalidamento da posse precária é importante pormenorizar os vícios possessórios, estabelecidos no artigo 1.200 do código civil.

4. Vícios possessórios

Os vícios possessórios estão ligados à aquisição da posse, sendo configurados pela: Violência, clandestinidade e precariedade, caracterizando a posse injusta e viciada. É importante estabelecer como e quando surgem os vícios possessórios.

Como já demonstrado, considera-se posse injusta aquela que apresenta o vício da clandestinidade, violência ou precariedade. Posse violenta é aquela adquirida com o uso da força física ou moral, perante a vida do possuidor ou de membros da sua família. O vício da clandestinidade é configurado quando a posse é obtida às escondidas daqueles que anteriormente a possuíam. Já a precariedade, configura-se quando o possuidor abusa da confiança, recusando-se a devolver o bem quando solicitado pelo titular. (PEREIRA, 2019, p.22)

Sobre o tema temos que:

A posse violenta é aquela que se adquire pela força física ou grave ameaça, como pode se dar na invasão de terras por parte de jagunços fortemente armados sobre áreas possuídas de longa data por quilombolas, índios ou trabalhadores rurais. Guarda relação com a figura penal do roubo. *A posse clandestina* é aquela que se dá às ocultas, na calada da noite, no mais completo estado de indefensão do possuidor, como se daria na atuação de um fazendeiro lindeiro de outro que na sorrelfa se aproveitasse da ausência de vigília e alterasse o marco divisório. Relaciona-se com o tipo penal do furto. *A posse precária* é aquela de quem se apropria indevidamente de algo, tendo em vista que chamado a cumprir a obrigação de restituir, se nega a fazê-lo, tal qual sucede na postura de um comodatário, cujo contrato estivesse prorrogado indeterminadamente e, notificado para devolver o bem, não o restituísse. O ônus da prova da existência da precariedade da posse é do demandante, não existindo presunção de esbulho. [...]. Tal

vício se encontra relacionado com o delito de apropriação indébita. (MELO 2011,p. 38 e 39)

Os vícios podem ser diferenciados quanto ao tempo do surgimento, tendo em vista que, a violência e a clandestinidade são vícios originários, pois são oriundos da aquisição da posse, diferentemente da posse precária que no princípio é justa, tornando-se injusta quando há recusa em devolver o bem quando solicitado. Para que a posse seja caracterizada injusta basta que contenha um dos vícios supracitado, vislumbrando que a lei não exige a cumulação. (GONÇALVES, 2019, p.89)

Cumprido conceituar a intervenção possessória, também denominada *intervertio possessionis*, com origem do Direito Romano que significa "alteração do título da posse ou mudança do caráter possessório". (STOLZE, FILHO, 2020, p.72)

Prevê o artigo 1.023 do código de 2002 que, salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida, prevalecendo assim, o princípio da continuidade do caráter possessório.

Ressalta-se que a possibilidade de alteração no caráter ter da posse foi reconhecida pelo STJ, conforme ementa transcrita:

Recurso Especial – Extraordinária. Promessa de Venda e Compra. Transmutação da Posse, de Não Própria para Própria. Admissibilidade Relator: Ministro Barros Monteiro "O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador de imóvel, em princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria, **Recurso especial não conhecido**" (STJ- RESP nº220.200-SP, 14-6 2004 Relª Barros Monteiro).

Em que pese ser reconhecida a possibilidade da alteração do caráter possessório, à luz do código civil essa possibilidade somente é aplicada a posse violenta e clandestina que poderá convalescer, desde que cessados os vícios que a tornem injustas. O legislador não estendeu essa possibilidade para posse do possuir precarista, prevendo somente que não induzem posse os atos de mera detenção. Segundo o entendimento de parte da doutrina, a posse precária não é passível de convalhecimento, considerando a quebra da confiança, a violação da boa-fé, ou porque a obrigação de restituir o bem nunca cessa. (GONÇALVES, 2019, p. 90).

Detalhados os vícios que impedem a posse de ser justa, pela interpretação literal do artigo 1.208 do código civil, somente convalidará os vícios da violência e clandestinidade. Porém, com o advento da teoria social da posse, com base no princípio da função social da propriedade, é possível realizar uma análise com os principais fundamentos suscitados no que tange a imprevisão do convalidamento da posse precária.

5. ANÁLISE DA (IM)POSSIBILIDADE DO CONVALIDAMENTO DA POSSEPRECÁRIA

Conforme mencionado no decorrer do artigo, a doutrina brasileira não é unânime ao que diz respeito a (im)possibilidade do convalidamento da posse precária. Por ser um tema controvertido, serão demonstrados os principais entendimentos.

A criação da teoria sociológica é um aperfeiçoamento das teorias justificadoras da posse, visto que é inspirada no sentido social do direito à propriedade, proporcionando assim, uma nova interpretação nos que diz respeito aos requisitos para que seja configurada a posse. (GONÇALVES, 2019, p.58)

A posse precária, em regra, advém de situações jurídicas, permitindo que terceiro obtenha a posse direta do bem originalmente justo, tornando se injusto quando há recusa em devolver o bem. (LOUREIRO, 2009, p.1112)

Conforme explicação de Marcus Vinícius (1998, p. 40) o vício da precariedade não advém do mero exercício da posse, mas, sim, da recusa em devolver.

“[...] o esbulho decorre não da retirada da coisa, do poder de fato do esbulhado, mas da inversão de animus daquele que já detinha a coisa consigo”. O possuidor precário já tinha a posse da coisa, e posse justa. Com a inversão do animus, pela recusa em devolver a coisa, a posse do precário, então justa, transfigura-se em injusta, sem uma fase intermediária de transição.

No entendimento de Rodrigues (2003, p. 29) a posse do possuidor precarista jamais irá convalidar porque o vício da precariedade nunca cessa, tendo em vista que o bem é recebido com base na confiança.

Esse entendimento também é compartilhado por Maria Helena Diniz, que entende somente ser possível o convalidamento da posse violenta e clandestina.

Nas palavras de Silvo Rodrigues (p.28, 2003) “Diz-se precária a posse daquele que, tendo recebido a coisa para depois devolvê-la (como locatário, comodatário, usufrutuário e depositário), retêm indevidamente, quando ela lhe é reclamada.”

O mesmo pensamento é compartilhado pela jurisprudência, entendo que não induzem posse os atos de mera permissão, conforme ementa transcrita:

Agravo de Instrumento Posse Precária Que não Gera Direito à Usucapião. Pedido Improcedente Recurso Desprovido. “Para que a agravante de fato não tenha posse sobre o bem, direta ou indiretamente. Deixando de lado as questões... de comodato, mera permissão de uso, que não induz posse... Inteligência dos artigos 1.197 C/C, 1.208, CC”. Agravo de instrumento desprovido (TJAL- ai 8031179720138020900,3-72014, Rel^a Elisabeth Carvalho Nascimento).

Contudo, existem posicionamentos divergentes no que tange a possibilidade do convalhecimento da posse precária.

O entendimento que a posse do possuidor precarista não é passível de convalhecimento não é absoluto, levando em consideração que:

“A posse precária, enquanto posse viciada, não se altera, tanto que o esbulhado pode retomar a coisa. Todavia, a mudança de comportamento do precarista, pela inversão do título, permite a transformação da posse *ad interdicta* para posse *ad usucapionem*” (LOUREIRO, 2009 p. 1118)

A posse precária nasce da recusa em devolver a coisa, o possuidor muda seu animus em relação ao bem, deixando de reconhecer a propriedade do possuidor indireto. Assim, será possível o seu reconhecimento. (WESENDONCK, 2010, p. 254) Na posse violenta e clandestina, o vício não nasce da quebra da confiança,

mas, sim, do esbulho praticado pelo uso da força/ameaça a vida do proprietário, no passo que, a clandestina é obtida de forma sorrateira. Nesse viés, não se pode negar que na posse violenta ou clandestina existe uma violação igual à da posse precária, ou ainda maior no que tange aos direitos subjetivos do proprietário. (CASTRO, 2019, p.174)

Um fato que colabora para a defesa do convalidamento da posse precária, diz respeito à falta de cuidados do proprietário, que não adota as medidas necessárias para reaver a posse do possuidor que se recusa a devolver o bem.

Pelo instituto da *supressio*, o proprietário ao não exercer o seu direito para reaver o bem, acaba criando ao possuidor precarista justa expectativa de que não mais exercerá o seu direito. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 256-257)

Para que haja o convalidamento da posse precária, é inevitável que o possuidor precarista comporte-se como se dono fosse, bem como, que o proprietário não confronte tal atitude pelo tempo estabelecido, para que seja possível ocorrer o convalidamento da posse precária". (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 257.)

A legislação não poderá retirar a possibilidade de convalidamento da posse do possuidor precarista, tendo em vista que o proprietário permanece inerte diante do possuidor, que mesmo exercendo uma posse injusta, maculada pelo vício da precariedade, dá função social para propriedade. Diante disso, é contraditório, o código civil somente estabelecer o convalidamento da posse violenta e clandestina, tendo em mente que ambas também são adquiridas pela má-fé (CASTRO, 2019 p.174).

O convalidamento da posse precária também encontra amparo no princípio da função social da propriedade e no direito à moradia, conforme será demonstrado.

5.1 Possibilidade da posse precária com fulcro no princípio da função social

A função social da propriedade está prevista na Constituição Federal, artigo 5º, XXIII, que reza que a propriedade atenderá a sua função social. Na mesma linha prevê o código civil no artigo 1.228, § 1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais.

Atualmente, a propriedade não possui caráter absoluto, estando sujeita a inúmeras limitações, principalmente no que tange ao interesse público podendo recair também ao interesse privado. O direito de propriedade deverá ser exercido de acordo com o fim econômico e social contribuindo para o bem da coletividade, estando ligado à harmonização do interesse do indivíduo com a coletividade. (GUEDES, 2004, p. 111)

Desde o momento que foi instituído que a propriedade deve exercer função social, não mais se caracteriza a propriedade somente pelo título, uma vez que, a

propriedade deverá ser exercida com intuito de satisfazer uma missão social. (NOBRE, 2003, p. 22)

Nesse sentido temos que:

“Não basta o título aquisitivo para legitimar a propriedade, é necessário que o titular se valha de seu direito, alinhando-o ao dever social imposto pela lei maior. Isso se deve às concepções individualistas da propriedade, por terem cedido à realidade social”. (FARIAS, 2010, p. 24)

A função social exige do proprietário comportamento regular no que tange ao exercício da propriedade, incluindo o seu comportamento ao exercício do interesse social, preservando-se o direito de uso, gozo e disposição do bem. (CARVALHO, 2003, p. 18)

Nesse mesmo sentido prevê o ex-ministro do STF:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. [...]. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, 'função social das propriedades'), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificarsua posse. (ZAVASCKI, 2002, p.844).

Assim, o proprietário que não cumprir o disposto no ordenamento jurídico no que se refere ao uso da propriedade, poderá perdê-la, posto que o proprietário não tenha direito de negligenciar o seu direito, sob a consequência de perdê-lo em face do interesse de terceiro. (COSTA, 2000, p. 53)

Da mesma forma que a função social recai sobre a propriedade, também se dirige a posse, visando aumentar o conceito de dignidade da pessoa humana em um plano substancial, uma vez que a posse atende uma das necessidades do ser humano. Nesse contexto:

[...] a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu positivação expressa no Código Civil (art. 1.228, § 1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 39)

Não existe previsão expressa na Constituição Federal no que tange a função social da posse. Contudo, há elementos suficientes para estabelecer a função social entre o possuidor e a coisa possuída. (FARIAS, 2010, p. 24)

A função social da posse é considerada um princípio constitucional implícito no mesmo nível dos outros princípios. Dessa forma, a valorização é estabelecida através do seu conteúdo e finalidade nos mesmos moldes da função social da propriedade. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 20)

Além do mais, muitas das vezes a propriedade está exercendo a função social através do possuidor, assim a posse também estabelece o bem-estar social colaborando com os fins da coletividade. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 39-40)

É notório que a legislação não pode retirar a possibilidade do convalidamento da posse do possuidor precarista, levando em consideração que o proprietário permanece inerte diante do possuidor, que mesmo exercendo uma posse injusta, maculada pelo vício da precariedade, dá função social para propriedade, devendo prestigiar-se o possuidor indireto que perfaz o estabelecido na Constituição.

Não admitir o convalidamento da posse precária viola o direito à moradia, reprimindo que a propriedade cumpra com a função social. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 261)

Nesse contexto, as interpretações que tem por escopo cercear o princípio da função social e o direito à moradia são eivadas de inconstitucionalidade. (MAIDAME, 2002, p. 193-194).

Compreende-se que a função social da propriedade é um princípio de extrema relevância, uma vez que retira o caráter absoluto da propriedade, estabelecendo que a mesma deva ter uma destinação econômica, contribuindo para os interesses da coletividade.

Parte da doutrina realiza interpretação do disposto no artigo 1.208 do código civil, com base no princípio constitucional da função social da posse e propriedade, no sentido de que o possuidor precário cumprindo a função social poderá ter sua posse convalidada, mesmo com ausência de previsão legal expressa.

Estabelecer que posse precária jamais poderá convaler, viola o princípio da função social da propriedade, tendo em vista a constitucionalização do Direito Civil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A posse precária é um instituto muito controverso, pois existem entendimentos diversos a respeito da (im)possibilidade do convalhecimento da posse do possuidor precarista.

Dos vícios que caracterizam a posse como injusta, foi previsto expressamente pelo legislador que somente a violência e a clandestinidade são aptas a convaler. Contudo, essa possibilidade não se estendeu expressamente para a posse viciada pela precariedade, gerando divisão no entendimento doutrinário, com base nessa divergência, foi realizada uma análise expositiva apresentando os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis no que diz respeito à (im)possibilidade do convalhecimento da posse precária.

O principal argumento utilizado pelos defensores da impossibilidade da posse precária relaciona-se com a quebra da confiança e da boa-fé, argumento esse, que conforme demonstrado deve ser afastado, levando em consideração que a posse violenta e clandestina também são adquiridas pela má-fé, bem como, são tão injustas como a precária.

A partir da análise dos posicionamentos doutrinários, sob a ótica da função social da propriedade e da posse, foi possível concluir que a posse precária poderá convaler, uma vez que, o possuidor, mesmo que precário, exerce a função social.

Impor que a posse precária jamais poderá ser passível de convalhecimento é retornar o caráter absoluto da propriedade, além de garantir ao proprietário que mesmo sem cumprir a função social, independentemente do lapso temporal, perante o possuidor precarista ele sempre terá o direito de reaver a propriedade quando achar conveniente, violando assim, o princípio da função social, tendo em vista que o proprietário tem a obrigação de realizar suas prerrogativas em prol do desenvolvimento da sociedade, pois a propriedade para atingir a sua finalidade deverá cumprir a função social, sob pena de desapropriação.

Sendo assim, conclui-se que a impossibilidade do convalhecimento da posse precária viola o princípio da função social e o direito à moradia, tendo em vista que, o possuidor precário mesmo exercendo função social e diante da negligência do proprietário, poderá perder a posse do bem, além de não conseguira intervenção do caráter possessório, mesmo depois de um grande lapso temporal tendo animus de ser dono, sob a justificativa que a posse precária não é apta a convaler, visto a quebra da confiança ou a ausência de previsão legal.

Por esses motivos, entende-se que o artigo 1.028 do código civil, não deve ter uma interpretação literal, tendo em vista que a legislação infraconstitucional deverá ser interpretada sempre à luz da Constituição Federal, seguindo o método hermenêutico, garantindo o controle de constitucionalidade que tem por escopo garantir que as leis infraconstitucionais estão sendo aplicadas em consonância com a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade da norma, visando assim, estabelecer os direitos e garantias fundamentais.

7.REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil**: VADE MECUM, 23º edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 25.ed. São Paulo: VADE MECUM Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de março de 2015: Novo Código de Processo Civil**: VADE MECUM, 23º edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Karina. O convalidamento da posse precária nas modalidades extraordinário de usucapião. Revista Conpedi Zaragoza, 2019. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Vol-21-dir-civil-de-familia-e-consti-genero-sexualidades-e-direito.pdf>

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Da possibilidade de intervenção da posse precária e a sua configuração em posse *ad usucapionem*. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, vol. 12, p. 241-262, 2011

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 161, p. 9-20, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Dos vícios da posse**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das "propriedades": da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. **Revista de Direito Social**, São Paulo: Notadez, n. 15, p. 97- 120, 2004.

LEAL JÚNIOR, João Carlos. Da função social da posse. **Revista Síntese de Direito de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo: Síntese, n. 67, vol. 11, p. 33-49, 2010.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Coordenador: César Peluso. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2009.

MAIDAME, Márcio Manoel. A possibilidade de mudança do caráter da posse precária e sua utilidade para fins de usucapião. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 188-213, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A posse e a propriedade no novo código civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 17-37, 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Direito das coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: **Direito das coisas, volume 5**, 28 eds. rev. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

SALEILLES, Raymond. Étude sur les éléments constitutifs de la possession. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil.V.5: direitos reais**.ed.São Paulo. Saraivajus, 2020

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Fernando José. **Direito civil: direito das coisas**. 2. ed.São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento. nº** 8031179720138020900, 2ª câmara cível. Desembargadora. Elisabeth Carvalho Nascimento. Maceió, 24 de abril de 2014. Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br>. Acesso em 19 de março de 2021.

Tribunal de Justiça. **Apelação**. nº 0002594-35.2011.8.24.0041, 1º câmara Rel. André Carvalho. Florianópolis, 12 de julho de 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/605848468/apelacao-civel-ac-2594352011824004>. Acesso em 19 de março de 2021

Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. nº**1997/0056962-4, 2º 4º turma. Ministro. Barros Monteiro, 6 de abril de 2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 19 de março de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WESENDONCK, Tula. A possibilidade de transformação do caráter da posse e da detenção: interpretação constitucional dos efeitos da posse. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, n. 120, vol. 37, p. 235-258, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 843-859.

IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NOS CONTRATOS

SÁVIO APARECIDO DINIZ CORRÊA:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Una Betim - MG.

THAIANE ARAÚJO BARBOSA ⁸⁶

(coautora)

RESUMO: O objetivo deste trabalho é enfatizar a quão nociva pode ser a atuação estatal exacerbada nos contratos, e buscou-se evidenciar ao longo dessa pesquisa a importância da intervenção mínima do Estado nestes instrumentos jurídicos. A presente hipótese, baseia-se no princípio da autonomia da vontade; ora, os indivíduos somente contratam pois possuem liberdade para tal, e como os contratos são a principal fonte de circulação de riquezas, de certa forma o Estado limitar por assim dizer tal princípio prejudica de certa forma o desenvolvimento de toda uma cadeia no âmbito social. A abordagem da temática, funda-se em críticas à esta intervenção desenfreada do Estado, trazendo discussões acerca do problema da insegurança jurídica; dificuldade em se realizar negócios entre particulares; excesso de judicialização no que diz respeito aos contratos, ou seja, nocividade naquilo que diz respeito às avenças; aos acordos; aos pactos, uma vez que nossa hipótese é voltada para a intervenção mínima nos contratos. Foi usado o método de pesquisa conhecido como “pesquisa exploratória”, que consiste em trazer uma maior proximidade com o universo de estudo pesquisado; com ela, visamos através de considerações doutrinárias; jurisprudência e julgados, oferecer informações acerca da importância da intervenção mínima e orientar hipóteses de um equilíbrio entre a intervenção estatal e a autonomia da vontade.

Palavras-chave: Contrato. Função Social. Autonomia. Liberalismo. Boa-fé.

ABSTRACT: The objective of this work is to emphasize how harmful the state action can be exacerbated in contracts, and it was sought to show throughout this research is to demonstrate the importance of minimal State intervention in these legal instruments. The present hypothesis is based on the principle of the autonomy of the will; Now, individuals only hire because they have the freedom to do so, and as contracts are the main source of circulation of wealth, in a way the State limits, so to speak, this principle harms in some way the development of an entire chain in the social sphere. The thematic approach is based on criticisms of this rampant State intervention,

⁸⁶ Acadêmico de Direito do oitavo período do Centro Universitário Una Betim

bringing discussions about the problem of legal uncertainty; difficulty in conducting business between private individuals; excessive judicialization with regard to contracts, that is, harmfulness with regard to covenants; agreements; to pacts, since our hypothesis is aimed at minimal intervention in contracts. The research method known as “exploratory research” was used, which consists of bringing a greater proximity to the universe of research studied; with it, we aim through doctrinal considerations; jurisprudence and judgments, offer information about the importance of minimal intervention and guide hypotheses of a balance between state intervention and the autonomy of the will.

Keywords: Contract. Social role. Autonomy. Liberalism. Good faith

Sumário: 1 Introdução. 2. Conceito de contrato. 3. Princípio da Autonomia da Vontade. 4. *Pacta Sunt servanda*. 5. Da intervenção/participação do Estado nos contratos 6. Importância da intervenção mínima. 7. Entendimentos dos Tribunais. 8. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A intervenção mínima do Estado nos contratos, é tão importante quanto o próprio princípio da *pacta sunt servanda*. Ora, se presente uma intervenção desenfreada, ilimitada, como vem acontecendo em nosso mundo jurídico, inúmeros problemas surgem e outros ganham força, explicamos, um dos que surgem é a insegurança jurídica que é gerada ao se levar ao judiciário todo e qualquer contrato considerado abusivo, e o outro diz respeito ao enfraquecimento da economia, pois se o pactuado não é respeitado, haverá receio no tocante à celebração de negócios.

Buscou-se ao longo da explanação do tema, abordar o quão importante é respeitar o princípio da autonomia da vontade, pois os indivíduos só contratam e celebram negócios, acordos, se possuem liberdade e possibilidade de fazê-los, em outras palavras, se há muita restrição e pouca liberdade as relações comerciais tendem a ficar em risco.

Ato contínuo, ao longo da leitura será possível se ater a questão atinente ao fato de que em uma relação contratual as partes não são inimigas e que nem sempre se busca uma vantagem além da permitida através da realização de um dado acordo, e que quando necessário e evidente, será perfeitamente possível a atuação do Estado.

Lançou-se mão do método de pesquisa conhecido como “pesquisa exploratória”, que consiste em trazer uma maior proximidade com o universo de estudo pesquisado; com ela, através de considerações doutrinárias; jurisprudência e

julgados, ter uma visão demasiadamente clara e objetiva acerca da importância da intervenção mínima e orientar hipóteses de um equilíbrio entre a intervenção estatal e a autonomia da vontade.

O contrato não é um meio de se suprimir direitos, tampouco aumentar ou evidenciar desigualdades, ele é a principal fonte de riquezas de uma sociedade, e o seu cerne consiste na autonomia que os indivíduos possuem na realização de um negócio jurídico e portanto, no decorrer da pesquisa será possível se chegar à conclusão de é possível que haja uma intervenção demasiadamente mínima por parte do Estado, sem que prejuízo para uma das partes em relação à outra num dado negócio jurídico.

2. Conceito de contrato

A partir do momento em que o ser humano passou a viver em sociedade temos o surgimento do contrato que é fruto de uma construção histórica e social, a qual num primeiro momento era entendido como fonte de obrigações e propulsor de relações econômicas baseadas em atos bilaterais e vontade humana.

Nesta toada, segundo lição de Flávio Tartuce⁸⁷, tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra sociedade traz a ideia de contrato. A feição atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social.

Ato contínuo, também pode ele ser entendido como um negócio jurídico em sentido amplo em que se tem como elemento norteador a vontade humana que visa um objetivo de cunho patrimonial, forma um negócio jurídico por excelência e para que possa existir, seu objeto deve ser lícito; sem contrariar o ordenamento jurídico ao qual se subordina; nem a boa-fé; a função social e econômica e os bons costumes.⁸⁸

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, quando dado negócio jurídico resultar de um acordo mútuo, estaremos diante de um contrato (2018, pag, 19-20):

Sempre, pois, que o negócio jurídico resultará de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato. Essa constatação conduz à ilação de que o

⁸⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** – v. 3 – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. pag.25

⁸⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** – v. 3 – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. pag.26

contrato não se restringe ao direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento, p. ex., é considerado um contrato especial, um contrato do direito de família) e também ao direito público (são em grande número os contratos celebrados pela Administração Pública, com características próprias), bem como a toda espécie de convenção. Em sentido estrito, todavia, o conceito de contrato restringe-se aos pactos que criem, modifiquem ou extingam relações patrimoniais, como consta expressamente do art. 1.321 do Código Civil italiano.

Desta feita, percebe-se que onde esses elementos acima citados estiverem presentes, teremos um contrato.

Tartuce traz também considerações de direito comparado, mais precisamente o italiano. (2018, pag. 26):

Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. Esse conceito clássico está muito próximo daquele que consta do Código Civil Italiano que, em seu art. 1.321, estipula *que "il contratto è l'accordo di due ou più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale"* (o contrato é um acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial).

É de suma importância se ater a pontos como citados acima, sejam eles, a criação, modificação ou extinção de direitos, porque a *prima facie* esses são os objetivos visados pelos indivíduos, e tal explanação fora bem direta e concisa pois no fim isso é o contrato, essas são suas raízes.

3. Princípio da Autonomia da Vontade.

Historicamente, desde as primeiras relações humanas, os indivíduos possuem liberdade para contratar, e gozam dessa premissa com o intuito de satisfazer os seus interesses, então tem-se caracterizado o princípio da autonomia da vontade, que nada mais é que essa vontade do homem em estabelecer negócios, acordos, transações,

pois esse direito de contratar inerente à própria concepção de ser humano, é um direito existencial da personalidade advindo do princípio da liberdade⁸⁹.

Carlos Roberto Gonçalves traz importante conceituação histórica acerca da liberdade do indivíduo no tocante à sua autonomia de contratar. (2018, pag. 27):

Esse princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. Foi sacramentado no art. 1.134 do Código Civil francês, ao estabelecer que “as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram”.

Como se vê, com a predominância das ideias liberalistas, essa vontade dos indivíduos ganhou cada vez mais evidência.

Imperioso trazer uma histórica e pertinente diferenciação entre liberdade contratual frente liberdade de contratar, o caput do artigo 421 do código civil *in verbis*: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” estabelece por assim dizer, como será exercida a liberdade “dentro” do negócio jurídico, ao passo que a liberdade de contratar está ínsita no mundo negocial, ou seja, é a plena liberdade para se celebrar pactos e avenças com dadas pessoas, sendo um direito concernente ao ser humano, em outras palavras, é a escolha da pessoa ou das pessoas com quem se celebrará um determinado negócio, sendo *a prima facie* plena essa liberdade.⁹⁰

Ato contínuo, é preciso que se diferencie autonomia da vontade de autonomia privada. A primeira, refere-se ao poder que os particulares detêm de regular, pelo exercício da sua própria intenção, as relações que estão participando, seja estabelecendo conteúdo e disciplina jurídica que melhor lhe aprouverem. Lado outro, a autonomia privada, traz consigo uma carga subjetiva, psicológica, sendo que no momento em que a privada traz sua marca naquele considerado como mundo real, esta última diz respeito ao indivíduo.⁹¹

⁸⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** – v. 3 – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. page.94

⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO,2020. pag. 554

⁹¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO,2020. pag. 556

4. *Pacta Sunt servanda*

Decorrente da ideia de segurança jurídica *lato sensu* o princípio da *pacta sunt servanda* ou força obrigatória dos contratos, preceitua que o contrato faz lei entre os contratantes, é um princípio decorrente da chamada autonomia da vontade, pode-se dizer que determinados indivíduos que se subordinam a um certo contrato ao realizarem tal avença abrem mão de direitos em detrimento de obrigações e objetivos visados daquela relação, fazendo com que o pactuado tenha numa acepção doutrinária, força de lei.

Conforme salienta Gonçalves, pela lei ninguém é obrigado a contratar, porém contratando, deve se subordinar por assim dizer àquilo avençado outrora. (2018, pag,31):

Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade.

De acordo com o exposto acima, contratando, obrigações a serem cumpridas vão surgir. Porém, apesar de ser cediço que as cláusulas contratuais, não poderão ser alteradas judicialmente, independentemente da razão que as partes venham à invocar⁹², quando estiverem questões que ferem preceitos de ordem pública; o contrato estiver por ser meio de se buscar vantagens causando prejuízos à outrem; ou fatos extraordinários vierem a acontecer, passou-se então, a ser admitida de forma excepcional⁹³, a intervenção judicial no conteúdo de dados contratos, para que caso esteja havendo tais lesões, sejam elas corrigidas e o contrato siga dentro dos parâmetros legais.

⁹²GOMES, Orlando. BRITO, Evaldo de. PARANHOS, Reginalda. **Contratos**. - 27. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.pag.32

⁹³ GOMES, Orlando. BRITO, Evaldo de. PARANHOS, Reginalda. **Contratos**. - 27. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.pag.33

5. Da intervenção/participação do Estado nos contratos

Conforme preconiza o *caput* do artigo 421 do CC *in verbis*: "A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato". Pode-se entender como função social aquilo que visa uma finalidade coletiva, podendo relativizar o princípio da força obrigatória dos contratos, nesta toada é possível que haja intervenção por parte do Estado nas relações contratuais, principalmente em situações nas quais se evidencie abuso ou excesso de uma parte perante a outra.

O parágrafo único do artigo citado, traz importante visão do legislador ao construí-lo naquilo que se remete à certa abstenção do Estado nos contratos, pois ao prever em seu texto que "*nas relações privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*", grandes benefícios poderão ser alcançados, dentre eles, uma maior segurança jurídica; fortalecimento da economia e principalmente um êxodo por assim dizer de demandas judiciais, que na maioria das vezes não careciam de necessariamente serem levadas à apreciação dos magistrados simplesmente pelo fato de que se via o contrato como um objeto de opressão, enriquecimento sem causa, enfim, simplesmente na pior das hipóteses se buscava a judicialização;

Nesta toada, imperioso trazer importante julgado que consubstancia todo o alegado no tocante a uma judicialização desenfreada dos contratos ante uma intervenção mínima por parte do Estado, no Recurso Especial nº 1.807.018 - SP (2019/0092869-7), o Ministro Antônio Carlos Ferreira, relator do acórdão evidenciou que nem sempre pôr a parte entender que no contrato que celebra, há abuso ou distorções passíveis de serem simplesmente levadas ao judiciário para que ele intervenha "protegendo" interesse seu.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CUMULADO COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESCISÃO JUDICIAL DA AVENÇA. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83 DO STJ. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO AJUSTE. AFASTAMENTO. REEXAME DO CONTRATO E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. PEDIDO DE REJEIÇÃO DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS DO AGRAVADO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. ÓBICE

DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DECISÃO MANTIDA.

[...]

Suscita ofensa ao art. 422 do CC/2002, devido à afronta ao princípio do pacta sunt servanda. Nesse contexto, aduz que "não poderá ser penalizada com eventual ressarcimento dos valores pleiteados pelo agravado, eis que as partes firmaram contrato de compra e venda, com previsão específica dos percentuais de devolução em caso de rescisão, com o qual anuíram a parte recorrida, sem qualquer ressalva" (e-STJ fl. 800).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚM. 282/STF. FUNDAMENTO NÃO Documento: 1882102 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 05/11/2019 Página 9 de 5 Superior Tribunal de Justiça IMPUGNADO. SÚM. 283/STF. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. INADIMPLEMENTO. AÇÃO MONITÓRIA JULGADA PROCEDENTE. TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO OBJETIVO QUE SUSTENTA O PEDIDO DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JULGAMENTO: CPC/73.

(...)

7. Embora não haja regra legal que estabeleça prazo para o seu exercício, o direito à resolução do contrato não é absolutamente ilimitado no tempo, na medida em que o contrato, enquanto fonte de obrigações que vincula as partes, é instrumento de caráter transitório, pois nasce com a finalidade de se extinguir, preferencialmente com o adimplemento das prestações que encerra. 8. Se o pedido de resolução se funda no inadimplemento de determinada parcela, a prescrição da pretensão de exigir o respectivo pagamento prejudica, em consequência, o direito de exigir a extinção do contrato com base na mesma causa, ante a ausência do elemento objetivo que dá suporte fático ao pleito.

O artigo 2.035 do código civil, preconiza que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar os preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”, tal texto mostra-se perfeitamente aplicável aos contratos. Ora, se estiver realmente havendo desrespeito à tudo aquilo que se considera viável na consecução de um contrato justo por assim dizer, não é razoável que acordos prevaleçam sobre preceitos de ordem pública, pois princípio algum pode ser “sufocado” em detrimento de pactos, em outras palavras, o uso do *pacta sunt servanda* não pode gerar efeitos nocivos ao contido no referido diploma, muito menos ao 421 da mesma codificação, entretanto o que não se mostra razoável é uma intervenção desenfreada e irrisória.

É bem verdade que a noção de contrato tem mudado ao longo dos tempos, e uma suposição de que a chamada igualdade formal dos indivíduos pudesse assegurar equilíbrio entre eles naquilo que toca às avenças, foi desacreditada na vida real, o desequilíbrio mostrou-se evidente em algumas situações gerando necessidade de o Estado intervir na vida econômica dos particulares, buscando limitar a autonomia privada, e então, se desenvolveu, uma legislação de apoio a tais ideias, com uma ação estatal coibindo a edição de algumas cláusulas consideradas lesivas e autoritárias, ou em casos mais sérios “judicialização”.

Nesta toada o doutrinador Orlando Gomes caracterizou esta intervenção do Estado, (2019, pag. 8):

A política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o contrato, na sua cidadela, ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão de liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato. Três modificações no regime jurídico do contrato revelam outras tantas tendências para a correção desse desequilíbrio. A primeira consistiu na promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica ou socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A segunda patenteia-se na legislação de apoio aos grupos organizados, como os sindicatos, para enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte. A terceira, no dirigismo contratual, exercido pelo Estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização do poder público.

Portanto, temos a clara ideia de uma intervenção mais incisiva por parte do Estado nos contratos, pois o mundo está repleto de desigualdades, principalmente econômicas. Então, se é entendido que em toda a relação contratual está contida esta assimetria e este desequilíbrio, a consequência será a de que todo contrato deverá ser revisado. Haja vista que é dado ao Estado o poder da intervenção para proteger aquelas partes mais fracas das relações contratuais, então teria ele o poder ilimitado de proteger o inquilino em face do locador; o empregado em face do empregador; o consumidor em face do fornecedor; o devedor em face do credor, e assim por diante. O que seria demasiadamente desarrazoado.

Ato contínuo, está evidente que cada vez mais o judiciário se sente à vontade para realizar contratos, haja vista que o brasileiro não é atendido de forma devida no momento em que celebra avenças, e sendo assim fica a cargo do juiz reconhecer se dada cláusula é nula ou nociva à parte. Basicamente o dirigismo contratual é isso, uma relativização dos princípios que fundamentaram a teoria dos contratos desde a sua origem e a sua afirmação de princípios socializantes que nada mais fazem do que justificar a intervenção do estado nos contratos, intervenção prévia por meio do legislador.

6. Importância da intervenção mínima

Imperioso trazer à tona os artigos 480 e 480-A do código civil, o primeiro traz considerações acerca de que havendo onerosidade excessiva em contrato o qual a obrigação caiba somente a uma das partes, poderá ela pleitear que sua obrigação seja reduzida, o segundo por sua vez, já nos remonta à possibilidade de as partes no ato da celebração já estabelecerem os parâmetros objetivos para que haja interpretação ou possível resolução do pacto contratual.

Pois bem, se formos levados à literalidade do art. 480 o aumento da “judicialização” dos contratos pode se dar de uma forma alarmante gerando demasiado abuso nas revisões contratuais, muitas vezes fundando-se na premissa da proteção da parte mais fraca, que gera como resultado, o do sensível aumento dos custos de transação e a conseqüente inserção no preço do contrato dos efeitos correspondentes, por iniciativa da parte que faticamente detém o poder para tanto. Ato contínuo, ocorre que os preços de produtos e serviços terminam ficando mais caros haja vista que o mercado precifica a intervenção do Judiciário e isto acontece de

forma bastante rápida em resposta a orientações dos Tribunais que afetem os interesses dos empresários que se veem lesados por assim dizer⁹⁴.

Os artigos 421-A e 480-B do código civil, tem a mesma ideia no tocante a esse poder que o Estado detém de intervir, pois quando se tratar de contratos empresariais, não se considerará necessariamente hipossuficiente para efeitos legais, uma parte ou outra, elas serão presumidas simétricas e deverão ter ciência dos riscos a serem assumidos ao se pactuar. Com isso uma maior segurança jurídica no tocante à realização dos negócios empresariais virá a ser alcançada, podendo fortalecer o mercado pelo estabelecimento dessa segurança a qual se espera ser respeitada pelos tribunais.⁹⁵

7. Entendimentos dos Tribunais

Vale trazer importantes considerações dos tribunais que corroboram o que já foi exposto. Sendo assim, passamos à análise da apelação cível nº 1001277-90.2018.8.26.0426 julgada pela 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na qual o autor firmou contrato de honorários advocatícios com remuneração equivalente a 30% do valor liquidado, além das verbas sucumbenciais, sendo que o contratante estava de pleno acordo ao firmar tal contrato.

Ato contínuo, caso houvesse o deferimento do benefício administrativamente ou ainda, fosse concedida a Tutela Antecipada de concessão do benefício em processo judicial a ser ajuizado, ficaria fixado entre as partes, que seria pago a título de honorários advocatícios, por tal providência o valor no importe de 30% (trinta por cento) do benefício mensal recebido, até final liquidação, com trânsito em julgado da decisão judicial ou execução, conforme é estabelecido pela tabela de honorários da OAB/SP A controvérsia a respeito da exigência dos honorários contratuais sobre o benefício concedido A controvérsia diz respeito à exigência dos honorários contratuais sobre o benefício concedido por tutela antecipada em sentença nos autos nº 0000578-63.2011.8.26.0426 (fls. 21/31). O autor pagou três parcelas referentes à sobredita

⁹⁴ VERSOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O velho e o novo princípio da intervenção mínima do Estado nos contratos empresariais. Novos parâmetros para a intervenção do juiz.** Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/302393/o-velho-e-o-novo-principio-da-intervencao-minima-do-estado-nos-contratos-empresariais--novos-parametros-para-a-intervencao-do-juiz>> Acesso em 02 de novembro de 2020.

⁹⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O velho e o novo princípio da intervenção mínima do Estado nos contratos empresariais. Novos parâmetros para a intervenção do juiz.** Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/302393/o-velho-e-o-novo-principio-da-intervencao-minima-do-estado-nos-contratos-empresariais--novos-parametros-para-a-intervencao-do-juiz>> Acesso em 02 de novembro de 2020.

cláusula 3ª, correspondentes aos meses de março a maio de 2013 (fls. 151/153). Anuiu ao que pactuado tanto expressa como tacitamente (fls. 151/153)⁹⁶.

Desta feita, em sua fundamentação o Relator do acórdão, o Desembargador Tavares de Almeida, teceu as seguintes considerações⁹⁷:

A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Vale ainda anotar a vedação ao comportamento contraditório. Trata-se da máxima *venire contra factum proprium*. O autor deve atuar conforme o dever da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil). Sobre a questão, lição de Flávio Tartuce: "Pela máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva. O conceito mantém relação com a tese dos atos próprios, muito bem explorada no Direito Espanhol por Luís Díez-Picazo.³⁵ Para Anderson Schreiber, que desenvolveu excelente trabalho específico sobre o tema no Brasil, podem ser apontados quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: 1.º) um fato próprio, uma conduta inicial; 2.º) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; 3.º) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; 4.º) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição.³⁶ A relação com o respeito à confiança depositada, um dos deveres anexos à boa-fé objetiva, é muito clara, conforme consta do Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil: "A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil" (Manual de Direito Civil, volume único/Flávio Tartuce, 5. Ed. Ver., atual. e ampl - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, págs. 473/474).

⁹⁶ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1001277-90.2018.8.26.0426

⁹⁷ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1001277-90.2018.8.26.0426

Imperioso trazer o REsp 1656182/SP que buscava resolver controvérsia em Ação civil pública em que se pretendia impor obrigação à recorrente de incluí-la em seus contratos de consumo multa de 2% sobre o valor da venda, caso fosse descumprido prazo de entrega, bem como na hipótese de não devolução imediata do preço pelo exercício do direito de arrependimento, porém não se logrou êxito em tal intento, pois como se vê na ementa que se segue, como é cediço, em contratos padronizados não há que se cogitar intervenção genérica por parte do Estado. Ademais, nos itens 5, 6 e 7 estão presentes considerações que versam acerca da intervenção estatal em situações como a presente⁹⁸.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS ATESTADA PELA ORIGEM. IMPOSIÇÃO DE MULTA MORATÓRIA EM CONTRATOS DE ADESÃO.

ENTREGA DE PRODUTOS E RESTITUIÇÃO DE VALORES PELO EXERCÍCIO DO ARREPENDIMENTO. LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL.

3. O propósito recursal consiste em definir: i) a configuração de cerceamento de defesa; ii) a imposição judicial de multa moratória contra o fornecedor em contrato de adesão de venda de produtos nas relações do comércio varejista.

4. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, quando as instâncias ordinárias reputarem suficientemente instruído o processo, declarando ser desnecessária a produção de outras provas diante daquelas já existentes nos autos.

5. A imposição de multa moratória para a hipótese de atraso no pagamento da compra é revertida, sobretudo, em favor da instituição financeira que dá suporte à compra dos produtos adquiridos a prazo pelo consumidor. Sob este ângulo, sequer há reciprocidade negocial a justificar a intervenção judicial de maneira genérica nos contratos padronizados da recorrente.

⁹⁸ REsp 1656182 / SP

6. O vendedor do produto está obrigado a prestar seu serviço no tempo, lugar e forma contratados, e acaso incorra em mora deverá responder pelos respectivos prejuízos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado (arts. 394, 395, do CC).

7. É indevida a intervenção estatal para fazer constar cláusula penal genérica contra o fornecedor de produto em contrato padrão de consumo, pois além de violar os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, a própria legislação já prevê mecanismos de punição daquele que incorre em mora.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 1656182/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/09/2019, DJe 14/10/2019).

Após a análise dos arestos supramencionados, é possível que já existem decisões do poder judiciário na linha do raciocínio apresentado no presente artigo, ou seja, somente diante da evidente necessidade e presença de premissas nocivas constantes em uma dada avença, que o judiciário atuará para garantir que nenhum direito seja suprimido.

Conquanto, é imperioso que se entenda que sim, o judiciário é o guardião e/ou promotor da pacificação social e da ordem institucional. Porém, não pode ele ser precursor da insegurança jurídica, seja com o fomento de entendimentos díspares da legislação ou mudanças bruscas de entendimento. Pois assim haverá incerteza naquilo que toca à validade dos contratos e estabilidade dos negócios, tendo como consequência o cancelamento de investimentos; projetos “guardados” em gavetas; legislação “refém” de subjetividade interpretativa; riscos à estabilidade econômica e social pátria⁹⁹.

Por fim, a condição *sine qua non* para que haja confiança na economia de um país é a estabilidade institucional à ser garantido pelo Estado através do fomento da

⁹⁹ANDRADE, Robson Braga de. **Os danos da insegurança jurídica para o Brasil Falta de nitidez sobre direitos e deveres e alterações em leis atrapalham a competitividade. Apenas um ambiente de negócios estável pode atrair investimento. Disponível:**

<<https://veja.abril.com.br/economia/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/>>. Acesso em 14 de abril de 2021.

ordem pública e da segurança jurídica¹⁰⁰, principalmente em relação àquilo que é previamente pactuado nos contratos particulares. Para que haja um desenvolvimento da sociedade como um todo.

8. CONCLUSÃO

Objetivou-se no presente artigo, trazer ao leitor considerações acerca da importância da intervenção mínima do estado nos contratos, sobretudo naquilo que toca à importância do que fora pactuado e seu devido cumprimento.

É de extrema e iminente relevância ater-se à chamada importância da intervenção mínima do Estado nos contratos, pois em dadas situações apesar de haver necessidade de uma certa “judicialização” por estarem contidos abusos *a priori* insanáveis, o que é avençado deve ser cumprido, haja vista que se teve oportunidade para a observância daquilo que melhor aprovesse as partes contratantes.

Os contratantes não estão demasiadamente livres para pactuarem um dado contrato, muito pelo contrário, em nosso ordenamento pátrio possuímos importantes e incisivos diplomas que asseguram uma gama de recursos e proteções às partes, tanto no que diz respeito à garantia de seus respectivos direitos, bem como em eventuais abusos. Entretanto, o cerne desta discussão gira em torno de que o Estado deve agir quando extremamente necessário, não da forma que vem ocorrendo no cenário atual.

Por derradeiro, o contrato não é um meio de se fazer opressão ou enriquecimento ilícito de uma parte em relação à outra, nem tampouco em fomentador de desigualdades, o contrato é o principal condutor de riquezas, é através dele que foi possível todo o desenvolvimento da sociedade, e assim como está, ele também sofreu mudanças ao longo da história que está em constante construção. Logo, apesar de alguns retrocessos, seus princípios basilares devem ser respeitados e aprimorados naquilo que a sociedade e o direito vierem a demandar.

No que toca ao entendimento dos tribunais, foi possível se evidenciar a importância do pacto, em outras palavras, aquilo que fora pactuado, caso não fira a ordem jurídica, os princípios concernentes ao contrato e o estado de direito, não é

¹⁰⁰ ANDRADE, Robson Braga de. **Os danos da insegurança jurídica para o Brasil Falta de nitidez sobre direitos e deveres e alterações em leis atrapalham a competitividade. Apenas um ambiente de negócios estável pode atrair investimento.** Disponível:

<<https://veja.abril.com.br/economia/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/>>. Acesso em 14 de abril de 2021.

tarefa do judiciário intervir em algo que fora previamente pactuado, cabendo às partes cumprirem suas avenças.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Robson Braga de. **Os danos da insegurança jurídica para o Brasil Falta de nitidez sobre direitos e deveres e alterações em leis atrapalham a competitividade. Apenas um ambiente de negócios estável pode atrair investimento.** Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/>>. Acesso em 14 de abril de 2021.

GOMES, Orlando. BRITO, Evaldo de. PARANHOS, Reginalda. **Contratos.** - 27. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais.** – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REsp 1413818/SP. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153370337/recurso-especial-resp-1413818-df-2013-0357088-7/relatorio-e-voto-153370341>>. Acesso em 24 de novembro de 2020.

REsp 1656182/SP. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859831726/recurso-especial-resp-1656182-sp-2015-0239713-2/inteiro-teor-859831736?ref=serp>>. Acesso em 24 de novembro de 2020.

Rizzardo, Arnaldo, 1942- **Contratos.** – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** – v. 3 – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2020.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O velho e o novo princípio da intervenção mínima do Estado nos contratos empresariais. Novos parâmetros para a intervenção do juiz.** Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/302393/o-velho-e-o-novo-principio-da-intervencao-minima-do-estado-nos-contratos->

empresariais--novos-parametros-para-a-intervencao-do-juiz> Acesso em 13 de abril de 2021.

VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS COMETIDAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

MARCO ANTONIO DE CARVALHO REZENDE:
graduando em Direito pela Unirg -
Universidade de Gurupi;

WENAS SILVA SANTOS

(orientador)

RESUMO: Trata-se de uma pesquisa centrada na elucidação da violação ou não de direitos humanos por parte do Presidente da República do Brasil na condução da maior crise sanitária brasileira. Para o desenvolvimento do estudo fez-se uso de documentos oficiais fornecidos por instituições da sociedade civil, livros, artigos científicos, assim como, a legislação nacional e internacional que trata sobre o tema. Objetivou-se demonstrar se as ações e omissões de Jair Bolsonaro seriam contrárias aos princípios e regramentos humanitários a serem observados em todo mundo, para tal intento fez-se uso da análise de discurso, buscando sempre compreender e expor o intradiscurso, o contexto e o interdiscurso. Dividiu-se o trabalho em 4 tópicos, sendo que se concluiu dando um panorama geral da pesquisa e suscitando-se questões a serem abordadas em futuros trabalhos.

Palavras-chave: Violação de direitos humanos. Jair Bolsonaro. Novo Coronavírus (Sars-CoV-2). Administração Pública. Crimes contra a Humanidade.

ABSTRACT: This is a research centered on elucidating the violation or not of human rights by the President of the Republic of Brazil in conducting the biggest Brazilian health crisis. For the development of the study, official documents provided by civil society institutions, books, scientific articles, as well as national and international legislation dealing with the subject were used. The objective was to demonstrate whether the actions and omissions of Jair Bolsonaro would be contrary to the humanitarian principles and rules to be observed worldwide, for this purpose, discourse analysis was used, always seeking to understand and expose the intradiscourse, the context and the context. interdiscourse. The work was divided into 4 topics, and it was concluded by giving an overview of the research and raising questions to be addressed in future works.

Keywords: Violation of human rights. Jair Bolsonaro. New Coronavirus (Sars-CoV-2). Public administration. Crimes against humanity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os direitos humanos sob enfoque da pandemia do novo coronavírus (sars-cov-2). 3. Administração pública durante a crise. 3.1. Um breve histórico da Pandemia. 3.2. Atuação da administração pública brasileira ante Pandemia. 4. As quatro manifestações ao tribunal penal internacional contra o chefe do executivo brasileiro. 4.1. A primeira representação: genocídio das populações indígenas. 4.2. A segunda representação: a pandemia chega ao Brasil. 4.3. A terceira representação: a oposição. 4.4. A Quarta representação: a saúde na berlinda. 5. Réquiem da pandemia na gestão bolsonarista. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O cerne deste trabalho científico centrou-se na elucidação da violação ou não de direitos humanos por parte do Presidente da República do Brasil na condução da maior crise sanitária pela qual o Brasil já enfrentou.

Para a construção da pesquisa, utilizou-se de documentos oficiais fornecidos por instituições da sociedade civil, livros, artigos científicos, assim como, a legislação nacional e internacional que trata sobre o tema.

Objetivou-se demonstrar se as ações e omissões de Jair Bolsonaro seriam contrárias aos princípios e regramentos humanitários a serem observados em todo mundo, para tal intento fez-se uso da análise de discurso, buscando sempre compreender e expor o intradiscurso, o contexto e o interdiscurso.

No Tópico 1, será demonstrado os direitos humanos sob o enfoque da pandemia do novo coronavírus, especificamente, o direito à vida, direito a cuidados em saúde com segurança e com qualidade, direito a não ser submetido à tortura nem penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Em ato contínuo, no Tópico 2, contextualizou-se a pandemia no Brasil e no mundo, bem como, a atuação da administração pública nas diversas esferas e expõe-se as ações e omissões do Chefe do Executivo Federal.

Evidenciou-se, no próximo Tópico, as quatro manifestações propostas por entidades da sociedade civil contrárias a Jair Bolsonaro por conta de suas ações e omissões nas atribuições legais de seu cargo.

E, de modo final, no último tópico, pontuando-se as medidas das responsabilidades do Mandatário Maior da Nação brasileira, fazendo um estudo de subsunção das atitudes presidenciais com dispositivos legais encartados no Código Penal.

Conclui-se dando um panorama geral da pesquisa e suscitando-se questões a serem abordadas em futuros trabalhos.

2. OS DIREITOS HUMANOS SOB ENFOQUE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (SARS-COV-2)

Neste primeiro capítulo, será feita uma introdução dos principais direitos humanos a serem observados pelo Estado durante uma pandemia como a Covid-19, bem como, demonstrado as suas inobservâncias por parte do governo federal brasileiro, notadamente, o presidente em exercício.

Esse novo contágio viral representa talvez um dos maiores desafios do Século XXI, para o enfrentamento das consequências adversas da pandemia requer que o Estado na tomada de decisões e ações alicerce-se nos direitos humanos, tais como, o direito à vida, direito a cuidados em saúde com segurança e com qualidade, direito a não ser submetido à tortura nem penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e muitos outros, com fim último de resguardar o bem-estar de todos, em especial, os grupos mais vulneráveis. (ALBUQUERQUE, 2020, p. 5).

É de conhecimento geral que esse novo surto viral representa uma ameaça ao direito à vida. Segundo Alcântara (2020, p. 9), essa nova infecção coloca em risco, especialmente, o direito à vida de pacientes internados, e assim, passa a ser necessário a caracterização das obrigações estatais específicas para assegurar esse direito e obstaculizar eventuais violações.

No que tange o direito à vida, entende Alcântara (2020, p. 9), que o Estado deverá abster-se de suprimir a vida de alguém, bem como, proteger os indivíduos de ameaças, mesmo potenciais. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e recomendações do Comitê de Direitos Humanos da ONU (CDH) vão mais além, isto é, cabe ao Estado oferecer condições de vida digna (apud CIDH, 1999, p. 144), sendo que o Comitê destaca o dever de fazer todos os meios para eliminar as epidemias (apud CDH, 2018).

Essa nova pandemia propaga-se com muita velocidade, o que acaba acarretando uma enorme pressão sobre os serviços de saúde, públicos e privados, conseqüentemente, coloca em risco a vida dos pacientes ante o quadro de escassez de profissionais e de materiais.

Assim, em relação aos pacientes com COVID-19 ou com suspeita da doença, a obrigação positiva de proteger a vida requer diversos cuidados por parte do Estado,

tais como, o dever de realizar testes para que o paciente receba o diagnóstico correto e, logo, os cuidados adequados. (ALCÂNTARA, 2020, p. 10 apud CDH, 2018).

Além disso, requer-se, também, a aquisição de ventiladores e unidades de terapia intensiva em quantidade suficiente para os pacientes que necessitem deste tipo de tratamento. Outrossim, o poder governamental deverá adotar medidas específicas para impedir o colapso sistêmico dos serviços estruturais e a privação da assistência emergencial. (ALCÂNTARA, 2020, p. 10 apud CDH, 2018).

Outro importante direito a ser observado pelas autoridades no contexto da pandemia, trata-se do direito a cuidados em saúde com segurança e com qualidade, em síntese, o cuidado em saúde de qualidade alcançasse a partir da presença de profissionais qualificados, eficiência no emprego de recursos, risco mínimo para os pacientes e resultados positivos no estado de saúde dos pacientes. (TANURE, 2020, p. 21 apud ALBUQUERQUE, 2016).

Conforme Tanure (2020, p. 21), as ações que devem ser adotadas pelo Estado para que o direito supramencionado seja alcançado durante a pandemia são dispor de um estabelecimento de um fluxo efetivo de pacientes por meio da triagem e encaminhamento dos pacientes acometidos pelo Sars-CoV-2, afim que, se garanta a qualidade do cuidado recebido e a própria segurança do paciente, uma vez que esse fluxo minimiza o risco de infecção nas unidades de saúde e permite que os profissionais da saúde possam adotar o melhor comportamento clínico.

Inserir-se ainda nesse direito a necessidade da higienização e descontaminação do ambiente que recebe o paciente, do diagnóstico correto e do tratamento comprovadamente seguro e eficaz pela ciência. (TANURE, 2020, p. 22).

Destaca-se o Direito a não ser submetido à tortura nem penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes é necessário garantir o direito aos cuidados paliativos aos pacientes contaminados pelo novo coronavírus ou com suspeita, tais como cuidados adequados contra a dor, o que inclui medicação e aspectos psicológicos, culturais e espirituais aos cuidados em saúde. (ELER; BOEIRA, 2020, p. 26).

Neste sentido, cita-se, como exemplo, o direito a um contato humano todos os dias mesmo durante a quarentena, seja presencialmente a partir do uso dos equipamentos de proteção individual ou através de videoconferência e ferramentas tecnológicas de comunicação. Inserir-se também nesse direito que as pessoas tenham acesso a bens e produtos de higiene pessoal e ambiental. (ELER; BOEIRA, 2020, p. 26).

Conforme depreende-se do que foi apresentado, a pandemia da Covid-19 requer que os sistemas de saúde e o governo atuem sustentados nos direitos humanos assegurando-se desta forma um atendimento digno e humanitário para população. No próximo capítulo será apresentada a atuação das três esferas de poder brasileiro na gestão da crise sanitária, da mesma maneira que será apresentado um curto panorama histórico da evolução pandêmica.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DURANTE A CRISE

Essa nova crise sanitária pela qual todos os países tem passado requer uma atuação proeminente sob pena de gerar números catastróficos de óbitos e contaminados, e por conseguinte, ocasionando crise financeira e social.

Neste sentido, passa-se a relatar a evolução histórica desse surto viral, e suas consequências, em especial, a administração promovida pelo executivo federal.

3.1 Um breve histórico da Pandemia

O Sars-CoV-2 é o vírus causador da “coronavírus disease 2019” (covid-19). (NOHAMA, SILVA e SIMÃO-SILVA, 2020). Trata-se de um vírus de RNA com envelope causador de diversas enfermidades respiratórias, entéricas, hepáticas e neurológicas em humanos, outros mamíferos e aves. (ZHU, ZHANG, *et al.*, 2020)

De acordo com Abrantes (2020, p. 74), em dezembro de 2019, notificou-se uma nova doença de etiologia não identificada que ataca os pulmões. O epicentro da pandemia foi a cidade de Wuhan, na China, na qual os pesquisadores chineses conseguiram isolar o vírus e sequenciar o genoma no início de 2020.

As ações adotadas pelo Governo chinês não foram eficazes para conter a propagação dessa nova doença, o que fez com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) atuasse com maior veemência, e adotasse um posicionamento mais rigoroso, “as medidas sanitárias emitidas pela OMS possuem caráter emergencial que visam abranger um grau máximo de proteção a todas as pessoas”. (RIBEIRO; CABRAL, 2020, p. 11).

Conforme, Schaefer et. al (2020), em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) anunciou o Sars-CoV-2 como pandemia global. Até 25 de março de 2021, o mundo contabilizou mais de 123 milhões de casos confirmados e 2 milhões de óbitos, além disso, um total de 422 milhões de doses de vacinas administradas (Recuperado de <https://covid19.who.int>). No Brasil, a situação está crítica com 12

milhões de casos confirmados e 300 mil óbitos, com alta taxa de contágio, mesmo já tendo sido administrado 13 milhões de doses de vacinas.

Mesmo após a disponibilização de diversas vacinas contra COVID-19, ainda assim, incentivou-se a adoção de intervenções não farmacêuticas (non-pharmaceutical interventions, NPIs) – cujo o seu cerne encontra-se no controle de doenças, lesões e exposição – como: isolamento social, fechamento de serviços não essenciais, quarentena e lockdown. (JERNIGAN, 2020; QUALLS *et al.*, 2017).

Uma vez que conforme demonstrado em diversos trabalhos científicos (FERGURSON *et al.* 2005; ISHOLA, PHIN, 2011; MARKEL, LIPMAN, NAVARRO, 2007), tais medidas são eficazes na redução do número de contágio, preservação dos sistemas nacionais de saúde, diminuição na taxa de vidas perdidas, além disso auxiliam também para a recuperação econômica posterior ao controle da doença (BARRO, URSÚA, WENG, 2020; CORREIA, LUCK, VERNER, 2020).

3.2 Atuação da administração pública brasileira ante Pandemia

Diante desde cenário de pandemia, em 20 de março de 2020, através do Decreto Legislativo 6, motivado por solicitação do Chefe da União, o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública decorrente do isolamento social em virtude da pandemia provocada pelo Covid-19 autorizando o Executivo a dispensar o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho e prazos legais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. (BRASIL, 2020).

O cuidado com a saúde é competência comum da União, estados, Distrito Federal e municípios, isto é, tais entes federativos podem e devem agir sobre a matéria (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal), por exemplo, através da publicação de decretos que possam garantir proteção à saúde. (SCHAEFER *et al.*, 2020).

Todavia, a competência em relação a proteção da e a defesa da saúde trata-se também de uma competência concorrentes da União, estados e Distrito Federal (os municípios ficam de fora desse atribuição), o que permite que esses entes possam legislar sobre a proteção e a defesa da saúde, desde que respeitadas as hierarquias entre os entes, portanto, as leis deveram estar em harmonia com as federais (artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal). (SCHAEFER *et al.*, 2020).

Conforme Schaefer *et al.* (2020), no Brasil, os chefes do executivo estadual e municipal, que iniciaram o enfrentamento a pandemia por meio da edição de decretos e proposição de leis instaurando NPIs, isto aconteceu por conta de dois fatores: a reação do presidente da República minimizando ou negando a gravidade da pandemia

(Recuperado de <https://www.dw.com/pt-br/em-pronunciamento-bolsonaro-minimiza-novo-coronav%C3%ADrus/a-52906298>), e, por outro lado, o forte federalismo do país que possibilita que governadores controlem a agenda política.

4. AS QUATRO MANIFESTAÇÕES AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL CONTRA O CHEFE DO EXECUTIVO BRASILEIRO

Desde que assumiu a presidência, em 2019, Jair Bolsonaro tem promovido condutas que para muitas entidades representaram graves violações aos direitos humanos, seja a violações dos direitos das populações indígenas ou relativas à pandemia de Covid-19.

Diante disso, foram oferecidas pela primeira vez na história do Brasil, quatro representações ao Tribunal Penal Internacional (TPI) contra o mandatário maior da nação.

Essas comunicações têm por objetivo fornecer as primeiras informações para embasar futuramente a abertura de um inquérito para apuração da prática de crimes da competência do TPI. (SANTOS, MACHADO, 2020)

Dentro deste cenário, houve quatro comunicações ao escritório da Procuradora do TPI, a primeira, promovida pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos – CADHu e a Comissão Arns, relatando ataques sistemáticos e generalizados e incitação à genocídio contra os povos indígenas por Jair Bolsonaro no Brasil.

Não suficiente, com o agravamento da pandemia, no Brasil, pelo novo coronavírus, e diante da condução e comportamento do Mandatário na gestão da crise da Covid-19, houveram outras três manifestações, a primeira, encaminhada pela Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), em abril de 2020, a segunda, protocolada em junho de 2020, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), e a terceira, manifestada pela Rede Sindical Brasileira UNISAúde ao Tribunal Penal Internacional (TPI), todas contra Bolsonaro por sua, em tese, condução negligente da crise sanitária, o que para os autores das ações caracterizaria crime lesa-humanidade e genocídio. (ABJD, 2020; PDT, 2020, Rede Sindical Brasileira UNISAúde, 2020)

Nos próximos tópicos analisar-se-á essas quatro manifestações supramencionadas, especificamente, seus principais argumentos e contexto, explicitando-se o intradiscurso e interdiscurso:

4.1. A primeira representação: genocídio das populações indígenas

Em novembro de 2019, a Comissão ARNS e o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, duas entidades comprometidas com a defesa dos direitos humanos protocolaram uma representação junto a Procurado-Chefe do Tribunal Penal Internacional contra o sr. Jair Messias Bolsonaro no exercício de seu cargo por graves violações aos direitos humanos, em síntese, atribuíam-lhe a prática de incitação ao genocídio e ataques sistematizados generalizados contra os povos indígenas. (CADHu, ARNS, 2019)

As duas entidades afirmam que o discurso sistemático do governo de desautorização das leis que protegem o meio ambiente e de desprezo aos povos indígenas quanto à participação da sociedade civil configuraria em crime contra a humanidade, notadamente, quando o mandatário da nação sob o pretexto de desenvolver a região Amazônica, encoraja o ataque à população indígena e às terras por ela ocupadas. (CADHu e ARNS, 2019, SANTOS e MACHADO, 2020)

Esses atos por serem generalizados e sistemáticos no cerne de uma política estatal de incitação subsumi aos crimes contra a humanidade, uma vez que pode levar também, ao extermínio dessas populações tradicionais pela ação de garimpeiros, madeireiros e grileiros (art. 7.1.b do Estatuto de Roma), transferência forçada de pessoas (art. 7.1.d do Estatuto de Roma), perseguição (art. 7.1.h do Estatuto de Roma), assim como, “outros atos inumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental” (art. 7.1.k do Estatuto de Roma). (SANTOS e MACHADO, 2020)

4.2. A segunda representação: a pandemia chega ao Brasil

No contexto dessa atual pandemia e o seu agravamento no Brasil, Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD, uma associação civil que reúne todas as categorias de juristas para defesa da democracia, com aumento da curva de casos e óbitos, bem como, assim entende a entidade civil, as reiteradas ações e omissões perpetradas pelo Presidente do Brasil na condução da crise, tais quais, discursos de minimização da gravidade da situação e contrários ao isolamento social, portanto, de encontro as recomendações para o enfrentamento desse surto viral das organizações médicas e científicas nacionais e internacionais, entendeu por bem oferecer uma manifestação ao TPI contra Jair Bolsonaro. (ABJD, 2020)

Sabe-se que a competência do TPI ocorrerá de forma subsidiária e complementar, isto é, somente após esgotar-se a jurisdição interna do país, que deverá ser acionado a jurisdição internacional. (ABJD, 2020).

A ABJD salientou que no Brasil apenas cabe ao Procurador-Geral da República (PGR) a competência para apresentar denúncia contra o mandatário maior da nação, notadamente, no que tange aos processos que busquem sua incriminação pela prática de crime comum. (ABJD, 2020)

A associação civil defende que a competência do TPI se justifica, formalmente, diante da recusa do PGR em agir após a constatação evidente dos crimes perpetrados pelo chefe de Estado, e material, uma vez que tais crimes afetam a saúde física e mental da população brasileira, sendo certo que estes atos se subsumiriam a conduta típica de crime contra a humanidade. (ABJD, 2020)

4.3. A terceira representação: a oposição

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) sendo oposição ao governo Bolsonaro e observando a total desassistência a população brasileira ante a crise da pandemia apresentou uma manifestação no Tribunal Penal Internacional. (PDT, 2020)

Nesta manifestação, apontou-se, que a crise da pandemia estava em total descontrole no Brasil, pois o número de casos e óbitos aumentavam vertiginosamente, e o mandatário máximo da nação não colaborava para contenção da crise, muito pelo contrário, auxiliava para o seu agravamento. (PDT, 2020)

Neste cenário, conforme a manifestação do partido de oposição, as instituições brasileiras não conseguiram conter as ações e omissões de Jair Bolsonaro, porque na legislação constitucional brasileira, o Chefe do Executivo nacional só pode ser denunciado por crime comum pelo Procurador-Geral, Augusto Aras, o qual manifestou-se contrário a qualquer decisão nessa linha. (PDT, 2020)

Não encontrando resposta no Direito brasileiro, o PDT entendeu por bem acionar o TPI, uma vez que se esgotou as vias jurisdicionais nacionais e havia indícios de graves violações de direitos humanos. (PDT, 2020)

4.4. A Quarta representação: a saúde na berlinda

As entidades sindicais representantes de trabalhadores da saúde estando na linha de frente do combate à pandemia de Covid-19, e observando o agravamento do quadro, com aumento da curva epidemiológica e óbitos, assim como, as ações e omissões de Jair Bolsonaro investido nas atribuições típicas de seu cargo, resolveram apresentar uma representação à procuradora-chefe do Tribunal Penal Internacional, Fatou Bensouda, contra o mandatário maior do Brasil. (Rede Sindical Brasileira UNISaúde, 2020)

Inicialmente, as entidades de classe apresentaram o contexto histórico da pandemia internacional e nacional, apontando que o mandatário maior da nação, “menosprezou a gravidade da pandemia”, manifestou-se contrário ao isolamento social, insistiu para adoção de medicamentos sem eficácia científica comprovada, notadamente, “Cloroquina e hidroxocloroquina”, nos protocolos do Ministério da Saúde para o tratamento intitulado “precoce”. (Rede Sindical Brasileira UNISaúde, 2020)

Todavia, segundo as entidades, as ações e omissões do presidente não se esgotaram apenas nas supramencionadas, usando de suas atribuições legais vetou leis que tinham como objetivo impedir a disseminação do vírus, por meio do distanciamento social e apoio ao combate da pandemia nas populações indígenas e quilombolas, tais como, a lei n. 14.019/20, de 2 de julho de 2020 e lei n. 14.021/20, de 07 de julho de 2020. (Rede Sindical Brasileira UNISaúde, 2020)

As entidades classistas destacaram também as consequências óbvias pela inação do governo federal, como aumento de casos e óbitos, assim como, as consequências para os trabalhadores da saúde, como falta de testes, falta de funcionários, falta de estrutura hospitalar, adoecimento pela contaminação, falta de medicamentos e insumos, ou seja, total falência do sistema de saúde. (Rede Sindical Brasileira UNISaúde, 2020)

Então, a Rede Sindical Brasileira UNISaúde entendeu que as ações e omissões de Jair Bolsonaro já mencionadas no exercício de seu cargo configurariam crimes contra humanidade, certo de que seus atos afetam de forma grave, a saúde física e mental da população, expondo-a a situações de riscos à um vírus com alta letalidade e capacidade de disseminação com evidente risco de morte ou sequelas irreversíveis. (Rede Sindical Brasileira UNISaúde, 2020)

As entidades classistas optaram pela via jurisdicional internacional, ante a inércia das autoridades competentes locais e a urgência da situação, então na época, o Brasil tinha 2 (dois) milhões de contagiados e, aproximava-se de 100 (cem) mil mortos. Além disso, conforme já mencionado, na Constituição de 1988, o Estado brasileiro se submete a jurisdição do TPI. (Rede Sindical Brasileira UNISaúde, 2020)

5. RÉQUIEM DA PANDEMIA NA GESTÃO BOLSONARISTA

Desde de sua chegada ao poder, o governo de Jair Messias Bolsonaro tem sido conturbado, marcado por constantes crises, o que não deixou de ser corriqueiro durante a gestão da maior epidemia desse século.

Após a chegada do Sars-CoV-2 no Brasil, passou-se a ser feito um esforço nacional, reuniu-se Congresso Nacional, STF, prefeitos e governadores para sua contenção, mitigação dos óbitos e contaminados, redução do impacto na economia e no seio social.

Por outro lado, o Presidente da República deliberadamente começou a usar a máquina estatal de publicidade e o seu poder para minimizar a gravidade da situação, bem como, no uso de suas atribuições legais – em diversas ocasiões – boicotou e estimulou que a população não adotasse as recomendações medico-sanitárias, constata-se conforme Tabela 1 abaixo:

Tabela 1: Contextualização das ações do Presidente da República do Brasil durante a Pandemia, 2020

Data	Crescimento da doença no Brasil	Contexto
15/03	162 casos confirmados	presidente participa de vários movimentos golpistas, com aglomerações, cumprimentos, fotos e sem uso de máscara
17/03	1 morte	mesmo com a notícia da primeira vítima promete organizar uma festa de aniversário
20/03	11 mortes	argumenta: “depois da facada, não vai ser uma gripezinha que vai me derrubar”
24/03	46 mortes	alega possuir histórico de atleta e que estaria protegido contra a “gripezinha”
24/03	46 mortes	em rede nacional de afirmar que o país não pode parar, escolas não têm motivo para ficar fechadas e o comércio deve voltar

25/03	59 mortes	baixa o Decreto 10.292/20, que inclui entre os "serviços essenciais" o funcionamento das igrejas e das casas lotéricas.
25/03	<i>59 mortes</i>	A Secretaria de Comunicação Social do Palácio, lançou uma peça de propaganda e mobilização contra o isolamento social, estimulando que as pessoas saiam às ruas e voltem ao trabalho - "#oBrasilNãoPodeParar"
29/03	159 mortes	saiu às ruas da cidade de Brasília/DF, cumprimentando pessoas, entrando em hospitais e lanchonetes, provocando aglomerações, sem máscara e, à contrário do recomendado pelo próprio ministro da saúde
01/04	240 mortes	compartilha vídeo falso sobre desabastecimento
02/04	324 mortes	disse que os Governadores estavam com "medinho" e que só faltava o apoio popular para assinar decreto contra o isolamento social
13/04	1.924 mortes	veta uso de dados de celulares no mapeamento do isolamento social
17/04	2.141 mortes	volta a defender a abertura do comércio e, pede ao ministro da Justiça, para reabrir fronteiras
19/04	2.642 mortes	juntamente com o ministro da Educação, promete premiar universidades que sabotarem o isolamento social

20/04	2.906 mortes	perguntado sobre o número de mortos, disse "eu não sou coveiro, tá certo?"
28/04	5.083 mortes	ao ouvir de um reportes que o Brasil havia superado a China em número de mortes disse "E dai? Lamento. Quer que eu faça o que? Sou Messias, mas não faço milagre."
13/05	13.240 mortes	após acionado na Justiça, apresenta exame negativo de COVID-19, com nomes fictícios
14/05	13.999 mortes	edita Medida Provisória isentando de responsabilidade agentes públicos por ações ou omissões em atos relacionados à pandemia
16/05	15.662 mortes	tinha enviado aos Estados apenas 3% (três por cento) dos respiradores prometidos
25/05	25.598 mortes	Brasil foi o País, em todo o mundo, com maior número de mortes em 24 (vinte e quatro) horas
27/05	25.598 mortes	havia disponibilizado apenas 7% (sete por cento) de R\$ 11,74 bilhões disponibilizados para execução direta no combate à pandemia
03/06	32.548 mortes	vetou o uso de R\$ 8,6 bilhões – de um fundo que não mais existia – no combate à pandemia
05/06	35.026 mortes	O Ministério da Saúde passou a dificultar o acesso à imprensa e à população às estatísticas de avanço da pandemia

11/06	49.919 mortes	incentiva apoiadores a invadir hospitais de campanha em busca de provas de baixa ocupação
19/06	48.954 mortes	o País supera 1 milhão de casos e, o Presidente estava preocupado em abrir o comércio e com a tomada de três pinos
22/06	51.407 mortes	o Presidente assim se manifesta, defendendo a volta à abertura total das empresas: "porque as informações vindo do mundo todo, da OMS através de seus equívocos, que talvez tenha havido um pouco de exagero no trata dessa questão."
24/06	53.874 mortes	Bolsonaro é citado pela 9ª. Vara da Justiça Federal de Brasília/DF, sobre obrigatoriedade do uso de máscara e, a AGU, apresenta defesa, buscando a liberação do presidente do uso do protetor.
30/06	58.927 mortes	liminar obrigando Bolsonaro a usar máscara é derrubada pelo TRF 1, a pedido da AGU – Advocacia Geral da União
03/07	63.254 mortes	O Congresso Nacional havia aprovado a Lei nº 14.019/20, tornando obrigatório o uso de máscara em todo o território nacional. No entanto, em 03/07, o texto publicado no Diário Oficial da União (Lei 14.019/20) foi sancionado pelo presidente Jair Bolsonaro com 17 vetos. Entre os trechos vetados está o que obrigava a população a manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual em estabelecimentos comerciais, como shoppings e lojas, indústrias, templos religiosos,

estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas.

Fonte: Elaborada pelo autor com base em Rede Sindical Brasileira UNISAúde (2020).

Frisa-se que todos esses atos supramencionados perpetrados pelo Mandatário Maior da Nação se subsumiriam perfeitamente a diversos tipos penais do Código Penal, tais como, art. 131, art. 132, art. 267, §1º e §2º e art. 268, deve-se salientar ainda, que a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, por tratar exclusivamente da emergência do Sars-CoV-2, dá suporte aos artigos mencionados do CP.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrou-se, há direitos humanos que devem ser avaliados na condução de uma crise epidemiológica como o Brasil e o mundo tem passado sob pena de gerar graves violações de direitos humanos.

Por outro lado, evidenciou-se a forma que a crise sanitária tem sido enfrentada em todo país, notadamente, nas ações e omissões do Governo Federal na figura do presidente da República. Nesse sentido, com essa trajetória de violações de direitos humanos não poderia ser outra, isto é, 4 (quatro) manifestações no Tribunal Penal Internacional.

A partir deste estudo, mesmo não havendo uma formalização de uma denúncia no TPI, não há como negar que houve inegavelmente violações de direitos humanos por parte do Mandatário Maior do Brasil, bem como, a subsunção de suas ações e omissões em diversos tipos penais.

Todavia, há ainda diversas questões carecendo de respostas, que por hora não há e que merecem uma resposta, e que talvez apenas a História poderá responder, tais como: O Presidente da República agiu deliberadamente ou acidental? Os agentes de Estado que colaboraram diretamente ou indiretamente para esse morticínio devem ou podem ser responsabilizados?

7. REFERÊNCIAS

ABJD. Complaint: Before the international criminal court (Rome Statute, art. 15.1 and 53). Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/04/TPI_ABJD_020420.pdf>. Acesso em: 10 de dez. 2020.

ABRANTES, V. V. "Brasil e Costa Rica no combate a pandemia de covid-19". Boletim De Conjuntura (BOCA), vol. 3, nº 8, agosto de 2020, p. 74-85.

ALBUQUERQUE, Aline. "A pandemia da Covid-19 sob o enfoque de direitos humanos." In Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19, org. Aline Albuquerque, & Kalline Eler, p. 7-8. Brasília: Observatório Direitos dos Pacientes; Cátedra Unesco de Bioética Universidade de Brasília; UFJF, 2020.

ALBUQUERQUE, Aline. Direitos Humanos dos Pacientes. Curitiba: Juruá, 2016. Citado em TANURE, Cintia. "Direito a cuidados em saúde com segurança e com qualidade" In Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19, org. Aline Albuquerque, & Kalline Eler, 21-23. Brasília: Observatório Direitos dos Pacientes; Cátedra Unesco de Bioética Universidade de Brasília; UFJF, 2020.

ALCÂNTARA, Ricardo. "Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19" In Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19, org. Aline Albuquerque, & Kalline Eler, 9-11. Brasília: Observatório Direitos dos Pacientes; Cátedra Unesco de Bioética Universidade de Brasília; UFJF, 2020.

BARRO, R. J., URSÚA, J. F., & WENG, J. The coronavirus and the great influenza pandemic: lessons from the "spanish flu" for the coronavirus's potential effects on mortality and economic activity (NBER Working Paper, n. 26866). Massachusetts, MA: National Bureau of Economic Research. 2020. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w26866.pdf>>. Acessado em: 11 de março de 2021.

CADHu, ARNS. Incitement to Genocide and Widespread Systematic Attacks Against Indigenous Peoples by President Jair Messias Bolsonaro in Brazil [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <marcoantcar@gmail.com> em 10 de dez. 2020.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso González et al. "Campo Algodonero" v. México, 2009. Citado em ALCÂNTARA, Ricardo. "Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19" In Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19, org. Aline Albuquerque, & Kalline Eler, 9-11. Brasília: Observatório Direitos dos Pacientes; Cátedra Unesco de Bioética Universidade de Brasília; UFJF, 2020.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. General Comment No. 36 on Article 6 of the Inter-national Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life. 2018. Citado em ALCÂNTARA, Ricardo. "Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19" In Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19, org. Aline Albuquerque, & Kalline Eler, 9-11. Brasília: Observatório Direitos dos Pacientes; Cátedra Unesco de Bioética Universidade de Brasília; UFJF, 2020.

CORREIA, S., LUCK, S., & VERNER, E. Pandemics depress the economy, public health interventions do not: evidence from the 1918 Flu. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561560>>. Acessado em: 11 de março de 2021

ELER, Kalline & BOEIRA, Laura. "Direito a não ser submetido à tortura nem penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes" In Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19, org. Aline Albuquerque, & Kalline Eler, 26-28. Brasília: Observatório Direitos dos Pacientes; Cátedra Unesco de Bioética Universidade de Brasília; UFJF, 2020.

FERGUSON, N. M. *et al.* Strategies for containing an emerging influenza pandemic in Southeast Asia. *Nature*, 437(7056), 2005, p. 209-214.

ISHOLA, D. A., & PHIN, N. Could influenza transmission be reduced by restricting mass gatherings? Towards an evidence-based policy framework. *Journal of epidemiology and global health*, 1(1), 2011, p. 33-60.

JERNIGAN, D. B. Update: public health response to the coronavirus disease 2019 outbreak - United States. *MMWR. Morbidity and mortality weekly report*, 69, 28 fev. 2020, p. 216-219.

MACHADO, E; SANTOS, J. V. "Incitação ao genocídio dos povos indígenas e ataques sistemáticos aos direitos socioambientais". In Boletim n. 4: Direitos na Pandemia: Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à covid-19 no Brasil, org. Asano *et al.* p. 7-9. São Paulo: Cepedisa; Conectas, 2020.

MARKEL, H., LIPMAN, H., & NAVARRO, A. Nonpharmaceutical interventions implemented by US cities during the 1918-1919 influenza pandemic. *Jama*, 298(6), 2007, p. 644-654.

NOHAMA, Norton; SILVA, Jefferson Soares da & SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Desafios e conflitos bioéticos da covid-19: contexto da saúde global. *Rev. Bioét.* [online]. 2020, vol.28, n.4, pp.585-594. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/bioet/v28n4/1983-8042-bioet-28-04-0585.pdf>>. Acessado em 18 de março de 2021.

PDT. Complaint. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/pdt-denuncia-bolsonaro.pdf> >. Acesso em: 10 de dez. 2020.

QUALLS, N., Levitt, *et al.* Community Mitigation Guidelines to Prevent Pandemic Influenza - United States, 2017. *MMWR Recommendations and Reports*, 66(RR-1), 1-34.

Rede Sindical Brasileira UNISAÚDE. Representação Criminal. Disponível em: <<https://cnts.org.br/wp-content/uploads/2020/07/DENUNCIA-PRESIDENTE-TPI-final.pdf>>. Acesso em: 10 de dez. 2020.

RIBEIRO, M. T. A.; CABRAL, C. H. P. L. "A dignidade humana frente às medidas sanitárias restritivas da OMS e dos estados em tempos de pandemia". Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras, vol. 2, n. 1, junho, 2020.

SCHAEFER, B. M. *et al.* "Ações governamentais contra o novo coronavírus: evidências dos estados brasileiros". Rev. Adm. Pública, vol. 54, n. 5, Set./Out., 2020.

TANURE, Cintia. "Direito a cuidados em saúde com segurança e com qualidade" In Direitos Humanos dos Pacientes e Covid-19, org. Aline Albuquerque, & Kalline Eler, 21-23. Brasília: Observatório Direitos dos Pacientes; Cátedra Unesco de Bioética Universidade de Brasília; UFJF, 2020.

Zhu N, Zhang D, Wang W, Li X, Yang B, Song J et al. A novel coronavirus from patients with pneumonia in China, 2019. N Engl J Med [Internet]. [s.l], [s.n], 20 fev 2020, p. 727-733.

ALIENAÇÃO PARENTAL DO IDOSO: COMO COMBATE-LA?

GUSTAVO FERNANDES DE ALBUQUERQUE:

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

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a possibilidade de combater a alienação parental inversa, sob o prisma de lacuna legislativa, haja vista a ausência de lei específica sobre a temática. Nessa perspectiva, questiona-se, por meio de técnica bibliográfica, dedutiva, a possibilidade de aplicação analógica da Lei que rege a Alienação Parental, Lei n.º 12.318\2010, a qual disciplina e aplica sanções à abomináveis atos praticados pelos genitores ou parentes em relação aos filhos comuns, materializados na implantação de falsas memórias, fazendo uma verdadeira lavagem cerebral na prole, a fim de afastá-la do outro genitor e de seus parentes. Seria, então, possível aplicar o instituto na alienação parental contra atos praticados por familiares contra idosos? Não é rara a situação em que parentes afastam outros em busca de benefícios financeiros em vida, doações e benesses, bem como na partilha da futura herança. Defende-se, portanto, como necessária a aplicação da alienação parental contra idosos, de modo a proteger a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: Alienação Parental. Idoso. Síndrome da Alienação Parental. Lei 12.138/10. Integridade Psicológica.

ABSTRACT: Analyzing the possibility of combating Inverse Parental Alienation, relating to the lack of a discussion and specific legislation is the theme of this article. In this sense, the real need for the application by the judges of the common Parental Alienation analogy is questioned, according to Law No. 12,318 \ 2010, sanctioned by then President Luiz Inácio Lula da Silva, which consists of the action practiced between parents with their children and the lack of a more detailed application at the institute on screen, which although practiced by family members with the elderly. In addition, the impact that this aforementioned practice can generate on the psychological of the elderly and on the inventory is narrated, causing damage and shock. Finally, the evolution of Brazilian family law, the constant application of the principle of affectivity by legislators to update the code and the state of vulnerability of the elderly towards society, both corroborate the statement of combating the subject matter of this article.

Keywords: Parental Alienation. Elderly.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A evolução do direito de família brasileiro; 2.1 A afetividade como um elemento fundamental das famílias; 3. A alienação parental e seus feitos jurídicos; 3.1 Conceito de alienação parental e síndrome da alienação parental; 4. A

alienação parental do idoso: ações de prevenção e reparação; 4.1 A vulnerabilidade do idoso e a alienação com o objetivo de vantagens na herança; 4.2 Ações de combate e reparação para os atos de alienação do idoso; 5 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Alienação Parental, mormente comentada no presente artigo, vem sofrendo transformações em conjunto com a evolução da família brasileira, que trouxe uma necessidade de normatizar e melhorar um diploma civilista que, embora tenha sido criado no ano de 2002 tendo como base a constituição federal de 1988, já vem apresentando falhas e algumas matérias que não foram tratadas como a Alienação Parental Inversa, assunto de extrema importância no direito das sucessões e no direito de família e que será abordado no presente artigo, destacando a importância e a consequência psicológica com a falta de uma lei específica para tratar das consequências, coerções e mais especificadamente sobre o tema.

Para corroborar com as afirmações expostas, serão utilizadas pesquisas realizadas com inúmeras doutrinas dos mais variados especialistas em direito civilista brasileiro, legislações federais, diplomas civilistas, decisões de tribunais pátrios superiores, jurisprudência, dentre outros.

A necessidade de combater a alienação parental inversa é um assunto que precisa ser mais tratado, seja em artigos, jurisprudência, criação de uma legislação especial para tratar especificadamente sobre o assunto e, para combatê-la, conforme será exposto no presente artigo, há a necessidade atualmente de o jurisdicionado aplicar a analogia com a Alienação Parental, conforme a lei n.º 12.318/2010, sancionada pelo então presidente da Época: Luiz Inácio Lula da Silva.

Por fim, a Alienação Parental inversa ocorre em diversos lares e está presente no convívio da família brasileira. Ela ocorre porque as pessoas muita das vezes desconhecem o instituto e ignoram as consequências que podem sofrer seja através de aplicações de multas, sanções penais e exclusão do herdeiro por indignidade.

O presente artigo visa realizar uma comparação entre a Alienação praticada entre pais com os filhos e demonstrar através de leis, doutrinas e jurisprudência que ocorre uma falha no ordenamento jurídico para tal questão e necessita ser mais discutido para erradicar a prática e punir o agente causador com sanções financeiras e administrativas razoáveis para finalizar de vez com a prática que afeta a maioria das famílias brasileiras.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

O direito de família brasileiro começou a surgir há vários anos, sendo amparado pelo Código Civil 1916, que vigorou até o ano de 2002. Estatuía um modelo patriarcal, no qual o homem era o centro da família e a família era constituída pelo modelo tradicional, homens casados com mulheres e seus filhos.

Neste sentido, as famílias constituídas fora do casamento ou do mesmo sexo eram consideradas ilegítimas e não possuíam todos os direitos em que a denominada família tradicional possuía. Não eram observados os princípios basilares da constituição, seja ele o princípio da dignidade da pessoa humana; igualdade entre os filhos (filhos havidos fora do casamento eram considerados bastardos e muitas vezes não possuíam o direito sobre a herança) entre outros princípios que serão abordados oportunamente.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um capítulo inteiro especialmente para proteger a família, que antes era fragilizado por não haver uma lei que amparasse. Nesta perspectiva, o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 estatuiu que: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." Além disso, o artigo 227, inciso I, dispõe sobre os deveres da família:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Ou seja, a constituição da república veio para normatizar e amparar todos os direitos que antes eram fragilizados no Código Civil.

101 BRASIL, 1988, Constituição Federal, artigo 227.

101 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

Neste diapasão, O novo direito civil, diploma que dispõe sobre o direito de família teve como origem a Constituição Federal de 1988, conforme diz Maria Berenice Dias¹⁰²:

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes a efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil a luz da nova constituição.

Destarte, foram criados vários princípios para proteger à família, casamento, a criança e a pessoa humana. São eles: Princípio de Proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1^a, III, da CF/88); Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3^o, I, da CF/88); Princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, §6^a da CF/88 e art. 1596 do Código Civil); Princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros (art.226, § 5^a da CF/88 e art. 1511 do Código Civil); Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 1566, Inciso III IV, 1634 do Código Civil e artigo 226 § 5^a e 7^a da CF/88); Princípio da não intervenção ou liberdade (artigo 1513 do Código Civil); Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art.227, *caput*, da CF/88 e arts. 1583 e 1584 do Código Civil); Princípio da Afetividade; Princípio da Função Social da Família; Princípio da boa-fé objetiva.

Esses princípios mencionados visam, em síntese, proteger à família e amparar juridicamente todos os seus direitos para que eles não sejam infringidos e caso aconteça, existem os princípios com os seus respectivos dispositivos para induzir ao magistrado a julgar e determinar o que for de melhor para a família e para a criança.

Por fim, conclui que desde 1916, ano em que o primeiro código foi criado e os dias atuais, o Código Civil e o Direito de Família vêm sofrendo constantes alterações e modificações junto com a modernização da família, criando institutos para amparar o casamento homoafetivo, a união estável, a família monoparental, dentre outras evoluções que a sociedade sofreu e o Código Civil bem como o Direito de família estão para contribuir e andar lado a lado com a população.

2.1 A AFETIVIDADE COMO UM ELEMENTO FUNDAMENTAL DAS FAMÍLIAS

A priori, o princípio da afetividade, embora não esteja explícito no ordenamento jurídico brasileiro, é um elemento basilar para a formação e construção da família.

No antigo código civil de 1916, o afeto não era considerado um elemento para a construção da família. No entanto, o código civil de 2002 veio para mudar a concepção de família patriarcal, onde o homem seria o centro e eram formados pela família tradicional em que era constituída através de matrimônio ou da união de fato de um casal, no qual ambos possuíam filhos.

Lado outro, após a constituição de 1988 e a publicação do Código Civil de 2002, foi destacado os vínculos afetivos, que conduzem a formação da família. Nessa toada, a família socioafetiva vem tomando prioridades tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Em verdade, a família pode ser constituída apenas com a demonstração de afeto, necessário se faz lembrar a família monoparental, que é ligada por apenas um dos pais da criança e já está amparada na constituição federal, no artigo 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

Conseqüentemente, os filhos adotivos são incluídos, e protegidos pelo artigo 1.596 do Código Civil, pois mesmo que não ocorra o parentesco consanguíneo, há o princípio do afeto que vem sendo abordado neste artigo "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

Tanto mais que, Maria Berenice Dias ensina:¹⁰³

o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira de evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo o valor jurídico ao afeto. Como diz João Batista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e disponíveis a quem elas queiram tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria prática das

103 BERENICE, Maria Dias - Manual de Direito das Famílias, 2010, p. 68-69

instituições de família depende, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. Assim, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inevitavelmente, rege todas as relações jurídicas reguladas pela legislação infraconstitucional, de qualquer ramo do direito, e principalmente, do direito de família, já que “é um ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”

Neste sentido, afirma Flávio Taturce¹⁰⁴,

afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

Incontestavelmente, a Constituição e o Código Civil estão presentes para amparar todos os tipos de família e demonstrar que o princípio mais importante para a constituição delas é o afeto, sem ele não há possibilidade alguma de constituir a família.

Portanto, o afeto é inerente ao ser humano e bastante relevante como o princípio tácito da constituição: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e já resta comprovado que o afeto vai além do vínculo consanguíneo, pode-se ter com qual ente com personalidade e é importantíssimo que tanto a constituição quanto os diplomas civilistas, direitos humanos, dentre outros, normatizem e amparem a formação da família de acordo com a transformação e atualização do princípio da afetividade.

3. A ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

A Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que foi promulgada pelo então presidente da época Luiz Inácio Lula da Silva, veio para normatizar algo que já era recorrente no Brasil. A denominada Alienação Parental.

104 FLÁVIO TATURCE. O Princípio da afetividade no direito de família. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 17/11/2020.

Esta Lei tem o objetivo de tentar de alguma forma coibir a Alienação Parental praticada por um dos genitores, pelos avós ou pelos responsáveis que tenham sob a criança o dever de guarda e vigilância.

A primeira observação recai quando houver quais indícios de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, além de assegurar a sua convivência com o genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso, conforme está disposto no artigo 4^a da referida lei.

Esta ação é bastante recorrente em famílias espalhadas por todos os cantos do Brasil e desconhecida. É muito comum se deparar com casais que brigam pela guarda do filho e acabam difamando, denegrindo e manchando a reputação do ex-cônjuge, com o intuito de afastá-lo da convivência para romper os laços afetivos.

Dispõe o artigo 2^a da referida Lei:105

Art. 2^a: Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII -

105 BRASIL,2010 Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010

mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Este artigo supracitado deixou bem claro o que pode caracterizar a Alienação parental, foi taxativamente transcrito uma série de condutas que podem ensejar a alienação parental para levar tanto o julgador quanto o cônjuge que possa estar sofrendo esta difamação buscar a reparação e requerer que o judiciário tome a medida necessária para coibir tal prática.

Após a apuração pelo judiciário de todas as condutas típicas da alienação parental e praticadas pelo agente coator, caberá ao magistrado aplicar as seguintes sanções:106

Art. 6ª: Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL,2010)

Conforme ensina o importante jurista civilista Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁷: “A lei de Alienação Parental tem mais um caráter educativo, no sentido de conscientizar

106 BRASIL,2010 Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010

107 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Direito de Família vol. 6, 9ª edição, 2012, pag. 307.

os pais, uma vez que o judiciário já vinha tomando providencias para proteger o menor, quando detectado um caso da aludida síndrome”.

Neste sentido, menciona o mesmo autor, Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁸ que há uma jurisprudência proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e que ficou famosa por:

Decidir pela suspensão de visitas ao pai do menor que estava praticando a Alienação Parental e aduziu que o pai da criança precisava de tratamento psicológico. Consta no processo que a mãe, ao buscar o filho na creche, teve a criança retirada de seus braços pelo pai, de forma violenta, e, depois disso, ficou durante cinco anos sem ter informações sobre o paradeiro do menor. Durante este período, o pai passou à criança conceitos distorcidos sobre a figura materna, para obter a exclusividade de seu afeto. Com a rejeição da mãe e a manutenção do seu paradeiro em segredo. Após localizar a criança com o auxílio de programas de TV, a mãe obteve a sua guarda provisória e teve conhecimento de que, para não ser encontrado, o pai mudava-se constantemente, tendo passado pela Argentina, Paraguai e Chile, além das cidades de São Paulo e Barra Velha, em Santa Catarina.

Segue abaixo a ementa da decisão proferida pelo Relator da segunda Câmara de Direito Civil, Nelson Schaefer Martins, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:¹⁰⁹

AÇÃO DE REVISÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE INVERTEU A GUARDA DA MENINA EM FAVOR DO PAI SOB FUNDAMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA GENITORA. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE PROVA DIANTE DA NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS PARTES QUANTO AO ESTUDO SOCIAL E AO LAUDO PSICOLÓGICO PRODUZIDOS AFASTADA. JUIZ DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 130. ACERVO PROBATÓRIO QUE INDICA

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Direito de Família vol. 6, 9ª edição, 2012, pag. 308.

¹⁰⁹ TJ-SC - AC: 534117 SC 2010.053411-7, Relator: Nelson Schaefer Martins Data de Julgamento: 22/08/2011, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Lages

A PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA MÃE. ESTUDOS SOCIAIS E LAUDOS PSICOLÓGICOS QUE DEMONSTRAM A POSSIBILIDADE DO GENITOR DE EXERCER A GUARDA DA FILHA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 227. MANUTENÇÃO DA GUARDA DEFERIDA EM FAVOR DO PAI. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA QUE OS GENITORES SEJAM SUBMETIDOS A ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ART. 129, III. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC - AC: 534117 SC 2010.053411-7, Relator: Nelson Schaefer Martins Data de Julgamento: 22/08/2011, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Lages).

Portanto, conclui-se que a Alienação Parental não está totalmente deseparada e há uma Lei, n.º 12.318, mesmo que seja apenas de caráter educativo para normatizar e conscientizar o agente coator e tentar coibir a prática. Jurisprudências de diversos tribunais superiores vêm decidindo pelo melhor interesse da criança e de quem está passando pela dificuldade de ser denegrida e difamada para garantir a exclusividade do afeto da criança.

3.1 Conceito de alienação parental e síndrome da alienação parental

Segundo o jurista Carlos Roberto Gonçalves 110"[...] A expressão Alienação Parental foi utilizada por um psiquiatra americano chamado Dr. Richard Alan Gardner, e ocorreu no ano de 1985 ao se referir às ações de guarda de filhos nos tribunais norte-americanos em que ou a mãe ou o pai do menor o induzia a romper os laços afetivos com o outro cônjuge ("*Parental Alientation Syndrome*"). O vocábulo inglês significa criar antipatia paterna".

Neste mesmo sentido, o artigo 2^a da Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010¹¹¹ conceitua a alienação parental:

Art. 2 Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao

110 GONÇALVES, Carlos Roberto Direito Civil Brasileiro, Direito de Família vol. 6, 9ª edição, 2012, pag. 305.

111 BRASIL, 2010 Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010

estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.
(BRASIL,2010)

A criança, idoso ou quem quer que seja a parte frágil da relação, quando sofre este abuso pode sofrer danos psicológicos graves, podendo até viver com isso a vida inteira. As pessoas que sofrem de alienação parental podem apresentar tristeza, ódio do pai/mãe ou quem quer que seja que foi difamado pelo terceiro, angústia, sentimento de insegurança, depressão e até mesmo suicídio.

Havendo quaisquer indícios de ocorrência da Alienação Parental, o juiz deverá agir de ofício, em qualquer momento processual, nomeando uma perícia psicologia ou biopsicossocial para determinar o que for melhor para o convívio da criança que sofreu com este trauma, conforme preceitua o artigo 5ª da Lei 12.318: “Art.5ª: Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”.

A Alienação Parental é comumente ocorrida e possui certo interesse por de trás de tal ação. A separação ou o divórcio de um casal gera um sentimento de ódio e desprezo entre ambos os cônjuges e, quando os casais possuem filhos, eles são o que mais sofrem com este acontecimento.

O sentimento de vingança faz com que um dos pais, avós ou quem quer que seja comece a ter condutas e diálogos com a criança que fazem com que ela tenha um sentimento de ódio e rancor e não queira nem mesmo visitar ou ver o seu próprio pai.

Esta conduta é também aplicada inversamente, onde filhos que possuem certo interesse na herança dos pais começam a fazer difamações contra seus irmãos para criar um sentimento de ódio e raiva em seus pais e fazem com que eles até excluam seus próprios filhos do testamento e não deixem nenhuma herança.

O advogado Rolf Madaleno, especialista em Direito de Família e Sucessões e professor nas principais instituições de ensino do país, membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito conceitua a Síndrome de Alienação Parental da seguinte maneira¹¹²:

A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio da infância caracterizado pela doutrinação do menor, usualmente por parte do genitor guardião, a fim de alienar o outro progenitor da vida

112 MADALENO, Rolf e MADALENO, Ana Carolina Carpes, Síndrome da Alienação Parental Importância da detecção, Aspectos Legais e Processuais, 2018, 5ª edição, p. 9.

da criança. Essa síndrome se inicia com uma campanha que visa denegrir a imagem do pai ou da mãe, geralmente aquele que não possui a guarda, até que o infante possa contribuir espontaneamente com os insultos, que, por sua vez, são injustificados ou exacerbados. O genitor que sofre a alienação passa a ser visto como um estranho, que fará mal a seu filho. Nessa campanha, o genitor alienante utiliza-se de todos os meios para obstaculizar as visitas e programar o ódio na criança, inclusive com ameaças de abandono ou falsas denúncias de abuso sexual – que são repetidas para o menor até que ele acredite ter realmente vivenciado o fato, as chamadas falsas memórias. É, portanto, uma forma de abuso emocional que visa à extinção dos vínculos afetivos entre o genitor alienado e sua prole, acarretando consequências nefastas para a vida futura de um ser em pleno desenvolvimento.

Consequentemente, ao analisar todos os conceitos tacitamente expressos na Lei brasileira e também conceitos elaborados por importantes doutrinadores brasileiros, pode-se concluir que a Síndrome da Alienação Parental é comum no ambiente familiar brasileiro e é importante transcender este conhecimento para o maior número de pessoas possíveis, pois 90% das pessoas que não são leigas no direito e não possuem conhecimento nas leis e jurisprudências podem sofrer com este gravíssimo abuso e não saber como e nem onde recorrer.

4. A ALIENAÇÃO PARENTAL DO IDOSO: AÇÕES DE PREVENÇÃO E REPARAÇÃO

A alienação parental, conforme já conceituado e explicado no início do artigo, pode ocorrer tanto com genitores, avós ou algum responsável pela criança.

Contudo, com o avanço do mundo e com o avanço da doutrina e jurisprudência, a Alienação Parental Inversa, ocorrida com idosos é um fato bastante comum em todos os tribunais do Brasil.

O idoso, assim como a criança, é uma parte mais frágil da relação, ente de fácil manipulação onde a família manipula, para conseguir algo que deseja, seja herança, bens ou pecúnia.

É possível se deparar com idosos que sequer sabem ler ou escrever, dado a escassez na educação antigamente. Por essa maneira, e pela idade avançada que faz com que a pessoa não tenha uma capacidade de discernimento, algumas pessoas

agem de má-fé e tentam difamar um filho ou um possível herdeiro, apenas com o intuito de lucrar em cima disso.

É importante lembrar que a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010 veio apenas para coibir a alienação parental ocorrida entre pais e filhos e não dispõe em nada da alienação parental inversa.

O Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.741, de 1ª de outubro de 2003¹¹³ estatui sobre a vulnerabilidade e traz vários direitos. O rol taxativo do artigo 3ª da referida lei, dispõe sobre a obrigação da família de dar o máximo de proteção entre outros direitos:

Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Contudo, esta lei também não dispõe em nada sobre a Alienação Parental, os Tribunais superiores vêm julgando por analogia à lei 12.318, mas há uma necessidade enorme dos legisladores em elaborar uma Lei especificamente para este caso, há a necessidade também do Estado em criar publicidades e distribuir entre a população que é leiga no assunto de que este é um caso recorrente e que pode afetar e gerar graves danos para a família, danos financeiros, psicológicos pelo sentimento de que a própria mãe, que está sendo vítima de uma alienação não possui mais o afeto com o filho.

4.1 A vulnerabilidade do idoso e a alienação com o objetivo de vantagens

O idoso é um ente totalmente vulnerável perante a sociedade, esta vulnerabilidade ocorre tanto física ou psicologicamente.

Considerando as limitações físicas e a necessidade de um apoio e cuidado maior psicológico da família, o idoso está totalmente na linha de vulnerabilidade para sofrer agressões físicas e psicológicas perante a família.

Em verdade, bastante se sabe que com o envelhecimento do ser humano, a capacidade cognitiva tende a diminuir com o passar dos anos. Isto é, a capacidade do ser humano de solucionar problemas novos, reconhecer atitudes de certas pessoas,

¹¹³ BRASIL, 2010 Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010.

bem como não menos importante, a inteligência emocional para aguentar e discernir certas críticas e/ou difamações praticadas por certos familiares para afetar a honra objetiva e a reputação com o intuito de auferir ganho em algum propósito.

Ademais, o indivíduo, que antes detinha o poder patriarcal, de chefe de família, com o passar dos anos e com o crescimento de seus filhos perde, perante a eles a posição de comando e de toda e quaisquer decisões que poderiam ser decididas por ele, passam a ser solucionadas pelos seus filhos e a relação que antes era de subordinação modificará, passando então o poder de comando para os filhos. Neste sentido, conseqüentemente o idoso tornará cada vez mais dependente e os filhos passarão a ter a total responsabilidade física e afetiva pelos pais.

Um estudo realizado concluiu que nas famílias onde existe excesso de zelo, o idoso torna-se progressivamente dependente, sobrecarregando a própria família, com tarefas executadas para o idoso, ao qual, na maioria das vezes, ele mesmo poderia estar realizando. Este processo torna-se um ciclo vicioso e o idoso torna-se mais dependente.¹¹⁴

Aproveitando deste ciclo vicioso e desta dependência, somando com as possíveis doenças específicas do idoso como: Alzheimer, Parkinson, Esclerose Múltipla, Acidente Vascular Cerebral, que o fazem se tornar quase que 90% dependentes de seus parentes, a família, utilizando de má-fé, aproveita da situação narrada para auferir ganhos financeiros, seja em vida tentando pedir valores pecuniários fingindo estar passando por uma crise financeira, mentindo e enganando o idoso para auferir um ganho maior em cima de um ente que já está em situação de vulnerabilidade supra exposta.

Outrossim, vale a pena rememorar também que há uma hipnose por parte de algum herdeiro, utilizando-se de bastante má-fé e de meios ardilosos como injúrias e difamações para com outros herdeiros para fazer com que o de cujus, elabore um testamento particular, em vida, indicando expressamente que o idoso sofreu ofensa física ou injúria grave e que ficou desamparado pelo descendente quando ele passava por problemas graves de saúde.

Destarte, pode-se concluir que o herdeiro alienador se utiliza de mentiras, injúrias, difamações para herdar toda ou a maior parte da herança, forjando diariamente várias situações na cabeça do idoso, afirmando que supostamente o seu

¹¹⁴ Mendes MRSSB, Gusmão JL, Faro ACM, Leite RCBO. A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração. Acta paul. enferm. [Internet] 2005 [cited 2012 jun 30];18(4):422-6. Available from: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-21002005000400011>.

irmão está o desamparando ou criando situações de injúria para com outras pessoas, que fazem com que o idoso, que já se encontra em situação de vulnerabilidade psicológica elabore um testamento, excluindo definitivamente um herdeiro que tinha por direito esta herança injustamente.

4.2 Ações de combate e reparação para os atos de alienação do idoso.

Ab initio, importante destacar que nem a lei de alienação parental e nem mesmo o estatuto do idoso já abordado no presente artigo elenca hipóteses de coerções contra atos praticados visando a Alienação Parental Inversa, ou mesmo a Alienação Parental contra o idoso, ou ente de comorbidade física ou psicológica que está em estado de vulnerabilidade perante a sociedade.

Contudo, há doutrinas importantes do ordenamento jurídico brasileiro que entendem pela equiparação ou analogia, dando uma amplitude maior na Lei de Alienação parental, conforme explique o jurista Fábio Vieira Figueiredo¹¹⁵:

Importa destacar que não é apenas na relação entre pais e filhos que tal inadequada campanha pode ocorrer. (...) O que se nota é que o universo de possibilidades em que se insere o fenômeno da alienação parental é tão amplo quanto a multiplicidade de relações familiares, de parentesco e por laços de afinidade que possam existir, buscando alienar um em detrimento do contato com o vitimado, por motivos egoísticos, vingativos, pessoais e, que de forma geral, não enxerga os benefícios da manutenção de diversas relações interpessoais para a formação humana da pessoa alienada.

Consequentemente, a falta de uma lei própria, um ordenamento jurídico próprio com medidas que podem ser tomadas pelo judiciário brasileiro plenamente amparadas por lei para visar coibir este tipo de prática, alertar aos filhos, netos, irmãos, parentes de qualquer grau que seja que abusam do poder de confiança e da consequente vulnerabilidade para cuidar das economias, das aposentarias e de todo o ganho financeiro que os idosos auferem para obter vantagens, até mesmo levando o idoso à realizar testamentos onde se estivesse em sua plena vontade racional, não ter sofrido abalos psicológicos com a alienação parental, não teria disponibilizado certas quantidades de bens ou excluído herdeiros por desamparo, sendo que supostamente

115 FIGUEIREDO, Fábio Vieira 2014, p. 39-40 – Direito Civil: vol.1

o filho alienador não permitia na época as visitas e, alegava para o idoso que o mesmo estava sendo desamparado pela família.

Neste sentido, existe sim a possibilidade de exclusão de herdeiros necessários e o rol taxativo dos artigos 1961 até 1965 do código civil¹¹⁶ elencam hipóteses de deserdação de um herdeiro, que indubitavelmente podem ser praticadas com o intuito de auferir algum ganho financeiro maior na herança pelo alienador:

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

¹¹⁶ BRASIL, 2002. Código Civil.

Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento. (BRASIL,2002)

Em verdade, o julgador, devido à escassez de norma específica para tratar do assunto, vem aplicando analogias e até danos morais para o alienador, devido a gravidade do tema, como se pode perceber em uma ementa de acórdão do recurso de Apelação Cível que foi proferida pela inclícita corte do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.RELAÇÃO FAMILIAR DISSIDENTE DAS PARTES, IRMÃS ENTRE SI, EMRELAÇÃO À GENITORA.ELEMENTOS ANÁLOGOS À ALIENAÇÃO PARENTAL EM RAZÃO DO ESTADO DE VULNERABILIDADE E DOENÇADA GENITORA. PONDERAÇÃO DOS DEVERES, DIREITOS E PRESSUPOSTOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES. UTILIZAÇÃO ARBITRÁRIA DE ABUSOS ANÁLOGOS A MEDIDAS RESTRITIVAS, SEM AMPARO EM DECISÃO JUDICIAL.RESPONSABILIDADE CIVIL.PRESSUPOSTOS CONFIGURADOS. DANO MORAL RECONHECIDO.RECURSO DESPROVIDO. (...) Tendo em vista o estado de vulnerabilidade da genitora e a patologia específica, o caso não deixa de se parecer com aquele da alienação parental, ao inverso. Em verdade, o que se observa são medidas, próprias daquelas protetivas do Direito de Família, como interdição, tomadas de forma arbitrária e ao arrepio da Lei e dos ditames que regem as relações familiares. O ato de privar a irmã do contato com a genitora, sponte sua, independentemente de autorização judicial e dadas as circunstâncias do caso, gera dano moral indenizável.(TJSC, Apelação n. 0006690-70.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 25-08-2016).

Ademais, conforme entendimento jurisprudencial supra exposto, os nobres julgadores de tribunais de justiça espalhados pelo Brasil, devido à escassez de uma norma própria, mas, existindo o instituto da Alienação Parental Inversa, comumente

aplicam por analogia à Alienação Parental normal, ou seja, alienação convencional, conforme a Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010, sancionada pelo então presidente da época, Luiz Inácio Lula da Silva.

Portanto, há decisões em que os julgadores aplicam danos morais, multas, e diversas sanções ao sujeito ativo, ou seja, ao alienador que possui o intuito de obter lucros mediante tal prática e utiliza de má-fé para auferir algum ganho em face do ente que se encontra em situação de vulnerabilidade perante a sociedade como um todo.

5. CONCLUSÃO

Conforme é possível inferir no presente artigo, a Alienação Parental Inversa é um instituto que não é muito discutido no Brasil, falta na legislação brasileira algo específico para tratar com exatidão do assunto. O julgador ao se deparar com o caso, não vê alternativa se não aplicar uma analogia com outras leis e com outros institutos do direito para ter um pleno julgamento e julgar os casos com moralidade imparcialidade.

Destarte, Incube destacar que a Alienação Parental Inversa é um assunto que deveras ser tratado e ser plenamente informada em todas as famílias brasileiras, com políticas de prevenção, bem como reportagem nas mídias.

Neste sentido, é possível concluir com as pesquisas, julgamentos de tribunais superiores e doutrinas que falta na legislação brasileira uma lei com um aspecto coercitivo, seja aplicando multas, danos morais, até mesmo prisão caso a gravidade da alienação ocorra, tendo em vista que este fato pode ocasionar um dano enorme, gerando sentimentos ruins como a antipatia, mágoa, rancor, afetando bastante o idoso ou a pessoa que apresenta comorbidade física ou psíquica de seus entes queridos, que infelizmente já estão no final de suas vidas e ao invés de serem felizes, aproveitarem tudo que a vida tem a dispor, possuem diversos problemas familiares que o fazem ficar com depressões gerando consequentemente a morte.

Para combatê-la, se faz necessária a criação de uma legislação própria, que caracteriza qual será o ato de Alienação Parental Inversa, aplicando diversos tipos de coerções como multas, exclusão do praticante do testamento e até mesmo sanções penais e que auxiliará no julgamento de diversos casos que necessitam hoje em dia da aplicação de analogia.

Além disso, o governo federal necessita criar programas de conscientização e de informação, para que todo o cidadão brasileiro verifique que este assunto não está totalmente desamparado no ordenamento jurídico atual, e se conscientize que é um

assunto que ocorre nas diversas famílias brasileiras, mas que não possui uma lei para coibir.

REFERÊNCIAS

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

Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 07 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em: 07 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 07 mai. 2021.

BRASIL. TRIBUNA DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA - AC: 534117 SC 2010.053

411-7. Relator: Nelson Schaefer Martins. Data de Julgamento: 22/08/2011, Segunda Câmara de Direito Civil. Data de Publicação: Apelação Cível n., de Lages.

Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20264474/apelacao-civil-ac-534117-sc-2010053411-7> > Acesso em: 07 mai. 2021.

BRASIL. TRIBUNA DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA – APL: 0006690-70.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú. Relator: Domingos Paludo. Data do julgamento: 25/08/2016, Primeira Câmara de Direito Civil. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944380756/apelacao-apl-66907020128240005-balneario-camboriu-0006690-7020128240005>> Acesso em 07 mai. 2021.

DIAS, MARIA BERENICE. Manual de Direito das Famílias. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação parental** / Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FLÁVIO, Tatuze. **O Princípio da afetividade no direito de família**. 2014. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> >. Acesso em: 17 nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família. 6. v. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental Importância da detecção**, Aspectos Legais e Processuais. 5ª ed. 2018

MENDES, Mácia R.S.S Barbosa; GUSMÃO, Josiane Lima de; FARO, Ana Cristina e; LEITE, Rita de Cássia Burgos de Oliveira. **A situação social do idoso no Brasil**: uma breve consideração. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002005000400011&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 07 mai. 2021.

A REESTRUTURAÇÃO DE PROMOÇÃO DOS PRAÇAS A LUZ DA LEI Nº 4.044/2014

WILSON CESAR FILHO:
Graduando do Curso de Direito
pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus - ULBRA

RESUMO: As promoções de policiais militares do Amazonas são direitos conforme as Leis 1.116/1974 (oficiais) e 4.044/2014 (praças). Sendo assim, o objetivo deste trabalho é fazer uma análise a Lei nº 4.044/2014 no que tange a promoção de praças. Tendo como início o estudo sobre as bases históricas das Instituições Militares no Brasil e no mundo, bem como a maneira que essas instituições evoluíram com o passar do tempo. Ocorre que a presente lei precisa ser revista, visto que os policiais militares apesar de terem seus direitos resguardados por lei, precisam socorrer-se as portas do judiciário para ter de fazer valer tal norma. O presente trabalho está delineado por uma pesquisa exploratória e bibliográfica que reunirá autores confiáveis, sendo utilizados livros, artigos científicos, jurisprudências e também será feito um estudo sistemático da guarda compartilhada no cenário do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Policial Militar; Segurança Pública; Reestruturação; Praças.

ABSTRACT: The promotions of military policemen from Amazonas are entitled according to Laws 1,116 / 1974 (official) and 4,044 / 2014 (squares). Therefore, the objective of this work is to make an analysis of Law No. 4,044 / 2014 with regard to the promotion of squares. Starting with the study of the historical bases of Military Institutions in Brazil and in the world, as well as the way that these institutions have evolved over time. It so happens that the present law needs to be revised, since the military police, despite having their rights protected by law, need to help the doors of the judiciary to have to enforce such rule. The present work is outlined by an exploratory and bibliographic research that will bring together reliable authors, using books, scientific articles, jurisprudence and a systematic study of shared custody in the Brazilian legal system scenario will also be made.

Keywords: Military Police; Public security; Restructuring; Squares.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVE HISTÓRICO DAS ESTRUTURAS MILITARES; 2.2 Polícia Militar Brasileira; 2.3 Bases Jurídicas; 3. CARREIRA DO PROFISSIONAL POLICIAL MILITAR NO AMAZONAS; 4. ANALISE A LEI Nº 4044 DE 09/06/2014; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Portanto, algumas pessoas questionaram alguns fatores que interferem no desenvolvimento da carreira dos profissionais de segurança pública da polícia militar do estado do Amazonas. Entende-se que a sempre impessoal vive uma tendência global em que o maior capital da organização são as pessoas, e o sucesso da organização depende da dedicação e treinamento da organização, nada mais do que proporcionar segurança às pessoas. Serão analisados os aspectos relacionados ao quadro de funcionários da agência.

O projeto Lei nº 4.044/2014 propõe desde essa data a reestruturação das carreiras e conceder um reajusta de 23% a praças, ocorre que a Lei teve como objetivo de determinar medidas de redução das distorções salariais dos agentes de segurança pública, e modificar as regras de promoções de carreiras militares dos praças, portanto, qual impacto que essas novas regras trazem para os praças?

Pela Lei 4.044/2014 que rege a carreira dos Praças da Polícia Militar do Amazonas, encontram-se a previsão expressa de que serão realizados, no mínimo, três cursos de formação específico para cada graduação por ano, sendo uma afronta ao princípio constitucional da legalidade não o fazendo, que deve nortear sobremaneira a Administração Pública. O traz em seu texto art. 3.º Para os fins do disposto nesta Lei, ficam estabelecidos os seguintes conceitos: no que tange a carreira: é a sequência de graduações hierárquicas em que são escalonados os cargos dos praças militares estaduais, iniciando com o ingresso na Corporação e finalizando com o desligamento da Corporação; Já a promoção: ascensão hierárquica, dentro dos diversos Quadros de Praças Militares Estaduais; e antiguidade: é a posição hierárquica do Militar Estadual, contada a partir da data de ingresso ou promoção, utilizada como critério de precedência e ascensão hierárquica, sendo a antiguidade no curso de formação ou habilitação determinada pela ordem de classificação no concurso para o respectivo curso, respeitando-se as regras de desempate estabelecidas no edital do referido concurso.

Portanto, o presente projeto visa entender os direitos dos policiais militares no que tange a promoção em duas carreiras, e como o Estado tem falhado em assegurar o que lhes são garantidos por lei.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a reestruturação de promoção de praças a luz da lei nº4.044/2014.

2. BREVE HISTÓRICO DAS ESTRUTURAS MILITARES

A palavra militarismo de acordo com Houaiss (1997, p. 11) possui dois significados básicos: amplo e restrito. Em termos gerais, isso significa que o domínio

das instituições militares e militares na estrutura social tem sido enfatizado na sociedade. A influência do corpo de oficiais irradia-se para outras categorias: a profissão militar significa a promoção da sociedade, a promoção à categoria militar, rodeada de prestígio e ocupando posição de destaque na elite nacional.

A rigor, isso significa que as atividades políticas costumam ser restringidas por ditaduras militares e sujeitas às metas e objetivos das empresas militares. Nesse sentido, as forças militares dedicadas à preparação e às condições da guerra subordinam o sistema político às suas tarefas.

No sistema constitucional, a ascensão do militarismo é considerada uma doença social e política. Em 1909, Rui Barbosa usou estas palavras para expressar a doutrina atual:

"Militarismo, governando o país com uma espada, ... Para o exército, é fanatismo pela religião, medicina charlatã pela ciência, industrialismo pela indústria, mercantilismo pelos negócios e circuncisão pela família real, Como o diamagnetismo para a democracia, como o absolutismo para a ordem e o egoísmo para consigo mesmo" (BARBOSA, 1909 a 1910).

Além deste aspecto, o militarismo acrescentará uma camada à vontade expressa no voto, ofendendo assim o dogma básico da democracia e da soberania do povo. Essencialmente, será um governo aristocrático ou oligárquico, e em certas áreas pode haver o risco da doença de Sadi, uma doença crônica na história dos hispânicos. O estudo do militarismo está intimamente ligado ao estudo da organização militar e da guerra, porque esses tipos específicos de relações sociais são estabelecidos. O isolamento de civilizações entre as guerras foi quebrado, e quase todas as civilizações conhecidas pereceram.

O próprio termo militarismo tem seu significado atual e surgiu na Europa no século XIX. Carl von Clausewitz é considerado um grande estrategista militar no Reino da Prússia e o primeiro teórico e analista da guerra a subordiná-la à política. Para Clausewitz (1996, p. 11), a guerra será uma expressão ou manifestação da política e um de seus meios. Portanto, se fatores políticos determinam a guerra, as visões militares devem ser subordinadas às visões políticas.

Com a Revolução Francesa, a Guerra Revolucionária e o advento e queda de Napoleão, o exército passou por uma importante mudança qualitativa: os mercenários da monarquia constitucional se opõem ao exército de massas. Esta nova situação exige que o conteúdo e o propósito da guerra sejam tornados claros para as massas por

meio da propaganda. Foi nesse ambiente histórico que o estado-nação se formou e se consolidou, e o sentido de nacionalidade se espalhou amplamente.

No século 20, muitos autores enfatizaram a importância do militarismo para a acumulação de capital. Inspirados por Marx, os economistas americanos Baran e Sweezy (SWEEZY, 1978) tentaram analisar o militarismo americano, inicialmente negando que fosse razoável afirmar que o gasto militar era um meio de defender o mundo livre da ameaça do sistema socialista mundial. Eles vincularam o crescimento dos gastos militares norte-americanos à necessidade de monopólio de matérias-primas e controle de mercados externos, bem como às peculiaridades da produção de armas, que apresentam margens de lucro maiores do que outros setores da econômica da indústria.

Esse sistema consolidou o chamado complexo militar-industrial, mencionado pelo General Dwight Eisenhower em seu discurso de despedida da presidência dos Estados Unidos em 1961.

Alguns autores tentaram relacionar a importância quantitativa e a modernização das Forças Armadas com o aumento da intervenção. Em relação à influência externa, muitos estudiosos dizem que as missões estrangeiras ajudam a encorajar atitudes políticas que conduzem à intervenção militar. Isso é contrário à visão do político americano John J. Johnson, que disse que as missões militares estrangeiras, especialmente as missões militares estrangeiras dos Estados Unidos têm o efeito de exacerbar a supremacia dos cidadãos (HOUAISS, 1977).

2.2 Polícia Militar Brasileira

A Polícia Militar (PM), segundo o conceito usado internacionalmente, é a corporação que exerce o poder de polícia no âmbito interno das Forças Armadas, sendo que a sua ação se limita às instalações e aos membros destas. Em tempo de guerra, a Polícia Militar também pode se encarregar da defesa imediata de infraestruturas estratégicas, da proteção de autoridades (militares e civis), da administração dos prisioneiros de guerra e da segurança pública nas regiões sujeitas à administração militar.

Frisa-se que, para algumas Forças Armadas de determinadas nações, como por exemplo, Estados Unidos e Portugal, o termo "Polícia Militar" aplica-se exclusivamente às polícias das suas componentes terrestres (Polícia do Exército). Assim, as polícias das outras componentes são conhecidas por outros termos, como "Polícia Naval" (Polícia da Marinha) ou "Polícia Aérea" (Polícia da Aeronáutica).

Em diversas nações, as Forças Armadas dispõem de um sistema judiciário próprio, independente do sistema judiciário civil, podendo administrar as suas próprias prisões e tribunais, os quais se regulam por legislação distinta. No âmbito dos sistemas judiciários militares de alguns países, pode competir à Polícia Militar a função de polícia judiciária, encarregando-se da investigação de crimes militares ou de crimes comuns cometidos por militares.

No Brasil, Polícia Militar pode referir-se ou à polícia das Forças Armadas da nação, englobando a Polícia do Exército (Polícia Militar do Exército Brasileiro), a Polícia da Aeronáutica (Polícia Militar da Força Aérea Brasileira) e a Companhia de Polícia do Batalhão Naval (Polícia Militar da Marinha do Brasil), ou à polícia ostensiva das unidades federativas brasileiras, polícia responsável pela preservação da ordem pública (Polícia Militar dos Estados e do Distrito Federal).

Aqui cabem algumas considerações sobre o sistema de segurança pública brasileiro. No Brasil, as principais e mais conhecidas forças de segurança pública são a Polícia Federal, a Polícia Civil e a Polícia Militar. Simplificando, enquanto a Polícia Federal atua em questões a nível nacional (questões de interesse da União ou da Federação como um todo), as polícias Civil e Militar atuam a nível regional (questões de interesse dos Estados-membros da Federação).

Com o fim do Governo Militar nos anos oitenta, as Polícias Militares tentam recompor suas identidades perante a sociedade, fortemente marcada pela repressão dos dois longos períodos de regime de exceção (de 1930 a 1945, e de 1964 a 1988). De acordo com Araújo, os oficiais:

“[...] acreditavam que a possibilidade de uma manutenção do policiamento militarizado passava pelo consentimento e aprovação da sociedade civil. Preocupados com esse fator, passaram a tentar, por meio de diversas estratégias, desenvolver uma imagem favorável frente à população civil, buscando o aperfeiçoamento de sua atuação e postura perante a sociedade.” (ARAÚJO, 2013, p. 117)

Segundo Sulocki, tais instituições se veem atualmente em uma “encruzilhada”:

“[...] romper com seu passado violento e autoritário, passando a adotar um modelo democrático de controle da criminalidade, ou continuar com o atual modelo de combate ao crime, gerando uma escalada de violência sem fim, adotando o controle social

repressivo e perverso sobre as classes populares excluídas (SULOCKI,2007, p. 152)”.

Para a autora, essa é, antes de mais nada, uma decisão política, mas que envolve, também, a todos que estejam comprometidos com a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, pluralista e justa. Entretanto, até o presente momento, o que se constata é a continuidade da violência inerente ao modelo de policiamento que restou mantido, mesmo que em completo descompasso com os princípios democráticos.

2.3 Bases Jurídicas

Podemos observar também que a Constituição Federal de 1988 dispõe, no artigo 144, que a Polícia Militar é um dos órgãos responsáveis pela segurança pública, tendo como objetivo exercer a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). O § 6º do mesmo artigo assevera que:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

§6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (BRASIL, 1988, online).

Nota-se que as polícias militares possuem e exercem um desempenho duplo, que avalia minuciosamente cada caso, tendo em vista a preservação da ordem pública, podendo ser considerado como paradoxal.

Da mesma forma, os órgãos de segurança de todos os Estados, e Distrito Federal, esses são considerados como forças auxiliares e reserva do Exército. Contudo, analisamos que as polícias militares não são somente subordinadas a Constituição Federal, mas também estão subordinadas ao Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, que tratam de normas que regulamenta disciplinas parecidas com as do Exército. Essas normas são aplicadas aos policiais em determinadas situações.

A Polícia Militar como já observado tem a responsabilidade de garantir a segurança pública e a ordem social, desse modo observamos que as forças ostensivas

e repressivas que são utilizados pelo exército não ajudam no planejamento e desenvolvimento dos órgãos de segurança pública estadual como bem elucida o doutrinador Loureiro:

Trata-se da polícia de segurança que pretende assegurar a ordem e a tranquilidade. Esta pretensão de segurança, no Brasil, é exercida, indistintamente pelas polícias estaduais. Os conceitos descritos na Constituição Federal para definir as funções das PMs e das polícias civis, portanto, são insuficientes e não revelam com clareza suas identidades institucionais (LOUREIRO, 2018).

Pelo fato de existir uma ligação legal e histórica das Polícias Militares do Brasil e o Exército Brasileiro, observamos que estabelece a carreira policial militar em seus diversos níveis hierárquicos, e na organização dos postos, nos seus respectivos níveis de atribuição de competência, vinculada aos postos hierárquicos, que fora criado antes do Decreto Lei nº 667 de 02 de julho de 1969 (BRASIL, 1969).

3. CARREIRA DO PROFISSIONAL POLICIAL MILITAR NO AMAZONAS

A carreira militar no Brasil segue regras de cada Estado, no Amazonas divide-se em Quadra de Praças e Quadro de Oficiais, Oficiais saúde e músicos.

A carreira dos Praças Militares Estaduais é composta pelas seguintes graduações: 7) Aluno soldado: Aluno soldado é o Militar Estadual em período de formação, a ser promovido à primeira graduação após a aprovação no Curso de Formação específico; 6) Soldado: A graduação de Soldado constitui, a primeira graduação do Quadro de Praças Combatentes; 5) Cabo: Correspondendo à primeira graduação de Quadro de Praças Especialistas ou segunda graduação do Quadro de Praças Combatentes que pode ser obtida por um soldado; 4) 3º Sargento: É um graduado na hierarquia militar de graduação inferior ao 2º Sargento e superior ao cabo; 3) 2º Sargento: É um graduado na hierarquia militar de graduação inferior ao 1º Sargento e superior ao 3º Sargento; 2) 1º Sargento: É um graduado na hierarquia militar de graduação inferior à de subtenente ou suboficial e superior ao 2º Sargento; e por fim, o mais alto patamar o nº 1) Subtenente: É mais alta graduação dos praças, imediatamente acima dos sargentos e abaixo dos oficiais.

Já no que tange ao quadro de oficiais, a carreira dos Oficiais Militares Estaduais de nível superior é composta pelos seguintes postos:

6) 2º Tenente: A graduação de Soldado constitui, a primeira graduação do Quadro de Praças Combatentes; 5) 1º Tenente: Correspondendo à primeira graduação

de Quadro de Praças Especialistas ou segunda graduação do Quadro de Praças Combatentes que pode ser obtida por um soldado; 4) Capitão: É um posto na hierarquia militar inferior a Major e superior ao 1º Tenente, pertence a categoria dos oficiais intermediários; 3) Major: É o primeiro posto de oficial superior, sendo superior a capitão e inferior a tenente-coronel; 2) Tenente Coronel; É uma patente militar de oficial superior, situada entre a de major e a de coronel., e por fim, 1) Coronel: É o último posto na hierarquia militar entre os oficiais superiores.

No que tange aos Oficiais do QOS desempenham as seguintes funções:

1) Oficiais Médicos: Aos Oficiais Médicos cumpre exercer suas atividades no Centro Médico, nas Juntas de Saúde, nas Policlínicas da Polícia Militar e nas diversas Unidades Integradas de Saúde (UIS), que estão distribuídas por todo o Estado, realizando o atendimento diário aos policiais militares. 2) Oficiais Dentistas: Aos Oficiais Dentistas cabe a gestão das atividades administrativas e técnico-operacionais afetas ao cargo, atuando nas áreas de atendimento odontológico aos Policiais Militares ativos e inativos como clínico geral, bem como nas especialidades de dentista, endodontia, prótese, radiologia, cirurgia oral menor, cirurgia e traumatologia buco-máximo-facial, ortodontia, implantodontia, periodontia e disfunção temporo mandibular e dor orofacial, além da realização de perícias odontológicas. 3) Oficiais Farmacêuticos: Aos Oficiais Farmacêuticos cabe o exercício das atividades na Divisão de Farmácia do Centro Médico da Polícia Militar, sendo responsáveis pelo desenvolvimento de diversos serviços salutarres à manutenção da saúde dos policiais militares, dentre os quais se pode destacar: gestão de farmácia hospitalar, atividades de análises clínicas, manipulação de medicamentos magistrais, manipulação de quimioterápicos e de nutrições parenterais, desinfecção ambiental, gerenciamento de gases medicinais, análises de materiais de intendência, bem como a realização de exames toxicológicos. 4) Oficiais Veterinários: Compete aos Oficiais Veterinários proporcionar a realização dos serviços obrigatórios de atendimento clínico e cirúrgico aos animais da Polícia Militar, 24 horas por dia, além de serviço de radiologia, endoscopia, ultrassom e exames laboratoriais e clínicos (anemia, mormo, dentre outras doenças infecto-contagiosas). Os Oficiais Veterinários realizam, ainda, auditorias nos quartéis da Capital e Interior do Estado que possuem animais.

Os Requisitos para ingresso, conforme dispõe a Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, são: Ser brasileiro; Ter idade mínima de 17 (dezessete) anos; Ter idade máxima de 30 (trinta) anos; Ter estatura mínima de 1,55m, se mulher, e de 1,60m, se homem; É permitido o uso de tatuagem, desde que sua simbologia não seja conflitante com os valores policiais-militares e não faça alusão a condutas ilícitas; A tatuagem não pode estar visível na hipótese de uso de uniforme operacional “de

verão”, composto por camisa de manga curta e bermuda; Estar quite com as obrigações militares e eleitorais; Possuir boa saúde, higidez física, mental e perfil psicológico compatível com o cargo; Ter concluído o Ensino Médio ou equivalente; Ser habilitado para condução de veículo entre as categorias “B” e “E”. Compete ao Oficial Músico a gestão do Corpo Musical e suas frações, desempenhando, além das atividades de cunho técnico-musical, as relacionadas à Administração Policial-Militar. As atividades desenvolvidas pelo Corpo Musical, sob os aspectos de ensino e estética militares, reforçam a hierarquia e disciplina, aprimoram o reflexo de comando e do trabalho em conjunto, desenvolvendo o senso de espírito de corpo em todos os policiais militares.

4. ANALISE A LEI Nº 4044 DE 09/06/2014

Como se sabe a carreira de praça da Polícia Militar do Estado do Amazonas, começa com a nomeação no cargo de Soldado PM, evoluindo diante do preenchimento de certos requisitos. A evolução hierárquica dentro dessas graduações é direito garantido por legislação específica e assegurado aos policiais militares conforme estabelecido no Estatuto dos Policiais Militares do Amazonas, Lei nº 1.154/75.

A legislação específica sobre promoção, Lei Estadual nº 4.044/14 que dispõe sobre as promoções na carreira de praças militares do Estado do Amazonas, estipula que as promoções serão efetuadas por antiguidade; bravura; promoção especial à graduação ou ao posto imediato; e post mortem, consoante estabelecido no art. 5º da Lei nº 4.044/14, verbis:

Art. 5.º As promoções serão efetuadas por:

I - antiguidade;

II - bravura;

III - especial à graduação ou ao posto imediato; e

IV - post mortem.

No caso da promoção por antiguidade, a lei estabelece que se dê mediante a inclusão do militar estadual no Quadro Especial de Acesso – QEA, ou, no Quadro Normal de Acesso – QNA, portanto, pode se dizer que são duas as espécies de promoção por antiguidade, a Normal e a Especial.

LEI Nº 4.044/2014 Art. 7.º A promoção dos praças por antiguidade se dará mediante sua inclusão no Quadro Especial de Acesso - QEA ou no Quadro Normal de Acesso - QNA.

Para fins de promoção à graduação de 1º Sargento PM e Subtenente PM, a mencionada norma estipula que os militares devem ser incluídos no Quadro Normal de Acesso – QNA quando contem com até o mínimo de 14 (quatorze) e 16 (dezesesseis) anos de efetivo serviço na Corporação, respectivamente:

LEI Nº 4.044/2014. Art. 7º (...)

§ 1.º Serão incluídos no Quadro Normal de Acesso - QNA, para fins de promoção por antiguidade, os praças que, sem prejuízo do disposto nos artigos 14 e 15 desta Lei, contarem com os seguintes requisitos:

(...) IV - à graduação de 1.º Sargento: ser 2.º Sargento, contar, no mínimo, com 14 (quatorze) anos de efetivo serviço na Corporação, 01 (um) ano de interstício na graduação e possuir o Curso de Aperfeiçoamento de Sargento - CAS;

V - à graduação de Subtenente: ser 1.º Sargento, contar, no mínimo, com 16 (dezesesseis) anos de efetivo serviço na Corporação, 01 (um) ano de interstício na graduação.

Para agravar mais ainda o cenário, a Administração Pública não reconheceu a sua omissão, não corrigindo seu erro com a promoção em ressarcimento de preterição, descumprindo o disposto nos art. 59 da Lei 1.154/1975 e art. 27 da Lei 4.044/2014, reproduzidos abaixo respectivamente, senão vejamos:

Art. 59 - As promoções serão efetuadas pelos critérios de antiguidade e merecimento ou, ainda, por bravura e "post-mortem".

§ 1º - Em casos extraordinários, poderá haver promoção em ressarcimento de preterição.

§ 2º - A promoção de policial-militar feita em ressarcimento de preterição será efetuada segundo os princípios de antiguidade ou merecimento, recebendo ele o número que lhe competir na escala hierárquica, como se houvesse sido promovido na época

devida pelo princípio em que ora é feita sua promoção. (Grifo nosso)

Art. 27. Em caso de erro administrativo, apurado mediante o devido processo legal, fica autorizada a promoção de praças em ressarcimento de preterição, nas datas em que deveriam ter sido promovidos, na forma desta Lei, fazendo jus inclusive à percepção de valores retroativos.

De acordo com a legislação castrense, sendo que este direito é uma prerrogativa assegurada pelo Estatuto dos Policiais Militares do Amazonas (Lei 1.154/1975), senão vejamos o art. 49, inciso III, alínea g da Lei:

Art. 49 - São direitos dos servidores militares estaduais:

[...] III - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específica:

[...] g) a promoção;

Dessa maneira, avançar na carreira militar dos praças é um direito constitucional, que deve respeitar os princípios da legalidade e eficiência a serem observados estritamente pelo Poder Público, quando na atividade administrativa, estampado no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988. As ilegalidades ofendem de morte os direitos adquiridos pelos policiais, princípio consagrado pelo art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, eis que se adequa com perfeição à norma de incidência.

Abaixo os dispositivos da Lei 4.044/2014 que disciplinam os cursos de formação, senão vejamos:

Art. 8.º Após a promoção por antiguidade às graduações de Cabo e 3.º Sargento, os praças serão matriculados em Curso de Formação de Cabo e Curso de Formação de Sargento, respectivamente, regular ou intensivo, a serem realizados, no mínimo, 03 (três) vezes ao ano, sendo a conclusão com aproveitamento requisito essencial para a promoção por antiguidade subsequente.

§1.º Para a promoção à graduação de 1.º Sargento, os 2.º Sargentos deverão ter concluído, com aproveitamento, Curso de

Aperfeiçoamento de Sargento - CAS, a ser realizado, no mínimo, 03 (três) vezes ao ano.

§2.º O número de vagas para o Curso de Formação de Cabo, Curso de Formação de Sargentos e Curso de Aperfeiçoamento de Sargento será definido pelo Comandante-Geral da Corporação, dentro do número de vagas previstas no Quadro de Distribuição do Efetivo, e o preenchimento das vagas obedecerá aos critérios de antiguidade, previstos no artigo 6.º desta Lei.

Art. 21. Para inclusão no Curso de Formação de Cabo, Curso de Formação de Sargento e Curso de Aperfeiçoamento de Sargento, exigir-se-á que o Militar Estadual preencha os requisitos inclusos no artigo 15 desta Lei (BRASIL, 2020).

Ainda assim, de acordo com o art. 15, da Lei nº 4.044/2014, preleciona que:

Art. 15. Constituem requisitos indispensáveis para inclusão do Quadro Normal de Acesso - QNA:

I - estar no efetivo exercício de função policial ou bombeiro militar, ou de natureza ou de interesse policial ou bombeiro militar;

II - estar classificado, no mínimo, no comportamento "BOM";

III - não ter sido julgado incapaz definitivamente em inspeção de saúde realizada por Junta Médica da própria Corporação;

IV - não haver publicação em Diário Oficial do Estado do ato de transferência para a reserva remunerada e do ato de reforma por invalidez;

V - não haver atingido os requisitos de idade limite para a respectiva graduação ou tempo máximo de efetivo serviço que ensejam agregação ex-officio para aguardar processo de transferência para a reserva renumerada ou reforma por invalidez;

VI - possuir formação de ensino médio completo ou equivalente, concluída em Instituição Oficial de Ensino; e

VII - possuir o interstício e o tempo mínimo de efetivo serviço exigido para cada graduação.

Parágrafo único. Excepcionalmente, o requisito previsto no inciso VI deste artigo não será exigido para a promoção à graduação de 3.º Sargento e graduações subsequentes, dos praças incluídos na respectiva Corporação até o ano de 1999 (BRASIL, 2020).

De 2014, data em que entrou em vigor a Lei que rege a carreira dos Praças, até hoje, pouquíssimos cursos foram realizados, entrando um numerário de policiais militares muito aquém do mínimo legal exigido e necessário, razão pela qual existem muitos policiais militares com suas promoções em atraso. Não há qualquer respeito pelo art. 8º e art. 21 da Lei 4.044/2014.

Segundo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas julgou casos semelhantes à da Autora, quanto à omissão do Estado em promover a Requerente e ofertar os cursos no tempo e modo exigidos na Lei, tendo decidido favoravelmente aos militares prejudicados, ante a ilegalidade cometida pelo Requerido, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO. PROMOÇÃO DE POLICIAL MILITAR. DIREITO ASSEGURADO NO ESTATUTO DA PMAM (Lei Estadual nº 1174/75). REQUISITOS PREVISTOS NA LEI ESTADUAL Nº 3.041/06). LAPSO TEMPORAL DE EFETIVO EXERCÍCIO E SUBMISSÃO A TREINAMENTO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA DO TREINAMENTO. OMISSÃO QUE NÃO PODE SER ALEGADA EM BENEFÍCIO PRÓPRIO. SENTENÇA REFORMADA. 1. A promoção do Policial militar do Estado do Amazonas é um direito assegurado pelo Estatuto da PMAM (Lei Estadual nº 1.174/75). 2. Os requisitos para a promoção de soldado para cabo estão elencados no artigo 4º da Lei Estadual nº 3.041/2006, a saber: a) 20 (vinte) anos de efetivo exercício; b) submissão a treinamento específico. 3. Não ocorrendo o treinamento específico por omissão do Estado do Amazonas, este fato não pode ser utilizado para negar direito à promoção, sob pena de sancionarmos a alegação da própria torpeza em benefício próprio. 4. O soldado que conta com mais de 20 (vinte) anos de efetivo exercício e que não foi submetido a treinamento específico, por inércia da administração pública, tem direito à promoção a graduação seguinte (cabo). 5. Apelação conhecida e provida. (TJ AM. Apelação nº 0233767- 79.2008.8.04.0001. Relator: Des. Yedo

Simões de Oliveira. Revisor: Des. Paulo Cesar Caminha e Lima. Julgamento: 10.11.2015).

Portanto, como foi devidamente demonstrado a promoção é um direito de todos os policiais militares, contudo, o que vimos atualmente é que mesmo os policiais fazendo jus a promoção de carreira eles tem que brigar no judiciário para fazer valer seus direitos, tendo que esperar a mora do judiciário em um direito lhe é garantido por lei. Portanto, é necessário trazer em pauta este tema, visto que de igual forma a promoção é ato vinculado sem qualquer margem de poder discricionário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve a intenção de analisar a reestruturação de promoção de praças a luz da lei nº 4.044/2014 e teve início com uma abordagem histórica das instituições Militares no Brasil e no mundo, bem como a maneira que essas instituições evoluíram com o passar do tempo. A abordagem traz também como foi implantada e a origem do modelo de polícia usado atualmente no nosso país.

Ocorre que a presente lei versa sobre a reestruturação, no qual são determinados critérios para a evolução na carreira dos praças, que incluem soldados, cabos e sargentos. Foi através do projeto que os soldados podem chegar a subtenente, cargo máximo da carreira, em até 25 anos, podendo esse prazo ser reduzido, caso sejam atendidos todos os critérios de promoção.

Por fim, o presente trabalho passou a abordar os efeitos práticos da referida lei vislumbrando uma real necessidade de melhoria no que tange ao processo de reestruturação das promoções uma vez que para que elas ocorram são necessárias batalhas judiciais, no entanto, não sendo possível verificar nexos razoáveis entre a Proposta de Emenda à Constituição e as melhorias necessárias. Este trabalho encerra sugerindo medidas que poderiam trazer benefícios reais para os policiais militares que são praças, uma vez que são contribuintes da segurança pública.

REFERÊNCIAS

HOUAISS, Antônio (Ed.). **Enciclopédia Mirador Internacional**. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1977.

BARBOSA, Ruy. **Contra o militarismo: campanha eleitoral de 1909 a 1910**, primeira série. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910.

BRASIL, LEI Nº 4044 de 09/06/2014. **DISPÕE sobre a reestruturação da Carreira de Praças Militares do Estado do Amazonas**, e dá outras providências.

CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SWEEZY, Paul A; BARAN, Paul W. **Capitalismo Monopolista: Ensaio sobre a Ordem Econômica e Social Americana**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978;

ARAÚJO, Rafael de Borba. **A Brigada Militar e a Segurança Nacional: Inimigo Interno e Guerra Revolucionária na Academia de Polícia Militar do Rio Grande do Sul – 1980/1985**. 233 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, IFCH, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013, p. 117.

LANGWINSKI, Adriano. **Polícia Militar do Paraná: uma organização engessada no tempo** / Adriano Langwinski - Foz do Iguaçu : UDC / 2011.

LOUREIRO, Ythalo Frota. **As Polícias Militares na Constituição Federal de 1988: polícia de segurança pública ou forças auxiliares e reserva do Exército?**. In: Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5866>>. Acesso em: 05/05/2021.

SULOCKI, Victoria-Amália de Barros C. G. de. **Segurança Pública e Democracia: Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança**. Coleção Pensamento Crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 152.

OLIVEIRA, FILIPE JUNIO DE. **A POLICIA MILITAR: (DES)MILITARIZAÇÃO**. CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA, 2019.

INCLUSÃO NA ESCOLA DE TEMPO INTEGRAL E ASSEGURIDADE AO DEFICIENTE AUDITIVO

MIRIAN PEREIRA DA SILVA RODRIGUES:
especialista em Gestão do Sistema Único de Saúde.
Assistência Social e Educação em Tempo Integral.

ANA PAULA RODRIGUES

(orientadora)

RESUMO: O aprender na escola em tempo integral, visa criar também o assistencialismo e incluir alunos com deficiências inclusive as com deficiência auditiva que esperaram muito tempo a irem para a escola regular. Assegurar o acesso e permanência dos alunos inclusos como reza a lei federal, sabe-se que há desafios a serem superados. Pois os professores e equipe diretiva há despreparo, sendo necessário garantir o direito legal do processo de ensino aprendizagem, percebendo a complexidade que os envolve. Busca-se incluir, conviver, ajudar reafirmar isso com embasamentos teóricos e legais, visto que esse trabalho deixa de forma explicita a importância da inclusão do aluno no ensino regular e seus amparos legais.

PALAVRAS – CHAVE: Inclusão social, amparo legal.

ABSTRACT: Learning in school full-time, also aimed to create welfarism and include students with disabilities including those with auditory disabilities who waited a long time to go to regular school. Ensuring the access and permanence of students included as per federal law, it is known that there are challenges to be overcome. Because teachers and management team are unprepared, it is necessary to guarantee the legal right of the teaching learning process, realizing the complexity that involves them. We try to include, to live together, to help reaffirm this with theoretical and legal bases, since this work makes explicit the importance of the inclusion of the student in regular education and its legal support.

KEY WORDS: Social inclusion, legal protection.

1. INTRODUÇÃO

Diante de uma cultura dos ditos “normais”, inserir o deficiente auditiva no ensino regular, agregou-se, o processo de pesquisas, cursos, busca de recursos, vivencias na prática pedagógica sobre inclusão de alunos em escolas e seus direitos legais, usa-se, como base as legislações brasileira, a inclusão social principalmente a constituição federal em seu artigo 205 e 206 que determina que a educação, direito de

todos e dever do estado e da família e além disso elege como princípios para o ensino a igualdade de condições de acesso e permanência na escola, LDBEN e lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, a Declaração de Salamanca (BRASIL, 1994).

Conforme a Lei Brasileira de Inclusão - LBI (2015) – “Disponibilizar o maior número de pessoas, conhecimento sobre a legislação que consolide uma cultura de respeito aos direitos das pessoas com deficiência, essa também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. A Constituição de 1988 garantiu ao cidadão com deficiência o princípio da inclusão social a partir da sua visibilidade nas políticas públicas. Após a ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em 2008, garantindo equivalência de Emenda Constitucional, o Brasil estabeleceu um marco na história dos direitos humanos. Com isso, dois princípios foram priorizados: o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais para que sejam, efetivamente, postas em prática a promoção social e a proteção legal devidas.” (p. 27)

A escola precisa elaborar sua estrutura organizacional, o Projetos Político Pedagógico, apoio ao professor, adaptação as dificuldades e que tenha uma visão de inclusão desses alunos para que se reedueque a equipe escolar para melhor acolhe-los. Acessibilidade de direitos e igualdade de estar em um espaço escolar . Para Vygotsky (1984; 1987; 2003) “a interação social é fundamental no desenvolvimento humano e na aprendizagem. Portanto, essa afirmativa, avalia e não pode ser definida de modo estanque, a priori, fechada em si mesma. Observou-se que o ensino no ambiente escolar com o tempo integral é mais significativo. Segundo CAVALIERE, A. M. (2002) “ a legislação e o aumento de experiências acréscimo do tempo escolar diário tem se desenvolvido em várias municípios brasileiros” .

O amparo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei nº 9.394/96) introduziu a perspectiva de ampliação do tempo escolar diário nos arts. 34 e 87, sendo mais detalhada no Plano Nacional de Educação (PNE – Lei nº 10.172/01) e no Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE – Decreto nº 6.094/07).

A avaliação está integrada ao currículo e não pode ser dissociada do projeto educativo em sua totalidade, incluindo as políticas públicas, os projetos escolares, as propostas implícitas e a diversidade socioeducacional. Com este intuito o artigo traz fundamentações teóricas e um apontamento para auxiliar muitos professores, cause-se, um grande transtorno no processo de uma instituição, a inclusão é vista para que a escola em tempo integral seja um espaço de inclusão social”.

2. METODOLOGIA

O que se diz neste trabalho será avaliado com bases teóricas pesquisas bibliográficas, inclusive as legislações brasileiras que se tratam de educação em tempo integral e direitos de pessoas com deficiência no tocante a educação a fim de assegurar de fato inclusão social. O método de pesquisa é o qualitativo.

3. CONQUISTAS LEGAIS: ESTATUTOS DAS PESSOAS DEFICIÊNTES

Hoje, no Brasil, existem quase 46 milhões de brasileiros que ao ser analisados pelo Censo de 2010, cerca de 24% da população, declarou ter algum grau de dificuldade em pelo menos uma das habilidades investigadas (enxergar, ouvir, caminhar ou subir degraus), ou possuir deficiência mental / intelectual. A pesquisa buscou também identificar deficiência intelectual e mental através da compreensão sobre a dificuldade em realizar atividades habituais. Não foram consideradas neste quesito as perturbações, doenças ou transtornos mentais como autismo, neurose, esquizofrenia e psicose.

O conjunto de leis que formam o Estatuto da Pessoa com Deficiência busca garantir benefícios que reduzam a falta da acessibilidade e também apresenta medidas que possam aumentar a igualdade e inclusão social dessas pessoas. No total, o Estatuto é composto por mais de cem artigos, em alguns desses apontamentos pode se destacar algumas conquistas, aparatos legais, e como isso mudou o dia a dia de pessoas com deficiência;

O Estatuto da Pessoa com Deficiência teve início com o Projeto de Lei 7.699/2006, que havia sido apresentado pelo então deputado federal Paulo Paim (PT) no ano 2000. Após três anos dessa apresentação, já no ano de 2003, foi instituída uma Comissão Especial para analisar as propostas contidas nesse projeto. Depois de um longo período de tramitação no Congresso, o projeto de lei foi instituído em 2006. Essa demora aconteceu por atrasos na votação, já que não havia um consenso da sociedade civil organizada sobre alguns dos tópicos. Nove anos depois, no dia 6 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi finalmente instituído. Ele é representado pela Lei 13.146, sendo originalmente chamado de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. O Estatuto trata sobre a acessibilidade e a inclusão em diferentes aspectos da pessoa com deficiência na sociedade.

A lei é baseada na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), da Organização das Nações Unidas (ONU), que foi realizada em 13 de dezembro de 2006. A convenção foi o primeiro tratado internacional relacionado aos direitos humanos que foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional.

Contudo, diferente da Convenção Internacional, que é considerada uma carta de intenções, o Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta soluções práticas para as mais diversas áreas de políticas públicas do Brasil, como educação, saúde, emprego, previdência e esporte, entre outros. Dividido em três grandes partes, o Estatuto da Pessoa com Deficiência aborda alguns itens, como apresentamos abaixo. São eles: Os direitos fundamentais da pessoa com deficiência — por exemplo, o direito à saúde, ao transporte e à educação; A acessibilidade a Ciência e Tecnologia: parte do Estatuto que trata do acesso à comunicação e à informação com a utilização de tecnologias assistivas.

Essas tecnologias dizem respeito aos equipamentos, serviços, estratégias e práticas que contribuem para reduzir os problemas da pessoa com deficiência e promover a independência e inclusão desses cidadãos; Ao ser estimado como um problema estrutural, a Lei avalia que cabe ao Estado e à sociedade como um todo eliminar os obstáculos que impedem que a pessoa com deficiência tenha uma vida ativa e participativa em seu meio, de forma igualitária com os demais. No Brasil, a acessibilidade é a primeira referência sobre acessibilidade e inclusão da pessoa com deficiência que está na Constituição Federal de 1988. No texto, estão descritos deveres básicos do Estado em relação à pessoa com deficiência. São eles: educação especializada; ensino regular; transporte acessível; proteção à pessoa com deficiência, entre outros. Há valores no livro dos judeus, percebe-se nessa história com o rei Davi que amparou, assegurou os bens perdidos, direitos de Melfibosete que se tornou um paralisado na infância. “E disse Ziba ao rei: Conforme a tudo quanto meu senhor, o rei, manda a seu servo, assim fará teu servo. Quanto a Mefibosete, disse o rei, comerá a minha mesa como um dos filhos do rei. (II Samuel 9;11, 2000).

As principais conquistas trazidas pela lei 13.146/2015 como o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem como foco a promoção da autonomia individual, da acessibilidade e da liberdade. Uma das principais conquistas alcançadas por meio dele foi o compromisso com a autonomia da pessoa com deficiência para o exercício de atividades da vida civil como as demais pessoas. Essas conquistas estão relacionadas a diversas áreas. São elas: educação; saúde; assistência social; trabalho; previdência; transporte; esporte.

Alguns dos principais avanços que só são possíveis graças ao Estatuto da Pessoa com Deficiência: Administração pública; Atendimento prioritário; Auxílio-inclusão; Capacidade civil; Curatela; Discriminação, abandono e exclusão; Esporte; Inclusão escolar .

A aplicação da Lei 13.146/2015. Tanto a população tem denunciado mais casos de desrespeito aos direitos da pessoa com deficiência, como o próprio Ministério Público tem aberto inquéritos civis para apurar esse tipo de situação. Já no dia a dia é possível perceber também o aumento, mesmo que ainda tímido, dos seguintes aspectos: rampas de acesso em calçadas e edificações; banheiros adaptados; elevadores especiais; vagas especiais em estacionamentos; espaços diferenciados no transporte público e em teatros, cinemas e casas de shows; aumento da presença de instrutores de Libras em cursos e programas de televisão; uso do braile nas escolas; reserva de vagas para educação e em empresas públicas e privadas, entre outras situações.

4. O DEFICIENTE AUDITIVO INCLUSO NO ESPAÇO ESCOLAR

A audição é possível pela integridade do sistema auditivo, qualquer distúrbio que aconteça entre as etapas do processo normal de audição, é definida como deficiência auditiva. O aluno com essa deficiência encontra-se com outras limitações particulares dele próprio e o aprendizado não se enquadra no que se tem com moldes regulares, para favorece-los com uma adaptação e suporte externo no que for adaptável a esse processo de conhecimentos. A de encontrar respostas de como conseguir essa adequação.

Na década de 90 todos esses princípios são reforçados e explicitados, com maior clareza, nos textos subseqüentes, inspirados em documentos internacionais como a proposta de Educação para Todos Jomtien – Tailândia em 1990 e a Declaração de Salamanca - Espanha ,1994. Nessa conferência, foi elaborado o documento “Declaração de Salamanca e Linha de Ação sobre Necessidades Educativas Especiais”, que “inspirada na igualdade de valor entre as pessoas, propõe ações a serem assumidas pelos governos em atenção às diferenças individuais” (CARVALHO, 1998, p. 146).

De acordo com a Declaração de Salamanca (BRASIL,1994), o conceito de inclusão é um desafio para a educação, uma vez que estabelece que o direito à educação é para todos e não só para aqueles que apresentam necessidades educacionais especiais, como podemos observar no trecho abaixo:

As escolas devem acolher todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas ou outras. Devem acolher crianças com deficiência e crianças bem dotadas; crianças que vivem nas ruas e que trabalham; crianças de populações distantes ou nômades; crianças de minorias linguísticas, étnicas ou culturais e crianças de outros

grupos ou zonas desfavorecidas ou marginalizadas. (Salamanca,1994).

Diante dessa perspectiva de inclusão e acessibilidade para todos, elencar esse processo de ensino e aprendizado aos alunos na visão segundo a Declaração é de participação e garantia ao ensino, visto que construa para eles e neles sem desigualdade de oferta ao valor que o ensino tem para hoje.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da necessidade e amparo do deficiente, é gratificante o que se tem conquistado, que eles tenham acesso e usufrua ao ensino regular com um apoio no ensino, suporte preparado para o ajudar em suas necessidades, os ambientes inclusive o educacional, que propicie essa inserção com capacidade de atender todas as pessoas em igualdade. Concernente á questão da heterogeneidade o professor deve ser aquele que ligará o interesse e necessidade do aluno e o seu aprendizado instigando os a produzir a sua própria desenvoltura de aprendizagem com alegria e autonomia principalmente quando se tratar de aluno com deficiência auditiva sabendo que ele é um ser humano com possibilidades a nível educacional e social, que precisa ser estimulado ao nível de desenvolvimento cognitivo e nunca excluído das ações sociais. A acessibilidade pelo direito legal em vigor, viabiliza o aluno na escola, obter o conhecimento, o participar de forma igual e também ser atendido mais específico para os incluir.

Sendo de grande valia os movimentos nacionais, internacionais, que define políticas, princípios e práticas de educação especial e influi nas políticas públicas da educação, embora, muito se tem a fazer.

6. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição federal de 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2_016.pdf. acesso em 20/09/2017.

BRASIL. **Estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 25 setem. 2017.

BRASIL. Lei nº9.394 de dezembro de 1996. **Diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 27 setem. 2017.

[E-mail:conade@sdh.gov.br](mailto:conade@sdh.gov.br)

ARANHA, Maria Salete Fabio. Ministério da educação, secretaria da educação especial. EDUCAÇÃO INCLUSIVA. Brasília: 2004.

_____. – Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?, São Paulo, ed. Moderna, 2003.

UNESCO. Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas Especiais. Brasília: CORDE, 1994.

Cadernos de História da Educação – n. 7 – jan./dez. 2008 43 REFERÊNCIAS

CARVALHO, R. E. Temas em educação especial. Rio de Janeiro: WVA, 1998.

CAVALIERE, A. M. Escolas públicas de tempo integral: uma idéia forte, uma experiência frágil. In: CAVALIERE, A. M. e COELHO, L. M. C. Educação brasileira e(m) tempo integral. Petrópolis (RJ): Vozes, 2002.

Bíblia Sagrada, Nova Versão Internacional®, NVI® Copyright © 1993, 2000 by Bíblica, Inc.® Used by permission. All rights reserved worldwide.