

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1123

(Ano XIV)

(23/11/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1123



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 112, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 953 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Da fiscalização de atos de admissão de pessoal pelos TC's
Benigno Núñez Novo, 11.

ARTIGOS

Fresh Start: direito à Liberdade do Empresário Inabilitado no Procedimento Falimentar

Rodolfo Giovane Ortiz Monteiro Carvalho, Ana Lúcia Macéa Ortigosa e Guilherme Duran Depieri, 16.

O assédio moral no ambiente laboral como desencadeador da síndrome de Burnout.

Tássia Cristina Alves Barreto e Flávia Malachias Santos Chadong, 26.

Violação dos direitos civis das transexuais no Sistema Penitenciário brasileiro

Luana Rosario Santos, 43.

Imunidade tributária religiosa no contexto constitucional de sua liberdade.

Valdery Matias Conceição e Livia Helenatonella, 55.

A responsabilidade civil na prática da alienação parental

Sara Gomes Reis, 72.

A influência da mídia no tribunal do júri: uma análise do caso da boate Kiss

Natália Silva Oliveira, 92.

Sistema Acusatório e Atuação Probatória de Ofício no Processo Penal

Cristiane Mendonça Lage, 105.

O processo de execução fiscal e a falta de acesso do contribuinte.

Daniela Nogueira Rocha, 115.

Reflexos do uso das criptomoedas e o ordenamento jurídico

Jonatha Roberto Bento, 157.

A extensão da aplicação do artigo 27 da Convenção de Viena no direito brasileiro

Vitor Veloso Barros e Santos, 141.

Maus tratos contra idosos: a violência dentro do lar

Matheus Anselmo Coêlho da Costa, 150.

Descontinuação da filiação socioafetiva – possível ou impossível?

Izabella De Souza Moreira, 163.

Alimentos gravídicos e o amparo judicial conferido ao pai enganado diante do princípio da afetividade

Maria Fernanda Lima de Carvalho e Antônio José Lustoza Neto, 175.

As ações afirmativas e a discriminação positiva

Lorraine Marinho da Silva, 185.

A judicialização do Código de Posturas de Palmas -TO (LEI Nº 371/92): Controle de legalidade, controle difuso de constitucionalidade e modulação de efeitos no âmbito do Poder Judiciário Estadual.

Monize Araújo Fonseca, 200.

Sucessão familiar no agronegócio tocantinense

Gabriel Lopes Bucar e Edy Cesar Dos Passos Junior, 215.

A violência nos jogos eletrônicos e as formas de enfrentamento ao cyberbullying online

Gabriel Luís Azevedo Sousa Lozano, 229.

O Caminho da Regulamentação de Criptomoedas: O impacto do projeto de lei 4.401/2021 com sua aprovação no Senado.

Julia Sabrina Bezerra da Silva, 242.

Aplicação do teste da proporcionalidade às medidas legais de isolamento e quarentena adotadas para controle da Covid-19

Mylleny Rodrigues da Costa Silva, 250.

A primazia do princípio do melhor interesse da criança no âmbito do reconhecimento da paternidade socioafetiva

Beatrice Miglioranza Evangelista, 271.

Paternidade Socioafetiva: possibilidade da inclusão dos nomes dos pais na certidão de nascimento e seus efeitos no direito sucessório

Thaynara Teles Xavier, 288.

Os Elementos da Lei Natural e Política de Thomas Hobbes em uma análise paradigmática com a flexibilização dos direitos trabalhistas: o retorno ao estado natural do homem?

Maria Eduarda Moreira de Medeiros, 298.

A análise do tema 958 do STF e sua aplicabilidade nas relações de trabalho reguladas pela CLT

Vitória Fernandes Correia de Castro, 316.

A nova era do direito penal: o direito penal informático e a utilização de assistentes virtuais como meio de prova

Marianna Pontes Portela dos Santos, 329.

Assédio eleitoral: o voto de cabresto do século XXI

Luiz Gustavo de Castro Rocha, 350.

Direito a educação e os reflexos da pandemia do Covid-19

Brenda De Sousa Figueiredo, 365.

A proibição da eutanásia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: uma reflexão crítica a criminalização

Fernanda Barreto Braga, 373.

A aplicação do direito de arrependimento na compra de produtos digitais

João Alves dos Reis Neto, 391.

Busca pessoal: aspectos legais e jurisprudenciais

William Coêlho de Oliveira, 411.

Tutelas provisórias e sua inter-relação com os princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo

José Yuri Pinto Ribeiro, 427.

A eficácia da Lei Maria da Penha contra os agressores no Brasil

Janaina dos Santos Silva e Raquel Samay Silva E Silva, 441.

A privatização dos presídios brasileiros como uma alternativa aos problemas da segurança pública

Guilherme Thadeu do Carmo Gomes e Vitor Silva Guerra, 445.

O avanço tecnológico no período pandêmico como democratização do acesso ao Judiciário

Felipe Da Paz Silva, 478.

Vinculação das alíquotas das contribuições previdenciárias dos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios

Felipe Carneiro Chaves, 486.

Segurança de dados e seus reflexos na proteção de dados no processo civil

Thayllon Gomes Abreu e Buenã Porto Salgado, 491.

Direito Interacional e o caso da aplicação das regras de valoração aduaneira sobre software dormentes

Guilherme Eleutério Martinez e Larissa Renata Nono Almeida, 501.

A biopirataria no Brasil: os impactos socioeconômicos e a legislação para crimes ambientais

Davi Campos Pirangy, 519.

Contrato de namoro x união estável: da aptidão do contrato de namoro para assegurar a incomunicabilidade do patrimônio

Alice Da Silveira Vale, 535.

A (in)constitucionalidade da cobrança de taxa de fiscalização em razão do tipo da atividade exercida pelo estabelecimento

Alana Gonçalves Cardoso da Silva, 546.

A percepção de mulheres puérperas de um município do interior do Tocantins sobre violência obstétrica

Gleidy Braga Ribeiro, Adriana Moreira Dias e Italo Schelive Correia, 561.

Stalking: o crime de perseguição ameaçadora

Matheus Costa de Souza, 587.

Do contrato de namoro em época de pandemia (Sars-cov-2) no Brasil

Ariane Fabricia Vieira de Souza Silva e Alzira Feitosa Freire Passos, 596.

As penas aplicadas ao serial killer perante o direito penal brasileiro

Michelly Cavalcante Coutinho, 614.

O panorama atual das políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher em tempos de pandemia

Adriely Costa do Espírito Santo, 629.

Responsabilidade civil: indenização por infidelidade conjugal

Henrique Mota Valadão, 645.

Direitos Humanos: uma análise sobre sua definição, seu discurso com base na Carta da ONU e sua estrita relação com o direito ao desenvolvimento

Lorena Abreu Leite de Almeida, 655.

A Influência da Personalidade do Intérprete na Interpretação das Normas Constitucionais: Isenção, Empatia e Justiça na Aplicação do Direito

Renata Mahalem da Silva Teles, 667.

Teoria da imprevisão em tempo de pandemia

Luciana Martins Pereira Calil, 685.

A responsabilidade civil das instituições financeiras no Brasil

Sara Daniella Silva, 699.

Herança digital: o direito de sucessão dos herdeiros em face a legislação brasileira atual

Ivana Maria Rocha Pinheiro, 719.

A apelação e o novo regime jurídico dos recursos no Código de Processo Civil de 2015

Felipe de Andrade Sá, 734.

Estado e a redistribuição das rendas pelos tributos

Davi Rodrigues Henriques de Araujo e Fernanda Matos F. de Oliveira Jurubeba, 808.

A responsabilidade do Estado na construção civil: uma análise da legitimidade passiva da CEF pelos vícios e atrasos nos imóveis financiados para promoção de políticas sociais

Isaac Messias dos Santos Montenegro, 832.

A dispensa do processo licitatório frente ao estado de calamidade causado pela covid-19 e a incidência de improbidade administrativa nas contratações

Edmara Azevedo Rocha Coelho, 850.

Da guarda de animais (domésticos/de estimação) em casos de divórcio: uma análise da jurisprudência e doutrina pátrias

Pedro Terra Amâncio de Resende Caixeta, 868.

Contrato de trabalho doméstico: uma análise acerca da possibilidade de suspensão de contrato frente à pandemia do covid-19

Lyandra Beatriz Freitas Pacheco, 886.

Alienação parental: uma análise jurídica, os efeitos jurídicos e psicológicos sob o viés da guarda compartilhada

Sílvia Máximo Barbosa Menezes, 900.

A publicidade enganosa no mercado digital

Allan Henrique Andrade Costa e Luis Felipe Ferreira da Silva, 919.

Violência sexual contra crianças e adolescentes

Líbina Alves de Oliveira, 941.

DA FISCALIZAÇÃO DE ATOS DE ADMISSÃO DE PESSOAL PELOS TC'S

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

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta dispor sobre a relevância da fiscalização e da apreciação do registro da legalidade dos atos de admissão de pessoal pelos diversos TC's do Brasil afora. O melhor entendimento à luz do princípio da legalidade e da segurança jurídica, é atribuir aos atos sujeitos a registro a natureza de ato simples, ou seja, eles se aperfeiçoam a partir de sua publicação pela Administração enaltecendo o princípio da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé do servidor que sabe exatamente o início do prazo que têm a Administração e os órgãos de controle para a revisão, revogação e anulação de tais atos.

PALAVRAS-CHAVE: Fiscalização; Registro; Legalidade; Atos de admissão; Pessoal; TC's.

RESUMEN: Este artículo tiene el objetivo de disponer sucintamente sobre la pertinencia de la inspección y la apreciación del registro de la legalidad de los actos de admisión de personal por los diferentes TC's de Brasil fuera de los actos sujetos a registro tienen la naturaleza de un acto simple, es decir, se mejoran desde su publicación por la Administración, ensalzando el principio de seguridad jurídica, la confianza legítima y la buena fe del servidor que conoce con exactitud el inicio del plazo que tienen los órganos de dirección y control para la revisión, revocación y nulidad. de tales actos.

PALABRAS CLAVE: Vigilancia; Registro; Legalidad; Actos de admisión; Personal; TC's.

ABSTRACT: This article has the objective of succinctly providing on the relevance of the inspection and the appreciation of the registration of the legality of the acts of admission of personnel by the different TC's of Brazil outside. acts subject to registration have the nature of a simple act, that is, they are improved from their publication by the Administration, extolling the principle of legal certainty, legitimate expectations and the good faith of the server who knows exactly the beginning of the period they have Management and control bodies for the review, revocation and annulment of such acts.

KEYWORDS: Oversight; Record; Legality; Acts of admission; Guys; TC's.

INTRODUÇÃO

O controle externo, em sentido amplo, é toda fiscalização exercida por um ente que não integra a estrutura na qual o fiscalizado está inserido. A Constituição Federal reservou aos Tribunais de Contas atividades de cunho técnico, como a realização de auditorias e o exame e julgamento da gestão dos administradores públicos.

O ingresso de servidores ou funcionários nos quadros da Administração Pública pode se dar pelo provimento originário, pelo provimento derivado, pela contratação temporária e há ainda os admitidos sem concurso público antes da vigência da Constituição Federal de 1988.

A competência constitucional dos TC's para fiscalizar e apreciar a legalidade do registro dos atos de admissão de pessoal tem a previsão legal no art. 71, III, da CF. Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí, que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil, a sua competência para fiscalizar e apreciar a legalidade do registro dos atos de admissão de pessoal se encontra nos seguintes dispositivos (Art. 86, III, "a", da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, do Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º, IV, Art. 82, V, "a", Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º e a Resolução TCE/PI nº 23, de 06 de outubro de 2016).

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância da fiscalização e da apreciação do registro da legalidade dos atos de admissão de pessoal pelos diversos Tribunais de Contas do Brasil afóra.

DESENVOLVIMENTO

Dentre as competências que a Constituição Federal reserva aos TC's encontra-se a de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório (art. 71, III, CF).

Por ocasião do registro da admissão de pessoal, no caso de provimento originário, os TC's iniciarão o exame do controle de legalidade pelo ato de nomeação para determinado cargo ou emprego a partir do respectivo edital do concurso público. Os órgãos de instrução dos TC's, tomando-se por exemplo, o TCE/PI, a Divisão de Fiscalização de Admissão de Pessoal (DFAD) verificará desde a publicação do edital, fase de inscrição, realização de provas, fases recursais, homologação, ordem de classificação, prazo de validade, nomeação, entre outros requisitos. Essa fiscalização aqui no Estado do Piauí ocorre simultaneamente com a realização do concurso público.

De sorte que, publicado o edital de determinado concurso, os TC's, pela sua unidade técnica ou Divisão, no caso do TCE/PI pela DFAD, pesquisa junto ao Diário Oficial dos Municípios Piauienses,

Diário Oficial das Prefeituras Piauienses e demais diários, a publicação do edital do certame e começa desde logo o controle concomitante de legalidade do instrumento convocatório, propondo ou não alteração no instrumento convocatório (através de um quadro de avisos em contato com os gestores dos municípios piauienses e gestores do Estado) e, a partir deste ponto, acompanhará a realização de todas as etapas do concurso. Importante dizer que, verificada alguma impropriedade, a unidade técnica ou divisão (DFAD) acionará o TC para, por exemplo, conceder medida cautelar.

Por unanimidade, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) negou recurso interposto contra decisão que assegurou o poder geral de cautela do Tribunal de Contas de Mato Grosso (TCE-MT) e reafirmou a competência constitucional do órgão de controle externo para determinar medidas cautelares:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DO MATO GROSSO. PODER GERAL DE CAUTELA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE CONTRATOS. DECISÃO JUDICIAL QUE SUSPENDE MEDIDA DETERMINADA PELA CORTE DE CONTAS. ALEGAÇÃO DE RISCO DE GRAVE DANO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. OCORRÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDAS QUE VISAM A PRESERVAÇÃO DO ERÁRIO. PEDIDO DE SUSPENSÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE. Assim, verifica-se a necessidade de acolhimento do pedido de suspensão formulado, completando-se a presença de todos os requisitos legais que ensejam o deferimento da presente medida de contracautela, até que ocorra o trânsito em julgado na ação principal (art. 15 da Lei nº 12.016/2009; art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e art. 297 do Regimento Interno do STF). Ex positis, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DE SUSPENSÃO, para suspender as decisões proferidas nos autos dos Mandados de Segurança nº XXXXX-52.2020.8.11.0000 e XXXXX-08.2019.811.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Mato Grosso, até o seu trânsito em julgado. Publique-se. Int. Brasília, 21 de setembro de 2021. Ministro Luiz Fux Presidente Documento assinado digitalmente (STF - SS: 5505 MT XXXXX-51.2021.1.00.0000, Relator: PRESIDENTE, Data de Julgamento: 21/09/2021, Data de Publicação: 23/09/2021)

O controle de legalidade do ato de admissão de provimento originário, o órgão de instrução apenas verificará a legalidade do edital de convocação, nomeação, posse e exercício do candidato aprovado.

Pelo registro, o Tribunal de Contas realiza o controle de constitucionalidade e de legalidade desses atos de pessoal. É pacífico no STF que a eficácia desses atos ocorre com o registro. A

submissão desses atos ao controle perante o Tribunal de Contas está, portanto, em sintonia com o princípio da legalidade, segurança jurídica e da proteção à confiança, sendo este, decorrente daquele e que podem resultar em colisão com o princípio da legalidade caso esses sofram alteração ou negativa de registro após exacerbado lapso temporal, aliás, como é praxe nos TC's.

O sujeito que é nomeado, toma posse e entra em exercício, já tem direito a salário, licença, férias, décimo terceiro e todos os direitos e as garantias do cargo ou da função, independentemente do registro nos TC's. A vontade materializada pelos TC's na apreciação dos atos sujeitos a registro é autônoma e não integra a vontade manifestada pela Administração. São dois momentos distintos, vale dizer, são dois atos distintos, autônomos, cada um com seus próprios efeitos.

CONCLUSÃO

A relevância do controle externo no que tange ao registro dos atos de pessoal. Trata-se de uma função que tem por objetivo preservar o princípio geral da legalidade que obriga toda a atuação da Administração, como de resto a preservação do patrimônio público. O entendimento atual do STF quanto à natureza do ato sujeito a registro é por demais prejudicial aos interesses do servidor ativo, inativo e pensionista, tendo em vista que nesse caso, a decadência opera-se a partir do registro nos TC's, cuja jurisdição também sofre os efeitos da morosidade que aflige a prestação dos serviços jurisdicionais.

O melhor entendimento à luz do princípio da legalidade e da segurança jurídica, é atribuir aos atos sujeitos a registro a natureza de ato simples, ou seja, eles se aperfeiçoam a partir de sua publicação pela Administração, fluindo daí o prazo decadencial para a revisão administrativa de ofício, inclusive, sem o contraditório, o que enaltece o princípio da legalidade e a Súmula nº 473, do STF. E por outro lado, enaltece também o princípio da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé do servidor que sabe exatamente o início do prazo que têm a Administração e os órgãos de controle para a revisão, revogação e anulação de tais atos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 de out. de 2022.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: < <http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 09 de out. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 09 de out. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: < <https://www.tce.pi.gov.br/>>. Acesso em: 09 de out. de 2022.

DUTRA, Micaela Dominguez. **O Tribunal de Contas e o Verbete n. 347 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Direito Público, Ano V, n. 20 (Mar-Abr. 2008). p. 190-200.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.** Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 09 de out. 2022.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.** Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf>. Acesso em: 09 de out. de 2022.

FRESH START: DIREITO À LIBERDADE DO EMPRESÁRIO INABILITADO NO PROCEDIMENTO FALIMENTAR

RODOLFO GIOVANE ORTIZ MONTEIRO CARVALHO:
Mestrando em Direito Civil Comparado pela PUC/SP.
Advogado.

ANA LÚCIA MACÉA ORTIGOSA¹

GUILHERME DURAN DEPIERI²

(coautores)

Resumo: A reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, altera a valoração de algumas figuras jurídicas do direito no Brasil. A Lei 14.112/2020 alterou o regime e autorizou uma rápida recolocação do devedor no mercado, uma espécie de "fresh start". O legislador optou por garantir ao devedor uma rápida liberação das responsabilidades, conferindo-lhe liberdade comercial. Dessa forma, por meio da preservação da personalidade jurídica o empresário, após sua reabilitação, pode voltar às atividades empresarias, conferindo-lhe liberdade, por meio do rápido e novo recomeço que a reforma da lei confiou.

Palavras-chave: *Fresh Start*. Liberdade. Negócios.

Abstract: The reform of the Business Recovery and Bankruptcy Law changes the valuation of some legal figures of law in Brazil. Law 14.112/2020 changed the regime and authorized a quick replacement of the debtor in the market, a kind of "Fresh Start". The legislator chose to guarantee the commercial freedom, giving him a new opportunity to undertake. In this way, through the preservation of the legal personality, the entrepreneur, after his rehabilitation, can return to business activities, giving him freedom through the quick and fresh start that the law reform entrusted.

Keywords: Fresh Start. Freedom. Business

Introdução

A relevância dos direitos da personalidade se vislumbra na importância conferida à pessoa humana, tendo sua origem na reação estatal sobre o indivíduo, por meio da teoria contratualista que identificou tais direitos como inatos ao homem (MATTIAS, 1979, p. 99).

O Código de 1916, ao abordar sobre a proteção da pessoa, dispunha, implicitamente, os direitos da personalidade, sendo inegável a relevância jurídica de tal diploma legal, que ao contrário

1 Mestranda em Direito Civil pela PUC/SP. Advogada. Professora Assistente..

2 Mestrando em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

de diversos países europeus, não ficou preso às suas tradições e teve, por meio de Clóvis Beviláqua, normas avançadas para o período.

Amaral (2005 p. 171-188) menciona que a origem dos direitos da personalidade estaria no código de Hamurabi ou ainda no próprio Direito Romano. Os direitos da personalidade são aqueles correlatos ao saudável desenvolvimento das virtudes biopsíquicas da pessoa, e interage do início ao “fim” da personalidade (CC, art. 6º). Alguns perpetuam-se através dos sucessores, pois são de ordem vitalícia, como a honra, imagem e direito moral.

Nos tempos de hoje, os direitos fundamentais, dentro de uma ordem jurídica, tornaram-se assunto de extrema relevância face à outras normas, deixando às demais, em patamares hierarquicamente inferiores. Nos ensina Guerra (2003, p. 82), que a lei deixou de estar no núcleo do universo jurídico em detrimento dos direitos fundamentais, que acabam por formar uma nova categoria jurídica em um regime específico. Gonçalves (1997, p. 35), não menos diferente, enaltece esses direitos como pedra angular de todo o alicerce jurídico.

Nos ditames da doutrina tradicional, os entes físicos ou coletivos, que integram a sociedade, passíveis de incidência de norma, são dotados de direitos e obrigações, refletindo, portanto, a necessidade de enaltecer os direitos associados à liberdade, principalmente no tocante à liberdade econômica.

É neste sentido, em um cenário onde o direito à liberdade decorre dos direitos fundamentais e, portanto, a liberdade se encontra conectada diretamente com a personalidade, que o Instituto do *Fresh Start* se insere, passando a possibilitar a retomada das atividades face a não extinção da personalidade jurídica.

Importante mencionar que a atividade empresarial é cercada por riscos e por mais sólida que seja sua operação o empresário está suscetível às variações mercadológicas e problemas gestacionais que podem levar à insolvência. Por outro lado, o risco é essencial ao desenvolvimento, face à concorrência, compelindo o empresário a buscar novos mercados e desenvolver suas operações de modo a torná-las competitivas.

Eventual fracasso não deve ser visto como uma censura coletiva, de forma a marcar sua biografia e anos de operações, apontando desonestidade ou fraude. Deve-se levar em conta problemas gestacionais, inaptidão para o mercado, ou até mesmo, adversidades externas que são capazes de acometer as atividades.

O enfrentamento de crises é absolutamente normal dentro das relações de mercado, cabendo ao Estado e sua legislação regulamentar situações e fornecer mecanismos para sua superação, preservando assim os interesses sociais e de credores.

Entretanto, uma série de interesses são envolvidos quando se trata de insolvência. Sob uma ótica mais profunda, aponta-se os interesses dos trabalhadores, credores, consumidores, dentre outros agentes que se preocupam com o insucesso.

A função da legislação falimentar, onde o *fresh start* se insere, é a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. O instituto foi incluído na redação do art. 158 da Lei 14.112/2020, que cuida da extinção das obrigações, e consequente reabilitação do falido, tema do presente estudo. Merece destaque a revogação do inciso II, as alterações no texto do inciso III e a inserção do inciso V.

Partindo do princípio de que o falido pode ser o empresário individual de responsabilidade ilimitada, empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), ou as sociedades empresárias, bem como sócios de responsabilidade ilimitada de sociedade empresária decretada falida, passamos a analisar a retomada das atividades após a extinção por alguma hipótese do art. 158.

Observa-se que o Código Civil brasileiro determina que a consequência da decretação da falência é dissolução da sociedade.³ O mesmo ocorre com as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações.⁴ No entanto, nos ensina Sacramone (2021. p. 601) que:

A dissolução de pleno direito da sociedade, por ocasião da decretação de sua falência, não implica sua extinção automática. A extinção da personalidade jurídica ocorre apenas com a conclusão da liquidação de seus ativos e o cancelamento de sua inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis (art. 51, § 3º, do CPC).

Corroborando com este mesmo entendimento o rel. desembargador Romeu Ricupero⁵:

Na verdade, a sentença de encerramento da falência não acarreta, automaticamente, a extinção da personalidade jurídica da falida, e isso porque, mesmo após aquela sentença, a sociedade falida, em seu nome, pode requerer a extinção de suas obrigações e voltar a comerciar.

Sendo assim, por meio da preservação da personalidade jurídica, o empresário, após sua reabilitação, conforme art. 158 da Lei em comento, pode voltar às atividades, associando esta fundamentação ao *fresh start*.

I. Reforma da 11.101/2005 pela 14.112/2020

O Decreto-Lei nº 7.661/45 (antiga Lei de Falência), não conferia ao empresário, em crise temporária, o suficiente para superá-la e preservar a sua atividade empresarial. Com o advento da Lei 11.101/05, baseada no princípio da preservação, em que considerou a função social da empresa como geradora de riqueza econômica, previu-se a reabilitação do falido nas hipóteses de extinção das obrigações falimentares.

³ Art. 1.087 e 1044 do Código Civil Brasileiro

⁴ Art. 206 da Lei nº 6.404/76

⁵ TJSP, Câmara Especial de Falência e Recuperações Judiciais, Ap. 555.048-4/6-00, rel. Desembargador Romeu Ricupero.

Embora seja inequívoca a evolução provocada pela 11.101/05, estava muito distante do ideal, fazendo com que a promulgação da Lei 14.112/20 concretizasse o princípio basilar da falência, que é a satisfação do direito dos credores e a preservação do mercado contra empresas que não podem e não devem ter suas atividades preservadas.

A reforma modificou o art. 158, revogando alguns incisos e conferindo-lhe nova redação a outros. Dessa forma, trouxe maior flexibilidade e celeridade à extinção das obrigações e conseqüentemente a reabilitação se tornou uma opção mais viável.

Destaca-se também que a celeridade tratada neste estudo encontra respaldo no art. 75, inciso III, pois se de um lado a falência promove o afastamento do devedor de suas atividades (art. 102), a mesma deve fomentar o empreendedorismo, incluindo a viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade.

II. Extinção das Obrigações

Antes da reforma, a extinção das obrigações estava inserida numa fase pós-falimentar do processo, que veio a ser alterada, permitindo uma rápida recolocação do devedor e uma célere liberação das responsabilidades pelas dívidas abrangidas pela recuperação judicial (TOMAZETTE, 2021, p. 108).

É fundamental que se tenha a sentença de extinção das obrigações para que seja garantida a retomada das atividades. Isto porque, a sentença de encerramento da falência não garante a retomada de suas atividades, tampouco de suas obrigações.

Além disso, o encerramento da falência depende da realização da integralidade do ativo, e não do pagamento de todos os créditos. A realização da integralidade do ativo pode, inclusive, não ser suficiente à quitação, conferindo grande novidade à nova redação da Lei, uma vez que, no texto original mesmo com o encerramento da falência, persistiam os créditos (FONSECA, 2020, p. 192).

II.I. Pagamento total dos créditos

São quatro as hipóteses de extinção das obrigações, conforme a nova redação do art. 158. Inalterada pelo legislador, o pagamento de todos os créditos confere ao falido ou não a extinção das obrigações. Quanto a interpretação de “pagamentos” Sacramone (2021; p. 599) afirma que:

Apesar de a LREF fazer referência apenas a pagamentos, deve-se interpretar o dispositivo de forma ampla como a indicar qualquer outra modalidade de extinção do direito de crédito, como a compensação, a dação em pagamento, a novação, a confusão, ou a remissão da dívida.

Assim, verificado que o pagamento dos créditos admite interpretação ampla, quanto a modalidade e o momento de pagamento pode ser durante ou após o procedimento falimentar. O

pagamento total dos créditos, conforme o inciso I, evidentemente, é causa de extinção das obrigações (FONSECA, 2020, p. 192).

II.II – Pagamento parcial dos créditos quirografários

Também foi mantida a previsão de extinção após liquidação de todos os bens e rateio aos quirografários, modificando apenas a porcentagem para 25%, inciso II do referido artigo. Ou seja, o que anteriormente se admitia no patamar de 50%, com a reforma, houve uma considerável queda.

No entanto, importante enfatizar que todos os outros créditos decorrentes de credores extraconcursais e, entre os concursais os trabalhistas, com garantia real e tributários, deverão ser integralmente quitados para então considerar o rateio à porcentagem de 25% dos quirografários. Portanto, entende-se que caso sejam pagos 25% dos créditos quirografários, todos os demais créditos serão extintos.

Em caso de insuficiência do produto dos ativos ou da massa falida, o falido poderá depositar a quantia necessária para satisfazer o remanescente até chegar ao referido percentual. Este complemento poderá, inclusive ser feito, por qualquer terceiro ou interessado, em benefício do falido (SACRAMONE, 2021, p. 600).

II.III – Decurso de prazo

O decurso de prazo de três anos após a decretação da falência, inovou com a redação dada ao inciso V, para extinção das obrigações. Anteriormente a reforma, tínhamos o prazo de cinco anos contados do encerramento da falência e não de sua decretação. Este prazo não significa que o falido não tenha que adimplir mais nenhuma obrigação, no caso em que não tenha sido finalizado o procedimento falimentar.

Leciona Sacramone (2021, p. 600):

Ressalta-se, neste prazo, que os ativos arrecadados anteriormente serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados, com pedido de reserva realizado e, pela interpretação lógica, que realizaram pedidos de habilitação e que se encontram ainda pendentes de julgamento.

Tomazette (2021, p. 108) afirma que essa hipótese não tem o condão de liberar os bens que já foram arrecadados, continuando estes servindo ao pagamento dos credores habilitados ou com pedido de reserva de valor realizados.

II.IV – Encerramento da falência

A nova redação do inciso VI prevê a extinção das obrigações pelo simples encerramento da falência, seja ela frustrada ou com apuração de haveres. Ainda, poderá ser extinta pela sentença de encerramento, após apresentado o relatório pelo administrador judicial. Nesta hipótese o encerramento da falência somente ocorrerá após realizado o último pagamento, não havendo prejuízo aos credores.

Coelho (2021, p.485) aponta uma possibilidade que, embora rara, pode acontecer quando se tem um processo falimentar muito rápido:

... a declaração da falência suspende a fluência dos prazos prescricionais das obrigações do falido, os quais recomeçam a fluir do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência; se a falência for muito rápida e se encerrar em pouquíssimo tempo, e antes de 3 anos contados da decretação, verificar-se a prescrição de todas as obrigações, extinguem-se estas, dando ensejo à reabilitação civil do empresário falido.

A nova redação da Lei determina que após o encerrando o processo de falência, e a consecutiva sentença de encerramento, as obrigações em face do falido serão extintas (SACRAMONE, 2021, p. 600).

Merece destaque, a ausência de bens, que levará a extinção das obrigações do falido, seja pela falta de credor ou bens, nos termos do inciso 114-A. Como é de conhecimento geral, a grande maioria não possui bens, e para uma melhor compreensão, mister a análise da crise, numa relação ativos x passivos de empresas em recuperação judicial.

O estudo recente da ABJ6 revelou que a relação ativo e passivo das empresas em recuperação segue uma correlação linear próxima de 01, ou seja, passivo e ativo das empresas em recuperação apresentam valores próximos, de tal forma que o patrimônio líquido tende a zero.

Levando em consideração que o estudo realizado versou sob empresas em processo de recuperação judicial, a correlação se torna relevante, pois durante o curso do procedimento, se observa a depreciação dos ativos, que pode, inclusive não ser suficiente para igualar de forma linear os valores, tornando os ativos insuficientes para pagar os credores.

Portanto, quando os bens arrecadados não forem suficientes para as despesas, só se justifica o prosseguimento caso algum credor tenha interesse em custear, caso contrário persegue-se o relatório, a ser feito pelo administrador judicial.

III.I Empresário Individual

Como já pincelado na introdução deste estudo, a reabilitação do empresário é usualmente restrita apenas aos empresários individuais de responsabilidade ilimitada, muito embora o art. 190 da LREF é expresso quanto à extinção das obrigações do sócio ilimitadamente responsável. Isto porque são pessoa naturais, e as pessoas jurídicas empresárias dissolvem de pleno direito por ocasião da decretação da falência.

A falência será automaticamente estendida ao sócio de responsabilidade ilimitada independentemente de qualquer demonstração de fraude, pois entende-se que pelo fato de não

6 Associação Brasileira de Jurimetria – Observatório da Insolvência. Processos de Recuperação Judicial no Rio de Janeiro. Relatório: 08 de outubro de 2021.

ter impedido o inadimplemento do ente social, os sócios não teriam condições financeiras de satisfazer as suas obrigações.

Portanto, com a nova redação, os sócios não mais serão submetidos aos efeitos, mas sim a própria falência será estendida aos sócios de responsabilidade ilimitada. Assim, pela própria natureza da composição societária, esses sócios respondem com seus patrimônios pessoais pelas obrigações assumidas pela sociedade, em solidariedade com esta. (TOLEDO, 2009, p. 154).

Coelho (2021, p. 486) expõe que a reabilitação é reservada apenas aos falidos e, portanto, o empresário individual é o único que tem interesse na reabilitação, mas não necessariamente o único legitimado:

“... em relação ao empresário individual, entretanto, o quadro é diverso: para poder voltar a exercer atividade empresarial como pessoa física, integrar sociedade limitada como sócio ou exercer cargo de administrador de sociedade anônima, ele deve necessariamente requerer a sua reabilitação no juízo falimentar. Por esta razão só se costuma verificar, na prática, o procedimento de reabilitação quando o falido era empresário individual ou se o representante legal da sociedade empresária falida foi condenado por crime falimentar. A reabilitação compreende a extinção das responsabilidades civis e penais do falido.”

O Código Civil brasileiro determina que a sociedade empresária será dissolvida por ocasião da decretação de sua falência, o que por sua vez, não implica sua extinção automática, tendo em vista que a sua personalidade somente será extinta com o cancelamento de sua inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis.

No entanto, Sacramone (2021, p. 601) aponta que não há impedimentos para que a pessoa jurídica, após sua reabilitação, volte a desempenhar suas atividades empresariais, já que não houve a extinção da personalidade jurídica.

Merece apontar que o empresário individual somente poderá voltar a exercer atividade empresarial, contratar sociedade limitada ou administrar companhia, caso não estiver sendo processado penalmente ou tiver sido absolvido por sentença definitiva. Caso contrário, deverá habilitar-se, antes, no plano penal.

III.II Código Tributário Nacional

Encontramos regramento específico que adiciona outro ponto necessário à extinção das obrigações e conseqüente reabilitação da pessoa jurídica empresária. O Código Tributário Nacional (CTN), por meio da redação do art. 191, conferida pela Lei Complementar nº 118/2005, exige prova de quitação de todos os tributos.

Portanto, para que a extinção das obrigações seja ser reconhecida, necessário se faz apresentar Certidão Negativa de Débitos Tributários, provando a inteira quitação também das obrigações tributárias.

IV. Procedimento de Reabilitação do Falido

A reabilitação do falido, após a extinção das obrigações deve ser, necessariamente, declarada por sentença, requerida ao Juízo Universal, demonstrando o preenchimento de qualquer requisito do art. 158. Trata-se de sentença extintiva das obrigações que deverá ser autuado em apartado.

Isto porque, o requerimento ocorrerá enquanto estiver pendente o processo de falência, “haja vista que, do contrário, a reabilitação poderá ocorrer na própria sentença de encerramento da falência” (SACRAMONE, 2021, p. 602).

Quanto a publicidade da sentença de extinção, esta deve ser amplamente divulgada, de forma a permitir a recolocação do falido no mercado, comunicando-se todas as pessoas e entidades por ocasião da decretação da falência.

O mesmo serve para o a reabilitação do sócio ilimitadamente responsável, ou seja, desde que haja a prescrição de suas obrigações ou preenchimento de alguma das hipóteses do art. 158, poderá o sócio de responsabilidade ilimitada requerer a declaração, por sentença, da extinção das obrigações.

Coelho (2020, p. 487) afirma que a reabilitação é reservada apenas ao falido, tendo em vista que o sócio da sociedade falida não é falido. Logo, por este viés, o empresário individual é o único que tem interesse na reabilitação. Os sócios da falida não sofrem, em razão da falência, nenhum impedimento em relação ao exercício da atividade empresarial.

V. Ação Rescisória

Constatado o desvio ou a ocultação de bens, após a sentença de extinção das obrigações, porém anteriores à data do requerimento, qualquer credor pode promover ação rescisória da sentença de extinção das obrigações, obedecendo o prazo prescricional de dois anos do trânsito em julgado desta.

Isto se deve ao fato de que a sonegação de bens, direitos ou rendimentos, por parte do falido, fere os pressupostos que motivaram o próprio instituto da falência sob a perspectiva de ter como resultado a execução coletiva dos bens do devedor para satisfazer a coletividade de credores de acordo com a ordem de pagamentos face a possibilidade do empresário voltar a empreender no mercado tão logo suas dívidas fossem extintas (SACRAMONE, 2021, p. 602).

Assim, com a sentença de extinção das obrigações, pressupõe que o falido tenha agido de boa-fé e que tenha apresentado todos os seus bens para que fossem liquidados e os credores satisfeitos.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que as alterações ocorridas em virtude da lei 14.112/2020 mostram fundamentais avanços da legislação acerca da extinção das obrigações, dada a complexidade do procedimento falimentar.

Transplantado do ordenamento norte-americano, o *fresh start* busca balancear as consequências geradas pela falência face à proteção da viabilidade de uma célere retomada do empresário, bem como enaltecendo o instituto da personalidade jurídica.

Pautado no princípio da preservação da empresa e sua função social, o *fresh start*, adaptado à realidade nacional, se torna fundamental para a retomada das atividades, por meio da extinção das obrigações, principalmente quando se coloca em evidência um dos pilares da efetividade do processo que é a celeridade.

Todavia, não se pode esquecer que o processo falimentar busca a satisfação do direito dos credores, por meio da execução coletiva. Portanto, se de um lado as consequências do procedimento são graves, há também, em outra via uma maior celeridade e rapidez quando a retomada do empresário.

Espera-se que a consequência da alteração legislativa, em conjunto com a fundamentada preservação da personalidade jurídica inserida no contexto da preservação, tema deste estudo, possa de fato, auxiliar o procedimento falimentar quanto a retomada do empresário às suas atividades, após a extinção das obrigações, superando o estado de crise econômico-financeira e consagrar ainda mais os direitos à liberdade, sob fiscalização do Poder Judiciário

Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BRASIL., TJSP, Câmara Especial de Falência e Recuperações Judiciais, Ap. 555.048-4/6-00, rel. Desembargador Romeu Ricupero. j. 28/05/2008

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de falência e de recuperação de empresas**. 14ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, vol. 3, 36. ed.. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 55.

FONSECA, Geraldo. **Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência: comentada e comparada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATTIA, Fábio Maria De. **Direitos da personalidade: aspectos gerais**. Estudos de Direito Civil. Antônio Chaves (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

OLIVEIRA, Paulo Furtado de. [et. al.]. **Lei de Recuperação e Falência**. Editora Foco. Edição Kindle . Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

OBSERVATÓRIO DA INSOLVÊNCIA. Processos de Recuperação Judicial no Rio de Janeiro. Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ. 08 de outubro de 2021. Disponível em: <https://abjur.github.io/obsRJRJ/relatorio/obs_rjr_abj.pdf>

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Extensão da Falência a sócios ou controladores de sociedades falidas**. Revista do Advogado, São Paulo: AASP, n. 105, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Comentários à reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 1ª ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE LABORAL COMO DESENCADEADOR DA SÍNDROME DE BURNOUT.

TÁSSIA CRISTINA ALVES BARRETO:

Graduanda do Curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

FLÁVIA MALACHIAS SANTOS CHADONG⁷

(coautora/orientadora)

RESUMO: O presente artigo retrata as decorrências da prática do assédio moral no ambiente laboral hostil, tendo como eixo principal a manifestação da Síndrome de Burnout decorrente dessa forma de assédio moral. Diante desse cenário, foram analisados os temas de maior relevância abordando o assédio moral e psicológico no trabalho, a natureza psíquica da Síndrome de Burnout e seus sintomas, os danos que são desencadeados à saúde do trabalhador, os prejuízos sofridos e a eficácia dos meios de reparação oferecidos pela legislação brasileira ao empregado portador da Síndrome de Burnout. Para o desenvolvimento deste artigo utilizou-se a metodologia de análises bibliográficas através de levantamentos teóricos sobre o assunto, sendo utilizados livros, artigos, monografias e sites que abordam o tema em questão e que foram fundamentais para compreensão dele. Concluindo que o assédio moral é uma conduta atentatória à dignidade humana e a vários princípios da Constituição Federal, ocasionando doenças do trabalho que podem vir a se tornar irreversíveis. Sendo assim necessário ser combatido de modo afetivo pela sociedade e pelo Estado.

Palavras-chave: Ambiente Laboral, Assédio Moral; Reparação; Síndrome de Burnout.

ABSTRACT: This article portrays the consequences of the practice of moral harassment in the hostile work environment, having as main axis the manifestation of Burnout Syndrome resulting from this form of harassment. In view of this scenario, the most relevant themes were analyzed, addressing moral and psychological harassment at work, the psychic nature of the Burnout Syndrome and its symptoms, the damage that is triggered to the health of the worker, the losses suffered and the effectiveness of the means of protection. compensation offered by Brazilian legislation to employees with Burnout Syndrome. For the development of this article, the methodology of bibliographic analysis was used through theoretical surveys on the subject, using books, articles, monographs and websites that address the topic in question and that were fundamental for understanding it. Concluding that bullying is a conduct that threatens human dignity and several principles of the Federal Constitution, causing occupational diseases that may become irreversible. Therefore, it is necessary to be fought in an affective way by society and the State.

Keywords: Work Environment, Bullying; Repair; Burnout syndrome.

⁷ Mestre em Direito Constitucional Econômico. Especialista em Direito Previdenciário, Direito e Processo do Trabalho. Professora Universitária. Advogada.

INTRODUÇÃO

O assédio moral no ambiente laboral é um assunto que vem causando forte preocupação social, em decorrência dos inúmeros impactos nocivos que causa ao trabalhador. Esse assédio se traduz por uma diversidade de ações e situações no ambiente laboral que desrespeitam, constroem e humilham o funcionário, sendo uma conduta abusiva que ocasiona exposições humilhantes e constrangedoras aos funcionários .

O assédio moral pode acontecer em vários lugares, sendo mais comum no local de trabalho devido a relação de hierarquia que existe nesse ambiente. Com os efeitos da globalização, as empresas passaram a adotar como foco principal a produtividade e a competitividade, almejando um aumento de produção, de metas e principalmente dos lucros, e exigindo assim mais empenho, qualidade nos serviços e capacitação do trabalhador, visando alcançar, principalmente, a individualização dos resultados. Entretanto, esse contexto favorece o aumento de práticas assediosas nas empresas.

Um ato que pode causar danos à dignidade, integridade e a saúde do indivíduo, podendo desencadear graves doenças ocupacionais como a Síndrome de Burnout. As doenças ocupacionais estão diretamente ligadas aos fatores do ambiente de trabalho e podem causar grandes alterações à saúde do trabalhador. Um dos motivos constatados são as intensas cobranças inerentes a esse ambiente laboral que colaboram para o aumento de casos diagnosticados por doenças do trabalho. Pois bem, a sobrecarga de fatores no trabalho pode ter como consequências o adoecimento psicológico do empregado.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro está em constante busca de desenvolvimento de medidas de prevenção ao assédio moral, bem como assegurar ao empregado seus direitos através da constatação da responsabilidade dos empregadores em relação ao desencadeamento de doenças profissionais. A Síndrome do Burnout se caracteriza pelo estado de exaustão física, emocional e mental causado no local de trabalho e, devido ao excessivo aumento de casos, passou a ser classificada como doença decorrente do trabalho.

Diante disso, o presente artigo tem sua importância por analisar e demonstrar como as consequências geradas por um ambiente laboral hostil podem desencadear o surgimento de doenças ocupacionais de natureza psicológica tendo como objetivo principal analisar as consequências do assédio moral no ambiente de trabalho, com foco central no desencadeamento da Síndrome de Burnout decorrente dessa prática. Além de analisar e conceituar a natureza da Síndrome de Burnout, e principais hipóteses de ocorrência; explanar sobre os prejuízos sofridos pelo trabalhador quando exposto a prática assediosa e verificar a eficácia dos meios de proteção oferecidos pela legislação brasileira ao trabalhador portador da Síndrome de Burnout.

A metodologia de pesquisa foi desenvolvida através de levantamentos teóricos sobre o assunto, sendo utilizados livros, artigos, monografias e sites que abordam o tema. Apresentando os principais assuntos relacionados ao assédio moral e o desencadeamento da Síndrome de

Burnout no ambiente laboral, as consequências legais e os meios de reparações que podem ser pleiteados pelo trabalhador assediado.

Portanto, este artigo consiste em refletir sobre como o assédio moral pode ser prejudicial ao trabalhador ao ponto de lhe causar sérias doenças de natureza psicológica como a Síndrome de Burnout e a importância de reprimi-lo a fim de que os trabalhadores possam usufruir de um ambiente de trabalho saudável, que lhes proporcione garantia de dignidade e integridade física e moral.

1 O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

O assédio moral, que também é conhecido como mobbing e bullying, é conceituado por condutas que apresentem comportamentos abusivos e de forma frequente e intencional. Esses comportamentos podem ser caracterizados através de inúmeras atitudes que venham atingir a integridade física ou mental do indivíduo, colocando em risco sua atividade profissional e tornando seu ambiente laboral um lugar hostil e de extremo incômodo. O assédio ocorre de maneira prolongada e intensificada, podendo causar abalos psicológicos profundos à vítima assediada moralmente.

"O assédio moral no trabalho não comporta delimitação conceitual precisa, mesmo porque suas manifestações são proteiformes: assumem distintas modalidades de expressão. Em todas elas se constata a violência psicológica no meio ambiente laboral, consistente na exposição do trabalhador a condutas humilhantes, vexatórias, constrangedoras, repetitivas e prolongadas, tornando-o tóxico e nocivo. Essas manifestações agredem direitos fundamentais arduamente conquistados pelos trabalhadores em décadas de lutas sociais." (MARTINEZ, 2022, p.24).

O autor Cairo Júnior (2018, p. 1064) conceituou o assédio moral no trabalho como:

"o comportamento por meio do qual o empregador ou seus prepostos um ou mais empregados e inicia um processo deliberado de perseguição insistente, composto por atos repetitivos e prolongados, com o objetivo de humilhá-los, constrangê-los, inferiorizá-los e isolá-lo dos demais colegas de trabalho, procedimentos que implicam danos à saúde psicofisiológica e a dignidade do empregado." (CAIRO, 2018, P. 1064).

Na compreensão de Nascimento (2015), o assédio tem natureza psicológica e é definido como uma atitude de conduta abusiva que age de forma repetitiva e prolongada ameaçando a dignidade do empregado, o expondo a situações humilhantes e constrangedoras, que podem ofender sua personalidade, dignidade e sua integridade psíquica. Essas ações de maneiras frequentes podem fazer com que o empregado seja excluído de sua função, ou ainda, o ambiente de trabalho se torne um lugar arbitrário para ele. O assediador poderá ser tanto seu superior como também outros funcionários da empresa. Segundo Maria Aparecida Alkimin, a atitude do assediador em assediar o outro no trabalho, tem que ocorrer de forma consciente. "Ser previsível

seu efeito danoso sobre o ambiente de trabalho e sobre a integridade psicofísica da vítima" (ALKIMIN, 2005, p. 9-11).

Destaca-se que a existência de assédio moral no ambiente de trabalho leva a várias consequências negativas como as relações sociais da vítima, seja familiar ou profissional, deixando a pessoa assediada doente em decorrência da intensidade do assédio, gerando a necessidade de um tratamento específico. Em alguns casos, a vítima mesmo após o tratamento, continua apresentando vários efeitos decorrentes do assédio, tendo em vista a gravidade e intensidade do assédio.

Com isso Marie-France Hirigoyen, francesa, especializada no assunto alerta:

Em todas as outras formas de sofrimento no trabalho e , em particular, no caso de uma pressão profissional excessivamente forte, quando cessa o estímulo, cessa também o sofrimento, e a pessoa consegue recuperar o estado normal. O assédio moral, ao contrário, deixa sequelas marcantes que podem evoluir do estresse pós-traumático até uma sensação de vergonha recorrente ou mesmo modificações duradouras de personalidade. A desvalorização persiste, mesmo que a pessoa esteja afastada de seu agressor. Ela é refém de uma cicatriz psicológica que a torna frágil, medrosa e descrente de tudo e de todos. (HIRIGOYEN, 2002, p. 164).

À medida que os ataques continuam, a vítima muitas vezes permanece em silêncio por medo de repreensão, de gerar mais constrangimentos, de não acreditarem nela e principalmente por medo de perder o trabalho que tanto necessita. A vítima envolvida nesse problema que lhe parece sem saída, começa a apresentar dificuldades nas relações interpessoais. Os sintomas psicológicos se manifestam de várias maneiras, tais como: insegurança, baixa autoestima, sentimentos de tristeza, desânimo, crises de ansiedades bem como outros diversos efeitos prejudiciais a sua saúde tanto física como psicológica.

Observa-se que quem assedia o outro moralmente no ambiente de trabalho lhe causando tantos transtornos sem qualquer remorso, simplesmente por ocupar um cargo superior ao dele, ou por se achar melhor que a vítima, é uma pessoa que ultrapassa a barreira entre o aceitável e inaceitável, ela não diferencia esse limite, mostrando assim que o assediador apresenta o perfil de indivíduo insatisfeito e infeliz, que desconta suas frustrações pessoais em outras pessoas, deixando de praticar atitudes dignas, justas e corretas, para praticar atos indignos e inaceitáveis que prejudicam o próximo e inflige o ordenamento jurídico. "Pois atentam contra normas constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV), a solidariedade (art. 3º, I), a proteção ao meio ambiente do trabalho sadio (art. 200, VIII) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II)18." (MARTINEZ, 2022, p.27).

Conforme elucidado, fica evidente que o assédio moral é um ato que causa sérios danos a vítima assediada e que necessita ser combatido para evitar e precaver a ocorrência de problemas maiores, que algumas vezes podem se tornar irreversíveis. O ambiente laboral é objeto de proteção

jurídica por lei e, sendo assim, é necessário apresentar soluções para prevenir e reprimir essa forma de assédio, através do direito para efetivação da proteção e reparação.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 225 dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (BRASIL, 1988). Entende-se assim por esse referido artigo, que ele engloba todo o meio ambiente, incluindo também o meio laboral.

O trabalho dignifica o homem e lhe proporciona a sensação de realização pessoal e profissional, com isso o que se espera é que esse trabalho possa ser desenvolvido de forma justa e honesta, sem desigualdades, desvalorização e humilhação. É garantido ao trabalhador um ambiente laboral decente, adequado, saudável, digno e organizado, onde se preze pela sua segurança e proteção, não desrespeitando seus direitos mínimos para que ele possa assim desenvolver com tranquilidade e dignidade suas funções diárias. É um direito do trabalhador essa proteção, que se não respeitada, violará limites que lhe são garantidos por lei.

2 ASSÉDIO PSICOLÓGICO E AS CONSEQUÊNCIAS A SAÚDE DO TRABALHADOR

Na visão de Margarida Barreto, o assédio psicológico é uma forma sutil de violência baseada em atos intencionais, depreciativos e desqualificantes para uma pessoa, com o intuito de desestabilizá-la psicologicamente. Essa atitude é composta por diversas atitudes e comportamentos que ameaçam a dignidade e a integridade moral e biológica de outro indivíduo. As ações de quem assedia se caracteriza por ter a intenção de produzir medo e desânimo no outro, ou seja, são condutas intencionais para constranger o empregado, e essas atitudes vão se acumulando, criando um clima de difícil permanência, afetando assim, seu desempenho e sua situação profissional. (BARRETO, 2005, p. 49).

Constata-se que os danos psicológicos do assédio moral podem ser assoladores, um dos motivos que pode levar a pessoa a não se defender quando sofre assédio moral é a baixa autoestima, sendo esse um dos fatores principais nesse tipo de assédio. Os sintomas mais comuns causados pelo assédio psicológico são: ansiedade, alterações de humor, estresse, isolamento, irritabilidade, insônia, depressão dentre outros. E começa de forma silenciosa, onde as vítimas demoram a constatar que estão sofrendo violência psicológica.

Fica nítido que o assédio psicológico é uma violência emocional que fragiliza e compromete a identidade e dignidade física e psicológica da vítima. Tal assédio é caracterizado por comportamentos abusivos verbais e atitudinais, como por exemplo ameaças de desemprego por não realização de tarefas e práticas repetidas que desrespeitam a dignidade ou integridade psicológica no ambiente laboral.

Essas constantes atitudes derivadas de assédio moral no trabalho podem levar o trabalhador a um enfraquecimento generalizado onde muitas vezes acabam se afastando do serviço por doenças psicossomáticas. Essas consequências geradas pelo abuso podem exceder para a vida pessoal da vítima, afetando também suas relações sociais.

Para a vítima assediada o ambiente laboral se transforma em um local de terror psicológico onde ela começa a apresentar tendência a desenvolver alguns desequilíbrios emocionais e

comportamentais que poderá afetar sua saúde psicológicos tais como: depressão, ansiedade, a síndrome de burnout, o estresse negativo e as doenças psicossomáticas.

A violência psicológica é uma agressão inaceitável ao meio ambiente laboral, pois degrada-a, avilta-o, desequilibra-o, pondo em risco a saúde das vítimas. Quando se fala em saúde, não se quer dizer ausência de doença, mas um estado de bem-estar físico, mental e social. Por isso é adequado o enquadramento do assédio moral como agente patogênico capaz de configurar doença ocupacional, uma vez presentes seus elementos caracterizadores, com a necessária emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho)." (MARTINEZ, 2022, p.27).

Compreende-se que esta prática assediosa acarreta condições nocivas tão intensas ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental e lhe gerando sofrimentos e algumas doenças, sendo uma delas a Síndrome de Burnout, que é o foco central de análise deste artigo, conforme abordarei a seguir.

3 SÍNDROME DE BURNOUT APLICADA NO DIREITO DO TRABALHO

A palavra Burnout tem origem inglesa e na sua tradução "burn" significa queima e "out" exterior, fazendo referência à "queima da energia do indivíduo".⁸ Essa expressão "queimar-se", demonstra um sinal do dano laboral decorrente de atos prejudiciais e nocivos.

Para Andrade e Cardoso, "burnout significa algo ou alguém que foi deixando de funcionar por esgotamento de energia, exaustão física e mental, por consequência de um trabalho com elevada carga tensional e estressante. Sendo uma consequência do estresse ocupacional duradouro, ocasionando ao trabalhador a sensação de desgaste, isolamento e desilusão referente ao seu trabalho". (ANDRADE; CARDOSO, 2012).

No entendimento de Lívia de Oliveira Borges et al. (2002, p. 193):

A síndrome de burnout: Inicia-se com o desenvolvimento de sentimentos de baixa realização pessoal e esgotamento emocional em paralelo. Posteriormente, em resposta a ambos, como uma estratégia de afrontamento ou defensiva, instala-se a despersonalização. Constitui-se em uma fase final ou um tipo específico de reação ao estresse ocupacional prolongado, que envolve atitudes e comportamentos negativos com respeito aos clientes, ao trabalho e à organização. (BORGES; ET AL, 2002. p. 193).

⁸ <https://www.hcor.com.br/hcor-explica/outras/sindrome-de-burnout>. Acesso em: 17 out. 2022.

Observa-se que a Síndrome de Burnout pode ser definida como um transtorno psicológico que ocorre quando a vítima vem sofrendo no local laboral por intensas e prolongadas exposições que a levam a níveis de estresse permanente que acarretam um esgotamento por completo.

Para Codo, "pessoas ou pacientes portadores da síndrome de burnout têm o espírito corroído pelo desânimo, a vontade de realizações reduzida lentamente, até atingir os gestos mais banais, minimizando as conquistas, dando lugar ao mesmo incômodo cotidiano, por mais distinto que seja o dia a dia de trabalho". (CODO; VASQUES-MENEZES, 1999).

Um dos sinais mais típicos da manifestação do burnout é o desinteresse em ir trabalhar e a pessoa não consegue controlar esse desinteresse pelo seu trabalho, é mais forte do que sua própria vontade, ela passa a não se importar em faltar o serviço e colocar em risco seu emprego. Outros sinais que são descritos como sintomas são: crises de enxaquecas frequentes, problemas gastrointestinais, problemas para dormir, mudanças de humor, aumento da pressão, insegurança, nervosismo, dores musculares e em alguns casos considerados mais graves podem desencadear depressão.

De acordo com Conforme descreve Pereira (2002, p. 44-45):

A pessoa com a síndrome de burnout não necessariamente deve vir a denotar todos esses sintomas. O grau, tipo e o número de manifestações apresentados dependerá da configuração de fatores individuais (como predisposição genética, experiências socio educacionais), fatores ambientais (locais de trabalho ou cidades com maior incidência de poluição, por exemplo) é a etapa em que a pessoa se encontra no processo de desenvolvimento da síndrome. (PEREIRA, 2022, p. 44-45).

O diagnóstico deverá ser feito por profissional habilitado que fará uma avaliação clínica minuciosa para analisar e constatar se o quadro realmente se trata de síndrome de burnout decorrente de um ambiente profissional hostil. O Sistema único de Saúde (SUS), possui uma rede específica para diagnosticar e tratar pacientes com a síndrome, que se chama Rede de Atenção Psicossocial (RAPS).

3.1 Relação da síndrome de burnout com a atividade laboral

Conforme abordado está bastante claro que a síndrome de burnout está relacionada com fatores do ambiente de trabalho. Os profissionais que mais estão suscetíveis a desenvolvê-la são empregados submetidos a algumas condições desgastantes, opressoras e vexatórias no ambiente laboral, tais como: prazos apertados, cobranças excessivas de metas inatingíveis, exposições humilhantes, responsabilização pelos outros, serviço sobrecarregado.

O trabalhador portador dessa síndrome com o tempo passa a se tornar improdutivo, apresentando um perfil depressivo, desmotivado e apresentando assim um baixo rendimento no serviço.

Recentemente, em janeiro de 2022, a síndrome de Burnout foi finalmente incluída na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde (OMS)⁹. Foi definida como um esgotamento físico e mental no trabalho, estando ligada a fenômenos relativos ao contexto profissional. A OMS descreve o burnout em outras palavras como, uma síndrome resultante de uma estafa permanente no trabalho que não foi gerenciada com sucesso.

Compreende-se que o assédio moral no ambiente laboral é uma prática que realmente pode causar sérios problemas à saúde do trabalhador tanto física quanto psicológica, assim como consequências a sua vida social e profissional, consequências essas que acarretam o surgimento de doenças ocupacionais.

Devido às intensas, severas e constantes pressões sofridas pelo empregado no seu trabalho, pode começar apresentar diversos sentimentos negativos tais como: desmotivação, desânimo, agressividade, baixa autoestima, inferioridade e frustração, desacreditando assim do seu desempenho e potencial. Os efeitos colaterais podem se tornar tão graves que acabam por desencadear várias doenças, como por exemplo a síndrome de burnout.

Alguns profissionais estão mais propensos a estimular o desencadeamento da síndrome de burnout, tais como os profissionais da saúde, profissionais que trabalham em atendimento ao público e profissionais que trabalham com supervisão, gerência de funcionários, de vendas e comissões. Isso se explica porque eles exercem um serviço sob constante pressão alguns lidando diretamente com o sofrimento do próximo, outros muitas vezes por situações desgastantes, humilhantes e alguns deles sob intensas e repetitivas cobranças por produtividade, batimento de metas, que às vezes são quase impossíveis de serem atingidas. Como exemplos de algumas dessas profissões posso citar: médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, policiais, bancários, operadores de call center, professores, jornalistas, atendentes, vendedores, carcerários e dentre outros. (CAPITANI, 2022).

Enfim, o profissional que sofrer assédio moral em seu trabalho, afetando sua vida drasticamente e desenvolvendo assim doenças ocupacionais decorrente dessa prática assediada, tem o resguardo por lei de buscar reparação dos danos e prejuízos sofridos, pleiteando medidas judiciais cabíveis.

4 OS MEIOS DE REPARAÇÃO OFERECIDOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AO TRABALHADOR PORTADOR DA SÍNDROME DE BURNOUT

A síndrome de burnout é uma patologia que está prevista na Lei 8.213/91 e incluída na lista de transtornos mentais e do comportamento relacionados ao trabalho.¹⁰ Se comprovado que a doença tem decorrência direta com o serviço, o empregado tem o direito de requerer o benefício

⁹ [OMS publica versão final da nova Classificação Internacional de Doenças | As Nações Unidas no Brasil](#). Acesso em: 17 out. 2022.

¹⁰ <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/376138/impacto-da-sindrome-de-burnout-nas-relacoes-de-trabalho> . Acesso em: 28 out. 2022.

de auxílio-doença acidentário e o resguardo da estabilidade provisória no emprego. Está registrada no Grupo V da CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde). Ressaltando que o diagnóstico correto, caracterizando o trabalho como agravante, garante direitos legais ao trabalhador.

Assim as definições de acidente de trabalho estão dispostas na Lei nº 8.213/91 em seu artigo 20, I:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social. (Lei nº 8.213, de 1991).

Como mencionado, o empregado também terá garantia ao que dispõe o art. 118, da lei mesma Lei nº 8.213/91: Art. 118. "O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independente de percepção de auxílio-acidente". (Lei nº 8.213, de 1991).

Verifica-se que a síndrome de burnout pode ser desencadeada decorrente de práticas nocivas do empregador ou dos que o representam como superiores diretos e indiretos do trabalhador. Tornando-se uma questão jurídica onde o funcionário pode requerer judicialmente a reparação dos danos sofridos, como por exemplo restituição por danos morais e materiais.

Quando se torna inviável a convivência no ambiente de trabalho devido à prática de condutas desleais e degradantes, a CLT em seu artigo 483 também resguarda ao empregado a possibilidade de requerer a rescisão indireta. Conforme dispõe:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. (Decreto Lei nº 5.452, de 1943).

Conforme o previsto no artigo 5º, inciso V da Constituição da República de 1988, observa-se que a legislação brasileira resguarda amplamente o direito à reparação. Dispondo que: Art. 5º, V, "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". (BRASIL, 1988).

Com base no que prevê o inciso X do mesmo artigo: Art. 5º, 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).

Assim, se comprovada a existência da síndrome de burnout decorrente do trabalho, o Direito Trabalhista ampara ao trabalhador o direito de requerer indenização por dano moral ou dano existencial, também nos termos do art. 223-B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): Art. 223-B, "causar 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". (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). Entendimento abarcado pelos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do trabalho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. DOENÇA OCUPACIONAL. "SÍNDROME DE BURNOUT" OU "SÍNDROME DE ESGOTAMENTO PROFISSIONAL". RESPONSABILIDADE CIVIL. NEXO CONCAUSAL. DANOS MORAIS. 2. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. A indenização por dano moral resultante de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional supõe a presença de três requisitos: a) ocorrência do fato deflagrador do dano ou do próprio dano, que se constata pelo fato da doença ou do acidente, os quais, por si sós, agridem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora (nesse sentido, o dano moral, em tais casos, verifica-se pela própria circunstância da ocorrência do malefício físico ou psíquico); b) nexo causal, que se evidencia pela circunstância de o malefício ter ocorrido em face das circunstâncias laborativas; c) culpa empresarial, a qual se presume em face das circunstâncias ambientais adversas que deram origem ao malefício. Embora não se possa presumir a culpa em diversos casos de dano moral - em que a culpa tem de ser provada pelo autor da ação -, tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é presumida, em virtude de o empregador ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício. Registre-se que tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Assim, agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Constituição da República, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88). Registre-se que é do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral, material ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infelizmente do trabalho. Na hipótese, foi evidenciado o nexo concausal entre a patologia da qual a Reclamante

era portadora (Síndrome de Burnout) e a atividade de bancária por ela desempenhada. O TRT consignou que a transição da carteira de clientes que decorreu da aquisição do Banco Nossa Caixa pelo o Banco do Brasil causou diversos problemas de ordem técnica na agência, que geraram conflitos entre os empregados e os clientes, tendo sido comprovado pela prova dos autos que a Reclamante sofreu graves ameaças e vivenciou momentos tormentosos decorrentes de reações agressivas de clientes insatisfeitos. Na verdade, conforme relatado na decisão recorrida, o grau de insatisfação entre os clientes foi tamanho, que, segundo as testemunhas ouvidas, o vigilante da agência passou a ter de se deslocar nos arredores das mesas de atendimento para evitar tumultos nos dias mais críticos. Com efeito, o TRT consignou, com base no laudo pericial, que há concausalidade entre a depressão grave da Autora (síndrome de "burnout") e o trabalho desenvolvido no Banco Reclamado, uma vez que "houve transição sem preparo, forma de atuação sobre sistema de metas de forma exagerada, cobranças em tom de ameaça no que diz respeito à retirada de seu cargo e etc". Observe-se que a Síndrome de Burnout (to burn out : queimar por inteiro) traduz doença ocupacional (ou profissional) caracterizada pelo esgotamento físico e/ou mental, o que restou configurado nos autos, dado o longo afastamento previdenciário (de 18/12/2011 até o segundo semestre de 2013) e a readaptação de função. Ademais, a Síndrome de Burnout é reconhecida pela Previdência Social como doença laboral, conforme Anexo II do regulamento da Previdência Social - Decreto 3.048/99. Nesse contexto, está clara a presença dos elementos dano (doença ocupacional) e nexos causal/concausal. Quanto ao elemento culpa, o Tribunal Regional assentou que esta emergiu da conduta negligente da Reclamada em relação ao dever de cuidado à saúde, higiene, segurança e integridade física do trabalhador (art. 6º e 7º, XXII, da CF, 186 do CC/02), deveres anexos ao contrato de trabalho; o banco Reclamado não proporcionou ambiente e condições de labor que preservassem a saúde física e emocional de sua colaboradora. A partir das premissas fáticas lançadas na decisão recorrida, se as condições de trabalho a que se submetia o trabalhador, embora não tenham sido a causa única, contribuíram diretamente para a redução ou perda da sua capacidade laborativa, ou produziram lesão que exija atenção médica para a sua recuperação, deve-lhe ser assegurada a indenização pelos danos sofridos. Presentes o dano, o nexos concausal e a culpa, há o dever de indenizar. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: XXXXX20135150100, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 17/08/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: 19/08/2016).

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3º REGIÃO TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO XXXXX-43.2015.5.03.0132 XXXXX-43.2015.5.03.0132. DOENÇA OCUPACIONAL - SÍNDROME DE BURNOUT - INDENIZAÇÃO. Agredidos os direitos da personalidade do trabalhador,

submetido habitualmente ao comando de prepostos despreparados, que o levaram a quadro de adoecimento compatível com a Síndrome de Burnout (síndrome do "esgotamento profissional"), o empregador responsabiliza-se pelas indenizações de cunho moral, nos termos dos arts. 186 e 927 do CCB e art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal. (TRT-3 - RO: XXXXX20155030132 XXXXX-43.2015.5.03.0132, Relator: Denise Alves Horta, Quarta Turma).

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DA 3º REGIÃO TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO XXXXX-62.2017.5.03.0048 MG XXXXX-62.2017.5.03.0048. DOENÇA OCUPACIONAL - SÍNDROME DE BURNOUT - INDENIZAÇÃO. Diagnosticada no curso do contrato de trabalho a Síndrome de Burnout (síndrome do "esgotamento profissional") que levou ao afastamento previdenciário do autor, no curso do aviso prévio, por um ano e quatro meses, por doença ocupacional equiparada a acidente do trabalho, é devida a reintegração e ainda a indenização de cunho moral, nos termos dos art. 118 da lei n 8.213/91, segunda parte do item II da Súmula 378 do TST e artigos 186 e 927 do CCB e art. 5, incisos V e X da Constituição Federal. (TRT-3 - RO: XXXXX20175030048 MG XXXXX-62.2017.5.03.0048, Relator: Des. Antonio Gomes de Vasconcelos, Décima Primeira Turma).

Através das jurisprudências mencionadas acima entende-se que há prevalência do entendimento dos Colegiados pela constatação de culpa dos empregadores por estimular o desencadeamento da Síndrome de Burnout em seus funcionários, reconhecendo haver prova de patologia psicológica do reclamante, concomitante com a síndrome de burnout, a oportunizar a responsabilidade civil do empregador, sendo concedido aos funcionários a reparação cabível pelos danos sofridos.

É fundamental que o magistrado ao ajuizar o pedido de indenização análise alguns fatores importantes, conforme preceitua o artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; 12 IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

E ainda no mesmo artigo 223-G, em seu §1º, é necessário que o magistrado analise o que esse parágrafo estabelece:

Art. 223-G, § 1º. se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Pois bem, para que o trabalhador portador da síndrome de burnout decorrente do trabalho, consiga a indenização por danos morais e materiais, é necessário que ele consiga comprovar que realmente possui essa patologia e que ela foi desenvolvida por sofrer práticas assediosas no ambiente laboral, que a doença efetivamente causou sérios danos e que também não requeira um valor exorbitante em desacordo com o dano sofrido.

A Justiça do Trabalho é o órgão responsável por essas ações. Assim dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 114, VI: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho". (BRASIL, 1988).

Esse dever de reparação dos danos também encontra embasamento no Código Civil, em seu artigo 186 que diz: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". (Lei nº 10.406, de 2002). E também no artigo 927 que dispõe: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". (Lei nº 10.406, de 2002).

Posto isto, o Direito Civil dispõe que causar dano, mesmo que seja sem intenção, é um ato ilícito cabível de indenização. E para que essa reparação ocorra é necessário se comprovar a incidência de requisitos essenciais, como: atitudes comissivas ou omissivas; ocorrência de danos morais ou materiais; e o nexo de causalidade entre o ato e o prejuízo causado.

Deste modo, cenários em que o funcionário é submetido pelo seu superior a sobrecarga de serviço, cobranças excessivas, metas inatingíveis, humilhações, sentimento de incapacidade dentre outros que ocasione a síndrome de burnout, é gerado pelo empregador um dano ao funcionário, cometendo a ele um ato ilícito passível de indenização.

Por fim, infere-se que, a prática assediosa ocasiona danos tão graves e intensos ao trabalhador podendo lhe desencadear doenças decorrentes do assédio moral. Doenças essas que, como já foi explicado, são equiparadas a acidente do trabalho, por serem doenças ocupacionais relacionadas diretamente ao ambiente laboral.

CONCLUSÃO

De acordo com o demonstrado, está nítido de que o ambiente laboral necessita ser um lugar saudável, tranquilo e digno para o trabalhador desenvolver suas atividades, mas quando esse ambiente se torna impróprio e ameaçador para a sua saúde, ele se torna propício ao

desencadeamento de diversas doenças, tanto físicas como psicológicas. É direito do trabalhador o respeito mútuo e o tratamento cordial.

As práticas assediosas em ambiente laboral hostil que exigem de seus funcionários atitudes que ultrapassem os seus limites físicos e psíquicos em sua maioria para a obtenção de lucros, propiciam o Assédio Moral e por consequência doenças do trabalho como a Síndrome de Burnout.

De fato, o assédio moral no trabalho é um mal que contamina a vítima e toda sua rede de relacionamento, o trabalhador adoece e ao seu redor os demais também sofrem. Ele é caracterizado por atos de violência psicológica e autoritarismo que são utilizados de forma frequente e que criam sofrimentos e angústias. São condutas abusivas que podem ser intencionais ou não, e para ser configurada como assédio moral o que importa é a conduta abusiva que traz danos a dignidade, a autoestima e a estabilidade emocional do funcionário colocando em risco sua saúde.

A síndrome de Burnout, objeto principal desse artigo, é uma das doenças decorrentes do assédio moral no trabalho que causa malefícios à saúde do trabalhador. Atualmente é classificada e prevista como uma doença do trabalho no Decreto nº 3.048/99 e na lista da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS) em seu CID-11, que passou a valer a partir de janeiro deste ano de 2022. Sendo estabelecida como uma estafa permanente no ambiente de trabalho que não foi administrado com sucesso. Os principais requisitos que a caracteriza são: vontade de se distanciar cada vez mais do trabalho, diversos sentimentos negativos referente ao trabalho; sentimentos de esgotamento de energia; e redução da capacidade profissional.

Contudo, é necessário frisar que os diversos prejuízos gerados pela prática assediosa além de afetar diretamente o empregado, afeta também o empregador, pois lhe gera danos como absenteísmos, afastamentos, improdutividade, rotatividade e queda na qualidade dos serviços oferecidos dentre outros. Com isso, é fundamental que se busquem medidas que possam inibir essas condutas assediosas, humilhantes e vexatórias no ambiente laboral, como divulgações de informações relevantes sobre o assunto e o oferecimento de cursos, capacitações sobre condutas dignas e justas que devem ser adotadas respeitando assim a dignidade e integridade de todos.

Portanto, o assédio moral é uma conduta atentatória à dignidade humana e aos princípios fundamentais da nossa Constituição Federal, podendo acarretar danos irreversíveis à vítima e atingir a sociedade por completo, sendo assim necessário ser combatido de modo afetivo pela sociedade e pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2005.

trabalhista/376138/impacto-da-sindrome-de-burnout-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 28 de out. de 2022.

GUIMARÃES, L. A. M; RIMOLI, A. O. Mobbing (Assédio Psicológico) no Trabalho: Uma Síndrome Psicossocial Multidimensional. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**. Mai-Ago 2006, Vol. 22 n. 2, pp. 183-192 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v22n2/a08v22n2.pdf>> Acesso em: 02 de novembro de 2022.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. Trad. de Maria Helena Kuhner. 3 ed. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2002.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm> . Acesso em: 18 out. 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. In: Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> . Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. In: Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20Desde%20que%20haja,cinco%20dias%20corridos%2C%20cada%20um>. Acesso em: 17 out. 2022.

LIGÓRIO, Heleonora. Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. 2018. 56 páginas. (Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho). Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

MARTINEZ, L.; CARVALHO, P. L. D. **Assédio Moral Trabalhista**: Uma análise sob a perspectiva das ações coletivas e do processo estrutural. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral e dano moral no trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, pp. 29-30.

OMS publica versão final da nova Classificação Internacional de Doenças. **Nações Unidas Brasil**, 2022. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/172116-oms-publica-versao-final-da-nova-classificacao-internacional-de-doencas>>. Acesso em: 17 out. 2022.

PEREIRA, Ana Maria T. Benevides. **Burnout: quando o trabalho ameaça o bem estar do trabalhador**. 1. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

_____. Portaria nº 1.339, de 18 de novembro de 1991. Lista de Doenças Relacionadas Ao Trabalho. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1999/prt1339_18_11_1999.html>. Acesso em: 17 out. 2022.

SÍNDROME de burnout: o estresse profissional. **Hospital Santa Mônica, 2015**. Disponível em: <<https://hospitalsantamonica.com.br/sindrome-de-burnout-o-estresse-profissional/>>. Acesso em: 04 nov. 2022.

SÍNDROME de Burnout: o que é, sintomas e como tratar. **Hcor Associação Beneficente Síria, 2020**. Disponível em: <<https://www.hcor.com.br/hcor-explica/outras/sindrome-de-burnout.htm>>. Acesso em: 17 de out. 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. TST - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: nº 20135150100. Sob a égide da lei 13.015/2014. 1. doença ocupacional. síndrome de burnout ou síndrome de esgotamento profissional. Órgão Judicante: 3ª Turma. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 19 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/880020115>>. Acesso em 01 nov. 2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. TRT- 3 - Recurso Ordinário Trabalhista: nº 43.2015.5.03.0132. Doença ocupacional - síndrome de burnout - indenização. Órgão Judicante: 4ª Turma. Relator: Denise Alves Horta. Minas Gerais, 13 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-3/516766131>>. Acesso em 01 nov. 2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. TRT- 3 - Recurso Ordinário Trabalhista: nº 62.2017.5.03.0048. Doença ocupacional - síndrome de burnout - indenização. Órgão Judicante: 11ª Turma. Relator: Des. Antonio Gomes de Vasconcelos. Minas Gerais, 11 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-3/1176511243>>. Acesso em 01 nov. 2022.

VIOLAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS DAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

LUANA ROSARIO SANTOS:
graduanda do curso de Direito
do Centro Universitário Católica
do Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA¹¹

(orientadora)

RESUMO: No presente artigo, aponta-se violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro. Ao se pensar em desenvolver um trabalho sobre essa temática, levantou-se como problemática o que a literatura tem abordado sobre as violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro? Diante deste problema, este trabalho tem como objetivo realizar uma revisão bibliográfica integrativa abordando as violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro. Desta maneira, o presente artigo foi estruturado de maneira a demonstrar os direitos civis conquistados pelas transexuais, a realidade das transexuais no sistema penitenciário brasileiro e por fim colocar os problemas enfrentados pelas transexuais no sistema penitenciário brasileiro. Todo esse percurso levou a verificar que o binarismo sexual marca o sistema penitenciário brasileiro, e a realidade jurídica brasileira ainda está susceptível a ultrapassar esse modelo imposto a muito tempo atrás, uma vez que vários Estados têm criado políticas públicas com a intenção de garantir cidadania e dignidade às detentas transexuais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sistema Penitenciário. Transexuais. Violações.

ABSTRACT: In this article, we tried to carry out a literary analysis regarding the violations of civil rights of transsexuals in the Brazilian penitentiary system. When thinking about developing a work on this theme, what was raised as a problem in the literature about the violations of civil rights of transsexuals in the Brazilian penitentiary system? Faced with this problem, this work aims to carry out an integrative literature review addressing the violations of civil rights of transsexuals in the Brazilian penitentiary system. Therefore, the bibliographic research was developed through databases, such as CAPES (Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel); SciELO (Scientific Electronic Libralyonline) and Google Scholar. In this way, this article was structured in order to demonstrate the civil rights conquered by transsexuals, the reality of transsexuals in the Brazilian penitentiary system and, finally, to put the problems faced by transsexuals in the Brazilian penitentiary system. All this journey led to the verification that sexual binarism marks the Brazilian penitentiary system, and the Brazilian legal reality is still susceptible to overcoming this model

¹¹ Professora orientadora. Graduada pela UNIRG-TO. Pós graduada em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007). Doutora em Direito.

imposed a long time ago, since several States have created public policies with the intention of guaranteeing citizenship and dignity to transgender prisoners.

Keywords: Human Rights. Penitentiary system. transsexuals. violations.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema a violação dos direitos das transexuais no sistema penitenciário brasileiro. A escolha pelo tema se deu devido perceber que as mulheres transexuais, a muito tempo, sofrem com a discriminação e o preconceito, sendo que isto é uma realidade que ocorre dentro e fora do sistema penitenciário.

Na maioria dos casos, essas mulheres são rejeitadas pela família devido sua identidade de gênero, e acabam indo parar nas ruas, e por este motivo acabam se prostituindo para sobreviver e, muitas vezes também, cometem roubos, pequenos furtos, se envolvem com o tráfico de drogas, para conseguir dinheiro para o seu sustento.

Diante de um sistema penitenciário em colapso, permeado por superlotação, onde está implantando uma situação precária de vida para os presos em geral, tudo se torna ainda mais complicado para as transexuais, uma vez que essa classe social, é duas vezes mais negligenciada, tanto pela sociedade excludente, levando-a cometer crimes, e por consequência, a ser presa, quanto pelo sistema penitenciário, que pouco tem demonstrando se importar com seus direitos e necessidades.

Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma revisão bibliográfica integrativa abordando as violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro.

É um trabalho que foi estruturado de maneira a atingir o objetivo proposto, sendo o mesmo construído em capítulos, propondo abordar assuntos como: os direitos conquistados pelas transexuais, falar sobre a realidade das transexuais no sistema penitenciário brasileiro, e descrever os problemas enfrentados pelas transexuais no sistema penitenciário brasileiro.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica integrativa, ao qual teve uma abordagem qualitativa descritiva. A pergunta norteadora foi elaborada tendo como base o direcionamento do estudo, onde levantou-se alguns problemas enfrentados pelos transexuais no sistema penitenciário brasileiro, e a partir daí questiona-se: o que a literatura tem abordado sobre as violações dos direitos civis das transexuais no sistema penitenciário brasileiro?

2 DIREITOS CIVIS CONQUISTADOS PELAS TRANSEXUAIS

O direito civil está legalizado no Código Civil (Lei 10.406/2002) e pode ser entendido como o direito do cidadão, sendo o mesmo um ramo do direito privado com o objetivo de determinar regras e condutas que pessoas físicas e jurídicas devem possuir em sociedade. Na esfera jurídica, a sexualidade é estudada pela ciência denominada direito da personalidade fundamentado pela

bioética. Esse direito assegura o bem-estar dos indivíduos, evitando e garantindo possíveis danos que possam vir a ocorrer com essas pessoas (DUTRA, 2020).

A bioética tem como dever viabilizar o direito ao respeito e à vontade, respeitando os valores e crenças de cada pessoas que são, nada mais que direitos humanos, sendo, assim, um conjunto de características próprias do indivíduo, comuns à existência humana, ampliando-se com base no acúmulo de conquistas históricas, de cunho ético, filosófico, político e cultural. Os direitos humanos são direitos universais, que veio, e ainda vem, evoluindo ao longo do tempo. A doutrina classifica os direitos humanos em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, com conteúdo voltado aos princípios da igualdade, fraternidade e liberdade (SIQUEIRA; MACHADO, 2017).

O dia 29 de janeiro 2004 é consagrado com o Dia da Visibilidade Trans, que inclui travestis, homens e mulheres trans. É uma data que marca uma das primeiras iniciativas públicas contra a transfobia. Foi nesta época que foi lançada a campanha Travesti e Respeito: já está na hora dos dois serem vistos juntos. Foi uma campanha promovida pelo Ministério da Saúde (ONU, 2018).

No ano de 2013, o Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU), conhecido como grupo G8-Generalizando, juntamente com a ONG Igualdade, deram início ao projeto "Direito à identidade: viva seu nome", que tinha como objetivo dar visibilidade às demandas de retificação de registro com o protocolo de várias ações judiciais. Nesta época, protocolou-se nove ações, sendo que destas, sete obtiveram sentença favorável em uma semana, com o trânsito em julgado em três semanas a partir da propositura das ações (HOSCHEIDT, 2018).

A respeito do uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas transexuais e travestis, no âmbito da esfera federal, tem-se o Decreto nº 8.727/2016, que, em seu Art. 1º, Parágrafo Único, considera:

I - Nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento (BRASIL, 2016).

Com a intenção de entrar em consonância com o Decreto Federal nº 8.727/2016, a Receita Federal promulgou a Instrução Normativa nº 1718/2017, que prevê a inclusão e/ou exclusão do nome social para pessoas transexuais e travestis no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). O Superior Tribunal Eleitoral, por meio da Resolução TSE nº 23.562/2018, inclui a possibilidade do uso do nome social no título de eleitor, sendo que, através da Portaria Conjunta nº 1/2018, o TSE regulamenta a inclusão do nome social no cadastro eleitoral (SECIC, 2022).

Observa-se que o direito brasileiro vem evoluindo em relação a discussão dos homossexuais e transexuais, utilizando como principal fundamento os princípios constitucionais da dignidade da

pessoa humana e da igualdade (ELY, 2020). Assim, é importante destacar que a primeira lei que assiste aos transexuais é a Constituição Federal de 1988, que em seu Art. 3º estabeleceu como objetivos fundamentais da república federativa brasileira a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Neste mesmo artigo, foi estabelecido o bem estar de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

No ano de 1998, foi promulgada a Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro, ao qual previu em seu Art. 4º, IV a “não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias”, ou seja, essa lei estabeleceu a não discriminação pelas preferências sexuais dentro deste serviço prestado (BRASIL, 1998). Em 2011, a comunidade LGBTQI+ alcançou importantes conquistas dentro das instâncias superiores do país, como é o caso do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 132 conjuntamente com a ADPF 4277, ao qual o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união homoafetiva, além de, ainda, entender como entidade familiar (BUSACARO JUNIOR; DOTTA, 2020).

Em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), promulgou a Resolução nº 175, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Nesta resolução ficou determinado que seria vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que sua recusa implica na imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para tomada de providências cabíveis (CNJ, 2013).

Neste mesmo ano, o Conselho Federal de Medicina (CFM) autorizou a inclusão de casais homossexuais em processos de reprodução assistida, garantindo a realização de fertilização *in vitro* (BUSACARO JUNIOR; DOTTA, 2020). Em 2018, através da Resolução 270, assinada pelo ministro Dias Toffoli, presidente do STF e do CNJ, foi assegurado a possibilidade do “uso do nome social às pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, aos magistrados, aos estagiários, aos servidores e aos trabalhadores terceirizados do Poder Judiciário, em seus registros funcionais, sistemas e documentos” (CNJ, 2018).

Ainda em 2019, mais precisamente no dia 13 de junho, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, o plenário do STF, com base na omissão do Congresso Nacional, enquadrou a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. O entendimento da suprema corte foi de que a demora do Poder Legislativo em incriminar a homofobia e a transfobia ofende direitos e garantias dos indivíduos. Assim, ministros votaram para que condutas semelhantes ao combate ao racismo, determinadas na Lei nº 7.716/1989, sejam aplicadas ao combate à homofobia e transfobia (ALMEIDA, 2020).

3 REALIDADE DAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Transexual é aquela pessoa que possui uma identidade de gênero oposta ao sexo natural estigmatizado no seu nascimento. A explicação casual desse gênero é que ele possui um corpo oposto ao que está no seu subconsciente, ou seja, uma mulher transexual aprisionada em corpo de um homem, que não se reconhece. Os transexuais são pessoas detentoras de direitos e obrigações e deste modo o direito básico e fundamental é para todos, independentemente do seu

gênero. A dignidade plena deve ser sempre reconhecida e respeitada por toda a sociedade, o que envolve ter o seu nome social, identidade de gênero e a sua liberdade de escolha (SANTOS; OLIVEIRA, 2018).

Porém, o que se vivencia são situações norteadas de preconceitos por parte da sociedade e no sistema carcerário não é diferente. O preconceito e desrespeito à essa população ocorre de maneira desenfreada. E, se para a população LGBT em geral já existe um histórico difícil em relação à sua convivência na sociedade, dentro das celas brasileiras não seria diferente. A privação da liberdade para travestis e transexuais pode tornar-se mais que um ambiente para cumprimento de pena, quando se transforma em um local de violências constantes à integridade sexual, física, psicológica, entre outras, gerando consequências significativas para a estética e, principalmente, para a identidade de gênero do indivíduo (SANTOS, 2019).

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso XLVI, estabelece que deve ser garantido a individualização de sua pena a todos os condenados, levando em conta todas as suas particularidades, para que seja justo o seu cumprimento e a sua aplicação. Porém, o que se tem percebido é que ocorre uma homogeneização do indivíduo, não levando em consideração suas especificidades, ou seja, como um indivíduo possuidor de direitos. O Estado, apesar de frisar e estabelecer a igualdade entre todos, acaba fechando os olhos para as diferenças.

No Brasil, além dos problemas que acometem a todos os presidiários como os da superlotação das celas, falta de estrutura e recursos destinados ao sistema penitenciário, falta de acompanhamento da execução da pena e de estrutura para ressocialização dos apenados, existe ainda o tratamento dado às pessoas transexuais e seu convívio em locais incompatíveis com a identidade de gênero, que resultam em constantes humilhações, torturas praticadas pelos próprios agentes públicos, abusos sexuais, exposição da intimidade a uma população diferente de sua identidade gênero, proibição de tratamentos hormonais, entre outros (CALDEIRA, 2020).

O sistema penitenciário brasileiro é norteador por um ambiente extremamente violento, que não leva em conta os direitos individuais dos cidadãos, destacando ainda mais a vulnerabilidade das pessoas transexuais, homossexuais e travestis. Na sociedade como um todo, essas pessoas sofrem com preconceitos, sendo que dentro dos presídios a história se repete com mais rigor, provocando sofrimento nessas pessoas.

A legislação penal brasileira não tem previsão suficiente para a diversidade sexual, tão presente, na realidade carcerária. Tampouco, a Lei de Execução Penal, determina expressamente, que seus direitos, enquanto diferentes do binarismo sexual, sejam observados. O que se vê, em todas as prisões brasileiras, sem sombra de dúvidas, é uma discriminação total ao transexual e a flagrante violação das garantias inerentes ao preso dentro de um Estado Democrático de Direito, aqui instalado (REQUI, 2018).

Diante de tantas violações de direitos, no ano de 2014 o Conselho Nacional de Combate à Discriminação estipulou certos parâmetros em relação ao acolhimento das pessoas LGBT em privação de liberdade no Brasil por meio da Resolução Conjunta n. 1 de 15 de abril. Essa resolução

disciplinou sobre a transferência para o espaço de vivência específico, e também regulamentou assuntos relevantes para a comunidade LGBTQI+ encarcerada:

Art. 2º - A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero. (...). § 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade. (...). Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. Art. 5º - À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero. Art. 6º - É garantido o direito à visita íntima para a população LGBT em situação de privação de liberdade, nos termos da Portaria MJ nº 1.190/2008 e na Resolução CNPCP nº 4, de 29 de junho de 2011. Parágrafo único - À pessoa travesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade, serão garantidos a manutenção do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico. (...). Art. 8º - A transferência compulsória entre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou sanções em razão da condição de pessoa LGBT são considerados tratamentos desumanos e degradantes (BRASIL, 2014).

Diante disso, alguns Estados passaram a adotar resoluções a fim de orientar agentes penitenciários quanto ao tratamento dado a população LGBTQI+, estabelecendo espaços específicos exclusivos para essas pessoas e garantindo seus direitos no ambiente prisional, tais como a Resolução SEAP Nº 558, de 29 de maio de 2015 no Rio de Janeiro e a Resolução SAP Nº 11, de 30 de janeiro de 2014 em São Paulo.

O fato é que o sistema prisional brasileiro possui uma realidade que demonstra falhas comuns a todos, como é o caso de insatisfações quanto a alimentação, especialmente quando se fala em qualidade; quanto as condições de higiene, frente a escassez de itens básicos de higiene pessoal; quanto a superlotação; quanto a carência de oportunidades de estudo e trabalho, essenciais para o processo de ressocialização e, não menos importante, quanto a saúde e os diversos outros aspectos relacionados a ela. Levando em consideração as necessidades específicas à questão de gênero, pode-se destacar a dificuldade de acesso a itens femininos, como é o caso de produtos para cabelo, roupas, dentre outros. Outro fator relevante diz respeito à convivência com os demais detentos, e até mesmo com agentes penitenciários, quando as transexuais são expostas a situações humilhantes, sem falar na violência física e/ou psicológica.

Assim, pode-se dizer que os transexuais, dentro do sistema penitenciário brasileiro, passam por todos os tipos de violência, tornando-se vítimas não somente das pessoas com as quais convivem, mas também de todo o sistema prisional, uma vez que não conseguem ajuda para suas necessidades, em respeito a seus direitos referente a identidade de gênero, tornando-se invisíveis

por imposição do próprio sistema. É visível que o sistema prisional atual não resguarda os direitos das pessoas transexuais. Verifica-se que, além das violações sofridas, as transexuais tornam-se invisíveis pelo sistema prisional.

Castro Rosa (2016) destaca que as mulheres transexuais nos presídios masculinos além de sofrer violação de seus direitos, passam ainda por humilhações, torturas, exposição de sua intimidade, estupro, proibição do tratamento com hormônios, revista íntima vexatória, dentre outros. Um exemplo é o caso que ocorreu no Ceará, onde uma transexual que foi levada a audiência de custódia, possuía marcas de espancamento, chorava e vomitava. Ela relatou, na época, que passou vinte dias na penitenciária masculina de Caucaia, e foi estuprada e espancada por quatro detentos. Outro exemplo é o de Vitória R. Fortes, um dos casos que incentivou a criação da “ala gay” em Minas Gerais, o primeiro Estado a possuir área reservada a transexuais e travestis. Por sofrer com abusos e violências constantes dentro do presídio, Vitória, começou a se mutilar para chamar a atenção da diretoria do presídio.

A visão binária do sistema prisional brasileiro ainda é forte e presente, uma vez que divide os gêneros somente em masculino e feminino. Aos transexuais, quando inseridos no sistema prisional, acabam passando e sofrendo situações vexatórias e de preconceito desde a sua admissão no sistema. A LEP, em seu Art. 41, XI, em conjunto com o Decreto 8.727/2016, prevê como um dos direitos dos presos, o chamamento nominal. Ao ingressarem no sistema prisional, as pessoas transexuais são obrigadas a abandonar o nome social, sendo obrigados a rasparem a cabeça e usarem roupas de acordo com o seu sexo de nascimento, violando integralmente os direitos a personalidade, direitos esses considerados essenciais ao indivíduo, ao qual a doutrina disciplina e preconiza, com a intenção de resguardar a dignidade humana.

4 PROBLEMAS ENFRENTADOS PELAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

As mulheres transexuais, na maioria dos casos, são rejeitadas pela sociedade e, especialmente, pela família devido a sua identidade de gênero e por este motivo, algumas dessas mulheres acabam morando na rua e se prostituindo para sobreviver e, muitas vezes, acabam, também cometendo furtos, roubos e até mesmo tráfico de drogas. De acordo com a pesquisa realizada pelo Departamento de Promoção dos Direitos LGBT e Departamento Nacional Penitenciário, 38,5% dessas mulheres estão presas por roubo e 34,6% por tráfico. Esses tipos penais, aos os mais comuns quando comparado a essa população que está privada de liberdade (ALGARTE; BARBOSA, 2021).

No sistema penitenciário brasileiro, as transexuais têm seus direitos e garantias violados constantemente, uma vez que estão sempre expostas a todo o tipo de violência. Essa transgressão de direitos é ainda mais agravada frente a limitação de diversidade entre o gênero feminino e masculino dentro dos presídios, por não abranger os transexuais, além da falta de amparo legal para essa população com o objetivo de regulamentar essa situação nas unidades prisionais (FERREIRA; SILVA, 2021). Dentro dos presídios, os gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros, na maioria das vezes, são colocados no mesmo espaço de pessoas intolerantes, que

costumam utilizar de uma suposta posição de superioridade para cometer abusos, humilhações e até mesmo assassinatos contra pessoas que são igualmente humanas e possuidoras de direitos e deveres como todo e qualquer cidadão (SANTOS, 2018).

Em um levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), no ano de 2020, existiam, no Brasil, 687.546 pessoas presas, sendo que, destas, 10.457 presos de autodeclararam LGBTQIA+, e destes, 248 são mulheres transexuais (ALGARTE; BARBOSA, 2021).

O Estado precisa cumprir com o seu dever de ressocializar, porém o sistema carcerário brasileiro apresenta grande descaso com a pessoa transexual, não sendo asseguradas condições básicas para suprir suas necessidades, ferindo os direitos fundamentais, como é o caso da dignidade, saúde e segurança humana (SANTOS, 2018).

Sabe-se que é um dever do Estado punir aqueles(as) que cometem infrações, porém também é dever dele ofertar condições dignas para sobrevivência enquanto o indivíduo estiver cumprindo pena pelos crimes cometidos (SANTOS, 2018).

Os transexuais que estão em unidades prisionais vivenciam, na maioria das vezes, situações que violam seus direitos como cidadão, uma vez que a estrutura carcerária intensifica as violações que acontecem tanto no seu exterior quanto no seu interior, acentuando a situação de pessoas que já se encontram em estado de vulnerabilidade, como é o caso dos transexuais. A violação dos direitos da personalidade sofridos pelos transexuais em situação de cárcere são inúmeros e constantes, uma vez dentro dos presídios brasileiros acontece uma grande falta de respeito quanto a identidade de gênero, de corpo e de nome social (DIAS, 2019).

Os transexuais, dentro de um sistema carcerário, passam por uma série de violências socialmente impostas em nome de uma suposta segurança. No contexto de uma suposta proteção, as pessoas transexuais ainda são expostas a situações desumanizadoras, como é o caso do cárcere em alas direcionadas a homens que cometeram crimes sexuais, como forma de evitar possíveis abusos de outros presos (SOUZA; FERREIRA, 2016).

Dentro do sistema penitenciário, as transexuais, como método de sobrevivência, acabam mantendo relacionamentos forçados com outros presos para obter proteção. Dentro do sistema penitenciário, o estupro, na maioria das vezes, está relacionado a organização de gangues, onde as transexuais acabam sendo vendidas para facções ou até mesmo obrigadas a se prostituir. É comum as vítimas serem estupradas por diversas vezes devido a divulgação do mesmo entre os presos e servidores da prisão, de maneira que estes acabam vendo a transexual como um alvo. O que se percebe é que a legislação penal brasileira não possui previsão suficiente para a diversidade sexual, tão presente na realidade prisional. Tampouco, a LEP determina, expressamente, que seja observado os direitos quanto ao binarismo sexual.

Silva; Silva (2019) destacam que, ao serem encaminhadas a presídios divergentes da sua identidade de gênero, são impostas às transexuais, padrões e regras de um gênero com a qual não se identificam, ficando, assim, vulneráveis a violências psicológicas e físicas. A violência é conceituada, segundo a OMS, como o uso da força física ou poder, na prática ou em ameaça, contra

si próprio, outra pessoa ou contra uma comunidade ou grupo, que provoque sofrimento, dano psicológico, morte, desenvolvimento prejudicado ou privação.

A situação das mulheres transexuais dentro dos presídios demonstra as desvantagens vivenciadas por essas mulheres, uma vez que os presídios masculinos possuem esse gênero como referência, sendo que as pessoas consideradas femininas por esse sistema encontram dificuldades para cumprir a pena. Nesse sentido, as mulheres transexuais passam por situações de violência, controle e punição. Verificou-se que a Resolução Conjunta nº 1/2014, em vigor, traz em seu escopo, dentre outras coisas, que as transexuais privadas de liberdade, possuem o direito de serem chamadas pelo seu nome social, e devem possuir espaços de vivência específicos, sendo que a sua transferência para esses locais deverá levar em consideração a sua expressa vontade, o que torna facultativo a destinação da classe às especificidades aqui colocadas.

Apesar da resolução se destinar ao público LGBTQI+ como um todo, os transexuais masculinos não possuem o direito de serem presos no mesmo estabelecimento direcionado a homens. Isso ocorre devido a proteção da dignidade sexual, prevendo estupro dos apenados, conforme artigo 213 do CP. A Advocacia Geral da União, através da ADPF 527, possui a compreensão de que permitir que travestis cumpram pena em presídios femininos, viola a CF, que determina a segmentação espacial da população carcerária segundo o sexo do preso, dentre outros critérios. Segundo a AGU a possibilidade de recolhimento de travestis em unidades prisionais destinados ao sexo masculino não fragiliza a proteção da dignidade da pessoa humana e a saúde dos custodiados, nem desrespeita a vedação constitucional ao tratamento desumano ou degradante e a prática de tortura dessas pessoas.

Justificam essa colocação apontando o artigo 3º da Resolução Conjunta nº 1/2014, que estabelece que os travestis recolhidos em unidades prisionais masculinas devem ser ofertados espaços de vivência específicos, caso esses desejem. De acordo com a ADPF, transferir travestis para unidade prisional feminina pode provocar o agravo, ainda mais, da situação instável ao qual já é verificada no sistema prisional brasileiro, pois demanda a criação de mais vagas nesses locais, além do uso de recursos humanos e materiais significativos para essa finalidade, o que iria gerar grandes dispêndios de recursos públicos, podendo comprometer a gestão do sistema penitenciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que as transexuais são permeadas por violações particulares de direitos. Os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade estão preservados apenas àquelas pessoas que pouco se desviam das regras sociais vigentes, colocando os indivíduos transgressores totalmente a parte da sociedade justa e igualitária.

Sabe-se que os direitos fundamentais, preconizados na Constituição Federal, deveriam estar garantidos a todas as pessoas, porém esse processo ainda está em construção, uma vez que se verificou que os direitos das mulheres transexuais que se encontram presas, não são garantidos em sua totalidade. Sabe-se que os avanços sociais conseguidos até a atualidade, são provenientes de

lutas e resistências para que políticas públicas sejam realmente efetivas, quanto ao respeito aos direitos das mulheres transexuais inseridas no sistema penitenciário brasileiro.

Neste cenário, ainda é comum encontrar violações de direitos, além de uma cultura permeada de preconceitos, onde as mulheres transexuais passam por situações desumanas e degradantes, como é o caso da violência, do estupro e da sua inserção em selas reservadas a pessoas do sexo masculino. É preciso que essas transgressões sejam eliminadas, para que se possa realmente afirmar que, não somente as transexuais, como também toda a classe LGBTQI+, são pessoas possuidoras de direitos que merecem ser preservados, independentemente de estar ou não inserido no ambiente penitenciário.

Desta maneira, sugere-se que mais estudos sejam realizados, afim de levantar informações que sejam úteis para contribuir para que realmente os direitos das mulheres transexuais e demais classe pertencente ao grupo LGBTQI+, possam ser totalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

ALGARTE, A. F. T.; BARBOSA, A. L. J. A realidade das mulheres transexuais no sistema penitenciário brasileiro. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca.**, v.6, n.1, p. 845-874, 2021. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1317>. Acesso em: 22 Set. 2022

ALMEIDA, A. V. **Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial.** Direito Penal. 02 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>. Acesso em: 04 Out. 2022

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 Out. 2022

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. **Lei nº 9.612, de 19 fevereiro de 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19612.htm. Acesso em: 04 Out. 2022

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Conselho Nacional de Combate a Discriminação. **Resolução Conjunta n. 1, de 15 de Abril de 2014.** Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 01 Out. 2022

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria Geral. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 04 Out. 2022

BUSACARO JUNIOR, A.; DOTTA, A. G. Direitos e garantias conquistados pela comunidade LGBTQI+ dentro do ordenamento jurídico brasileiro: análise dos direitos adquiridos no período de 1988 até 2019. **Anais do EVINCI-UniBrasil.** V. 5, n. 1, 2020. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/4836>. Acesso em: 04 Out. 2022

CALDEIRA, A. L. T. **Transexualidade e cárcere**: estado de coisas (ainda mais) inconstitucional. Monografia (Graduação)-Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8435>. Acesso em: 01 Out. 2022

CASTRO ROSA, V. **Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário**: a perda da decência humana e do respeito aos direitos humanos. Boletim 280, março de 2016. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos. Acesso em: 18 Out. 2022

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 17, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 04 Out. 2022

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 270, de 11 de dezembro de 2018**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_270_11122018_12122018112523.pdf. Acesso em: 04 Out. 2022

DÍAS, F. M. **Gênero e os direitos de personalidade**: uma análise sobre o encarceramento de pessoas transexuais. Monografia (Graduação em Direito) apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019. Disponível em: <https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/academico/article/view/1091>. Acesso em: 04 Out. 2022

ELY, B. A. Os direitos dos homossexuais e dos transexuais no ordenamento jurídico brasileiro vistos sob a ótica principiológica constitucional. **Rev. Bras. Prev.**, v.11 n.1, p.12-34, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/previdencia/article/view/4435/pdf>. Acesso em: 04 Out. 2022

FERREIRA, C. M. N.; SILVA, J. V. A. Mulheres transgêneros encarceradas e as violações de direitos sofridas no sistema prisional brasileiro. **Ânima Educação**. Repositório Universitário Ânima (RUNA). Dez. 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/22492>. Acesso em: 22 Set. 2022

HOSCHEIDT, L. M. **A conquista de direitos a partir do julgamento da ADI 4.275**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais)- Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/184184>. Acesso em: 04 Out. 2022

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Ocupar espaços na sociedade traz empoderamento para a população trans**. ONU, 29 jan. de 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/79057-ocupar-espacos-na-sociedade-traz-empoderamento-para-populacao-trans-defende-agente-de-saude>. Acesso em: 01 Out. 2022

REQUI, J. V. **A violação dos direitos do transexual**: uma realidade do binarismo sexual no sistema carcerário brasileiro. Monografia (Graduação)- Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/7578#:~:text=O%20presente%20trabalho%20de%20pesquisa,do%20paradigma%20discriminat%C3%B3rio%20institucionalizado%20nas>. Acesso em: 01 Out. 2022

SANTOS, C. S. C. Transexuais encarcerados: dignidade da pessoa humana e a dupla penalização de transexuais privados de liberdade. **LEGIS**. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p1-15, 2019. Disponível em: <https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/legisaugustus/article/view/442>. Acesso em: 01 Out. 2022

SANTOS, D. L. C. R. **Homofobia nos presídios**: a importância das alas reservadas para garantia da integridade dos detentos homossexuais, travestis e transexuais. Monografia (Graduação em Direito) apresentada ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, 2018. Disponível em: <http://200-98-146-54.clouduol.com.br/handle/123456789/1600>. Acesso em: 22 Set. 2022

SANTOS, E. L. O.; OLIVEIRA, T. C. F. A vida das mulheres transexuais no sistema penitenciário brasileiro: e a dignidade da pessoa humana? **ANAIS – 21ª SEMOC**, Salvador, 22 a 26 de outubro de 2018. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1069/1/A%20vida%20das%20mulheres%20transexuais%20no%20sistema%20penitenci%C3%A1rio%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 01 Out. 2022

SEVIC. Secretaria de Política Públicas LGBT. **Cartilha de Direitos das Pessoas**. Mato Grosso do Sul, Julho de 2022. Disponível em: <https://www.sevic.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/CARTILHA-DIREITOS-TRANS-A4-2.pdf>. Acesso em: 04 Out. 2022

SILVA, L. S.; SILVA, D. C. Como o estado brasileiro atua na violação dos direitos fundamentais das mulheres transexuais no cumprimento da pena. **Revista de Direito**, v. 11, n. 1, p. 361-386, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/7304/pdf>. Acesso em: 18 Out. 2022

SIQUEIRA, D. P.; MACHADO, R. A. A proteção dos direitos humanos LGBT e os princípios consagrados contra a discriminação atentatória. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. v. 6, n. 1, p. 167-201, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6814>. Acesso em: 01 Out. 2022

SOUZA, B. C.; FERREIRA, G. G. Execução penal e população de travestis e mulheres transexuais: o caso do presídio central de Porto Alegre. **Cadernos de Gêneros e Diversidade**. Vol 02, N. 01 - Jan. - Jul., 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/17629>. Acesso em: 22 Set. 2022

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RELIGIOSA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE SUA LIBERDADE.

VALDERY MATIAS CONCEIÇÃO:

Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

LÍVIA HELENATONELLA¹²

(coautora/orientadora)

RESUMO: A Carta Magna estatui as limitações que constituem verdadeiras garantias individuais ao contribuinte, sendo percebido pela simples leitura do art. 150 da Constituição Federal de 1988 no qual traz as limitações do poder de tributar, deixando evidente as garantias existentes, como a liberdade de culto, um direito individual expressamente consignado no art. 5º, VI, da CF/88, e a imunidade religiosa, uma das garantias que protege tal direito. A delimitação da pesquisa surge ao analisar o antes e depois da alteração dos dispositivos trazidos pela Emenda Constitucional nº 116/2022 sobre a utilização de templos e a incidência de impostos sobre eles. Com o objetivo de apresentar uma análise sobre a imunidade tributária, em relação ao IPTU, na exigência do seu crédito aos templos de qualquer culto, quando na condição de locatária, e de esclarecer de que forma a exigência de sua exação acabava limitando a liberdade religiosa antes da Emenda Constitucional nº 116/2022, o presente estudo trata-se de uma abordagem descritiva, que busca retratar a temática através de pesquisar bibliográficas e análises de jurisprudências. Assim a imunidade prevista no texto constitucional não está limitada aos templos, aqueles considerados como espaços físicos de cultos religiosos, pelo contrário, a imunidade engloba todas as rendas que contribuem para a atividade religiosa.

Palavras-Chave: Direito Fundamental; Imunidade Tributária. Liberdade Religiosa.

INTRODUÇÃO

A relação tributária é tratada como uma relação jurídica, pois o Estado existe para a consecução do bem comum, certamente, e por conta disso é que goza, no ordenamento jurídico, de um conjunto de prerrogativas que lhe asseguram uma posição privilegiada nas relações jurídicas de que faz parte, afinal, o interesse público deve se sobrepor ao interesse privado admitindo-se em certos casos a preponderância do ente que visa ao bem-comum nas suas relações com os particulares.

¹²Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pela Universidade Estadual de Maringá, Brasil (2021). Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil. E-mail: prof.liviahelena@fasec.edu.br

Contudo, por força constitucional, a Carta Magna estatui as limitações que constituem verdadeiras garantias individuais ao contribuinte. Assim, boa parte das limitações constitucionais ao poder de tributar está protegida contra mudanças que lhe diminuam o alcance ou a amplitude.

Portanto, a Constituição plasma as principais limitações ao exercício da competência tributária, mas não necessariamente todas. Isto é percebido pela simples leitura do art. 150 da Constituição Federal de 1988 no qual traz as limitações do poder de tributar, deixando evidentes as garantias existentes que “sem prejuízo de outras [...] são asseguradas ao contribuinte”. Desta forma é lícito afirmar que as garantias ali estatuídas formam um rol não exaustivo, existindo outras estipuladas em dispositivos diversos da CF/88, como aquela estipulada no art. 5º, VI, onde reforça-se a imunidade, denominada religiosa e protege a liberdade de culto, no qual é um direito individual.

Nesta senda, as imunidades tributárias são restrições ao poder de tributar protegidos pela Constituição Federal objetivando garantir de forma plena a prática de direitos e garantias, tanto na forma individual como coletivas do contribuinte. Cabe ao legislador constituinte originário o poder de tributar. Por isso é que, enquanto a imunidade recíproca cuida da autodeterminação dos entes federados, a imunidade religiosa impossibilita que o Estado faça uso do poder de tributar como forma de impedir que entidades religiosas venham a funcionar.

Pôr a liberdade de culto ser um direito individual expressamente consignado no art. 5º, VI, da CF/88, e a imunidade religiosa ser uma das garantias que protege tal direito, ambos estão protegidos por cláusula pétreia. Neste contexto, a própria Carta Maior de 1988 consigna que é vedada aos seus entes federativos, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, instituir impostos sobre: templos de qualquer culto.

Diante desse aspecto preliminar, o presente trabalho irá apresentar, as alterações dos dispositivos trazidos pela Emenda Constitucional nº 116/2022, promulgada em 17 de janeiro de 2022. Bem como a jurisprudência e doutrina se posicionam com relação à temática, no que se trata da imunidade religiosa de qualquer culto, em paralelo à sua liberdade.

A problemática de pesquisa surge com uma delimitação no contexto histórico, ao analisar o antes e depois da alteração dos dispositivos trazidos pela Emenda Constitucional nº 116/2022, ao tratar a imunidade religiosa em paralelo à sua liberdade, uma vez que as divergências ocorridas antes da emenda constitucional e esclarecendo a intenção do legislador moderno ao aclarar explicitamente um direito que sempre existiu, mas que o Tribunal aplicava outro.

Com o objetivo de apresentar uma análise sobre a imunidade tributária, em relação ao IPTU, na exigência do seu crédito aos templos de qualquer culto, quando na condição de locatária, ede esclarecer de que forma a exigência de sua exação acabava limitando a liberdade religiosa antes da Emenda Constitucional nº 116/2022, o presente estudo trata-se de uma abordagem descritiva na qual será estruturado em 03 capítulos, abordando temas como o surgimento da imunidade religiosa no Brasil, a liberdade religiosa como direito fundamental e a imunidade tributária religiosa à luz da doutrina e jurisprudência.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1. Surgimento da imunidade religiosa no Brasil.

A imunidade religiosa no Brasil surgiu de forma progressiva à medida que iam se estabelecendo as constituições ao longo dos anos, até vir a ser concretizada na Constituição Federal de 1988, a atual constituição. Importante frisar que a religião influenciou direta e indiretamente o processo de formação do país, visto que o catolicismo era a religião oficial de Portugal a época do Brasil colônia.

Ferreira (2014) menciona que a presença da igreja no Brasil Colônia iniciou-se já em Portugal, por meio do qual no regime do Padroado ser delegado ao monarca a organização da igreja católica, e por Portugal ser um país colonizado, tinha como uma de suas missões a propagação do catolicismo por toda a sua colonização. Ficando evidente a religião católica como forte presença no processo de colonização do Brasil.

Em termos de regulamentações, desde a primeira Constituição (1824), torna-se possível observar que esta trazia de forma encampada em seus artigos a ligação religião, estado e igreja, fato que passou a ser menos evidente à medida que as constituições iam se adequando às transformações políticas e religiosa ao longo do tempo.

Com o advento da Constituição de 1891, o país passa a prever em sua Constituição a laicidade do Estado, não possuindo o Brasil uma religião oficial, vindo a ser essa a posição adotada até a atual Constituição. Sobre laicismo, Silva Neto (2013) pondera que:

O laicismo é doutrina defensora da separação entre a Igreja e o Estado, determinando ainda a destinação a leigos de funções antes exercidas por religiosos, como era o caso da educação. Foi uma das principais reivindicações da Revolução Burguesa e do Radicalismo Republicano do século XIX. (SILVA NETO, 2013, p. 51-52)

Ainda, quanto à laicidade Sarmento (2009), aponta que ela não é uma posição adotada pelo Estado ateuista ou contraria a religiosidade, e sim uma neutralidade, na qual

surge para proibir favorecimento a qualquer crença, ou seja, ela torna-se a doutrina que separa o Estado e Igreja.

Sobre essa separação, a constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra em seu artigo 19, inciso I, uma série de vedações aos entes federativos quanto a atos religiosos, vejamos:

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

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[...]

Os indícios de imunidade tributária surgem mesmo que indiretamente na Constituição de 1824, onde na época já havia meios de se garantir o socorro público e ensino gratuito retirando-se o ônus tributário para esses serviços. No entanto, somente na Constituição de 1891 se estabelece expressamente no texto constitucional as imunidades dos Estados em comum, assim como cultos religiosos. Nas constituições seguintes de 1934, 1937, 1946 e 1988 mantiveram as menções as imunidades dos cultos religiosos.

Antes de se tratar de imunidade religiosa em si, se faz preciso a análise da imunidade como todo, definindo-se o que vem a ser imunidade tributária. Cumpre guindar que o texto constitucional não cria por si só os impostos, ele instaura a competência na qual vai ser outorgada para os entes políticos.

Assim, a Constituição Federal veda a instituição de imposto sobre lista de objetos e entes, estabelecendo sobre eles a imunidade tributária, para Amaro (2014), esse ato de atribuir imunidade tributária a esse rol ocorre em virtude de o fundamento das imunidades será preservação de valores que a constituição considera fundamentais, passando a desconsiderar a eventual capacidade econômica demonstrada pela pessoa.

Ao se analisar o texto constitucional pode-se perceber que o mesmo não faz menção ao termo imunidade, utilizando-se de outros termos como isenção e não incidência, desta forma, é interessante ressaltar que imunidade não se confunde com isenção, pois a imunidade é a norma constitucional que denega a competência tributária, e a isenção é aquela que ocorre no plano infraconstitucional na qual atinge a obrigação tributária principal. Assim, para fins de conceituação, entende-se como imunidade tributária a vedação constitucional que impede a ocorrência do fato gerador da obrigação principal (BERTINE, 2013, p.122).

Quanto a imunidade religiosa, a Carta Magna em seu artigo 150 assim dispõe sobre a temática:

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

VI - instituir impostos sobre: [...]

b) templos de qualquer culto; [...]

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Da exegese do referido artigo, é conveniente observar que os §4º traz expressamente que a imunidade tributária religiosa não se limita apenas aos templos, mas também abarca os patrimônios, renda ou serviços desde que estes se encontrem ligados às finalidades essenciais das entidades, o que torna essa imunidade tributária um instrumento de proteção a liberdade de religião, um incentivo aos valores garantidos na Constituição.

2. LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A preservação da liberdade religiosa é uma questão fundamental e de suma importância, pois não só garante um direito humano básico, como se torna um agregador à sociedade. No contexto de Direitos Humanos e Direito Constitucionais a valorização da liberdade religiosa encontra-se consagrada em sua forma mais plena no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde diz que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Assim dispõe a Organização das Nações Unidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 18:

Artigo 18. Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular. (ONU – DUDH, 1948)

O direito descrito no artigo 18 da Declaração Universal de Direitos Humanos traz uma redação de absoluta amplitude, pois, implica a liberdade em mudar de convicção ou religião, de manifestar-se tanto sozinho como em grupo, em público ou privado, e a liberdade de ensino e prática, e de cultos e ritos. Assim, a religião é um direito do homem

a própria transcendência, o que para Amaral (2020) é a crença na existência de um poder ou princípio superior no qual se deve respeito e obediência.

2.1. A Liberdade Religiosa como Direito Fundamental

O direito à liberdade religiosa como acima citado é um direito estabelecido no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos humanos, que evidencia a mesma com um direito fundamental que se torna necessário o entendimento do que é um direito fundamental. Para Pinto (2009) os direitos fundamentais são aqueles direitos representativos das liberdades públicas, nos quais constituem valores eternos e universais, impondo ao Estado uma fiel observância e amparo de forma irrestrita.

Jose Afonso da Silva (2000), diz que a expressão que melhor esclarece direitos fundamentais é "direitos fundamentais do homem", vejamos:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive: fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente conhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2000 p. 178).

Os direitos fundamentais são divididos em três gerações/dimensões, as duas primeiras dimensões tratam da liberdade e igualdade, no qual possuem caráter individual em desfavor ao foco coletivo e conforme a classificação clássica de Bobbio (2003) a liberdade religiosa é um direito fundamental de primeira geração, onde demanda uma prestação negativa por parte do Estado, justamente porque a afirmação dos direitos fundamentais torna-se necessária para que não ocorra abuso por parte daqueles que governam, e nem limitação de fruição desses direito pelos indivíduos.

A afirmação dos direito humanos surge quando o homem médio passa a entender que a lei passa ser o homem, e não mais um comando divino ou os costumes, assim, com o homem "emancipado" este passa a procurar um porto seguro, um direito solido que não esteja atrelado a religião, e a incerteza que surge quanto ao direito divino atrelado a religião não seria efetuado de forma justa, que abarcasse o indivíduo e não apenas aqueles

que governava, assim, segundo Marmelstein (2009) surge a liberdade religiosa tornando-se um direito de primeira dimensão.

Canotilho (2002) corrobora que os direitos fundamentais têm duas funções: uma no plano jurídico-objetivo no qual constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo as intervenções deste na esfera jurídica individual, e a função no plano jurídico-substantivo possuindo o poder de exercer positivamente esses direitos e de exigir omissões dos poderes públicos buscando evitar agressões lesivas por parte destes.

Deste modo, a liberdade religiosa torna-se um direito fundamental uma vez que ela surge como uma liberdade contrária ao Estado, ou seja, um direito negativo no qual surgiu para proteger o indivíduo contra as ingerências praticadas pelo Estado, garantindo àquele a liberdade no âmbito de sua vida religiosa. Na forma de direito fundamental de primeira dimensão, a liberdade religiosa possibilita ao indivíduo a garantia de poder escolher a religião a qual quer pertencer, assim como garante a ele aspectos relacionados a esse direito à liberdade, como liberdade de culto e liturgia.

2.2. A Liberdade Religiosa na Constituição Federal de 1988

A República Federativa do Brasil consagra como direito fundamental a liberdade de religião, pois a sua Carta Maior prescreve que o Brasil é um país laico. Diante dessa colocação, é possível observar que o Estado tem o dever de preocupar-se em proporcionar aos seus cidadãos uma perfeita compreensão religiosa, reprimindo e combatendo a intolerância e o fanatismo.

Em relação a liberdade de religião e a Constituição, Miranda (2014) ensina que o Estado tem o dever de proteger o pluralismo religioso dentro do seu território, assim como criar condições materiais que possibilitem um exercício de atos religiosos de distintas religiões, prezando pela igualdade religiosa, mas mantendo-se as margens do fato religioso não o incorporando a sua ideologia. No âmbito da liberdade de religião encontram-se três tipos distintos, mas intrinsecamente relacionados em suas liberdades, sendo a liberdade de crença, liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

Para José Afonso da Silva (2000) a liberdade de crença está relacionada a liberdade de escolha da religião, de aderir a qualquer seita religiosa, de mudar de religião, assim como de não aderir a religião alguma, quanto a liberdade de culto, esta consiste na liberdade de orar e de praticar os atos próprios das manifestações exteriores tanto em casa quanto em público, e a liberdade de organizações religiosas na qual está voltada ao respeito à possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado.

No âmbito constitucional a liberdade religiosa vem assegurada no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que:

[...]

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

[...]

Ainda no bojo do artigo 5º da Constituição Federal, os incisos VII e VIII prelecionam ser assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa tanto nas entendidas cíveis e militares de internação coletiva, e que ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Nesse sentido, o artigo 19, inciso I da Constituição Federal veda aos entes federativos (Estados, Municípios, União e Distrito Federal) o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, impedir o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes nas relações de dependência ou aliança, ao menos que em ressalva e na forma da lei, a colaboração de interesse público.

No ensejo de vedações constitucionais aos entes federativos quanto à liberdade religiosa, o artigo 150, inciso VI, alínea "b", veda a instituição de imposto sobre templos de qualquer culto, onde em seu parágrafo 4º traz essas vedações que compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, desde que relacionados a finalidades essenciais das entidades nele mencionados.

A questão de liberdade religiosa é retratada ainda no artigo 120, ao tratar do ensino religioso, no artigo 213 sobre recursos públicos destinados a instituições filantrópicas ou confessionais e no artigo 226 parágrafo 3º ao fazer referência ao casamento religioso.

2.3. As Limitações da Liberdade Religiosa no Direito Infraconstitucional

Embora a liberdade religiosa seja um direito fundamental protegido pela Constituição Federal, ela encontra limitação quando confronta outros direitos fundamentais, tanto em um caso concreto quanto em uma lei que possa a vir entrar em vigor. É a legislação infraconstitucional que impõe limitações a isso.

Uma norma/direito infraconstitucional é definida como uma norma ou texto de lei que não se encontra no bojo do texto constitucional. Não restam dúvidas de que a Constituição Federal protege a liberdade religiosa em todas as suas faces, mas, não se pode

permitir em nome dessa liberdade que esta perturbe direitos individuais, como ocorre no caso da liberdade de culto. O Código Civil, nos arts. 1.277 a 1.279 estipula que o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais ao sossego e à saúde, causadas pela utilização da propriedade vizinha.

Em relação às limitações a essa liberdade José Afonso da Silva (2005) se manifesta da seguinte forma sobre a competência para se regulamentar essas limitações:

Tanto isso é uma técnica de repartição de potência federativa que os §§ 3º e 4º complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária. (SILVA, 2005 p. 504)

Dessa forma, o Estado deve proteger os direitos de seus cidadãos produzindo medidas tão amplas quanto a necessidade exija, interferindo, inclusive, na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública em nome da liberdade religiosa. Ou seja, a lei ou interpretação será limitada na sua eficácia limitadora, não restringirá o direito além do necessário a se garantir ou conciliar outro direito também fundamental.

Ainda, encontra-se em diferentes leis disposições que surgem com intuito de se regular ou até mesmo punir atos que extrapolem o exercício dessa liberdade religiosa como no caso da criminalização do curandeirismo trazida no art. 284 do Código Penal, a questão da poluição sonora produzida através da prática de cultos relacionada a lei nº 6.938/81 sobre proteção ambiental, o código civil ao estabelecer regramentos sobre direitos de vizinhança, dentre outras.

Desta forma, tem que se observar inda que o legislador ou o intérprete, quando da restrição de direitos individuais, devem respeitar o núcleo essencial do direito fundamental de modo a não o invalidar, para isso sendo claros quanto à determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas, e respeitando, quando da interpretação, o valor posto pelo direito fundamental.

3. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RELIGIOSA À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

A Constituição Federal elenca as imunidades tributárias nas quais se encontram os templos religiosos tema deste estudo, funcionando as imunidades como uma forma de preservação de valores resguardados pela constituição. Entende-se por imunidade como

uma condição de não ser sujeito a algum ônus ou encargo, ou ainda, a não incidência, a não imposição de um encargo (MORAES, 1998).

Por referir-se a uma desobrigação de se sujeitar a uma obrigação onerosa, o conceito de imunidade tributária torna-se um tema bastante debatido entre doutrinadores em relação à abrangência de seus tributos que se tornam imunes conforme as normas tributárias. Em virtude dos questionamentos, faz-se necessário elencar algumas das principais definições para que ao confronto das mesmas possam se delimitar um único conceito, assim Alexandre (2012) ensina que as imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar, na qual consiste na delimitação da competência tributária constitucionalmente concedida aos entes políticos.

Desta forma, imunidade no Direito Tributário significa a dispensa ao dever de contribuir, entendendo ser uma renúncia fiscal junto ao Estado assegurado constitucionalmente. No mesmo sentido são os entendimentos dos Carvalho e Baleeiro, vejamos:

Imunidade é uma classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas contidas no texto constitucional e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. (CARVALHO, 2017, p.97)

Ainda, Baleeiro (2008) entende que:

[...] a imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não competência das pessoas políticas da Federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário. A imunidade é, portanto, regra de exceção e de delimitação de competência que atua, não de forma sucessiva no tempo, mas concomitantemente. A redução que opera no âmbito de abrangência da norma sucessiva de poder tributário é tão só lógica, mas não temporal. (BALEIRO, 2008, p.114)

É notório observar que as imunidades tributárias são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, na qual independem de edição de normas inferiores para produzirem seus regulares efeitos, podendo estas ser objetivas ou subjetivas, ao passo que a primeira exclui a possibilidade de surgir à obrigação tributária em razão das particularidades da coisa imune, e a segunda beneficia as pessoas, não permitindo que

determinado sujeito seja obrigado a pagar impostos em razão de particularidades a ele atribuído (CARRAZA, 2015).

Nesse sentido pode tornar-se objetiva a imunidade tributária religiosa atribuída aos templos prevista constitucionalmente, e buscando esclarecer esse instituto, assim, a doutrina procurou definir o que deve ser atribuído ao templo para que alcance a imunidade tributária. Baleeiro (2008) assim entende:

O “templo de qualquer culto” não é apenas a materialidade do edifício, que estaria sujeito tão-só ao imposto predial do Município, se não existisse a franquia inserta na Lei Máxima. Um edifício só é templo se o completam as instalações ou pertencas adequadas àquele fim, ou se o utilizam efetivamente no culto ou prática religiosa. (BALEIRO, 2008, p. 91)

Machado (2010) aponta que templo não significa apenas a edificação e, sim tudo àquilo que seja relacionado ao exercício da atividade religiosa ali realizada, não podendo haver imposto sobre a atividade e nem sobre qualquer bem que seja usado a serviço do culto, mas que podem incidir impostos aqueles bens pertencentes a “Igreja” desde que estes não sejam instrumentos dela (como prédios alugados e seus respectivos rendimentos, por exemplo). No mesmo sentido Carraza (2017) acrescenta que o fundamento da imunidade dos templos de qualquer culto não é a falta de capacidade contributiva, mas a proteção da liberdade dos indivíduos, na qual seria reprimida se estes tivessem que sustentar os impostos (CARRAZA, 2017, p. 788)

É sabido que a imunidade aqui retratada está relacionada à vedação impositiva que recai no sujeito titular da renda, do patrimônio e dos serviços, pois segundo Barreto (2001) deve-se levar o entendimento de que é o templo, ou seja, a instituição mantenedora responsável o alvo da imunidade, uma vez que somente pessoa pode integrar a relação jurídico-tributária, assim, sendo vedada a exigência de impostos de instituições mantenedoras de templos, tornando-se aqui a imunidade qualificada como subjetiva, pois trata de desoneração da entidade religiosa por meios de impostos que venham a recair sobre seus bens e rendas.

Nesse seguimento Costa (2015) pondera que:

A exoneração constitucional sob exame afasta a exigência do Imposto Predial e Territorial Urbano relativo ao imóvel onde o culto é realizado; o Imposto de Renda sobre as esmolas, doações e rendimentos decorrentes de aplicações financeiras; o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis na aquisição desses bens; o Imposto

sobre a Propriedade de Veículos Automotores referentes aos veículos [...] usados na catequese ou nos serviços de culto; e o imposto de Importação sobre bens destinados ao serviço religioso. (COSTA, 2015, p. 173)

É notório que para a concessão da imunidade tributária os benefícios provenientes tem que estar ligados as finalidades essenciais da entidade imune, bem como os propósitos da natureza para qual foi instituída. Na hipótese de a entidade religiosa alugar algum de seus imóveis, a Suprema Corte tem entendido que se o valor do aluguel for destinado a aplicações nas finalidades dessas entidades, esse imóvel encontra-se abarcado pela imunidade tributária.

A Emenda Constitucional nº116/2022 veio acrescentar o §1º-A ao artigo 156, inciso I, que institui o Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana, estabelecendo que o IPTU não incidirá sobre templos de qualquer culto, ainda que as entidades religiosas sejam apenas locatárias do imóvel:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

[...]

§ 1º-A O imposto previsto no inciso I do caput deste artigo não incide sobre templos de qualquer culto, ainda que as entidades abrangidas pela imunidade de que trata a alínea "b" do inciso VI do caput do art. 150 desta Constituição sejam apenas locatárias do bem imóvel.

[...]

Antes da EC nº 116/2022 a imunidade prevista no artigo 150 da Constituição Federal dizia respeito somente ao patrimônio, a renda e aos serviços que estivessem relacionados com as finalidades essenciais a atividades da "igreja", onde para que a isenção do IPTU fosse verificada, era necessário que o imóvel a ser beneficiado com a imunidade fosse de propriedade da igreja, e ela seria o contribuinte formal do tributo. Ocorre que muitos imóveis utilizados como espaços para cultos não eram alcançados por essa imunidade em virtude de serem alugados.

Assim, havia uma lacuna legislativa, uma vez que muitos dos espaços utilizados para pratica de cultos são alugados e, que por imposição contratual entre as partes, a responsabilidade sobre o pagamento do IPTU do imóvel alugado ficava, até então, sobre as expensas das entidades religiosas. Com advento da EC nº 116/2022, tal lacuna axiológica foi preenchida, o que acabou declinando a exação, para amparar o direito à imunidade

mesmo quando na condição de locatária, garantindo assim, a proteção constitucional à liberdade religiosa.

Quanto aos cemitérios e lojas maçônicas, o entendimento que se tem é que se o primeiro for mantido por uma entidade religiosa é plenamente cabível a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "b" da Constituição Federal, mas se este é mantido por pessoa física ou jurídica e que vise lucros, nesse caso não faz jus a imunidade. Nesse sentido Carraza (2017) explana que as rendas só estarão cobertas pela imunidade tributária se esta renda se relacionar com as finalidades essenciais do templo de qualquer culto. Como demonstra o precedente da Suprema Corte:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU. ARTIGO 150, VI, "B", CB/88. CEMITÉRIO. EXTENSÃO DE ENTIDADE DE CUNHO RELIGIOSO.

1. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles.

2. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo do disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI, "b". 3. As áreas da incidência e da imunidade tributária são antípodas. Recurso extraordinário provido. (STF, Tribunal Pleno, RE 578.562/BA, Rel. Ministro Eros Grau, 2008).

Quanto as Lojas Maçônicas, o Superior Tribunal Federal tem entendido que estas não gozam de imunidade tributária, visto que estas não professam qualquer religião. Como demonstrado na decisão proferida a seguir:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, C, DA CARTA FEDERAL. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. ART. 150, VI, B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ABRANGÊNCIA DO TERMO "TEMPLOS DE QUALQUER CULTO". MAÇONARIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E, NO QUE CONHECIDO, DESPROVIDO.

I – O reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal exige o cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei.

II – Assim, para se chegar-se à conclusão se o recorrente atende aos requisitos da lei para fazer jus à imunidade prevista neste dispositivo, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Incide, na espécie, o teor da Súmula 279 do STF. Precedentes.

III – A imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, b, é restrita aos templos de qualquer culto religioso, não se aplicando à maçonaria, em cujas lojas não se professa qualquer religião.

IV - Recurso extraordinário parcialmente conhecido, e desprovido na parte conhecida. (RE 562351, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 13-12-2012 PUBLIC 14-12-2012)

O Superior Tribunal Federal consolidou o entendimento no qual não cabe a entidade religiosa demonstrar que utiliza o bem de acordo com sua finalidade institucional, pois compete à administração tributária comprovar o eventual desvio de finalidade. É possível observar esse entendimento ao analisar a decisão a seguir onde se ver clara distinção entre entidade religiosa e o bem utilizado como finalidade essencial.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IPVA. IMUNIDADE. TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. UTILIZAÇÃO DO BEM EM CONFORMIDADE COM SUAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE QUE O ESTADO DEMONSTRE EVENTUAL TREDESTINAÇÃO DO BEM. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Como o Tribunal de origem entendeu estar comprovada nos autos que os veículos da agravada estão relacionados com suas finalidades essenciais, a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, b, da Constituição deve prevalecer até que o Estado demonstre a eventual tredestinação dos bens. II – Agravo regimental a que se nega provimento. ACÓRDÃO – Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Brasília, 23 de agosto de 2019. RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

Ainda nessa perspectiva:

Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ITCMD. IMUNIDADE. PRESUNÇÃO DE DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO, DA RENDA E DOS SERVIÇOS ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DAS ENTIDADES IMUNES. CABE AO FISCO PROVAR EVENTUAL DESVIO DE FINALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE AGRAVANTE. MANIFESTO INTUITO PROTRELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. A C Ó R D ã O – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, por unanimidade, em negar provimento ao agravo e aplicar a multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, nos termos do voto do Relator. Brasília, 31 de outubro de 2017. Ministro LUIZ FUX – RELATOR

Deste modo, as jurisprudências dos Tribunais entendem que as imunidades previstas constitucionalmente como aquela que veda o estabelecimento de impostos sobre os templos de qualquer culto, sendo esta interpretada em sua forma extensiva na qual deve abranger o patrimônio, renda e serviços, desde que relacionados à instituição religiosa, que acaba afirmando sua proteção de liberdade de cultos.

CONCLUSÃO

Diante das análises expostas, torna-se possível concluir que no Brasil, através da Constituição Federal, encontra-se a obrigação de respeitar as convicções religiosas de todos os tipos, devendo o Estado manter a segurança da neutralidade sobre o assunto e tratando com isonomia todas as múltiplas religiões existentes. Sendo assegurado também na Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

A República Federativa do Brasil consagra como direito fundamental a liberdade de religião, e essa liberdade possibilita ao indivíduo a garantia de poder escolher a religião a qual quer pertencer, assim como garante a ele aspectos relacionados a esse direito à liberdade, como liberdade de culto e liturgia.

A imunidade religiosa no Brasil surgiu de forma progressiva à medida que iam se estabelecendo as constituições ao longo dos anos, até vir a ser concretizada na

Constituição Federal de 1988. Em virtude dessa liberdade de expressar sua religião, a constituição brasileira dispõe do instituto da imunidade, no qual exclui a própria competência tributária aplicada aos impostos sobre templos onde se possa professar qualquer religião.

A Emenda Constitucional nº116/2022 veio para preencher as lacunas legais sobre o Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana, quando este incide sobre imóveis usados para celebração de cultos religiosos através de contrato de locação, sanando dúvidas sobre a incidência ou não de tal imposto, restando claro que sobre os templos que se encontre nesta situação abarca-se na imunidade tributária prevista no artigo 150 inciso VI, alínea "b" da Constituição Federal.

A doutrina e a jurisprudência pátria são firmes no sentido de que a imunidade prevista no texto constitucional não está limitada aos templos, aqueles considerados como espaços físicos de cultos religiosos, pelo contrário, a imunidade engloba todas as rendas que contribuem para a atividade religiosa. Por se tratar de uma concepção mais ampla, a doutrina refere-se o tema como imunidade das entidades religiosas, demonstrando não haver limitação somente em relação aos templos.

REFERENCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMARAL, Beatriz Helena Ramos. MP no Debate: Liberdade religiosa, direitos humanos e algumas formas de preservar a tolerância. **Revista Consultor Jurídico - Conjur**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-20/mp-debate-liberdade-religiosa-algumas-formas-preservar-tolerancia>> Acesso em: out/2022.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

BERTINE, Caio. **Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: setembro. 2022.

_____. Agência Senado. **Promulgada a Emenda Constitucional 116, que isenta de IPTU imóveis alugados por templos**. Disponível em

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/17/promulgadaemendaconstitucional-116-que-...> > Acesso em: outubro/2022.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p. ISBN 972-40-1806-7.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Imunidades tributárias dos templos e instituições religiosas**. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 173.

FERREIRA, Cláudio Alvarez. Contextualização Histórica. In: LAZARI, Rafael José Nadim de; BERBARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (orgs.). **Liberdade religiosa no estado democrático de direito: questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. 552 p. ISBN 978- 85-224-5135-7.

MIRANDA, J. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [S. l.], n. 1, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/956>. Acesso em: out. 2022.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valério de oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord). **Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed., rev. e atual. Nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000. 871 p. ISBN 8574201502.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e Dignidade. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 46, 2009. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerjonline/edicoes/revista46/Revista.pdf>. Acesso em out. 2022.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

SARA GOMES REIS: Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: A família caracteriza-se pela coexistência de duas relações: a primeira entre os próprios pais e a restante entre pais e filhos; sendo esta a curiosidade para a presente investigação ao analisar a viabilidade da aplicação da responsabilidade civil quando comprovada a existência de dano em que a criança ou adolescente é utilizado como instrumento, a quem é prestada informação que tem de transformar o seu comportamento no seu pai ou mãe. Assim discute os termos do Código Civil, pois dessa forma não apenas o melhor interesse da criança será protegido, mas também a relação entre pais e filhos será preservada; Com isso este artigo teve por objetivo refletir sobre a responsabilidade civil por alienação parental e possibilidade de compensação por danos morais, Com isso, os laços familiares serão fortalecidos independentemente de estarem em processo de separação de fato, casamento ou divórcio; Desta forma, qualquer comportamento que vise dificultar ou alterar o relacionamento e a comunicação entre pais e filhos, caso cause dano, deve ser passível de indenização, mediante apresentação de Laudo Psicológico. Assim este estudo promove a aplicação da responsabilidade civil ao pai ou mãe que utiliza a criança ou adolescente como instrumento para prejudicar a relação entre pais e filhos; Faz-se necessário ressaltar que esta ação civil não deve ser cabível quando houver processo de pensão alimentícia envolvido, cabendo ao Juiz avaliar cada caso concreto, estabelecendo as medidas corretivas previstas na regulamentação vigente.

Palavras-chave: Alienação Parental; Responsabilidade Civil; Desenvolvimento Integral.

ABSTRACT: The family is characterized by the coexistence of two relationships: the first between the parents themselves and the rest between parents and children; this being the curiosity for the present investigation when analyzing the feasibility of applying civil liability when proven the existence of damage in which a child or adolescent is used as an instrument, to whom information is provided that has to transform his behavior into that of his father or mother. Thus discusses the terms of the Civil Code, because in this way not only the best interest of the child will be protected, but also the relationship between parents and children will be preserved; Thus, this article aimed to reflect on civil liability for parental alienation and the possibility of compensating for moral damages. With this, family members will be strengthened regardless of whether they are in the process of de facto separation, marriage or divorce; In this way, any behavior that aims to hinder or alter the relationship and communication between parents and children, if it causes damage, must be liable to compensation, upon presentation of a Psychological Report. Thus, this study promotes the application of civil liability to the father or mother who uses the child or adolescent as an instrument to harm the relationship between parents and children; It is necessary to point out

that this civil action should not be applicable when there is an alimony process involved, and it is up to the Judge to assess each specific case, establishing the corrective measures provided for in the current regulations.

Keywords: Parental Alienation; Civil Responsibility; Comprehensive Development.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ALIENAÇÃO PARENTAL 2. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Na literatura clínica e jurídica existem diferentes situações relacionadas com a interferência no regime de visitação, um deles é a Síndrome da Alienação Parental (SAP) A partir da proposta inicial da existência do SAP houve várias tentativas de expandir sua definição e critérios diagnósticos. No entanto, eles são usados com mais frequência.

De acordo com a literatura do divórcio, da década de 1980 do séc., foram usados termos como lavagem do cérebro - descrevendo o esforço de um dos pais para que seu filho não tenha uma percepção positiva do outro pai, comportamento geralmente motivado porque a separação não ocorreu em bons termos. O conceito de lavagem cerebral para fazer a diferença entre isso, o prazo de alienação parental e o SÁP propriamente dito, destacando que no SAP tem havido várias tentativas de expandir sua definição e critérios diagnósticos; no entanto, eles são usados com mais frequência a criança tem uma participação direta e contribui para a desqualificação do pai a quem rejeitado, em razão do processo de lavagem cerebral, programação ou alienação a que foi exposta e à qual a criança adquire poder nessa relação alienando pai – filho – pai alienado.

A SAP é composto por oito sintomas; No entanto, os critérios diagnósticos tendem a ser mal utilizados, porque pesquisadores notaram a ausência de uma especificação clara de quantos dos oito sintomas de SAP são necessários para fazer um diagnóstico, não sendo claro qual deles deve ser presente para diagnosticar SAP.

Este estudo tem por objetivo refletir sobre a responsabilidade civil por alienação parental e possibilidade de compensação por danos morais. A alienação parental é um termo que explica o fenômeno no qual um filho de um casamento desfeito se torna alienado de um dos pais devido aos esforços ativos do outro pai para romper seu relacionamento.

No Brasil existe uma extensa literatura relevante para este fenômeno, ampliando o escopo para incluir escritos que descrevem os mesmos conceitos ou semelhantes sem usar o conceito inicial. Alguns autores descreveram vários comportamentos em que o pai alienante pode se envolver para prejudicar o relacionamento da criança com o outro pai, muitos dos quais foram descritos como programação ou lavagem cerebral. Por exemplo, o pai alienante tende a fazer

acusações sobre o outro pai na frente da criança, descrever o outro pai como perigoso ou prejudicial, dizer à criança que o outro pai não a ama e exagerar muito a do outro pai falhas (reais ou imaginárias).

Os comportamentos alienantes mais extremos incluem fazer acusações falsas de abuso sexual ou físico e programar a criança para acreditar que o abuso ocorreu. De acordo com Dias (2016), a criança fica ciente de que o pai alienante quer que ela odeie o outro pai e, pela necessidade de agradar o pai alienante e para evitar o abandono ou rejeição, a criança se junta à difamação do outro pai.

Essa dinâmica é muito familiar para o poder judiciário que trabalham com famílias desestruturadas e que realizam avaliações de custódia. Como a revisão de Dias (2016) deixa claro, um número crescente de escritos teóricos, estudos de caso e relatos anedóticos relacionados a este fenômeno começaram a aparecer na literatura, alguns dos quais usam o termo Síndrome da Alienação Parental e outros que usam terminologia diferente.

No entanto, pouca pesquisa empírica ainda foi relatada. Uma série de questões precisam ser respondidas por meio de pesquisas. Por exemplo, quão prevalente é esse fenômeno? Está relacionado a certos traços de personalidade ou distúrbios psicológicos? Quais são os efeitos de curto e longo prazo nas crianças que estão sujeitas a ela? Como um juiz a reconhece? O teste psicológico pode ajudar o juiz a discernir quando ele pode estar presente?

Opiniões foram expressas sobre muitas dessas questões por Dias (2016) e outros, mas ainda não foram submetidas a testes de hipótese. Desde do advento da Lei nº 12.318/2010 questões de Síndrome de Alienação Parental provavelmente não será considerado amplamente admissível no tribunal sem uma base sólida de pesquisa.

O presente estudo é uma tentativa de compreender os pais que se engajam em táticas alienantes por meio de um exame de suas escalas de validade contidos na literatura. Argumentou-se que se surgirem padrões nos resultados dos testes de pais alienantes, um melhor entendimento de seus comportamentos pode ser obtido, bem como uma ferramenta psicométrica para ajudar na identificação do fenômeno. A pesquisa foi realizada por revisão bibliográfica em livros, artigos, material monográfico, dissertações e teses de doutoramento como base nas palavras chave. Alienação parental. Direito civil e direito de crianças e adolescentes.

1 ALIENAÇÃO PARENTAL

A primeira definição dessa realidade é de Gardnerem 1985, que define a Síndrome de Alienação Parental (SAP) como um transtorno que surge principalmente no contexto de disputas pela guarda dos filhos. Sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos pais, campanha que não tem justificativa. O fenômeno resulta da combinação da doutrinação

sistemática (lavagem cerebral) de um dos pais e da própria contribuição da criança para a difamação do pai rejeitado (FISCHER, 2010; KODJOE, 2015).

Assim Gardner (1985), professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia, que em 1985 formulou o conceito de Síndrome de Alienação Parental (SAP) no artigo intitulado "*Recent trends in divórcio and custódia litigioso*" definindo-a como:

A síndrome da alienação parental é um transtorno infantil que surge quase exclusivamente pós-divórcio no contexto de conflitos de guarda. Sua manifestação primária é a campanha injustificada de difamação empreendida pela criança contra um de seus pais. Isso resulta de uma combinação de programação (lavagem cerebral) do outro genitor, por um lado, e as próprias contribuições da criança para a difamação do genitor alienado, por outro. Quando há verdadeiro abuso e/ou negligência por parte deste genitor, o comportamento do filho pode ser justificado e a síndrome de alienação parental não é aplicável neste caso.

Na década de 1980, Gardner passou a observar durante as avaliações de crianças para definir a guarda nos tribunais de seu país, o crescente número de filhos que denegriram um dos pais, a ponto de, por vezes, manifestarem ódio ao pai que outrora amaram. Neste estudo, Gardner (1985) reconhece a mãe como o genitor alienador e o pai como o genitor alienado; reconhecendo também que em alguns casos o pai pode causar SAP. Em 1992 no livro "Síndrome da Alienação Paterna" Gardner (1985) afirma:

Muitas dessas crianças declaram orgulhosamente que a decisão de rejeitar seus pais é apenas deles. Eles negam qualquer contribuição de suas mães. De fato, suas mães muitas vezes declaram que querem que seus filhos vejam seus pais, e até reconhecem a importância dessa relação. Essas crianças apreciam que, assumindo que a decisão é delas, retiram a culpa de suas mães e as protegem da crítica. Tais expressões de pensamento independente são apoiadas pela mãe que frequentemente elogia esses meninos por serem o tipo de pessoa que tem pensamentos próprios e são francos e corajosos o suficiente para expressar suas opiniões. Muitas vezes, essas mães exortam seus filhos a dizer a verdade, verificando se querem ou não ver seus pais. O menino geralmente apreciará que "a verdade" é a expressão de que eles odeiam o pai e nunca mais querem vê-lo. Eles, portanto, fornecem essa resposta – preparada... como "a verdade" que os protegerá da ira de sua mãe, se eles tivessem que expressar o que eles realmente querem fazer, que é ver seus pais"

Os comportamentos e estratégias que o genitor alienador põe em jogo são muitas vezes sutis. O quadro 1 resume alguns dos mais frequentes:

Quadro 1 - Comportamentos do genitor alienador

- Não passe telefonemas para crianças.
- Organizar diversas atividades com as crianças durante o período em que o outro progenitor normalmente deve exercer o seu direito de visita.
- Interceptar correspondências e pacotes enviados para crianças.
- Desvalorize e insulte o outro genitor na frente dos filhos.
- Recusar-se a informar o outro progenitor das atividades em que as crianças estão envolvidas (jogos desportivos, peças de teatro, atividades escolares...).
- "Esquecer" de avisar o outro pai sobre compromissos importantes para seu filho (dentista, médico, psicólogo...)
- Envolver seu próprio ambiente familiar (novo cônjuge, avós, tios...) na lavagem cerebral de seus filhos.
- Tome decisões importantes sobre as crianças sem consultar o outro pai (escolha de religião, escolha de escola)
- Mudar (ou tentar mudar) seus sobrenomes ou nomes.
- Impedir que o outro pai acesse a escola e/ou registros médicos das crianças
- Sair de férias sem os filhos, deixando-os aos cuidados de outras pessoas, mesmo que o outro progenitor esteja disponível ou queira cuidar deles.
- Diga às crianças que as roupas que o outro pai comprou para elas são feias e proíba-as de usá-las.
- Ameaçar as crianças com punição se elas se atreverem a ligar, escrever ou entrar em contato com o outro pai de qualquer forma.
- Recompense o comportamento depreciativo e a rejeição em relação ao outro progenitor
- Fazer falsas alegações de abuso (físico e/ou sexual) em tribunal para separar as crianças do outro progenitor.

- Mudança de endereço, mesmo a milhares de quilômetros, com o único objetivo de destruir a relação do pai ausente com seus filhos.

Fonte: Gardner (1985)

Segundo Gardner (1985), o componente de lavagem cerebral na SAP pode ser mais ou menos consciente por parte do genitor alienador, que programa a criança e costuma ser sistemático e sutil. Posteriormente, a criança contribui ativamente para essa campanha de difamação, mantendo um fluxo de reforços entre a criança programada e o genitor programador (alienante) contra o genitor rejeitado (alienado).

Apesar dessas contribuições da criança, Gardner (1985) vê o genitor alienador como o adulto responsável que cria ou transmite um conjunto de crenças negativas sobre o genitor alienado. As experiências amorosas da criança com o pai no passado são substituídas por uma nova realidade e o cenário negativo transmitido pelo genitor alienador cria na criança diferentes graus de rejeição por parte do pai.

À luz dessas observações, Gardner (1985) advertiu que as declarações dos filhos (em casos de divórcio/custódia) sobre a rejeição de um dos pais não devem ser interpretadas literalmente, mas devem ser avaliadas pelo filtro dinâmico SAP. Esse insight é uma das contribuições mais importantes de Gardner, pois alertou o sistema jurídico. Outros autores como Aguilar (2014) definem como um transtorno caracterizado por um conjunto de sintomas que resultam do processo pelo qual um genitor transforma a consciência de seus filhos, por meio de diferentes estratégias, a fim de prevenir, dificultar ou destruir seus vínculos com o outro genitor. Os comportamentos e estratégias que o genitor alienador coloca em jogo costumam ser sutis..

Embora seja verdade que para realizar uma campanha de descrédito em relação ao genitor alienado, o alienador deve estar ciente dos atos que está praticando, também é verdade que muitas vezes ele não tem plena consciência de que ou está causando danos psicológicos e emocionais aos seus filhos, e as consequências que isso terá em curto e longo prazo sobre o menor. Gomes (2016) entende a SAP como uma síndrome familiar em que cada um de seus participantes tem uma responsabilidade relacional em sua construção e, portanto, em sua transformação em algo criminoso (ALMEIDA, 2016).

Tendo em conta que o elemento principal é a rejeição mais ou menos intensa dos filhos em relação a um dos cônjuges, propõe modificar a nomenclatura clássica de Gardner (1985) para Pai Aceito e Pai Rejeitado. Quando o SAP entra em contato com o ordenamento jurídico, torna-se uma Síndrome Jurídica da Família, na qual advogados, juízes, peritos e demais profissionais afins assumem a responsabilidade de sua continuidade (AGUILAR, 2014).

A recusa dos filhos adquire significado autêntico quando expressa em juízo, uma vez que são desencadeadas denúncias, buscas de explicações e ações voltadas para a solução do problema, o que faz com que a instância judiciária se torne parte para resolvê-lo, em tal forma que se deve incluí-lo como um elemento de vital importância dos componentes da Síndrome. O sistema judiciário, com a intervenção dos advogados, pelo lugar privilegiado que ocupam tanto para manter quanto para agravar a SAP, poderia ser incluído no abuso institucional (BRASÍLIA s/n).

É possível identificar diferentes níveis de intensidade na rejeição apresentada por meninos e meninas acometidos pela SAP: rejeição leve, moderada e intensa, segundo Aguiar (2014, p. 137):

- A rejeição leve é caracterizada pela expressão de alguns sinais de desagrado na relação com o pai ou a mãe. Não há evasão e o relacionamento não é interrompido.
- A rejeição moderada é caracterizada pela expressão do desejo de não ver o pai ou a mãe acompanhada de uma busca por aspectos negativos do genitor rejeitado que justifiquem seu desejo. Ela nega todo carinho por ele e evita sua presença. A rejeição é generalizada ao seu ambiente familiar e social. A relação é mantida por obrigação ou é interrompida.
- A rejeição intensa supõe um fortalecimento cognitivo dos argumentos que a sustentam. A criança acredita neles e mostra intensa ansiedade na presença do genitor rejeitado. A rejeição adquire características fóbicas com fortes mecanismos de evitação. Sintomas psicossomáticos associados podem aparecer.
- A rejeição pode aparecer imediatamente após o rompimento ou em períodos subsequentes que podem durar vários anos, geralmente associados a momentos específicos do ciclo evolutivo da nova família. Desta forma, segundo diferentes autores, distinguem-se dois tipos de rejeição dependendo do momento em que aparecem: primária e secundária, que configuram uma dinâmica relacional.

De acordo com Gardner (1985) existem 8 sintomas primários (Quadro 1) e 3 tipos de SAP (tabela 3). Os níveis dessa síndrome foram baseados no tipo de comportamento das crianças e não no grau de doutrinação a que a criança pode ter sido exposta.

Os pais alienadores são divididos em três categorias: leve, moderado e grave, sem delineamento específico para cada caso. Por outro lado, níveis severos de alienação só podem ocorrer ou ser bem sucedidos, indo passo a passo do nível leve ao moderado e deste ao severo, porque a influência saudável e confiante do genitor alienado (rejeitado) serve como antídoto para

desenvolvimento de níveis graves de alienação ao longo do tempo e contato com a criança. (BRITO, 2017).

Gardner (1985) destaca a importância de distinguir entre SAP leve, moderada e grave para determinar quais medidas legais e terapêuticas são aplicáveis. Em casos leves, há alguma programação parental, mas o regime de visitas não é seriamente afetado e a criança consegue se adaptar às transições sem dificuldade excessiva. A criança mantém um relacionamento saudável com o pai.

Quadro 2- Comportamentos da criança alienada

1. Campanha de difamação: O filho dá sua própria contribuição à campanha de difamação do pai alienado.
2. Justificativas fúteis: O filho dá pretextos fúteis, inacreditáveis ou absurdos para justificar sua atitude.
3. Ausência de ambivalência: O filho está absolutamente seguro de si e de seu sentimento de "ódio" em relação ao genitor alienado.
4. Fenômeno da independência O filho afirma que ninguém o influenciou e que passou a adotar essa atitude por conta própria.
5. Apoio deliberado: O filho defende deliberadamente o genitor alienador no conflito.
6. Ausência de culpa: A criança não sente nenhuma culpa pela difamação ou exploração do genitor alienado.
7. Cenários emprestados: O filho relata acontecimentos que manifestamente não vivenciou, ou dos quais apenas ouviu falar.
8. Generalização para a família extensa: A criança estende sua animosidade a toda a família e amigos do genitor alienado.

Fonte: Gardner (1985)

Quadro 3 – Diferentes tipos de síndrome de alienação parental

--	--	--	--

MANIFESTAÇÕES SINTOMÁTICAS PRIMÁRIAS	SUAVE	MODERADO	FORTE
Campanha de Difamação	Mínimo	Moderado	Sério
Justificativas Fúteis	Mínimo	Moderado	Múltipla E Absurda
Ausência de Ambivalência	Ambivalência Normal	Ausência de Ambivalência	Ausência de Ambivalência
Fenômeno da Independência	Geralmente Não Existe	Presente	Presente
Espera Deliberada	Mínimo	Presente	Presente
Ausência de Culpa	Culpabilidade normal	Culpa Mínima	Ausência De Culpa
Cenários Emprestados	Mínimo	Presente	Presente
Generalização Para a Família Extensa	Mínimo	Presente	Frequente E Fanático
Considerações diagnósticos Adicionais			
Dificuldades No Momento Da Visita	Usualmente Ausente	Moderado	Sério: A Visita Não É Possível
Comportamento da Criança Durante la Visita	Nós Vamos	Intermitente, Antagônico, Provocativo	A Visita não é Possível. o Comportamento da Criança é Destrutivo e Continuamente Provocativo
Vínculo Com o Alienador	Forte e Saudável	Forte ou Moderadamente Patológico	Severamente Patológico, Frequentemente Paranóico
Vínculo Com o Pai Alienado	Forte, Saudável ou Minimamente Patológico	Forte, Saudável ou Minimamente Patológico	Forte, Saudável ou Minimamente Patológico

Fonte: Gardner (1985)

A criança que sofre de SAP grave é fanática em seu ódio ao pai alienado (rejeitado). A criança pode recusar visitas, fazer falsas acusações de abuso sexual por conta própria ou ameaçar fugir, cometer suicídio ou assassinato se for forçada a ver o pai (CARVALHO ROCHA, 2014).

Mãe e filho têm um vínculo patológico, muitas vezes baseado em fantasias paranóicas sobre o pai, às vezes a ponto de enlouquecer por dois. Em casos graves de SAP, Gardner (1985) descobriu que se a criança for deixada com a mãe, o relacionamento com o pai está condenado e a criança desenvolverá psicopatologia de longo prazo, incluindo paranoia. Assumindo a idoneidade do progenitor alvo, Gardner (1985) está convencido de que o único remédio eficaz em casos de SAP grave é dar a guarda ao progenitor alienado (rejeitado). Em 1992, ele sugeriu que os tribunais fossem mais receptivos à mudança de guarda, utilizando um período transitório com suporte terapêutico para a criança, como a internação (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ, 2011).

Por outro lado, no final da década de 1970, surgiu a preocupação da *American Legal Association* em sua seção de Direito de Família em encomendar um estudo em grande escala sobre esse problema; O resultado desse estudo de 12 anos foi publicado em 1991 em um livro chamado "*Hostage Children*", onde Clawar e Rivlin (1991) descobriram que a programação parental era praticada em graus variados por 80% dos pais que a recebiam. % aplicaram em seus filhos pelo menos uma vez por dia.

Clawar e Rivlin (1991) baseiam seu trabalho em 30 anos de literatura sobre psicologia social e processos de influência social, que receberam vários nomes na literatura, como reforma, lavagem cerebral, doutrinação, modelagem, replicação etc. - controle da mente, reeducação e persuasão coercitiva.

Esses termos descrevem vários métodos psicológicos para remover das pessoas ideias que as autoridades não querem que elas tenham e para substituir velhas maneiras de pensar e se comportar por novas. Para os propósitos da pesquisa, Clawar e Rivlin (1991) destacaram a necessidade de uma terminologia mais precisa. Eles selecionaram as palavras "programação" e "lavagem cerebral".

Eles definiram a palavra "programa" como o conteúdo, temas e crenças transmitidos pelo pai programador para a criança em relação ao outro pai, e "lavagem cerebral" como o processo interativo pelo qual uma criança é persuadida a aceitar a programação. o discurso do programa recebido (DIAS, 2016).

Segundo esses autores, a lavagem cerebral ocorre ao longo de um período de tempo e envolve a repetição do programa ou das palavras-código que se referem ao programa, até que o sujeito responda com aceitação de suas atitudes e comportamento (ALMEIDA, 2016).

A influência do pai programador pode ser consciente e desejada ou inconsciente e não intencional; geralmente é sutil, com recompensas por uma resposta positiva à programação, que pode ser material, social ou psíquica. A ausência de respostas positivas à programação pode resultar em punições psíquicas sutis, como retirada de afeto ou punição corporal direta. Clawar e Rivlin (1991) identificam oito fases no processo de programação/lavagem cerebral que culminam em uma Síndrome de Alienação Parental aguda. Reconhecendo que há um desequilíbrio de poder entre o progenitor alinhador e a criança, descrevendo-o como um processo gradual, levando à persuasão da criança? (TRINDADE, 2018).

A Lei nº 12.318, foi promulgada em 26 de agosto de 2010, dispondo sobre a alienação parental, alterando o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Desta forma, em seu art. 2º, a referida lei, conceitua a alienação parental:

Art. 2º 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 - 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.

Como se pode observar, no art. 2º da lei 12.318/2010 são destacados todas as formas de alienação parental, com base exclusivamente na campanha difamatória, com o objetivo de quebrar a relação afetiva com o desejo de manipular a criança contra seu genitor(a) que está afastado. A Defensoria Pública do Estado do Pará (2011, p. 1) publicou dois quadros que sintetizam as pessoas envolvidas e a amplitude da alienação.

Quadro 4 - Pessoas envolvidas

ALIENADOR	Que pode ser um dos genitores; avós; qualquer responsável pelo menor (quem tem autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente);
MENOR ENVOLVIDO	Criança ou adolescente que tem sua integridade psicológica atacada com o intuito de repudiar genitor;
GENITOR ALIENADO	Pai ou mãe contra quem o ataque é direcionado.

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Pará (2011)

Quadro 5 - Amplitude da Alienação Parental

Tipo de conduta promovida ou induzida:	Quem pratica a conduta sujeito ativo (alienador):	A quem é dirigida sujeito passivo (alienado):
Dificultar a convivência;	Um dos genitores (pai/mãe);	Genitor (pai ou mãe).
Repudiar genitor;	Avós (paternos/maternos);	
Causar prejuízo ao vínculo com o genitor alienado.	Qualquer responsável pelo menor*;	

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Pará (2011)

* o responsável pode ser qualquer pessoa que tenha, mesmo temporariamente, autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente.

Desta forma, o objetivo da Lei nº 12.318/2010 é dar proteção aos direitos da criança e adolescente. Desta forma, o art. 3º da referida Lei, fala:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Com isso, a prática de ação de alienação parental atinge o direito fundamental da criança ou do adolescente em sua intensa necessidade de convivência familiar saudável, agindo nas questões do afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, sendo desta forma uma

agressão de caráter moral contra a criança ou o adolescente, que acaba por ofender os deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. No art. 4º da Lei nº 12.318/2010 é descrito o tratamento que o poder judiciário dará ato de alienação parental:

Art. 4º Declarado indício de ato 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, 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.

Desta forma, ao menor indício denunciado de alienação parental, a autoridade judicial dará as garantias necessárias para a preservação de direitos da criança e/ou do adolescente, preservando também os direitos do genitor afetado com a manipulação da opinião de seu ente querido, sendo que a autoridade judicial pode determinar a perícia psicológica ou biopsicossocial da criança e/ou do adolescente (ART. 5º).

Também o artigo 5º da Lei nº 12.318/2010, determina em três (3) parágrafos os pressupostos básicos da perícia, inferindo sobre as condições do laudo, o tipo de profissional que realizará a perícia e o prazo máximo para tal intento, sendo este laudo, o principal documento para que o juiz declare a alienação parental (art. 6º).

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo responsabilidade deriva do latim *respondere*, o mesmo que expressa a conotação de preservação do equilíbrio nas ações da sociedade; Desta forma, quando uma ação ou omissão afeta direta ou indiretamente, deve ser restabelecida a condição anterior do evento que surgiu (ALMEIDA, 2016).

A Responsabilidade Civil surge como a alternativa mais adequada para preservar a paz social. León (2016) aponta que a palavra responsabilidade deriva do verbo responder, e que visa compensar o dano, daquele que é civilmente responsável. Responsabilidade significa quando uma pessoa tem a necessidade de prestar contas a alguém pelo descumprimento de seus deveres, e que para a existência de responsabilidade é necessária a presença de duas pessoas.

Um age pela violação de um dever, e o outro é aquele que resiste à violação e a imputa ao primeiro; no entanto, não se torna uma responsabilidade até o momento da solicitação de um terceiro. A responsabilidade é um dos princípios fundamentais do direito em geral e do direito civil em particular (BRASÍLIA s/n).

Trindade (2018) aponta que a responsabilidade civil cumpre três funções muito importantes: compensatória, preventiva e punitiva. A principal fonte atribuída ao ordenamento jurídico brasileiro é indenizar ou também conhecida como reparação. O que se busca com a indenização é reparar o dano no meio que teria sido causado pelo terceiro. Na função preventiva, o sistema normativo impõe a todas as pessoas um dever genérico de abstenção ou prevenção de danos.

Maldonado (2013) aponta que no Brasil a responsabilidade civil busca primeiramente a reparação do dano, com o objetivo de pagar os custos que a recuperação demanda. A responsabilidade civil deve primeiro ser comprovada, e para isso o Estado tem utilizado mecanismos judiciais baseados no devido processo legal, para posteriormente determinar a responsabilidade do causador do dano. Ou seja, é a responsabilidade originada por um terceiro que tem por finalidade ressarcir o dano que este teria causado, mas para que possa assumir suas consequências, em primeiro lugar, a responsabilidade deve ser devidamente comprovada.

O objetivo da responsabilidade civil é reparar financeiramente o dano e também assumir os custos que a recuperação da vítima possa demandar. A responsabilidade civil admite múltiplas definições: León (2016, p. 133) apontou:

- a) Como instituição de direito privado, é um sistema de regras orientado para o restabelecimento de um *statusquo* preexistente, alterado negativamente por um evento danoso;
- b) Como obrigação, é o compromisso de indenizar os danos que se impõe àqueles considerados "civilmente responsáveis", seja por ditado direto de norma jurídica, seja em decorrência de um "julgamento", ou seja, de uma operação praticada pelo juiz (magistrado ou árbitro) à luz do marco regulatório.
- c) Como área de estudo, trata-se de um ramo do direito privado em que se entende a análise conceitual e pragmática dos preceitos do ordenamento jurídico que apontam para a reparação de danos pelo responsável.

Trindade (2018, p. 234) observou: "em princípio, a responsabilidade civil pode cumprir fundamentalmente três funções: compensatória, preventiva e punitiva". Acrescentou que a função principal e clássica que lhe foi atribuída no ordenamento jurídico é a de indenizar, também chamada de indenização ou reparação.

Não se pretende enriquecer o lesado, mas apenas repará-lo na medida do seu dano, e não punir o causador, mas impor-lhe a obrigação de reparar o dano causado. Ninguém tem o dever de arcar com o dano causado por outrem e, portanto, deve ser indenizado. Maldonado (2013) observou que no Brasil a responsabilidade civil implica, em primeiro lugar, responder pecuniariamente pelo dano, a fim de pagar os custos que a recuperação exige. A responsabilidade civil deve ser comprovada, para isso o Estado tem utilizado mecanismos de judicialização civil por meio dos quais, com base no devido processo legal são determinados a responsabilidade do causador do dano e a forma de reparação do dano.

A responsabilidade civil divide-se em dois grandes grupos, responsabilidade contratual e extracontratual, a primeira é definida pela existência de um contrato que estabeleça as obrigações entre as partes, a segunda é gerada quando o dano ocorre sem a existência de um contrato prévio. Estas duas classes de responsabilidade civil têm valor jurídico. Tanto a responsabilidade civil contratual como a extracontratual incidem na proteção do bem jurídico tutelado pelo Estado (BRITO, 2017).

Leon (2016) observou que em experiências como a francesa e a italiana, a responsabilidade civil é limitada à área do que no Brasil se chama de responsabilidade "extracontratual". No Brasil enfatizando a conveniência de usar a mesma expressão, e outras justificativas, costuma-se considerar que ao dizer "responsabilidade civil" é possível referir-se, de maneira uniforme, à proteção compensatória predisposta pelo descumprimento de obrigações.

Acrescentou que à tutela compensatória "aquiliana", ou seja, aquela que não tem como sustento antecedente e originário um vínculo, contratualmente selado, entre a vítima e o responsável. Segundo Fernández (2016, p.37) são funções da responsabilidade civil :

- a) Satisfatória: Manifesta-se na reparação do bem jurídico lesado, o mesmo que encontra proteção do Estado através das normas legais vigentes. Howard (2014)
- b) Equivalência: Dada a existência de um evento danoso, a regulação dos direitos legais encontra amparo por meio de compensação econômica, a fim de manter o equilíbrio social.
- c) Distributiva: Não é viável para a vítima suportar o ônus econômico e ao mesmo tempo o próprio dano, por esta razão, a norma jurídica busca equilibrar e manter a paz social.

Outras funções são também muito importantes como a função corretiva que tem como foco a proteção da vítima, o que inclui não apenas a reparação ou compensação do evento danoso, mas também a manutenção do equilíbrio social alterado por esse dano. A função preventiva ocorre quando um determinado evento danoso, o Estado pretende conferir mecanismos que levem a

evitar que situações semelhantes se repitam no futuro, razão pela qual através da responsabilidade civil pretende-se conferir um papel dissuasor junto da população. Já a função de função de sanção se refere a qualquer ato ou omissão que altere a paz social na justiça deve ser punido; Sustentar o contrário seria violar a segurança jurídica (CARVALHO ROCHA, 2014).

A identificação das funções da responsabilidade civil ajudam a evitar a proliferação de danos na sociedade, com essas funções preserva-se a paz social e reduz-se a existência de conflitos sociais, econômicos, culturais, entre outros; ampliado com as funções da democracia (TRINDADE, 2018).

A responsabilidade civil, como família, propriedade, contrato – existe desde o início dos tempos. Outros argumentaram que a Roma antiga foi o primeiro povo civilizado, que entendeu as verdades atemporais do Direito Natural que seus predecessores incivis não conseguiram entender e, portanto, foram os romanos que tornaram explícitas as bases universais de todas as instituições jurídicas, incluindo a responsabilidade legal (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ, 2011)

Dias (2016) aponta que as diferenças entre os dois tipos de responsabilidades se manifestam tanto em aspectos substantivos quanto processuais. Entre os aspectos substantivos estão outros elementos como os graus de culpa que podem ser exigidos do autor do dano. A responsabilidade civil imputará ou atribuirá ao responsável a obrigação de reparar o dano e, simultaneamente, ensinará o direito do lesado a obter a devida reparação, pelo que o fim prosseguido pela responsabilidade é eminentemente, indenização, reparação, indenização, restituição, indenização sem deixar os efeitos preventivos atribuídos a isso, é buscar a reparação dos danos causados.

CONCLUSÃO

Não garantir e obstaculizar o direito fundamental dos menores de manter seus vínculos afetivos e afetivos com seus pais e parentes é uma forma de abuso que causa danos ao seu bem-estar e desenvolvimento emocional. Existem diferentes níveis na Síndrome de Alienação Parental que se equiparam a uma situação de risco, pelo que a partir do campo profissional será necessário tomar as medidas de proteção do menor visando evitar tais situações.

Não é fácil que somente sob pressão de uma ordem judicial a situação que desencadeou uma SAP possa ser resolvida. Se realmente queremos resolver esses maus tratos às crianças, devemos abordá-lo a partir de uma intervenção terapêutica, e não apenas forçando um sistema judicial de visitas.

Sempre que os casais se envolvem em julgamentos acrimoniosos de divórcio, a amargura e a raiva experimentadas são emocionalmente debilitantes para eles e seus filhos. São casais que frequentemente retornam ao tribunal em busca de retaliação. Eles não podem seguir em frente em

suas vidas²³. Os profissionais que os atendem devem ter o cuidado de detectar precocemente essas situações e incentivá-los a buscar ajuda terapêutica para evitar a escalada ofensiva.

O direito da criança é ter a presença de ambos os pais e o dever do genitor que tem a guarda é garantir o acesso da criança ao outro genitor e a toda a sua família. Se isso faltar, a criança está sendo violentada. A síndrome da alienação parental é um diagnóstico que deve ser conhecido e levantado, mas também deve ser diferenciado da aliança normal vivenciada com um dos pais com quem os interesses são compartilhados e dos casos de abuso infantil, em que a criança resiste com genuíno medo e bom motivo para conhecer um dos pais²⁴. No entanto, em casos de maus-tratos infantis, a rejeição de um dos pais não é tão intensa e absoluta quanto a observada na SAP.

É importante ouvir todos os participantes nos casos de suspeita de SAP e não apenas uma das partes, pois o médico, terapeuta ou advogado pode se envolver como um dos participantes do circuito do engano e acabar catapultando uma criança contra um dos pais.

De forma alguma as acusações de maus-tratos ou abusos apresentadas devem ser desacreditadas, mas devem ser estudadas com cuidado. Por isso é necessário avaliar cada um dos pais, levando em consideração as relações familiares anteriores e coletando informações de terceiros que possam esclarecer melhor a situação.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, J. M, Síndrome da Alienação Parental. Filhos manipulados por um dos cônjuges para odiar o outro. Nelo Horizonte: Almuzara; 2004.

ALMEIDA, J. G. Direito de Família e a nova constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AZAMBUJA, M. P. R. de.; JAEGER. F. P.; STREY, M. N. (Orgs.). Violência, gênero e políticas públicas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019. .

BELMIRO, M. Alienação parental, um grande risco para as crianças. Artigo, 2020. Disponível em: <<https://institutoinfantojuvenil.com.br/alienacao-parental-um-grande-risco-para-as-criancas>>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BERENICE, M. Manual Direito das famílias, 9 Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo. 2013.

BRASIL. Código Civil. São Paulo: RT, 2018.

BRASIL. Código Penal. São Paulo: RT, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Alienação parental: Ações cre scem 85% na Justiça mineira em 2017. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/alienacao-parental-acoes-crescem-85-na-justica-mineira-em-2017/>>. 10 de set de 2022

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Alienação Parental; Brasília; CNJ, 2021. Disponível em <http://www.cnj.gov.br> Acesso em 10 de set de 2022. .

BRASIL. Constituição da República Federativa. Brasília: Congresso Nacional Constituinte, 1988. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 10 de set de 2022.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Senado federal, 1990. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 10 de set de 2022.

BRASIL. Lei 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/ccivil007-2010...htm>. 10 de set de 2022.

BRASIL. Lei 13.431/2017. Dispõe sobre alienação parental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil007-2010...htm>. Acesso em 10 de set de 2022.

BRASIL. Ministério Público do Paraná. Estatística s: Alienação Parental. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2140.html>>. 10 de set de 2022.

BRASÍLIA. Jurisprudência de alienação parental. Brasília: Tribunal de Justiça. Disponível em: [Thttp://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23666687/agravo-de-instrumento-agi-20130020083394-df](http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23666687/agravo-de-instrumento-agi-20130020083394-df) Acesso em 10 de set de 2022.

BRITO, L. M. T. Família pós-divórcio: a visão dos filhos. Psicologia: Ciência e Profissão, 27(1), 32-45., 2017.

CARVALHO ROCHA, L. de A. Alimentos no ordenamento jurídico brasileiro. Artigo. 2014. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 1º de abr de 2022.

CLAWAR, S. S.; RIVLIN, B. V. ed. Crianças feitas reféns: Lidando com crianças programadas e com lavagem cerebral. Chicago: American Bar Association. 1991.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ. Alienação parental segundo a lei nº 12.318/2010. Artigo. 2011. Disponível em <http://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010> Acesso em 10 de set de 2022.

DIAS, M. B.. Síndrome da alienação parental, o que é isso? Artigo, 2016. Disponível em <file:///C:/Users/ADMINI~1/AppData/Local/Temp/1 - s%25EDndrome da aliena%25E7%25E3o parental, o que %25E9 isso.pdf> Acesso em 10 de set de 2022.

FERNÁNDEZ, C. Direito das Pessoas. 13 ed. São Paulo: Summus, 2016.

FISCHER, C. B. Alienação parental no direito de família. São Paulo: RT, 2010.

FONSECA, P. M. P. C. da. Síndrome da Alienação Parental. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v. 8, n. 40, fev/mar, 2017, p. 5-16.

GARDNER, R. Tendências recentes em litígios de divórcio e custódia. *Fórum da Academia* 1985; 29:3-7.

GOMES, A. de M. Alienação parental e suas implicações jurídicas s. Artigo publicado em: <28.ja.2013>. Acesso em: <ibdfam.org.br/artigos/870/Alienação parental+...+jurídicas>. 16 de out de 2021.

GOMES, F. Direito de família. São Paulo: RT, 2013.

KODJOE, Ú. A alienação parental. (Tradução da Conferência da psicóloga do idioma francês para o português: Philippe Maillard), 2015. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso dia 26 de ago de 2021.

LEÓN, L. Responsabilidade Civil. Linhas Fundamentais e Novas Perspectivas. 2 ed. São paulo: RT, 2016.

LISBOA, R. S. Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MALDONADO, T. Responsabilidade estrita na legislação para reparar danos morais. Artigo 2016. Disponível em <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6991/13/J01.001680.pdf?sequence=4> Acesso em 12 de set de 2022.

MALUF, A. C. do R. F. D.; MALUF, C. A. D. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, C. A.B. de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3º ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREZ, E. L. Breves Comentários Acerca da Lei da Alienação Parental nº 13.431/2017. In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

PLÁCIDO, V.A. A Constituição Anotada. Brasília: Lima. Diário Jurídico, 2012.

RAMOS, P. P. de O. C. Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, D. M. P. da. Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?. 2ª ed., Campinas, São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

TRINDADE, J. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. São Paulo: RT, 2018.

TUHLINSKI, C. Alienação parental: entenda o que é, como provar e qual a pena para quem cometer o crime. Artigo, 2020. São Paulo, publicado em 11/08/20. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento,alienacao-parental-entenda-o-que-e-como-provar-e-qual-a-pena-para-quem-cometer-o-crime,70003395651>>. 16 de out de 2021.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE DO CASO DA BOATE KISS

NATÁLYA SILVA OLIVEIRA:

Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC.

ISRAEL ANDRADE ALVES¹³

(orientador)

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso tem a finalidade de apresentar as influências que a mídia pode causar para o processo penal no caso da Boate Kiss e nas decisões do Conselho de Sentença, discorre sobre a estrutura e o funcionamento do tribunal do júri. E ainda, como fere os princípios fundamentais assegurados pela Constituição como a liberdade de imprensa e a presunção da inocência. Além de analisar como a mídia influencia na votação dos jurados leigos e como pode ser prejudicial para o julgamento nos casos de grande repercussão, relatando como o sensacionalismo atua na formação do comportamento do indivíduo no direito penal. Diante disso, a análise é feita sobre um estudo teórico, com objetivos descritivos, utilizando-se de metodologia qualitativa e com referenciais bibliográficos, doutrinários e artigos de modo geral.

Palavras-chave: Boate Kiss, Influência, Mídia, Tribunal do júri.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de apresentar as influências que a mídia pode causar para o processo penal, especialmente no rito do tribunal do júri no caso da Boate Kiss.

A imprensa, com todo seu poder de persuasão, pode apresentar um pré-julgamento na sociedade e com isso influenciar os julgadores. Ao passo que incidem na formação de opiniões das pessoas que são leigas em relação às leis, e considerando que são essas pessoas que compõem o conselho de sentença.

Nessa perspectiva, é importante apresentar uma análise no caso da Boate Kiss. Pontua-se de forma clara os elementos relacionados com a vinculação entre tribunal do júri e a mídia social, elencando a imparcialidade e seus efeitos quanto à sentença dada pelos juízes. Vão ser abordados princípios como a soberania dos veredictos e a liberdade de informação, além de trazer o interesse social. O tema poderá contribuir para prevenir ou alertar, além de ajudar a identificar casos futuros, e ainda, acarretar ao leitor um olhar sobre as duas óticas e como cada uma se entrelaça no julgamento.

¹³ Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Criminal na Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins.

O objetivo geral da presente pesquisa é apontar negativa de interferência e como pode ser prejudicial para os julgamentos dos crimes que vão ao plenário do júri, principalmente os de grande repercussão midiática e populista.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: descrever o evento que envolve o incêndio ocorrido em Santa Maria, no dia 27 de janeiro de 2013, na Boate Kiss, e demonstrar a influência da imprensa no decorrer do caso; compreender na Constituição Federal brasileira o funcionamento da instituição do tribunal do júri, sua estrutura e competência para julgamento dos crimes contra a vida; e analisar o sensacionalismo na formação de comportamento político e social do indivíduo frente ao direito penal.

A classificação da pesquisa quanto aos seus objetivos é a descritiva, dado que descreve situações pessoais, vivências, entre outras (Lüdke e André 1986). A pesquisa tem o objetivo de analisar preceitos através de um estudo teórico que utiliza de metodologias já abordadas, com abordagem qualitativa (Minayo. 1994), na qual expõe dados subjetivos, ligados à motivação, valores, comportamentos ou emoções na qual não podem ser quantificadas numericamente, e é realizada com procedimentos bibliográficos, doutrinários e artigos em geral.

1 O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Incorporado na Constituição Federal brasileira como instituição, o tribunal do júri, considerado de modo não expressamente como órgão do Poder judiciário, se encontra detalhado no código de processo penal.

No Brasil, sua composição é formada por um Juiz Presidente (togado), e de vinte e cinco jurados leigos, em que deles sete tomam frente no Conselho de Sentença, e é atribuindo-lhe como competência o julgamento dos crimes contra a vida (art.74, § 1.º, do CPP). Classificado como uma das garantias individuais e fundamentais (art. 5.º, XXXVIII, CF), não podendo ser extinto do ordenamento pátrio, nem mesmo por emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV, da CF).

Os crimes de competência do tribunal popular elencados no código penal brasileiro são: homicídio simples (art. 121, *caput*); privilegiado (art. 121, § 1.º), qualificado (art. 121, § 2.º), induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e as várias formas de aborto (arts. 124, 125, 126 e 127). Contudo, não impede que o tribunal do júri julgue outros delitos, desde que seja conexo dispostos nos arts. 76, 77 e 78, I, CPP, com um crime doloso contra a vida, como por exemplo: latrocínio, extorsão mediante sequestro e estupro com resultado morte, e demais crimes em que se produz tal resultado.

Desse modo, tratando-se de uma garantia individual, ao devido processo legal, na qual todas as pessoas têm direito a um julgamento justo e imparcial, assegurando-lhe o contraditório, a ampla defesa e o processo legal independente da sua sentença. O instituto em questão é de cláusula pétrea, isto faz com que não possa ser mudada pelo ordenamento jurídico, todavia pode

ser ampliada, visto que impede o esvaziamento, essa garantia faz com que o povo participe diretamente no Poder Judiciário.

1.1 Competência e Procedimento do Júri

A ocorrência do crime quanto da infração penal passa por um procedimento especial pré-processual que sucede de um inquérito, trata-se de uma investigação realizada pela polícia com o intuito de encontrar provas de materialidade e autoria, e sejam suficientes para ser encaminhada ao Ministério Público, órgão responsável por oferecer denúncia ou queixa (ao autor, em caso de ação privada). E caso as provas sejam insuficientes se encerra até que novos indícios advenham. Com isso, Nucci (2021), recorda que, diante de um juiz, colhem-se provas sob a análise do contraditório e da ampla defesa, onde não é arguida na fase do inquérito, e após a instrução, reconhece se é possível ou não levar a plenário, no Tribunal do Júri.

A visto, quando se é levado a matéria ao tribunal do júri, é importante ressaltar que o povo, que fará parte do corpo de jurados, não dará voto fundamentado. Vale lembrar que também podem errar, além do voto ser sigiloso, podendo condenar ou absolver, por isso a depender da tese é importante antes haver uma análise crítica pelo juiz magistrado.

Foi elaborado pela Lei 11.689/2008, a audiência única, onde se deve apresentar as provas produzidas e ainda serão ouvidos os ofendidos, as testemunhas arroladas pela acusação e defesa, sendo nessa ordem, e os peritos, caso tenha. Por conseguinte, as acareações e reconhecimentos de pessoas e objetos, vindo depois a interrogação do acusado em seguida o debate e a decisão do juiz. (art. 411). Mas com o fim da instrução há possibilidade do art. 384 CPP, e não sendo o caso, as partes vêm a debate oralmente, esse debate segue no prazo de vinte minutos para cada parte, adiável por mais dez, caso tenha assistente de acusação, este tem direito a dez minutos, neste caso, mais dez minutos à defesa. Contudo, vale lembrar que pode vir a ocorrer outra audiência se caso faltar uma testemunha de acusado e a defesa vir a não concordar com a inversão de ordem de inquirição, além de correr o risco de mudar a data e outra pessoa vir a faltar, ressalta-se que o magistrado pode separar a instrução.

O rito do tribunal segue com base nos arts. 406 a 412 do Código de Processo Penal até a etapa do arts. 413 a 419, composta por duas fases, chamados procedimentos bifásicos. A primeira fase tem início a partir do recebimento da denúncia, que deve conter o rol de testemunhas com no mínimo oito, e termina com a decisão de pronúncia, (pode também ocorrer a impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária). Já a segunda fase tem como início a intimação das partes e indicação de provas, finalizando com a decisão do trânsito em julgado do veredito do tribunal do júri. O autor Norberto Avena (2021.) esclarece que essa divisão ocorre para assegurar que ao colocar uma pessoa no banco dos réus não tenha o mínimo de provas sobre os fatos ou a ilicitude de seus atos, tentando impedir que o processo sem o mínimo de elementos conduza o réu ao tribunal do júri.

Prosseguindo com a instrução, com base na ordem, ocorre a apresentação da resposta à acusação, alegando a sua defesa e a arguição de preliminares, se vim ao caso, além de apresentar documentos, justificativas (excludente de ilicitude), provas e arrolar testemunhas, devendo ser oferecida no prazo de dez dias conforme o art. 406 caput, e § 3.º. Caso não seja apresentado no

prazo de dez dias, o juiz deve nomear defensor e reabre o prazo de dez dias, ademais, concede-se vista aos autos (art. 408). Dando seguimento ao procedimento, após a preliminar e a juntada de documentos, o magistrado, no prazo de dez dias, analisa o que foi juntado e designa audiência de instrução e julgamento, ainda determina a realização das diligências cabíveis (art. 410), e sem demora, o juiz de modo facultativo deve ao réu pronunciá-lo ou impronunciá-lo, absolvê-lo sumariamente ou desclassificar a infração penal, concluindo no prazo de 90 dias.

Seguindo a pronúncia (art 413 do CPP), onde foi admitido o suficiente de autoria e prova material do fato, e principalmente o dolo, e não tendo dúvidas, o processo é submetido ao tribunal do júri. Norberto Avena (2021), reitera que, é nesse momento que funciona o princípio do *in dubio pro societate*, que tem ligação com a materialidade do crime e o *in dubio pro reo*, e quanto a pronúncia, reforça que essa faz coisa julgada formal, quando esgotada todas as vias.

Nos termos dos artigos 422 a 424 do Código de Processo Penal, segue preparação para o julgamento perante o plenário, segue-se pela notificação ao MP ou o querelante, e do advogado, para que no prazo de cinco dias apresente no máximo, cinco testemunhas, apresenta também as diligências deferidas, repara as eventuais nulidades, esclarece os fatos, e faz o relatório do processo. Seguindo pelos artigos, no 479 do CPP, deverão constar nos autos, com antecedência de três dias úteis, eventuais documentos ou objetos que desejem apresentar, sendo a outra parte informada sobre.

As situações que podem vir a ocorrer o desaforamento, previsto no artigo 427 e 428 do Código de Processo Penal, trata-se da decisão que altera a competência jurisdicional, avaliada pelo tribunal superior, pode se dar em várias situações. Contudo, é importante destacar quando é de interesse público, com foco na segurança existente na comarca na qual o júri será realizado. Então, havendo indícios e motivos que podem provocar conturbação, deve-se haver o desaforamento. Desse modo, o doutrinador Nucci (2021) ressalta que o sensacionalismo da imprensa do lugar ajuda para que tenha essa agitação, e por vezes não é demonstrado a comoção real das pessoas, além de ser discutido em todos os setores da sociedade e por consequência acaba incidindo os jurados à apreciar um dos lados, ocasionando a imparcialidade do Conselho de Sentença, como no caso em análise.

Por conseguinte, a organização do tribunal segue a Lei (art. 453, CPP), em uma lista geral de jurados anual, são sorteados 25, que comparecem à sessão (art. 433, *caput*, CPP). O sorteio deve ser acompanhado pelo Ministério público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública, em horário marcado pelo juiz, (art. 432, *caput*, CPP), seguido de edital que deve constar o nome dos jurados sorteados e data em que ocorrerá o júri, exposto no fórum (art. 435, CPP), em seqüência a intimação dos jurados pelos meios que dispõe o artigo 434, CPP.

A função de juízes leigos é considerada de servidor público, diante disso, fica excluído qualquer desconto em seus salários ou outros dessa modalidade, quando este for obrigado a comparecer na sessão (art. 441, CPP), contudo, não há remuneração para esse trabalho. Após a publicação da lista que sempre ocorre no dia 10 de novembro e alterada alguma mudança, se

houver, é publicada a lista definitiva (art. 426, § 1.º, CPP). Com a entrada da Lei 11689/2008, impõem a idade mínima para ser jurado, mínimo 18 anos e máximo de 70.

No começo da sessão vale ressaltar aos jurados o modo de agir sem exposição e com ampla liberdade para formação do seu convencimento, e sobretudo, garantido a incomunicabilidade, porém, podem fazer perguntas ao réu, por intermédio do juiz, (art. 474, § 2.º, do CPP). Com o fim dos debates, assegurando o princípio do sigilo das votações, os jurados são encaminhados para a sala secreta para se decidir sobre o caso, na votação pelos jurados, todos recebendo duas células, uma com a palavra “sim” e outra com a palavra “não” (art. 486, CPP). Após o juiz dar início à votação, é passado pelos jurados uma urna para que seja depositado a célula com o seu voto, na contagem é feito uma por uma até atingir quatro votos pelo sim ou pelo não, encerrando a contagem, com a decisão da maioria como determina o art. 489 do CPP.

Para terminar, após a votação, o juiz lavrará a sentença e as demais fundamentações da pena, bem como deve conter todas as principais ocorrências e protestos que ocorreram durante o julgamento nos termos da audiência ou no prazo de dez dias, ordenando que os autos sejam conclusos. Com relação à sentença, a dosimetria da pena segue um sistema trifásico (art. 68, CP): a) estabelece a pena-base (art. 59, CP); b) insere as agravantes e atenuantes; c) considera os aumentos e diminuições da pena, quando encerra a votação dos jurados, o magistrado passa a lavar a sentença, seguindo as regras do artigo 492 do CPP. Caso o réu venha a ser absolvido, o réu será solto de imediato, caso esteja preso.

1.2 Os Princípios do Tribunal do Júri

A Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, deixa explícito os princípios constitucionais referentes ao tribunal do júri.

O princípio da Plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, alínea “a”, CF); consistente na garantia da pessoa não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem passar por um processo legal, que inclui o de ser ouvido, de se manifestar, de ter uma defesa técnica, entre outras, em todas as áreas, como cíveis, penais e até em processos administrativos.

O autor ainda cita o sigilo das votações (art. 5º, LX CF), que é garantido pela incomunicabilidade e pela sala secreta, pois assegura o jurado na manifestação silenciosa de seu voto sem interferência de outras pessoas. No código de processo penal em seu art. 485, “caput”, ainda deixa claro que o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça permanecerão na sala de votação.

Em decorrência ao princípio citado acima transcorre o princípio da soberania dos veredictos, representa a vontade popular, também sendo de garantia constitucional, faz com que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença não possa ser modificada. Quanto ao mérito, todavia, podem ser recorridas e definitivas, como afirma Brasileiro (2020), que o acusado pode vir a ser submetido a um novo julgamento perante o tribunal do júri, (CPP, art. 593, III, “d”, e § 3º). E se ressalta ainda que esse órgão especial não tem poder ilimitado.

Contudo, a afirmação do mesmo acrescenta ainda que recaem em cima da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, onde menciona que é de competência do tribunal do júri processar e julgar esses crimes, que são o homicídio (CP, art. 121), o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio – e não a participação em automutilação¹⁰⁴ (CP, art. 122, com redação dada pela Lei n. 13.968/19) –, o infanticídio (CP, art. 123) e os abortos (CP, arts. 124, 125 e 126), e evidencia que os crimes conexos e/ou continentes também vão a julgamento no plenário, com exceção dos crimes militares ou eleitorais.

2 A IMPRENSA E SUA IMPORTÂNCIA EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Regulamentada pela lei de nº 2.083, de 12 de novembro de 1953 e pela constituição federal de 1988, artigo 220, rege-se a liberdade de imprensa, onde assegura a livre publicação, mas também pondera a questão do abuso de tal exercício, dado que, as ferramentas de notícias ganharam grande proporção nas suas divulgações. É considerada uma ponte para aproximar as pessoas do que se passa longe delas, uma visão para mostrar o que fazem de bom ou ruim, e há uma ligação entre o que se retrata e a apresentação da informação ao seu destinatário. Em alguns casos seria ideal apresentar os dois lados para que ficasse livre para as pessoas decidirem em quem acreditar, mas nem sempre é assim, podendo interferir na formação da opinião, como explica Barbosa (2019):

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988).

Para construirmos uma sociedade democrática, precisamos ter uma imprensa livre e honesta. Todavia, essa liberdade é limitada, e a honestidade nem sempre se exerce, pois a verdade é exposta de acordo com os interesses de cada jornal, além de possuir uma necessidade imperativa, influi no comportamento e no senso crítico das pessoas sobre a realidade de cada caso, pois quando é exposta na mídia, adquire um caráter coletivo.

Ademais, sendo uma espécie de poder influente, a atuação de forma irresponsável da mídia causa danos e viola valores democráticos. Todavia, é atribuída ao jornalismo uma atividade primária, por este expor suas ideias em prol de ações políticas para consolidação do estado, e deve adquirir condutas que resguardem os direitos.

Desse modo, deve garantir constantemente essa segurança ao povo, fazendo sempre prevalecer a verdade e pensando no bem comum por se tratar a informação de uma necessidade social, visto que a imprensa deve se tornar um instrumento na preservação dos direitos fundamentais.

3 O SIGILO E O DIREITO DE INFORMAÇÃO NO DIREITO JURÍDICO BRASILEIRO

A constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, XIV, XXXIII, reconhece o acesso à informação como direitos e garantias fundamentais. Encontram-se alguns dos limites a esse direito, como a segurança, o direito à privacidade, e a proteção à intimidade.

Continuamente regulada pela lei de nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, a liberdade de manifestação do pensamento e de informação é reforçada pela Convenção internacional de direitos humanos, Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que dispõe expressamente:

Art. 13º: Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. (Decreto Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

Todavia, por mais que seja assegurado o direito de receber essas informações, esse poder se limita a depender da situação, como é o caso da votação no tribunal do júri, um direito também protegido pela constituição, em seu artigo 5º, XXXVIII, b, e pelo código de processo penal em seu artigo 487, que corre sob sigilo, onde assegura a contagem dos votos que cessa no quarto voto sim, ou quarto voto não, pois se caso venha a ser retirado os sete votos da urna, se faz possível identificar quem condena ou absolve o réu. Dessa maneira, é necessário para evitar que os jurados passem por algum tipo de chantagem, pressão, entre outros, que impeça a sua livre manifestação. Contudo, somente o voto é secreto, o resultado e demais atos da sessão serão divulgados e constatados em ata pelo juiz.

Inerente à informação, para Flávio Cruz Prates e Neusa Felipim (2008) deixam claro que:

“Cumprir observar que o direito de informar, ou ainda, a liberdade de imprensa leva à possibilidade de noticiar fatos, que devem ser narrados de maneira imparcial. A notícia deve corresponder aos fatos, de forma exata e factível para que seja verdadeira, sem a intenção de formar nesse receptor uma opinião errônea de determinado fato. O compromisso com a verdade dos fatos que a mídia deve ter vincula-se com a exigência de uma informação completa, para que se evite conclusões precipitadas e distorcidas acerca de determinado acontecimento”. (PRATES e FELIPIM, 2008, p. 34).

À vista disso, esse direito também está relacionado com a propagação de informações falsas, também chamadas de fake news, e sabemos que a população não tem muitas vezes a capacidade de diferenciar os fatos verdadeiros com os construídos pelas mídias. Havendo uma preocupação de como a sociedade pode reagir com essas informações, busca ainda através desse meio saber como o judiciário agiu diante do caso.

Afinal de contas, o Estado deve apurar e assegurar que a divulgação de fake news não afete a vida das pessoas, através da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Fake News, implantada no Congresso Nacional, que tem como função investigar informações. Pois uma notícia falsa em um jornal de grande alcance pode causar uma dilaceração gigantesca, é explícito a falta de ética profissional com a forma de divulgar os fatos.

4 SENSACIONALISMO, DIREITO PENAL E SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

O jornal foi criado como forma de elevar o interesse de grupos e indivíduos, publicando notícias, expondo suas posições, opiniões e informações através de uma indústria-tecnológica. Uma vez que atua juntamente com grupos econômicos, sociais e políticos, se tornando grandes detentores de poder e comercialização. À vista disso, não se mostra os dois lados de uma notícia com a mesma força, de um lado é abafada e silenciada e do outro uma esfera grande de jornal com monopólio de audiência. Se não for assim, não existiria uma imprensa sem capital e um capitalismo sem imprensa, levando em consideração que cada jornal tem uma visão específica pautada em seu público e local. De acordo Marcondes Filho, Ciro. (1989), que reforça ao dizer que:

“Notícia é a informação transformada em mercadoria com todos os seus apelos estéticos, emocionais e sensacionais; para isso a informação sofre um tratamento que a adapta às normas mercadológicas de generalização, padronização, simplificação e negação do subjetivismo. Além do mais, ela é um meio de manipulação ideológica de grupos de poder social e uma forma de poder político, Ela pertence, portanto, ao jogo de forças da sociedade.” (MARCONDES, 1989, p. 13).

Assim, afirmamos que o ponto principal é o lucro, e a melhor forma de captar é fazendo da notícia algo marcante a começar pela manchete, de forma apelativa, que chama atenção, dessa maneira vai transformando os acontecimentos em mercadoria, caso contrário, não há venda e troca de valores.

Ligado ao capitalismo, o jornalismo também vem com o problema do sensacionalismo, que para Angrimani Sobrinho (1995, p. 16), “é a produção de noticiário que extrapola o real, que superdimensiona o fato.” e ainda pontua que “é utilizado um tom escandaloso, espalhafatoso”.

À vista disso, as notícias sensacionalistas expõem em sua estrutura aspectos que instigam o interesse humano, a curiosidade, o impacto, e a ganância por espetáculos ligados ao que é catastrófico e ruim. Com a linguagem que apresenta ao público em forma de publicação de textos manipuladores e narrativos focados em palavras e fotos chocantes, voltada à violência e distorção, e é na maneira como é alterada que ganha visibilidade, como afirma Guy Debord (2003. p.14) que “O espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediatizada por imagens”. Pois tudo que vivemos pode se tornar um espetáculo ao ser anunciado para a sociedade e como são expostas e interpretadas, perante a ideia de que nem tudo que é de interesse individual é jornalístico, mas ao ser trabalhado, torna-se mercadoria.

É um embate com o direito penal e com a Constituição Federal, ao imaginar que quando um jornal publica sobre a vida de uma pessoa que está sendo ré em uma ação penal expõe detalhes de sua vida íntima, na situação descrita, lesa direitos e princípios, como o direito à vida privada artigo 5º, inciso 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” e a liberdade de imprensa e de expressão (artigo 5º, IV e IX), onde o cidadão pode criar ou ter acesso a vários meios de comunicação e propagação de notícias, e se expressa através da manifestação do pensamento, assegura a emissão de opinião, ideias ou similar sem a interferência do governo. Todavia, é importante ressaltar que esse direito se limita, principalmente, quando é usado para calúnia (Art. 138 CP- Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime) 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga, difamação (Art. 139 CP - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação ou injúria (Art. 140 CP – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro).

Em síntese, a imprensa sensacionalista foca em satisfazer instintivas do público por meio de notícias sádicas e caluniosas das pessoas, que ao trabalhar o emocional coletivo, desencadeia atos preconceituosos de ódio e violência contra grupos minoritários, que já sofrem na cultura estrutural social. E por esses veículos de imprensa terem um alcance muito grande pode causar ações em massa, pois o importante é dar ao público o que eles querem, como reitera o autor Marcondes Filho, Ciro.(1989), e ainda afirma que o jornal sensacionalista apela pro sentimental, principalmente na dor popular, dando a ilusão de solidariedade e de apoio.

Contudo, é assegurado pela Lei de Execução Penal (LEP), em seu artigo 40, inciso VIII, “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”, pois qualquer preso pode ser tratado de forma humilhante. À vista disso, deve ser preservada a sua dignidade e proteção contra a mídia, pois não é por que se encontra preso ou respondendo por um processo penal que este fica isento de direitos.

5 O CASO DA BOATE KISS – INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA PRONÚNCIA, JULGAMENTO EM PLENÁRIO E CONDENAÇÃO

Conforme dados obtidos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o caso em questão se trata do incêndio ocorrido na Boate Kiss, localizada em Santa Maria/RS. A tragédia ocorreu no dia 27 de janeiro de 2013, onde deixou 242 mortos e mais de 600 feridos.

O incêndio ocorreu durante uma apresentação da banda “gurizada fandanguera”, que em suas apresentações utilizava efeitos pirotécnicos. No dia do acidente, o efeito atingiu o teto do local, que de imediato pegou fogo.

No processo criminal ganhou o número 001/2.20.0047171-0. Segundo o art. 413, CPP, “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”. Com isso foram indiciadas 4 pessoas, levadas ao plenário do tribunal do júri e condenados pelas seguintes penas: os empresários e sócios da Boate Kiss, Elissandro Callegaro Spohr com penas de 22 anos e 6 meses, e Mauro Londero Hoffmann com 19 anos e 6 meses, o vocalista da Banda “Gurizada Fandanguera”, Marcelo de Jesus dos Santos e o produtor musical Luciano Bonilha Leão por 18 anos, que

responderam por homicídio simples (Art 121 CP. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.), e homicídios tentados com dolo eventual. Contudo, em razão do Habeas Corpus preventivo que foi concedido pela 1ª Câmara Criminal, suspende a prisão dos réus, vale lembrar ainda a transferência (desaforamento) de julgamento para outra comarca, passando a transmitir em Porto Alegre, na Capital.

Os autores ESTEFAM, A; LENZA, P; GONÇALVES, V. E. R (2022, p.869), explicam que:

“No dolo eventual, que se verifica quando alguém assume o risco de produzir determinado resultado (embora não o deseje), o resultado não é inerente ao meio escolhido; cuida-se de um evento que pode ou não ocorrer. ”

Após a condenação, o Presidente Luiz Fux, deixou claro que:

“Ao impedir a imediata execução da pena imposta pelo Tribunal do Júri, ao arrepio da lei e da jurisprudência, a decisão impugnada abala a confiança da população na credibilidade das instituições públicas, bem como o necessário senso coletivo de cumprimento da lei e de ordenação social”.

No que tange o desaforamento, o deslocamento da competência de uma comarca para outra, assegurada nos artigos 427 e 428 do Código de Processo Penal, acontece muito em casos midiáticos, como no caso Kiss, onde o Ministério Público dirigiu-se ao Tribunal Superior de Justiça (STJ), com a tese de que os julgamentos na cidade do ocorrido (Santa Maria - RS) seriam imparciais, visto que a cidade ainda estava sobre comoção social e poderia influenciar os jurados de lá.

O processo é considerado uma garantia, assegura que o acusado tenha a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, cabendo ao Poder Judiciário efetuar o devido processo legal, onde define o fato, a culpa ou não do acusado, a conduta lícita ou ilícita e a quantidade da pena. No caso dos crimes contra a vida, que se encaixam no incidente em questão, o órgão jurisdicional é formado por juízes leigos, sobre o comando de um juiz togado, (como explicado tópicos acima). Argumenta Vicente Grego Filho (2015), reafirmando que, de acordo com o que ficou decidido entre os jurados, o juiz acata, mas que acha um “fracasso” essa missão dos leigos, visto que o mesmo não tem um preparo, que um juiz togado para lidar com a pressão midiática e sem o conhecimento jurídico necessário, ofendendo assim, direitos e garantias constitucionais.

Dessa forma Andrade (2021. p.43), expõe que:

“A falta de conhecimento jurídico são propagadas informações distorcidas sobre atos judiciais, bem como uma série de críticas infundadas a determinadas decisões prolatadas, conduzindo a opinião pública ao erro, e conseqüentemente ao desmerecimento da atuação do Poder Judiciário.”

À vista disso, a publicação dos fatos relacionados aos crimes faz com que os suspeitos sejam tratados como condenados antes mesmo da sentença condenatória do trânsito em julgado, ferindo os princípios da presunção da inocência e o devido processo legal.

Ada Silveira (2018.p.9), em seu artigo, retrata bem a enorme cobertura pela televisão e internet, tratando a tragédia de forma "sensacionalista, apelativa e interpelativa", pois um caso desses provoca crítica, exploração e exposição jornalística.

CONCLUSÃO

Percebeu-se o poder de influência que a mídia tem sobre toda a sociedade, e até mesmo sobre os membros que compõem o plenário do júri, pois através de seus canais vem inserindo uma formada opinião, que muitas vezes não respeitam os princípios éticos e morais e nem mesmo a veracidade acerca dos fatos. Contudo, se torna perigosa diante da mídia sensacionalista, que se aproveita da dor da perda e da comoção social, induzindo o corpo de jurados, estes formados por pessoas alheias e que tem acesso a todos os meios de comunicação social, e são estas que são persuadidas, alienadas e intimidadas pela mídia, intervindo, assim, no veredito, ocasionando consequências que incidem sobre a imagem, a honra e a privacidade do indivíduo.

No caso em estudo, descreve-se o quanto ocorreu essa interferência e pressão sofrida por parte da mídia e da população por ser um caso de grande repercussão e grande quantidade de pessoas envolvidas, tanto vítimas, quanto acusados, ocasiona em decisões as quais foram fundamentadas pelo juiz como uma grande reprovação social, e como a liberdade deles impactaram a sociedade. Diante de tudo isso, é correto afirmar que tem que haver uma balança entre o direito e a informação com coerência e imparcialidade.

Portanto, é necessário esse equilíbrio entre o direito e a informação, pois ambos são assegurados pela Constituição, mas com poderes limitados para que um não acabe passando por cima do outro, preservando a liberdade de imprensa, bem como o princípio do contraditório, ampla defesa e da presunção da inocência.

Diante ao exposto, para assegurar um julgamento justo e imparcial, seria viável que os membros que compõem o plenário sejam compostos por cidadãos de notório saber jurídico, ou que tenham o mínimo de conhecimento acerca dos princípios constitucionais e do direito penal, para que tenham segurança em seus votos e que não sejam tão influenciados pelos noticiários.

REFERÊNCIAS

ADA C. Machado da Silveira (orgs). **Mediatização da tragédia de Santa Maria**/. ± Santa Maria, RS : FACOS-UFSM, 2018. v. 1 : il. ; 21 cm.

ANDRADE, Guilherme Augusto Cruz. **Análise dos requisitos da prisão preventiva, liberdade jornalística, imprensa como conglomerados que visam lucro**, distorção / Guilherme Augusto Cruz Andrade. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

ANGRIMANI SOBRINHO, Danilo. **Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo na imprensa**. São Paulo: Summus, 1995.

AVENA, Norberto. **Processo Penal** / Norberto Avena. – 13. ed Rio de Janeiro: Método, 2021.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade** / Rui Barbosa ; prefácios de Cid Benjamin, Christian Edward Cyril Lynch. – Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. 101 p. -- (Edições do Senado Federal ; v. 272).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, ano 2019, **Requerimento (CN) nº 11, de 2019 Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - Fake News**. Disponível em: [.https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/137594](https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/137594). Acesso em: 04 Set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Brasília, DF: Presidente Da República, [2016].

BRASÍLIA, DF: Presidência da República, [1940]. **Código Penal Brasileiro. Decreto Lei Nº 2.848**, De 7 De Dezembro De 1940.

BRASÍLIA, DF: Presidência da República, [1967]. **LEI Nº 5.250, DE 9 DE FEVEREIRO DE 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação**. Disponível em: [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm#:~:text=Regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o.&text=Art%20,lei%2C%20pelos%20abusos%20que%20cometer](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm#:~:text=Regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o.&text=Art%20,lei%2C%20pelos%20abusos%20que%20cometer). Acesso em 02 maio.2022.

BRASÍLIA, DF: Presidência da República, [1992]. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de Novembro de 1969**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 02 maio.2022.

BRASÍLIA, DF: Presidência da República, [2008]. **LEI Nº 11.689, DE 9 DE JUNHO DE 2008. Altera dispositivo do Decreto-Lei nº3689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, Relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm. Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASÍLIA, DF: Presidência da República, [2008]. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 maio. 2022.

ESTEFAM, A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquemático - Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FERNANDO CAPEZ. **Curso de processo penal** - 28. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

FILHO, V. G. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

GUY DEBORD. **A sociedade do espetáculo** @2003, (1931-1994).

HUMANOS, **Declaração Universal Dos Direitos**. Disponível Em <http://www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Deconu/Textos/Integra.Htm>. Acesso Em 26 fev. 2022 Às 12h45.

LIMA, Renato Brasileiro de **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed.

LUDKE, Menga. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**/ Menga Ludke, Marli E. D. A. André- São Paulo: EPU, 1986.

MARCONDES FILHO, Ciro. **O capital da notícia: jornalismo como produção social de segunda natureza**. 2.ed. São Paulo: Ática, 1989.

MINAYO, M. C. S. (Org.). **Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.p 22

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal** / Guilherme de Souza Nucci– 3. ed Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. **A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2.

RICHTER, André. STF: **Ministro Luiz Fux manda prender condenados no caso da boate Kiss**. Agência Brasil. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-12/stf-ministro-luiz-fux-manda-prender-condenados-no-caso-da-boate-kiss>. Acesso em: 02 set. 2022.

SILVEIRA, A. C. M. (Org.). **Mediatização da Tragédia de Santa Maria: A catástrofe biopolítica**. Volume 1. 410 páginas. FACOS-UFSM.

SOUZA, J. **Justiça autoriza bloqueio de bens de sócios de boate em Santa Maria**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=4705>. Acesso em: 17 maio. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Caso Kiss: Condenados os quatro réus**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=78627>. Acesso em: 19 maio. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **TJ suspende julgamento contra Promotor de Santa Maria**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=4942>. Acesso em: 20 maio. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Sessão que julgaria réu da Boate Kiss na segunda-feira é suspensa até decisão sobre desaforamento**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Sessao-que-julgaria-reu-da-Boate-Kiss-na-segunda-feira-e-suspensa-ate-decisao-sobre-desaforamento.aspx>. Acesso em: 20 maio. 2022.

SISTEMA ACUSATÓRIO E ATUAÇÃO PROBATÓRIA DE OFÍCIO NO PROCESSO PENAL

CRISTIANE MENDONÇA LAGE:
Mestranda em Direito. Juíza Federal
Substituta (16 Vara Federal/SJPB)

RESUMO: O objetivo do estudo é aferir se, diante da alteração legislativa sofrida no Código de Processo Penal, consistente na inserção do art. 3º-A pela Lei nº. 13.9674/2019, ainda há espaço para que o juiz criminal determine, de ofício, a produção de provas. Tal necessidade decorre do esclarecimento, no nível legal, de que nosso processo penal se rege pelo sistema acusatório, frente ao fato de que esta estrutura admite variações. A partir da revisão da literatura, sustentamos que houve redução – mas não eliminação – dos espaços de liberdade do juiz, os quais podem variar conforme os elementos de prova sejam dirigidos a corroborar a hipótese acusatória ou a hipótese defensiva.

Palavras-chave: Dicotomia. Sistemas. Acusatório. Inquisitório. Modelos Históricos. Gestão da Prova. Atuação. Supletiva. Incremento. Hipótese. Defensiva.

INTRODUÇÃO

Neste artigo questionamos um dos impactos, a ser sentido no campo da atuação probatória de ofício do juiz criminal, decorrente da expressa admissão legal (Lei nº. 13.964/2019) da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, consubstanciada na inserção do 3º-A (*"Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação"*) ao Código de Processo Penal (CPP). Indaga-se em qual medida a consagração legal do modelo acusatório modelará os amplos poderes instrutórios previstos na regra geral do art. 156 do CPP e pontuados ao longo de toda lei procedimental.

Muito embora o art. 129, I, da Constituição Federal, ao atribuir a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público, já tenha estabelecido o pilar do sistema acusatório, ainda existe discussão sobre o grau de pureza do modelo procedimental vigente e da correlata filtragem constitucional a ser imposta ao CPP.

Faremos recorte para abordar o desempenho probatório do juiz criminal que seja identificado como juiz da instrução e julgamento (art. 3º-C, §1º, do CPP), abstraindo-se das interferências judiciais para coleta de prova na fase investigativa, assunto afeto ao juiz das garantias (artigos 3º-B a 3º-F, do CPP). A par das discussões sobre a necessidade de inclusão de um segundo juiz para atuar desde a fase investigativa até o recebimento da denúncia, não grassam maiores dúvidas sobre a imprescindibilidade do distanciamento do juiz na coleta de elementos de informação, justificando-se a atuação jurisdicional exclusivamente para avaliação dos pedidos,

formulados pelos órgãos de persecução penal, de adoção de medidas invasivas à liberdade, intimidade e privacidade dos investigados.

Embora o artigo 3º-A do CPP não guarde correlação específica com o juiz das garantias, mas sim faça uma anotação sistêmica, está com vigência suspensa indeterminadamente, por força da medida liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux, relator de três ADIs (nºs. 6.298, 6.299 e 6.300) que questionaram a constitucionalidade desse instituto. Em razão do afastamento do conteúdo do art. 3º-A do corpo normativo formado pelos subseqüentes artigos 3º-B a 3º-F do CPP são poucas as chances do primeiro vir a ser declarado inconstitucional, mantendo-se interesse em seu estudo.

A partir de revisão bibliográfica, pretende-se lançar algumas luzes, segundo a lógica do sistema acusatório, no modelo teórico aproximativo do ideal para comportamento probatório do juiz.

1. BREVES COTEJOS ENTRE ESTRUTURAS ACUSATÓRIA E INQUISITÓRIA DO PROCESSO PENAL

Embora não se pretenda aprofundar em estudo de Direito comparado, para se traçar o modelo teórico para o juiz brasileiro é necessário compreender como princípio acusatório é assimilado em países de origem de *civil law* em contraste com os países de tradição de *commom law*.

Importa sejam apresentados referenciais teóricos que auxiliem o juiz a ter clareza sobre seu espaço de atuação na instrução de ações criminais e em qual medida as várias disposições contidas na lei processual penal são compatíveis com a adoção do sistema acusatório. O art. 156 do CPP estabelece norma geral de poderes probatórios de amplo espectro e permite ao juiz deflagrar produção de provas para dirimir dúvida sobre ponto relevante ao julgamento. Quanto aos meios de prova em específico, há autorizações no CPP, por exemplo, para que o juiz, espontaneamente, verifique falsidade de documentos (art. 147), determine realização de exames de corpo de delito (art. 168), conduza e formule perguntas no interrogatório (art. 188), reinterroge acusados (art. 196), ordene diligências complementares ao final da audiência de instrução (art. 404) ou na sessão do júri (art. 497, XI), indique testemunhas (art. 209), antecipe inquirição de testemunhas em caso de risco de perecimento (art. 225), requisite documentos (art. 234), e até realize pessoalmente buscas domiciliares (arts. 241 e 242).

A delimitação das fronteiras da atividade probatória do juiz no sistema acusatório depende da identificação das características essenciais dos dois sistemas processuais antípodas e da compreensão de como elas dialogam com a cultura jurídica brasileira.

O sistema acusatório moderno foi gestado na Idade Média, a partir do século XIII, insulado na Inglaterra, de onde mais tarde se espalhou para os Estados Unidos. Caracteriza-se pela demarcação institucional das funções de investigar, acusar e julgar. Regido pelo princípio

dispositivo, segundo o qual compete exclusivamente às partes apresentarem alegações e respectivas provas, pressupõe um juiz alheio e passivo, que apenas controle a admissão processual de fontes de provas (*evidences*) e mantenha a paridade procedimental das partes litigantes. O juiz sequer valora as provas, pois os julgamentos competem aos jurados. O procedimento se desenvolve de modo dialético, implicando essencialmente numa disputa argumentativa entre as duas partes litigantes.

O sistema inquisitorial é correlacionado aos modelos de justiça criminal paulatinamente desenvolvidos a partir do século XIII na Europa Continental, inspirados no Direito Canônico de punição de heresias. Revela-se na aglutinação das funções de investigar, acusar e julgar, o que impossibilitava a imparcialidade do julgador. Ausência de contraditório e gestão das provas nas mãos do juiz também deram a tônica dos procedimentos criminais deste modelo. Regido pelo princípio inquisitivo, a principal missão do juiz era buscar conhecimento dos fatos. Por ter como premissa ideológica a ampla reconstrução da verdade, o acusado não era visto como sujeito de direitos, mas sim como objeto de extração da verdade, o que justificava a prática de torturas para obtenção de confissões. Desenvolvia-se mediante procedimentos escritos e sigilosos.

Damaska (1986) apresenta nuances a esta dicotomia entre o desenvolvimento dos sistemas acusatório e inquisitório, respectivamente, na Inglaterra e no Continente Europeu. Ao tratar do procedimento criminal vigente no *Ancien Régime*, o autor demonstra que a imantação entre os sistemas é mais antiga do que normalmente se aborda, já que no Continente o sistema inquisitório floresceu em detrimento de precedente compreensão adversarial de se fazer justiça criminal. Afirma que no início da Idade Média, também na Europa Continental, a solução de crimes era assimilada como questão privada entre acusado e vítima (ou sua família), acarretando em processos protagonizados pelos adversários. À medida em que as autoridades (hoje concebidas como estatais) e Igreja Católica expandiram seus poderes, passaram a encampar a titularidade dos procedimentos para que os crimes fossem punidos mesmo que não houvesse ação da vítima. Operou-se, assim, mudança da concepção de justiça criminal como essencialmente solucionadora de conflitos entre partes pela assunção de oficialidade controladora e propulsora do inquérito, o que acarretava na obrigação do magistrado buscar a verdade unilateral sobre a ocorrência de crime. Inspirados pelos procedimentos eclesiásticos, os legisladores do *civil law* desenharam modelos de promotorias com atribuições para construir os casos com base em suas próprias hipóteses, sem tomar em conta as alegações dos investigados; apesar da adoção de procedimento de matriz inquisitorial, o sistema acusatório continuava a ser considerado o referencial teórico, erigido a ideal de justiça criminal.

O marco legal da combinação dos dois sistemas é o Código Napoleônico de 1808, o qual instituiu um procedimento bifásico, composto da fase pré-judicial, investigativa e regida pelo princípio inquisitivo, e fase judicial obediente ao princípio dispositivo.

Ainda segundo Damaska (1986), após a Revolução Francesa os reformadores tentaram resgatar as diretrizes do sistema acusatório, mas estavam cientes de que a estrutura das promotorias, àquela altura burocratizada e hierarquizada, não propiciaria um ambiente verdadeiramente adversarial, mas sim persecução penal orientada à aplicação de políticas públicas relativas ao combate ao crime, apartadas de relações pessoais com o acusado. Ainda assim, os reformadores esforçaram-se para inserir medidas adversariais nos procedimentos criminais de base inquisitorial, a mais importante delas o rebaixamento da investigação unilateral a mero veículo de orientação ao promotor. Avalia que a estrutura rigorosamente adversarial nunca foi atingida, o que demandaria que dois “casos” (narrativas fáticas e respectivas evidências, a serem obtidas, selecionadas e apresentadas pelas próprias partes), construídos separadamente pela acusação e pela defesa, fossem submetidos ao crivo do julgador. Ao contrário, na Europa Continental é submetido a julgamento um caso integrado, erigido a partir da versão exclusiva da acusação, o que significa que, no final das contas, ao julgador compete uma espécie de revisão do trabalho do inquérito.

As características destes dois sistemas paradigmas configuram modelos históricos, os quais não mais persistem de modo puro, tendo as diversas legislações absorvido e sintetizado, em maior ou menor grau, características de ambos os sistemas.

Taruffo (2014) alerta que as distinções (adversarial X inquisitorial; princípio dispositivo X princípio inquisitivo) baseiam-se em definições vagas e multifacetadas e representam tendências globais, frequentemente usadas como argumentos retóricos para apoiar ou rejeitar ideologias específicas do processo, criando-se artificiais sinonímias entre, de um lado, autoritarismo e sistema inquisitorial e, de outro, entre sistema acusatório e valores de liberdade, imparcialidade e democracia.

A demonstrar que o sistema adversarial também apresenta aspectos destoantes da ampla defesa, contraditório, e paridade de armas, podemos citar o “efeito riqueza” (*wealth effect*), apontado por Langbein (2003) como produto de profundo defeito sistêmico: o procedimento adversarial privatiza a investigação e apresentação das evidências, o que acarreta em desvantagem aos acusados pobres, já que a coleta de informações demanda expertise e recursos financeiros. Pior situação se encontrarão os réus presos na espera de julgamento.

Do ponto de vista da *civil law*, outra faceta compressora da ampla defesa existente no modelo Anglo-Americano decorre de sua estrutura horizontalizada e organizada em teia. Assim, as decisões de baixo escalão (primeiro grau) são assimiladas pelas partes como definitivas, não havendo expectativa de que a decisão seja submetida, de modo processualmente facilitado, a graduais níveis de revisão.

Para etiquetar uma das variantes do sistema acusatório, usam-se as expressões “adversarial” ou “acusatório puro” em referência ao sistema Anglo-Americano de justiça criminal, cuja fase pré-processual (desenvolvimento de investigações paralelas pela polícia e réu,

culminando com duas narrativas que concorrerão no julgamento; várias formas de negociação entre as partes) e arcabouço da promotoria (promotores “leigos”, localmente eleitos, mais pessoalmente engajados) acarretam em predominância das atividades argumentativa e probatória das partes. Quanto aos procedimentos criminais Continentais, notadamente em decorrência da inserção de um ator oficial (promotor de justiça), distinto do julgador, como o responsável pela coordenação da investigação e formulação da acusação, compreende-se que conseguiram se livrar da natureza inquisitória e alcançar o modelo acusatório abrandado de procedimento criminal.

Especificamente com relação à gestão da prova, calha distinguir que na cultura da *common law* deposita-se confiança de que justiça será alcançada mediante estrita correção do procedimento (*procedural justice*), daí porque os momentos mais sensíveis são pré-processuais, de coleta e admissão da prova, sujeitos ao escrutínio judicial na fase da *discovery*.

Diferentemente, nos procedimentos criminais ambientados na *civil law* não há, via de regra (isto é, a não ser nos casos de evidências cuja obtenção sejam afetas à reserva de jurisdição), controle judicial da legitimidade das informações que compõe o inquérito. Isto porque, como anota Prado (2019), em países de tradição de *civil law* o apogeu da prova é sua valoração pelo juiz. A confiança no sistema de justiça depende da avaliação racional, metódica e concatenada dos fatos pelo juiz, não bastando o monitoramento judicial para que as partes tenham tratamento igualitário no processo.

Portanto, a passividade e alheamento do juiz criminal na gestão da prova condizem com os procedimentos anglo-americanos e, segundo Damaska (1986), esta postura está mais atrelada ao pragmatismo do que à fidelidade teórica ao modelo adversarial. Como não é disponibilizado no processo um arquivo contendo a documentação da investigação preliminar oficial, o juiz se apresenta ao julgamento sem estar familiarizado com o conteúdo da disputa. De modo geral (há concessões para casos complexos) o julgamento se desenvolve numa audiência contínua (*day in court*), com colheita de prova exclusivamente oral, e a informação é transmitida mediante intensa e dinâmica disputa entre argumentos e contra-argumentos das partes. Neste ambiente altamente competitivo e performático, a decisão final é menos produto de raciocínio lógico do que de uma espécie de raciocínio atônito e de ponderações de equidade.

Certamente, neste contexto teatral, a acuidade das decisões é prejudicada mas, na lógica do sistema adversarial, a justiça do procedimento – estruturada sobre a estrita imparcialidade do juiz – é considerada mais importante do que a correção dos resultados e espelhamento da verdade. A propósito, não se espera na justiça criminal Anglo-Americana que fatos inconvenientes às partes sejam por elas revelados, sendo encarado com naturalidade, por exemplo, que a acusação não revele uma evidência, por si descoberta, potencialmente benéfica à defesa.

O jurista formado na cultura da *civil law* opera a partir de premissas completamente diferentes. Os oficiais do Estado de justiça criminal (promotores e juízes) integram aparato burocrático piramidal e, dos membros da base, é esperado mergulho aprofundado na prova e esquadramento metódico dos fatos. Gradual distanciamento e ajuste para um foco macro ocorrem à medida em que se percorre a trilha recursal até o topo da pirâmide. Da perspectiva da *civil law*, é insuficiente que haja coerência nas narrativas factuais apresentadas pelas partes e, portanto, a prova assume feição heurística. Assimilada a impossibilidade de perfeita reconstrução dos fatos ocorridos no passado, busca-se, não obstante, atingir o máximo grau de probabilidade de que os elementos de prova trazidos ao processo guardem correspondência com o mundo dos fatos.

Embora existam várias correntes de pensamento cético - que negam o próprio conceito de verdade ou de que ela possa ser alcançada no processo - a busca pela verdade não é considerada quixotesca nos países de tradição romano-germânica, mas sim o referencial a ser alcançado para legitimar a justiça da decisão. Taruffo (2014) critica o ceticismo ao ponderar que, se não for orientado a determinar a verdade dos fatos, o processo assumirá função meramente simbólica, para fazer parecer aceitável qualquer tipo de decisão.

Em sentido convergente, Prado (2019) defende a adoção da verdade como indicador epistêmico, direcionado à distinção, um lado, de um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração – sujeitas a controles éticos- de fatos penalmente relevantes e, de outro, processos fundados na determinação da responsabilidade penal a partir do consenso ou de critérios subjetivos inaferríveis.

2.A GESTÃO DE PROVAS DE MODO SUPLETIVO E/OU EM FAVOR DO ACUSADO

A ressonância do modelo Continental de justiça criminal deve ser levada em conta para tratar o procedimento brasileiro como uma das variantes do sistema acusatório. Não parece factível que a consagração em lei da estrutura acusatória seja apta a transportar o processo penal brasileiro para dentro do complexo de significados da *common law*, em detrimento de todo o arcabouço jurídico estruturado na *civil law*. E, em assim sendo, seria possível calibrar certo nível de ativismo do juiz dentro do modelo acusatório.

A busca da verdade aproximativa pelo juiz, dotando-o limitadamente de poderes instrutórios, não implica em concessões ao sistema inquisitório. Após substancial pesquisa na doutrina nacional e estrangeira, Badaró (2019) afirma prevalecer entendimento de que a característica essencial e insuprimível do sistema acusatório é a clara separação das funções de acusar, julgar e defender, ao passo que a gestão da prova pelo juiz tem relevância secundária.

Os modelos acusatório e inquisitório não enxergam a verdade sob as mesmas lentes. Badaró (2019) afirma que a busca da verdade do sistema inquisitório continha vício de origem, já que o juiz inquisidor buscava provas para confirmar hipóteses por si formuladas, defeito corrigido no

modelo acusatório mediante afastamento do juiz da investigação e da elaboração dos termos acusação. Além disto, a verdade inquisitória é ambiciosa, pretende ser absoluta; ao passo que a verdade no processo acusatório, mero referencial epistêmico, é aproximativa, sempre condicionada pela falibilidade da reconstrução de fatos ocorridos no passado.

O próprio artigo 3º-A do CPP deixa espaço para atuação de ofício na fase judicial do procedimento, tendo proibido o juiz de substituir a acusação em seu protagonismo e, a contrário senso, permitiu atuação subsidiária.

Mas como isso se expressaria na prática forense? Pacelli (2019), um dos juristas que integrou a Comissão responsável pela elaboração do PL nº. 8.045/2010, informa ser sua a concepção da redação desse artigo e esclarece que não se pretendeu um juiz inerte, tal qual o modelo norte-americano. Orienta que o juiz somente determine produção de provas para fins de esclarecimento de dúvidas sobre pontos ou questões já trazidos pelas partes e, ainda assim, em se tratando de argumento da acusação, desde que respectivos meios de prova não estivessem à disposição ou acessíveis.

Em síntese, a lei permite ao juiz determinar, por conta própria, a internalização de fontes de prova já mencionadas no processo por qualquer das partes; adicionalmente, para determinar o ingresso processual de fontes de prova relativas aos fatos que dão suporte à tese acusatória, exige-se que a omissão probatória esteja justificada por impossibilidade do acusador em obtê-las.

Mas Pacelli (2019) vai além, para incentivar ativismo em favor da defesa, ao preconizar que o juiz determine de ofício produção de provas sempre que enxergar possibilidade de demonstração da inocência do réu.

Esta abertura de espaço para atuação judicial de índole humanitária é vista com sérias reservas por Lopes Júnior (2020), partidário da tese da gestão da prova como fator de distinção entre os sistemas. O autor desconfia das boas intenções e sustenta que o juiz pode fingir pretender obter provas favoráveis à defesa quando, em seu íntimo, estiver interessado na condenação. Em artigo escrito a quatro mãos por Lopes Júnior e Rosa (2020), é prevista iminente sabotagem inquisitória na interpretação do art. 3º-A do CPP, decorrente de reducionista compreensão do sistema acusatório. Argumentam que a atribuição da carga probatória é exclusiva da acusação, não havendo qualquer compartilhamento com a defesa; se houver dúvida, o acusado deverá ser absolvido com base na presunção de inocência, portanto, este princípio constitucional dispensa o papel ativo do juiz.

Afora as especulações quanto às verdadeiras intenções do juiz ao determinar a produção da prova, para contrapor este argumento de inegociável impossibilidade do juiz determinar produção de prova, há de se ter em conta, com base em Lima (2014), que existem duas correntes sobre a distribuição do ônus da prova: a majoritária, compreende que o princípio do *in dubio pro*

reo não exime a defesa da carga probatória, mas sim lhe atribui carga mais leve, incumbindo à defesa conseguir pelo menos criar estado de dúvida. De outro lado, há corrente minoritária que defende que o ônus da prova seja exclusivo da acusação.

Os ensinamentos de Malatesta (2005) estão alinhados com a corrente majoritária ao afirmar que basta ao acusado que sua asserção seja crível, mesmo que a prova da defesa seja inferior à acusação. Já Badaró (2019), partidário da corrente minoritária, defende que dizer que a defesa deva se limitar a apresentar provas de probabilidade equivale a admitir que o ônus da prova pertence ao acusador: se basta ao acusado gerar dúvidas sobre a existência do fato, para não que não prevaleça a posição mais favorável, o Ministério Público terá que convencer o julgador sobre esta existência.

Neste contexto, mesmo a corrente de pensamento mais garantista não consegue se desprender totalmente da necessidade de a defesa do acusado, pelo menos, ser capaz de gerar dúvidas plausíveis sobre os fatos alegados e mostrados pela acusação. Quer dizer, diante do quadro probatório apresentado pela acusação, os argumentos de exclusão precisam estar ancorados num mínimo de verossimilhança e, portanto, eventualmente o juiz poderá deixar a inércia e promover a entrada nos autos de evidências desta exclusão.

O princípio da presunção de inocência não impõe que o sistema de justiça privilegie a manutenção da dúvida, nem que se contente com meras alegações defensivas em detrimento de elementos de prova apresentados pela acusação. Desta feita, o fato de o ônus da prova ser atribuído à acusação não chega ao ponto de estimular a inércia da defesa, convidando-a assumir posição passiva, mas sim garantir que ao final, caso remanesçam dúvidas, a defesa não seja punida pela sua eventual inação.

É possível que a defesa apresente, sem provar, versão dos fatos apta a desconstruir a hipótese acusatória, esta por sua vez suportada por elementos de prova. Nem sempre a hipótese da defesa será contraditória à hipótese acusatória, de modo que uma necessariamente exclua a outra. No caso de hipóteses contraditórias, mutuamente incompatíveis, é mais simples admitir o argumento de que caberia somente à acusação provar sua hipótese e, não o fazendo, o caso seria de absolvição, sem necessidade de o juiz buscar por evidências da hipótese defensiva. Ocorre que há um outro tipo de dissonância entre hipóteses, mais branda, a conflituosidade (SCHUM, 1994). No caso de hipóteses conflituosas, em estando a hipótese acusatória suficientemente respaldada por evidências, cabe então ao juiz avaliar se a hipótese defensiva seria capaz de “neutralizar” a hipótese acusatória. Daí se abre espaço para atuação de ofício do juiz, o qual, por considerar a versão da defesa verossímil, poderá buscar elementos para sua confirmação.

Portanto, partindo-se das premissas de que a aplicação dessa regra de julgamento pressupõe estado de dúvida; de ser possível que a defesa do réu (notadamente mediante autodefesa, no interrogatório), mediante meras alegações, apresente hipótese plausível que se contraponha às provas apresentadas pela acusação; de que a verdade almejada no processo é a

verdade correspondente, no maior grau possível, com os fatos ocorridos, e não de mera coerência de discursos; admite-se que o juiz possa dar um passo além para, em favor da defesa, ser proativo e determinar produção de provas em substituição a uma defesa tecnicamente deficiente ou incompleta.

Calha ponderar que nem sempre o réu conta com advocacia de excelência. Não raro os acusados são atendidos por defensores dativos, sem que haja sequer prévio contato entre advogado e réu e/ou sem estabelecimento de confiança mútua. Portanto, não é de se estranhar que, por exemplo, no momento do interrogatório surjam questões não abordadas pela defesa técnica.

CONCLUSÃO

A adoção do modelo acusatório de justiça criminal, há muito sinalizada no art. 129, I, da Constituição Federal, foi expressamente admitida na mais recente reforma do Código de Processo Penal, promovida pela Lei 13.964/2019, acarretando na inserção do art. 3º-A ao seu corpo normativo.

No que tange às determinações espontâneas de produção de prova pelo juiz na fase da instrução das ações criminais, menos do que uma novidade destinada a alterar a cultura jurídica de produção de decisões judiciais acuradas e norteadas pela busca da verdade, a alteração legislativa propõe refinamento hermenêutico para se alcançar harmonia com a norma geral do art. 156 do Código de Processo Penal.

O juiz despe-se do papel de protagonista da produção da prova e passa atuar de forma subsidiária e complementar, sendo-lhe possível determinar produção de provas de ofício sempre que considerar que os dados trazidos pelas partes não são suficientes para explicar, com suficiente grau de correspondência, como teriam ocorrido os fatos no passado, nos termos de suas respectivas narrativas.

Quando o tema a ser confirmado estiver relacionado à hipótese acusatória, o juiz deverá ser mais constricto, e somente atuar de ofício se a acusação, por motivo justificado, não tiver logrado êxito em obter acesso à informação.

Quanto aos aspectos fáticos que favoreçam a defesa e que surjam de modo incipiente na instrução, a atuação de ofício poderá ser mais expansiva, autorizando-se ao juiz substituir falhas ou omissões da defesa técnica.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. **Analysis of Evidence**. 2nd. ed. New York: Cambridge University Press, 2005.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DAMASKA, Mirjan R. **The Faces Of Justice And State Authority**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- LANGBEIN, John H. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. New York: Oxford University Press, 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Jus Podium, 2014.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI- Movimento Sabotagem Inquisitória. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em: 24.07.2020
- MALATESTA, Nicola Flamerino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2020.
- PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal**. São Paulo Paulo: Marcial Pons, 2019.
- SCHUM, David A. **The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning**. Evanston: Northwestern University Press, 2010.
- TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo, Marcial Pons, 2019.

O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL E A FALTA DE ACESSO DO CONTRIBUINTE.

DANIELA NOGUEIRA ROCHA:
graduanda em Direito.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA

(orientadora)

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido com o intuito de entender e esclarecer as fases da execução fiscal, desde sua existência, por se tratar de um direito público, passível a todos os brasileiros, porém a desinformação sobre o assunto prevalece, surgindo, deste modo questionamentos, tais quais: de onde nasceu a execução fiscal, sua historicidade, qual o passo a passo; o proceder a partir do momento que se encontra inscrito em dívida, ou após ser intimado, a penhora, os bens a serem penhorados e como isto poderá suceder, o entendimento e ação do contribuinte, o período prescricional e como este funciona, o título executivo e o processo propriamente dito; todas são matérias de conhecimento amplo e necessário, contudo sabe-se que a maioria dos contribuintes inadimplentes ou não ficam a mercê do entendimento não possuindo acesso ao funcionamento dessas fases, e por diversas vezes não sabem o que estão pagando e se deveriam pagar, fazendo com que só seja notada a gravidade da situação ao se deparar com a negativação e a impossibilidade de usar seu nome para qualquer fim legal e popular.

Palavras-chave: execução fiscal, dívida-ativa, processo, contribuinte.

ABSTRACT: This article was developed with the aim of understanding and clarifying the phases of tax enforcement, since its existence, as it is a public right, applicable to all Brazilians, but misinformation on the subject prevails in the face of circumstances: where did the tax execution, its historicity, what is the step by step; proceeding from the moment the debt is registered, the attachment, the assets to be attached and how this may happen, the taxpayer's understanding and action, the statute of limitations and how it works, the enforceable title and the process itself ; all are matters of broad and necessary knowledge, however it is known that most taxpayers who are in default or are not at the mercy of understanding do not have access to the functioning of these phases, and often do not know what they are paying and if they should pay, making so that the seriousness of the situation is only noticed when faced with the denial and the impossibility of using his name for any legal and popular purpose.

Keywords: tax enforcement, active debt, process, taxpayer.

INTRODUÇÃO

Trata-se das fases de execução fiscal, desde a sua criação a petição inicial até a arrematação e concessão. Sabe-se que aquele que se encontra inadimplente por dívida ativa, ao deixar de pagar acumulará juros, multa, e terá seu nome negativado. Contudo a mais rígida

consequência é a execução fiscal pois permite, em uma de suas fases, a penhora dos bens do devedor para que seja quitada a dívida deste.

Ademais, é cabível retratar a falta de acesso e conhecimento dos contribuintes ao processo de execução fiscal, a prescrição, os juros e multas cabíveis as dívidas, como proceder e firmar o entendimento acerca do debito.

A lei nº 6.830/80 é conhecida como Lei de Execução Fiscal e foi criada para estabelecer um procedimento padronizado para ações de execução de valores devidos ao Estado. Isso é válido para todas as esferas de governo, sejam tributos (impostos, taxas) ou não tributos (multas, rompimento de contratos).

Essa lei estipula os termos sob os quais um bem pode ser tomado de um contribuinte. Também estabelece a ordem que a penhora vai obedecer ao ir atrás de uma posse do devedor.

Execução Fiscal é o termo que se aplica a procedimento especial em que a Fazenda Pública requer de contribuintes inadimplentes o crédito que lhe é devido, utilizando-se do Poder Judiciário, pois não lhe cabe responsabilizar o devedor.

Assim, por meio do Poder Judiciário, a Fazenda Pública busca, junto ao patrimônio do executado, bens suficientes para o pagamento do crédito que está sendo cobrado por meio da execução fiscal.

O processo de execução se baseia na existência de um título executivo extrajudicial, denominado de Certidão de Dívida Ativa (CDA), que servirá de fundamento para a cobrança da dívida que nela está representada, pois tal título goza de presunção de certeza e liquidez. Sua função é descrever, de forma mais detalhada e instrumental, o que será realizado. O objetivo principal desta extensão se dará em abranger a matéria abordada de maneira detalhada e especializada, desde o conceito amplo a explicação das fases e justificativas dos motivos pelos quais cada fase se faz necessária, ademais entender a temida execução fiscal, como agir em caso de inadimplemento com a Fazenda Pública.

1. HISTORICIDADE DOS TRIBUTOS E DA EXECUÇÃO

Muito se fala a respeito das chamadas dividas ativas, mas pouco sobre como de fato deu inicio na história do Brasil esse marco que ate os dias atuais é fundamental para o desenvolvimento, dessarte, temos um sistema e lei completos que tratam acerca do fato, mas nem sempre foi assim.

No início do período pré-colonial, o Brasil ainda não havia sido colonizado e vivia-se sob posse e influencia portuguesa, de modo que a maior preocupação do império português era continuar e manter a posse dessas terras, por se tratarem de terras muito ricas e de grande produtividade e benefícios financeiros para eles na época.

No referido período, havia uma pratica trabalhista conhecida por eles da extração do pau brasil, considerada uma das mais importantes atividades econômicas da época, que era usada

para retirada de *resina* que posteriormente seria usada como tintas de tecido e vendidas por altos preços na Europa, também para construção de moveis e ainda afim de estreitar as relações com os povos indígenas, com o passar do tempo tornou-se perceptível a necessidade de arcar com os custos que a exploração causava, e nesse lapso temporal foram criadas as concessões, feitas a terceiros que serviu para obrigar os concessionários a dar início a colonização, a partir disso foram construídas fortificações ao longo da costa, e pagar o quinto, este que foi o primeiro tributo pago no Brasil, que tinha sua fundamentação elencada de acordo com a legislação portuguesa vigente da época.

No que diz respeito ao Brasil Colônia, a parte que sobrava do quinto ficava no território para realizar o pagamento dos débitos da administração de terras que eram invadidas, contudo tinha por finalidade explorar riquezas e não para construção e evolução da nação.

Em 17 de Dezembro de 1938, o então presidente Getúlio Vargas, por meio do decreto 960/38 tratou da cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública em todo o território nacional. E, através deste decreto, estabeleceu a forma como se dava o procedimento executivo, sendo marcante não só o aspecto reduzido de garantias que o contribuinte possuía, como o poder de instruir ex officio o processo que detinha o juiz.

‘Art. 6º. A citação inicial, que será requerida em petição instruída com a certidão da dívida, quando necessário, far-se-á por mandado para que o réu pague incontinenti a importância da mesma; se não o fizer, pelo mesmo mandado se procederá à penhora. ‘

O meio de defesa estava previsto nos artigos 16 e 17 do referido decreto lei, ora já revogado. Os artigos já mencionados previam que, o réu poderia utilizar dos embargos no prazo de 10 (dez) dias da ocorrência da penhora, ou do retorno da citação ao juízo deprecante, caso fosse realizada por carta precatória, e o acusado através dos embargos poderia alegar toda a matéria útil para a sua defesa. O artigo 18 traz o prazo de 10 (dez) dias para a Fazenda Pública impugnar os embargos, podendo instruir a execução com as provas que melhor lhe convir. (ARAÚJO, DIUMARA, A SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO FISCAL, 2018, p.1)

Findadas tais observações é chegado ao conclusivo de que o parcelamento desde sua criação é o fracionamento do débito que o contribuinte tem com o fisco, que deverá ser pago periodicamente.

No período de referência, adotava-se a política de execução de Portugal, que na época se colocava como responsável a regulamentar as atividades executivas em face do devedor, diferenciando-se dos dias atuais onde temos o poder judiciário nessa função, deste modo, na época a execução recaia sobre o patrimônio inteiro do devedor e não sobre ele próprio, o credor

era obrigado a ajuizar ação determinando a condenação do devedor e com o título executivo fazer uso da execução de ofício.

O primeiro dispositivo processual brasileiro foi o regulamento 737 de 25 de novembro de 1850, conhecido também como Decreto Imperial que determinava a ordem no processo comercial. Cândido Rangel Dinamarco.

O decreto descrito regulamentava os institutos por partes legítimas, por competência, em caso de falta da citação poderia ser declarada nulidade absoluta da ação.

Ademais, o decreto 738, de 25 de novembro de 1850 alinhava os processos coletivos do devedor comerciante, ou seja, tornava regular a falência da empresa que não conseguia sanar seus débitos.

O decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, previa 2 (duas) espécies de execução para a grande maioria dos procedimentos, sendo a primeira para títulos executivos extrajudiciais e a segunda para os títulos executivos judiciais.

Dessarte, ao falar em decretos temos o decreto lei n. 960/38 que é o que entra de encontro com a LEF e fora usado como base para a criação desta, firmado pelo então presidente, Getúlio Vargas. Nesse sentido, dispunha acerca da cobrança da dívida ativa, sendo aplicada em todo território nacional

Deste modo, se faz ver que não muito mudou nesse lapso temporal de quase um século, o simples ainda funciona e possui capacidade de funcionamento e eficácia.

[...] digamos que um dado contribuinte devia 100, a título de tributo, e o prazo para o pagamento de seu débito vencia no dia 20 de abril. Não podendo ou não querendo saldar seu débito nesta data, ele - desde que haja lei autorizadora neste sentido - pleiteia o parcelamento do mesmo, que é deferido. Com isto, pagará o débito em, por exemplo, cinco prestações de 22 cada uma, vencendo, a primeira, no dia 20 de maio; a segunda, no dia 20 de junho; a terceira, no dia 20 de julho; a quarta, no dia 20 de agosto; e a derradeira, no dia 20 de setembro. Professor Roque Antônio Carrazza (ARAÚJO, DIUMARA - A SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO FISCAL – CONTEÚDO JURÍDICO, DE 17 DE JANEIRO DE 2018, P.3)

A execução fiscal no Brasil atualmente é regida pela lei nº 6.830/80, a Lei de Execução Fiscal (LEF), somente após a vigência desta lei, é que foram descartadas as hipóteses de unificação de procedimentos de execução fora instituída anteriormente, a partir de então teríamos uma legislação específica para reger o processo de execução, com isso houve a diminuição do lapso temporal que realizaria a cobrança da dívida ativa, além dos privilégios fornecidos aos credores.

2.0 PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

Inicialmente é de conhecimento geral que a Fazenda Pública deverá realizar a cobrança devida do contribuinte devedor, essa cobrança se dará através do processo de execução fiscal, mas o que de fato é esse processo? Como funciona? Onde inicia e onde finda? Questões como essas serão explanadas nesse trabalho.

Para chegar ao processo de execução já deve ter existido um processo administrativo buscando sanar o debito, esse processo administrativo é dado na própria Fazenda Pública responsável do seu estado ou município, não obtendo êxito nas vias administrativas far-se-á o processo mediante o poder judiciário.

Da mesma maneira que a pessoa física ou jurídica possui competência para abrir processo contra outrem mediante não pagamento de dívida a Fazenda Pública também o fara, desta maneira fica o processo direcionado ao poder judiciário, sendo a execução fiscal regida pela Lei 6.830/1980, conhecida como LEF (LEI DE EXECUÇÃO FISCAL)

2.1 LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI 6.830/1980)

A Lei de Execução Fiscal (LEF) é a lei de número 6.830 de 1980 e foi criada afim de estabelecer prazos e ações que a Fazenda Pública devera exercer para realizar as cobranças através de vias judiciais no que diz respeito as dívidas que terceiros possam ter com o Estado.

Deste modo, a LEF vai estabelecer e conduzir como a os que possuem legitimidade ativa entrarão com a ação, como a dívida será cobrada, suas possibilidades e acessos, e também a ordem prioritária entre os bens penhoráveis.

A Lei 6.830/80 estabelece ainda que só será possível inscrever alguém legitimamente passivo em dívida ativa e cobra-la se existir comprovadamente sua constituição líquida e certa. Ademais, deverá ter sido encerrada a fase de discussão administrativa, conforme art. 201 do Código Tributário Nacional:

art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Vale mencionar ainda que, no processo de Execução Fiscal, não é discutido o mérito da cobrança, já que compete à parte administrativa. Então, na execução o que visa é apenas a prestação da tutela executiva.

2.2 FASES DA EXECUÇÃO FISCAL

De acordo com os relatórios anuais emitidos pelo órgão Justiça em Números, criado pelo Conselho Nacional de Justiça, dos mais de 70 milhões de processos abertos no país, 39%, são de ações de execução fiscal.

A execução fiscal, como já foi falado, é a ação realizada pela Fazenda Pública (posteriormente veremos que existem outras entidades legítimas para ingressar execução fiscal) com o intuito de realizar uma cobrança que administrativamente não foi resolvida, sendo necessário usar dos meios judiciais. Na maioria dos casos, ela é aplicada em 5 etapas: petição inicial, comunicação e penhora, recursos do executado, expropriação de bens e arrematação e concessão.

A petição inicial é o primeiro ato da execução, feita com o intuito de cobrar créditos TRIBUTÁRIOS (IPVA, ICMS, IDNR) ou NÃO TRIBUTÁRIOS, (Multa de trânsito, Naturatins, Corpo de Bombeiros) de acordo com o artigo 2º da LEF ressaltando-se ademais a legitimidade para ingressar com essa ação, parte dos contribuintes acreditam que e cabido apenas a Fazenda Pública ingressar com ação de execução fiscal, no entanto, possui legitimidade ativa para o feito: A União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, Entidades Competentes, Autarquias, e também Conselhos Profissionais, que foram incluídos pelo Supremo Tribunal de Justiça, por trazerem natureza de autarquias especiais considerando a natureza jurídica do tributo, com exceção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), justamente por sua anuidade não ser de natureza tributária.

No polo passivo por sua vez, de acordo com o artigo 4º da Lei de Execução Fiscal, estarão incluídos o devedor, o Fiador (garante), o Espólio, a Massa Falida (empresas), o Responsável Tributário, e os Sucessores a qualquer título.

O foro de competência da execução fiscal está no artigo 46, § 5º do Código de Processo Civil que e o foro para todas as execuções, sendo este o foro do domicílio do executado, e o artigo 5º da Lei de Execução Fiscal trará expresso que a Execução Fiscal não estará sujeita ao juízo universal.

Os requisitos para construir a petição inicial de execução fiscal estão no artigo 6º da LEF:

Art. 6º - A petição inicial indicará apenas:

I - o Juiz a quem é dirigida;

II - o pedido; e

III - o requerimento para a citação.

§ 1º - A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.

§ 2º - A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

§ 3º - A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial.

§ 4º - O valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais.

Vale ressaltar que em caso de não constar CPF ou CNPJ na Petição Inicial, esta não poderá ser indeferida, respeitando o texto da sumula 558, do Supremo Tribunal de Justiça, bem como, não poderá ser feito em caso de não estar anexado o demonstrativo dos débitos, respeitando o texto da sumula 559 STJ.

Recebida inicial o juiz proferir um despacho/decisão interlocutória onde mandara citar o executado para que este venha pagar ou garantir o juízo – a citação é o chamamento do réu ao processo artigo 8º LEF – via de regra será feita por via postal (Correios) contudo, se de outra maneira foi solicitada na inicial, sendo por mandado ou através de Oficial de Justiça, assim o fará, ademais, haverá exceção no caso de as tentativas descritas forem frustradas, que será a citação por edital descrita na sumula 414 do STJ.

O pagamento será feito normalmente como o próprio nome já diz, no entanto, as formas de garantir o juízo estarão descritas no artigo 9º da LEF:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária;

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública. (LEI 6830/1980)

Em caso de garantia do juízo o executado arcará com os efeitos positivos desta, sendo eles: a legitimidade para embargar, terá a possibilidade (se no decorrer do tempo não surgir nenhuma dívida nova) ter a certidão positiva com efeito negativo (artigo 206 CODIGO TRIBUTARIO NACIONAL)

Se a garantia for o depósito além dos efeitos supramencionados ainda terá a suspensão dos atos expropriatórios, ou seja, o trâmite da execução ficará suspenso até que sejam decididos os embargos. Deste modo, a dúvida seria: por que efetuar depósito se poderá realizar o pagamento? Na escolha da garantia descrita no inciso I deste artigo o executado não terá acréscimo de juros e atualização monetária

Caso o executado não fizer o pagamento nem garantir o juízo, poderá correr o risco de penhora. Nesse caso, a ordem judicial de penhora poderá ser direcionada a tomada de dinheiro;

título de dívida pública ou de crédito, com cotação na bolsa; pedras e metais preciosos; imóveis; navios e aeronaves; veículos; móveis e direitos e ações. De acordo com o artigo 15 da LEF o bem penhorado poderá ser substituído a qualquer momento pelo executado contanto que a troca se dê por depósito, fiança ou seguro garantia, essa hipótese se tratando de execução fiscal em face do contribuinte, o que gera intriga pois se tratando da Fazenda Pública, poderá ser feita a troca por qualquer outro bem.

Vale ressaltar que a penhora seguira a ordem dos bens listados, caso o executado tenha uma dívida de IPVA não significa que seu carro será tomado, porque é necessário averiguar e analisar se é possível acesso aos bens que estão descritos antes dos veículos. Caso não haja recurso ou se ele for negado, os bens do devedor poderão ser retirados. Como o processo já está em andamento, não é preciso que o juiz faça uma sentença para essa situação.

Após a penhora desses bens poderá haver a dúvida do que será feito com os bens, é onde se principia a fase de arrematação e concessão, onde esses bens são postos a venda que é executada por meio de leilão público, desta maneira, o governo consegue sanar os débitos e receber os valores da dívida do contribuinte.

3. O CONTRIBUINTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO E A PRESCRIÇÃO

Ao se falar em processo de execução em relação ao contribuinte criam-se parâmetros e barreiras gigantes, uma vez que grande parte destes não possuem conhecimento de como agir, de como proceder diante de um processo de execução fiscal ou de como se finda, de onde vem os juros e sobre a prescrição. A Fazenda Pública é competente para inscrever o contribuinte devedor em dívida ativa, sendo assegurada nos artigos 201 e 202 do CTN.

Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Se após, você realizou a conferência e se deu conta que os débitos de fato são seus, que os dados estão corretos, e não há impedimentos, a solução cabível é realizar o pagamento ou parcelamento dessa dívida, deste modo serão assegurados seus bens.

O objetivo da inscrição na dívida ativa é exatamente possibilitar que exista posteriormente o processo de execução, deste modo, a CDA (Certidão de dívida ativa) serve em suma como TÍTULO EXECUTIVO, ou seja, a principal prova no processo de que o contribuinte possui aquela dívida. No que diz respeito a esfera federal quem realiza a inscrição é a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão do Ministério da Fazenda. Nas esferas estaduais e municipais, a regra é que a competência seja das procuradorias judiciais.

A Lei 4.320/64 separa a dívida ativa em tributária e não tributária, mas em contrapartida a LEF, anula os efeitos práticos dessa distinção, ou seja, a lei de execuções fiscais vem tratar da mesma forma a execução em ambas as modalidades. Para que a Fazenda Pública esteja autorizada a promover a execução fiscal, basta apurar a liquidez e realizar a devida inscrição em Dívida Ativa.

Nesse sentido a lei vigente prevê que a solicitação de parcelamento configurara confissão irrevogável dos débitos, ou seja, a partir do momento que o contribuinte faz a solicitação do parcelamento dos débitos ele estará admitindo ser devedor e assumindo a culpa, podendo ser anulada somente em caso de coação ou incorrência em erro de fato.

Art. 393. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

Parágrafo único. A legitimidade para a ação prevista no caput é exclusiva do confitente e pode ser transferida a seus herdeiros se ele falecer após a propositura.

Nesse sentido, ao ser inscrito em dívida, assegure se esse debito é existente ou se já não fora sanado antes de realizar o parcelamento para evitar maiores constrangimentos. Contudo, a confissão não tornará o debito incontestável, uma vez que a eficácia desta se dará através da comprovação dos fatos a que se refere.

Diante disso, seguiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do o relator Luiz Fux, entendeu o quanto disposto na seguinte ementa:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ISSQN. DISCUSSÃO JUDICIAL DO VALOR DO TRIBUTO. RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ACESSO DO CONTRIBUINTE AO PODER JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA FÁTICOPROBATÓRIA. SÚMULA 279. 1. A

violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 2. A Súmula 279/STF dispõe, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 3. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: “ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ADESÃO AO PLANO DE PARCELAMENTO – CONFISSÃO DE DÍVIDA – NATUREZA – MATÉRIA DISCUTIDA – RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO – EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Apesar de a relação jurídico-tributária não possuir natureza contratual e, por isso, não se passível de simples reconhecimento pelo sujeito passivo, mas de adequação à norma instituidora do tributo, in casu, a impugnação da contribuinte trouxe apenas matéria fática, abrangida pela confissão de dívida decorrente do parcelamento do crédito tributário, configurando a renúncia ao direito em que se funda a ação”. 5. Agravo regimental desprovido. (Supremo Tribunal Federal STF - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI XXXXX MG AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ISSQN. DISCUSSÃO JUDICIAL DO VALOR DO TRIBUTO. RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ACESSO AOS CONTRIBUINTE AO PODER JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 279.1. SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA. 1ª TURMA, 06/12/2011).

De tal modo, ressalva-se a importância do conhecimento do contribuinte acerca do seu processo de execução desde o processo administrativo até o fim da execução. Se você e intimado e não sabe do que se trata o seu debito ou o que causou sua inscrição em dívida, tente buscar os últimos IPTUs e IPVAs, por exemplo, débitos que normalmente você realiza ou deveria realizar o pagamento, após o ideal e entrar em contato com um profissional, contador ou advogado, para averiguação desse debito, se ele está sendo ou não cobrado indevidamente.

De maneira que pode haver inserção de erro na digitação do nome do devedor ou dos números dos documentos o que pode gerar informação cruzada, e curiosamente, ainda que a dívida esteja de fato no seu nome se este se encontrar erroneamente na descrição do título, poderá ser anulado.

Outro ponto que demanda da sua atenção é o período dessa dívida, a data que ela foi feita e a atualização monetária, se o prazo ultrapassar 5 anos, significa que a dívida está prescrita, ou seja, a execução fiscal não poderá ser continuada.

3.1 PRESCRIÇÃO

Desta forma, a prescrição se dará em regra no prazo de 5 anos de acordo com o artigo 174 do Código Tributário Nacional, pois esse será o prazo que o fisco terá para realizar a cobrança do crédito tributário que dará início no primeiro dia após o vencimento deste crédito.

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

(...) Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

Contudo, através da decisão interlocutória do juízo que manda citar o executado, o prazo se estendera por mais cinco anos, afim de encontrar bens cabíveis de penhora, desta maneira, após a citação e inércia do executado, não apresentando maneiras de garantir o juízo ou de realizar o pagamento do crédito tributário, o fisco iniciará a investigação para buscar os bens que possam ser penhorados do executado, em caso de não localizados bens passíveis de penhora, o processo será SUSPENSO, no lapso temporal de 1 ano, como prevê o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal, ressaltando que nesse período ainda não estará sendo contada o prazo da prescrição.

Após finalizado o ano previsto da suspensão da execução, não encontrados ainda nenhum bem passível de penhora, o processo será arquivado e começara a contar o prazo da prescrição, o STJ tem por entendimento que durante esse período, caso algum bem seja localizado, será possível realizar a interrupção da prescrição para pagamento do débito tributário, caso contrário ocorrerá a prescrição e o processo será extinto

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme evidencia-se, o processo de execução é bem mais amplo e criterioso do que é repassado ou entendido pelos contribuintes, tendo em vista que historicamente, sempre existiram os tributos e suas formas de contribuir com o Estado, ainda que usassem outras expressões, e da mesma forma sempre houve a falta de acesso do contribuinte a essas fases, a diferença se dá no esclarecimento de cada fase e nos direitos de ambas as partes a serem cumpridos, tal qual os prazos e ações que a Fazenda Pública deverá cumprir. Nesse sentido, o passo a passo do processo de execução fiscal, em todas as suas fases possui a possibilidade de realizar o pagamento, ou seja, quitar sua dívida ativa em até 60 parcelas com base na Lei nº 10.522 de 2002, ainda que já esteja no fim da execução, pois o objetivo principal é de fato cessar a dívida.

Esclarece-se as obscuridades por traz da penhora, a lista e a ordem de penhorabilidade conforme o Código Tributário Nacional, os bens que são impenhoráveis, o prazo para realiza-la, e as formas de impedi-la. Tal qual a prescrição, seus prazos, e motivos deles, a atenção aos famosos 5 anos, que podem ser convertidos em mais nos casos de suspensão do processo. São determinantes populares porem pouco aprofundados no dia-a-dia da parte mais interessada na resolução da problemática, sendo esse o contribuinte.

Não há maneira de quebrar a barreira da desinformação a não ser com o conhecimento, e em todos os âmbitos e formas de acesso possíveis, uma vez que a cobrança de débitos

tributários ou não tributários não faz distinção de pessoas, deste modo, é necessário que todos sejam alcançados. Entender de onde vem e como funcionam é o primeiro passo para combater a desinformação.

5.REFERÊNCIAS

NACIONAL, Código Tributário, Brasília: Congresso Nacional. 15 de Abril de 2016. BRASIL, disponível em www.planalto.gov.br

DA SILVA, Guilherme Pedrozo - **descomplicando execução fiscal** – CEISC, 20 de novembro de 2021 disponível em: <https://youtu.be/CeJX8LcSIgo>

DE ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz – **evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro** - Conteúdo Jurídico, 07 de dezembro de 2015, disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/45635/evolucao-historica-da-execucao-fiscal-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

ARAÚJO, Diumara - **a sistemática da execução fiscal** – Conteúdo Jurídico, de 17 de janeiro de 2018, disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/63530/a-sistemática-da-execucao-fiscal>

LEI 6830/1980 - **lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980** - Planalto, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm

EXPONENCIAL, portal - **execução fiscal: o que é, como funciona e como proceder ao ser citado** - de 27 de junho de 2022, EXPONENCIAL, disponível em: <https://www.creditas.com/exponecial/como-funciona-execucao-fiscal/>

NOLASCO, Rita Dias - **Execução Fiscal** - Enciclopédia Jurídica da PUCSP, de 01 de junho de 2018, disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/186/edicao-1/execucao-fiscal>

COELHO, Sacha Calmon Navarro - **Teoria Geral do tributo da interpretação e da exoneração tributária** - Belo Horizonte, Fórum, p. ISBN 978-85-450-0549-0

Brasília, DF: Senado, 1988. BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Código de Processo Civil Brasileiro

REFLEXOS DO USO DAS CRIPTOMOEDAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO

JONATHA ROBERTO BENTO:

Graduando em Direito pelo
Centro Universitário UNA
Contagem.

RESUMO: Sabemos que a criação das criptomoedas se deu devido às muitas interferências do Estado em todas as transações financeiras conjugado com a falta de segurança dada pelos bancos aos usuários e clientes, em relação a ataques *hackers*, fraudes, divulgação de dados, dentre outros, de modo que, a ideia por trás das criptomoedas é dar ao usuário o poder e a responsabilidade de ele próprio gerir suas finanças e seu poder de compra. Portanto, o enfoque do presente artigo é demonstrar que o caráter libertário pelo qual o criptoativo foi criado, deve ser mantido e que a tributação seria um modo de desvirtuar a razão pela qual o *Bitcoin* foi criado, vez que a ideia inicial de liberdade ao usuário deve prevalecer; e ainda, que a privacidade garantida pela rede *Bitcoin* não deve ser confundida com anonimato, pois sempre que necessário, é possível, pelo meio legal, identificar o usuário da rede.

Palavras-chave: bitcoin; criptomoeda; criptoativo; blockchain; tributo.

ABSTRACT: We know that the creation of cryptocurrencies was due to the many interferences of the State in all financial transactions, combined with the lack of security given by banks to users and customers, in relation to hacker attacks, fraud, data disclosure, among others, so that the idea behind cryptocurrencies is to give the user the power and responsibility to manage his finances and purchasing power himself. Therefore, the focus of this article is to demonstrate that the libertarian character for which the crypto asset was created must be maintained and that taxation would be a way of distorting the reason why Bitcoin was created, since the initial idea of freedom for the user shall prevail; and also, that the privacy guaranteed by the Bitcoin network should not be confused with anonymity, since whenever necessary, it is possible, through legal means, to identify the network user.

Keywords: bitcoin; cryptocurrency; cryptoactive; blockchain; tribute.

1 INTRODUÇÃO

Na década de 90 um movimento denominado como *Cyberpunk14*, formado por hackers e criptógrafos, desenvolveram as primeiras criptomoedas, na qual buscavam dar maior liberdade financeira aos usuários para que o Estado não interferisse em suas transações financeiras e evitasse o controle da moeda como ainda há.

14 CAMPOS, Emília Malgueiro. *Criptomoedas e blockchain: o direito no mundo digital*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: 2020, p. 15.

Essas primeiras moedas, apesar da boa ideia em torno dessas, ainda possuíam alguns problemas que não foram solucionados à época, caindo um pouco no esquecimento. Anos após, exatamente em 2008, que tais erros foram solucionados, devido a nova tecnologia chamada de *Blockchain*¹⁵, lançada juntamente com o *Bitcoin*, que atualmente é umas das moedas digitais mais conhecidas mundialmente. Até a data do presente artigo: segundo semestre de 2022, ninguém ainda sabe ao certo quem de fato é o criador do *Bitcoin*, é sabido apenas que a criação veio por um programador, que se autodenomina como Satoshi Nakamoto.

Um dos motivos pelos quais as criptomoedas foram criadas, deu-se devido aos questionamentos feitos às instituições bancárias no que diz respeito a segurança financeira dos clientes e pela falta de uma regulamentação do Estado que fornecesse uma melhor segurança para seus usuários. Desse modo, fazia-se então necessário a criação de um meio mais seguro para transações financeiras de confiança, surgindo então o sistema de *Blockchain*, que será abordado e explicado no decorrer desse artigo.

Com o avanço da tecnologia, logo as criptomoedas tornaram-se um diferencial para economia global, pois o aumento das transações que as envolvem e o sistema de proteção de dados que são oferecidos por elas, trazem ao usuário um sentimento de segurança ao realizar transações, compras e até mesmo especulações financeiras voltadas a investimentos. Com isso, o valor de uma criptomoeda chega a ser incomparável a nossa moeda vigente no momento: o real. No dia 20 de outubro de 2021, por exemplo, apenas “um” *Bitcoin*, bateu a incrível marca de US \$65 mil (sessenta e cinco mil dólares)¹⁶. Em 2009, quando o Bitcoin foi disponibilizado para compra, seu preço era apenas 0,00076392 dólar (valor de apenas 1 BTC), ou seja, menos de R\$ 0,01 (um centavo)¹⁷, o que deixa claro que é inquestionável a valorização de tal moeda.

Com a crescente explosão e avanço das criptomoedas, os governos mundiais manifestam sobre a necessidade de regular as criptomoedas por meios jurídicos e tributários, visando, segundo o Estado, dar segurança às pessoas que as possuem. Em nosso ordenamento jurídico nacional, ainda não há regulamentação específica para circulação de criptomoedas, mesmo compreendendo que essas já ocupam um grande espaço na economia do país.

O artigo que segue se destina a buscar e comparar a natureza jurídica das moedas e quais tributos poderão ou deverão ser impostos sobre elas. Para esse desenvolvimento, serão apresentados o que são as criptomoedas/criptoativos, *Blockchain*, *Bitcoin* os conceitos inerentes a essas modalidades, trazendo as possíveis regulamentações jurídicas e questionamentos acerca da necessidade de regulamentação e a ideia por trás da criação das criptomoedas, mas, sem o intuito de esgotar o debate sobre a temática. Para tanto, será investigado como e até que ponto o Estado

¹⁵ Ibid., p. 17.

¹⁶UOL. Bitcoin ultrapassa os US\$ 65 mil e alcança maior valor da história da moeda. 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2021/10/20/bitcoin-recorde-historico-maior-valor-eua.htm>> Acesso em 14 de novembro de 2022.

¹⁷ KALASHNIKOV, Henrique. Primeira negociação de bitcoin completa 12 anos, veja como foi e /quanto valia. Yahoo Finanças. 2021. Disponível em: <<https://br.financas.yahoo.com/noticias/primeira-negocia%C3%A7%C3%A3o-bitcoin-completa-12-174356634.html>> Acesso em 14 de novembro de 2022.

poderá intervir no que diz respeito a tributação e fiscalização das criptomoedas, buscando ainda entender os benefícios e malefícios de uma possível forma de tributar esse novo mercado. Ademais, será conceituado e diferenciado o que são as criptomoedas, *Bitcoin*, *blockchain*, além de identificar a natureza jurídica dos criptoativos, buscando entender a fungibilidade da natureza jurídica desses; identificar a tecnologia por trás do *blockchain*; analisar os projetos de regulamentação das criptomoedas no Brasil, fazendo alusões da forma que são regulamentadas no mundo e ainda a posição do Banco central no que diz respeito às criptomoedas.

A importância de estudar o assunto abordado está voltada ao futuro do Direito – sendo esse o instrumento que regula a vida em conjunto – e especialmente a forma de tratar o dinheiro, pois tais reflexões e preceitos, são de suma importância, tanto para a esfera acadêmica em geral, quanto para a sociedade.

Ademais, com o avanço da internet e as inúmeras possibilidades trazidas por essa ferramenta, além das grandes revoluções tecnológicas e as evoluções sociais em si, faz-se necessário debater sobre o tema.

Atualmente, com a internet dominando praticamente a maior parte do mundo, dificilmente há alguém que nunca ouviu sequer falar em *Bitcoin* e outras criptomoedas. Várias especulações rodeiam esse meio, alguns pensando em lucro, outros pensando em maneiras de efetuar transações sem ser notado, devido ao sistema de *blockchain* que traz “proteção” aos usuários. A ideia desse sistema é deixar a pessoa responsável pelo seu dinheiro, sem o envolvimento de terceiros em suas transações, e isso pode fazer com que haja transações ilegais. Entretanto, é importante ressaltar que já existe uma importante discussão referente regulamentação e a tributação desses tipos de novos “dinheiros”, cabendo ao Direito o papel fundamental de encontrar e incutir uma maneira mais eficaz e consciente do uso das criptomoedas.

Esse assunto, entre regulamentar ou não o mercado de criptomoedas, é uma enorme discussão, uma vez que a ideia inicial das *criptos* e do *blockchain* é justamente dar ao usuário o poder e a liberdade de fazer o que bem entender com seu dinheiro. Desse modo, é de extrema importância o estudo referente ao tema abordado, em caso de conflitos de interesse entre usuários e a fiscalização, o que reafirma a necessidade e valia do presente artigo para o universo acadêmico, servindo de debate e novas pesquisas relacionadas.

O presente artigo embasou-se em estudos consistentes já desenvolvidos até o momento, conceitos e apontamentos doutrinários, como o livro da mestre e especialista Emília Malgueiro Campos: “*Criptomoedas e o Blockchain: o Direito no mundo Digital*” bem como o *white-paper* de Satoshi Nakamoto, o criador do *Bitcoin*.

A obra da Emília Campos, aborda os pontos de vistas jurídicos que envolvem a tecnologia das criptomoedas e *Blockchain*, com apontamentos dentro de um contexto histórico até a criação do *Bitcoin*. sua natureza jurídica, tributação e regulamentação, no Brasil e no mundo:

(...) É certo, no entanto, que toda essa turbulência no processo de regulamentação gera insegurança e angústia nos empreendedores do setor, além de demonstrar o quanto o Poder Legislativo do nosso país está atrasado e em dissonância com os demais países desenvolvidos.¹⁸

O livro é uma ótima fonte de exploração para o artigo, pois proporciona acesso a um conteúdo relevante e atualizado do tema proposto, garantindo uma melhor compreensão da pesquisa.

Além disso, a artigo contará com diferentes fontes de pesquisa relacionadas ao tema, como obras sobre o tema, pesquisas acadêmicas em artigos científicos, leis infraconstitucionais, e, por se tratar de um artigo que visa a atualidade, contará também com pesquisas em vídeos e *podcasts* relacionados ao tema.

2 O BITCOIN

Satoshi Nakamoto é o nome do criador do *Bitcoin*, contudo, trata-se de nome inventado pelo próprio desenvolvedor, portanto, ninguém sabe ao certo quem é o verdadeiro inventor da moeda. Satoshi, define a sua criação como:

Bitcoin é uma coleção de conceitos e tecnologias que formam a base de um ecossistema de dinheiro digital, incluindo:

- Uma rede descentralizada ponto-a-ponto (habilitada pelo protocolo *Bitcoin*),
- Um livro de transações públicas (o *Blockchain*)
- Um mecanismo descentralizado, matemático e determinístico de emissão de moeda (mineração distribuída e conceito de “Prova de Trabalho”).
- Um sistema descentralizado de verificação de transações (script de transação) (ANTONOPOLOUS *apud* CAMPOS, 2020, p. 19)

A rede *Bitcoin* foi desenvolvida com intuito de permitir transações de valores diretamente entre pessoas, sem interferência de terceiros e de forma segura. Essa segurança é garantida por meio da *Blockchain*.

2.1 A distinção entre *Bitcoin* e *Blockchain*

Todas as transações realizadas na Rede *Bitcoin*, são processadas e registradas na *Blockchain* que pode ser comparada a uma espécie de livro contábil de uma empresa. Através da Rede *Blockchain*, é possível verificar todas as transações realizadas por meio do *Bitcoin* (desde a primeira

¹⁸ CAMPOS, Emília Malgueliro. Criptomoedas e blockchain: o direito no mundo digital. 2ª ed. – Rio de Janeiro: 2020, p. 54.

feita em 2009 pelo próprio Satoshi Nakamoto) e graças a esse sistema de *Blockchain*, todos esses registros são públicos e sim – como muitas pessoas imaginam –, rastreáveis.

Dessa forma, entende-se que o "*Bitcoin* é o *token* nativo da Rede, enquanto o *Blockchain* é o banco de dados onde são realizadas e registradas as transações realizadas"¹⁹. Válido ressaltar que em nenhum momento é mencionado no *White paper* de Satoshi Nakamoto, algo relacionado ao *Blockchain*. Ele descreve a base de dados, onde são registradas as transações, apenas como "uma rede que marca o tempo das transações, colocando-as em uma cadeia contínua no 'hash', formando um registro que não pode ser alterado sem refazer todo o trabalho"²⁰. Assim, a correlação do *Blockchain* e *Bitcoin* surgiu com tempo, haja vista que essa tecnologia não foi definida com essa nomenclatura no *White paper* da Rede *Bitcoin*. Em síntese, a concepção sobre *Blockchain* foi criada muito antes do *Bitcoin*, sendo que a tecnologia da *Blockchain* surgiu no final da década de 1970, por meio de um cientista da computação chamado Ralph Merkle.

Todo criptoativo hoje possui sua própria *Blockchain*, porém, com características diferentes as quais dependerão da forma que serão usados. Quando se trata de *Bitcoin*, as transações serão validadas em blocos ligados uns aos outros por meio de *hashes*, que são códigos criptografados consubstanciados em caracteres alfanuméricos, ao qual chamamos de *Blockchain*.

As pessoas que atuam na validação das transações da rede *Bitcoin* são chamadas de mineradores. Os mineradores possuem equipamento apropriado para execução desse trabalho, realizando download de uma versão específica do software do *Bitcoin* para se conectar com outros usuários. No início da era *Bitcoin*, um simples computador normal conseguia realizar esse tipo de trabalho, porém com a possibilidade de altos ganhos, hoje em dia torna-se um alto investimento para iniciar a mineração de *Bitcoin*, uma vez que são necessárias máquinas potentes e um alto uso de energia elétrica. Esses computadores servem como nós do sistema, fazendo a tarefa de validar as informações e transações, com papel fundamental de garantir segurança nos compartilhamentos de dados, tornando a rede segura sem depender de apenas um órgão centralizador²¹.

Quando Satoshi Nakamoto arquitetou o protocolo para a Rede *Bitcoin*, acrescentou uma maneira de garantir a imutabilidade das transações que já haviam sido validadas, pois havendo algum fraudador, na intenção de prejudicar a rede tentando alterar as transações dentro da *Blockchain*, seria preciso alterar os *hashes* de todos os blocos já validados, tornando um trabalho praticamente impossível e absolutamente caríssimo. Isso prova ainda mais a eficiência e proteção de todas as transações feitas através da Rede *Bitcoin* e *Blockchain*. Vale ressaltar que a própria descrição da Rede já informa: "*a peer-to-peer eletronic cash system*", ou seja, um sistema de dinheiro eletrônico ponto a ponto, deixando claro que a intenção do *Bitcoin* é proporcionar ao mundo (físico ou digital), as mesmas possibilidades de transações com dinheiro em espécies,

¹⁹ Ibid., p. 20.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Ibid., p. 22

porém, com privacidade, irreversibilidade e sem necessidade de intermediários. “(...) o objetivo da Rede *Bitcoin* é reproduzir no mundo digital as mesmas características das transações com dinheiro em espécie, o “cash”, em inglês, ou seja, privacidade, irreversibilidade e desnecessidade de intermediários”.²²

2.2 Privacidade *versus* Anonimato na Rede *Bitcoin*

É muito importante destacar que quando se fala em *Bitcoin*, a fim de desmistificar as falas vistas por leigos, que a Rede *Bitcoin* não garante anonimato aos usuários, mas a privacidade, o que é diferente de praticar atos no anonimato, se comparado, por exemplo, às práticas no submundo da internet: a *Deep Web* (rede profunda). Dentro da Rede é garantida a privacidade dos usuários, uma vez que esses não são identificados por seus nomes, mas por números criados para suas carteiras públicas. Esses números, juntamente com as chaves privadas de cada usuário, é o que permite a transferências de *bitcoins*.

Sendo assim, o fato de ter privacidade na Rede, não impede que o usuário seja encontrado.

(...) se necessário, e **mediante o devido processo legal, poder ser possível, por meio de perícia e combinação de métodos de investigação, descobrir quem é o titular de uma carteira. E todas as transações podem ser rastreadas** e, ao mesmo tempo, transparência e rastreabilidade, se necessário para qualquer investigação, diferentemente do que ocorre no sistema financeiro tradicional, onde independentemente de qualquer ordem ou mandado judicial, as transações financeiras de todos os correntistas são, o tempo todo, monitoradas e controladas pelos bancos, e, conseqüentemente, pelas autoridades governamentais. (*grifo nosso*)²³

Diante disso, se imaginarmos a ocorrência de alguma prática de crime financeiro ou qualquer outro, por meio de transações na Rede *Bitcoin*, é possível saber quem foi o infrator/ titular da conta, logo, quem realizou a operação/ infração, já que todas as transações efetuadas podem ser rastreadas por meio de sua chave. Sendo assim, é plausível compreender que a privacidade é garantida, mas, levando em conta a transparência, existe a possibilidade de rastreio por meio de processo legal; diferentemente do rastreio em nosso sistema financeiro comum, pois os bancos (e conseqüentemente as autoridades governamentais), independe de mandado ou ordem oficial já têm acesso aos dados e transações de seus usuários, fazendo com que monitoramento e controle sejam constantes, o que faz com que os usuários tenham apenas a autonomia relativa sobre o seu dinheiro em espécie depositados em tais instituições financeiras.

Sobre a privacidade, Satoshi Nakamoto destaca que:

O público pode ver que alguém está enviando uma quantidade para outra pessoa, **mas sem informações que ligam a transação a qualquer um.**

²² Ibid., p. 22

²³ Ibid., p. 23

Isto é semelhante ao nível de informação divulgada pelas bolsas de valores, onde o tempo e o tamanho dos negócios individuais, a “fita”, é tornada pública, mas sem dizer quem são as partes.

Como um firewall adicional, um novo par de chaves deve ser utilizados para cada transação para evitar que eles sejam ligados a um proprietário comum. (*grifo nosso*)²⁴

Na própria política monetária do *Bitcoin*, foi determinada a criação de apenas 21 milhões de *Bitcoins*²⁵, a serem distribuídos ao longo do tempo e que são reduzidos pela metade a cada 4 anos, o que em tese terminaria por volta do ano de 2.140 e graças a essa limitada emissão de moedas, houve uma enorme valorização desde sua primeira transação até os dias atuais. Conforme dito no início da elaboração do presente artigo, em 05/10/2009, a primeira venda do Bitcoin, que ocorreu por meio do site *New Liberty Standard*, 1 (um) BTC equivalia a 0,00076392 dólar, correspondente a menos de R\$0,01 (um centavo) e após 12 anos da primeira transação, em 20/10/2021, o *Bitcoin*, em sua oscilação no mercado, bateu pouco mais de US\$ 67 mil, estabilizando-se em US\$ 65 mil²⁶.

2.3 A natureza jurídica dos criptoativos

Com o crescimento da moeda – e talvez inesperado até mesmo por Satoshi Nakamoto –, ainda que existam momentos de queda, mas nada equiparado ao valor inicial, o *Bitcoin* vem sendo utilizado pelos usuários como meio de pagamentos, e se tornando objeto de grandes discussões e especulações.

Dessa forma, com o surgimento de várias outras criptomoedas, além do *Bitcoin*, faz-se necessário encontrar a natureza jurídica dessas “moedas”. Existe um Projeto de Lei do Deputado Áureo (PL 4401/2021 (nº anterior: PL 2303/2015), que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de 'arranjos de pagamento' sob a supervisão do banco central), em trâmite na Câmara dos Deputados, com a missão de caracterizar as moedas virtuais, colocando-as como arranjo de pagamento. No Brasil, o primeiro órgão a definir a “moeda digital” para efeitos de tributação, foi a Receita Federal, que as equiparou a ativos financeiros, porém com interferência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, se manifestou com entendimento de que as criptomoedas ou moedas digitais, não são ativos financeiros, como mostra

24 NAKAMO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (*Bitcoin: Um sistema de caixa eletrônico ponto a ponto. Traduzido para português de <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> por Rodrigo Silva Pinto*). Disponível em: <https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_pt_br.pdf> Acesso em 18 de dezembro de 2021.

25 CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptomoedas e blockchain: o direito no mundo digital. 2ª ed. – Rio de Janeiro: 2020, p. 25.

26 UOL. Bitcoin ultrapassa os US\$ 65 mil e alcança maior valor da história da moeda. 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2021/10/20/bitcoin-recorde-historico-maior-valor-eua.htm>> Acesso em 14 de novembro de 2022.

o Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN, enviado aos Diretores Responsáveis pela Administração e Gestão de Fundos de Investimento:

(...) a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida.

O que é certo afirmar é que, juridicamente, as criptomoedas não podem ser tratadas como moedas, uma vez que no Brasil só será considerado moeda aquela de curso legal, ou seja, que possui reconhecimento como moeda determinado por lei, além de ter seus formatos previamente definidos e sua unidade monetária (no nosso caso: Unidade Real de Valor – URV) e ainda possuir poder liberatório, não podendo, portanto, ser recusada como pagamento, assim como estabelece a lei nº 8.880/1994. Logo, compreendemos, que nossa moeda, desde o ano de 1994, é apenas o Real.

Isto posto, é possível sustentar que a natureza jurídica do criptoativo do *Bitcoin* pode ser considerada híbrida, já que os efeitos jurídicos são diferentes a depender da maneira que são usadas. Nesse sentido, como exemplo, temos o Canadá, que entendo tal variação, tributa o criptoativo de acordo com a sua utilização.

2.4 O progresso da regulamentação dos criptoativos no Brasil e apontamentos das regulamentações estrangeiras

Sempre existirá a necessidade de criar conceitos e definições para acompanhar a evolução da sociedade e suas tecnologias – e, muito provavelmente, estamos em um desses momentos. “Nesse sentido, uma das características que considero mais significativa dos ativos digitais baseados em criptografia, sob o aspecto jurídico é a fungibilidade de sua natureza, de acordo com o uso.”²⁷

À vista disso, deve-se considerar o usuário que compra seus criptoativos com a intenção de uma futura valorização, pois esse tipo de utilização é considerado como investimento com intenção de lucro futuro, atribuindo-se a um ativo financeiro. Portanto, esse usuário, deverá declarar à Receita Federal, os lucros adquiridos com tal “investimento”.

Outra hipótese, é o detentor de *Bitcoin* que efetua a compra de um veículo realizando o pagamento por meio de *Bitcoin*. Nessa situação, diferente da anterior, o fato se enquadra em arranjo de pagamento, e por isso não podem ser aplicados os mesmos efeitos de tributação, deverão ser aplicados os efeitos referentes à arranjo de pagamento.

Como já mencionado, o Projeto de Lei nº 4401/2021 (antes, PL 2303/2015), busca regulamentar as moedas virtuais como meios de arranjo de pagamentos, sob a supervisão do Banco Central. O projeto defende que o Banco Central juntamente com o Conselho de Controle de

²⁷ CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptomoedas e blockchain: o direito no mundo digital. 2ª ed. – Rio de Janeiro: 2020, pp. 27, 28.

Atividades financeiras e órgãos do consumidor, têm competência para fiscalizar as moedas virtuais, porém, a regulação tornaria o assunto mais claro.

Em dezembro de 2017, na comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 2.303, de 2015, dado pelo Relato da Comissão, o Deputado Expedito Neto, do PDB de Rondônia, afirmou em seu voto que:

(...) naquilo que diz respeito às moedas virtuais, digitais ou criptomoedas, decidimos nos posicionar pela proibição de emissão em território nacional, bem como de vedar sua comercialização, intermediação e mesmo aceitação como meio de pagamento para liquidação de obrigações no País. Para tal fim, optamos por inserir no Código penal o tipo específico para a prática descrita no parágrafo anterior, mas deixamos aberta a possibilidade de emissão para uso em ambiente restrito, sob a responsabilidade do emissor, desde que exclusivamente para a aquisição de emissor, desde que exclusivamente para a aquisição de bens e serviços oferecidos pelo emissor ou por terceiros.

Tal decisão mostrou total retrocesso equiparando o Brasil, com outros países que proíbem a utilização de criptomoedas, como Argélia, Bangladesh, Bolívia, Catar, Equador e Kirziquistão²⁸.

A proposta buscou criminalizar, desde a atividade de mineração até o uso de criptomoedas como meio de pagamento, abalando toda cadeia de negócios que envolve as *criptos*, o voto do relator surpreendeu negativamente até mesmo a Comissão, uma vez que o tema já havia sido discutido para apresentação do relatório.

Fazendo uma análise referente à regulamentação ao redor do mundo, alguns países já estão em um processo bem mais avançado quanto ao tema. A Austrália, por exemplo, realizou um processo de regulamentação das criptomoedas, que contou com entrevista ao especialista em criptomoedas, Andreas Antonopoulos, no evento chamado *Australian Taxation Officer (ATO)*, realizado em 2014, em que trouxe diversos preceitos relacionados às moedas virtuais, equiparando-as a um acordo de troca, como a permuta do Direito brasileiro, tendo, portanto, consequências fiscais e tributárias derivadas²⁹.

Em 2015, o Senado do Canadá, com auxílio de Andreas Antonopoulos, decidiu pela pouca intervenção regulatória, passando a entender que as moedas digitais são consideradas *commodities* sob o regime do *PPSA – Personal Property Security Act* – estando submetidas assim às regras do Imposto de Renda por ganho de Capital, quando utilizadas na forma de investimentos. Por outro lado, quando a moeda virtual for utilizada como meio de pagamento, haverá tributação

²⁸ Ibid., p. 71.

²⁹ *Ibidem*.

relacionada à operação de compra e venda de serviços, ou seja, o Canadá adotou em sua regulamentação o princípio da fungibilidade dos ativos, tributando-os de acordo com seu uso³⁰.

Em 2017, foi a vez do Japão criar a sua Lei de Moedas Virtuais (*Virtual Currency Act*), definindo, portanto, criptomoedas como meio de pagamento, não as considerando como instrumentos financeiros, mas, como ativos para efeitos contábeis sendo tributados com base no ganho de capital³¹.

Já nos Estados Unidos, em 2015, o *Commodity Futures Trading Commission*, classificou o *Bitcoin* como um *commodity*, sendo para a Receita Federal Americana uma propriedade. Importante ressaltar que nos EUA, a legislação é delegada aos Estados, podendo ser interpretado de maneiras diferentes a depender da localidade, como exemplo, o Estado de Nova York, que em 2015, por meio do Departamento Estadual de Serviços Financeiros criou a *Bit License*: uma licença obrigatória para as empresas que atuam nesse segmento³².

Dentre outros países que já possuem suas regulamentações, o Brasil teve uma manifestação por meio da Receita Federal referente ao tratamento dos tributos relacionas às criptomoedas. No caderno de perguntas e respostas de declaração de impostos de renda de 2016, o contribuinte tinha a necessidade de declarar a aquisição de moedas digitais, pois, segundo entendimento da Receita Federal, "as criptomoedas são ativos equiparados a financeiros e devem ser declaradas pelo valor de aquisição na Ficha Bens e Direitos da Declaração Anual, como "outros bens"³³. Dessa maneira, a aquisição de R\$5.000,00 em criptomoedas, quaisquer que sejam, deverão ser relacionados na declaração de impostos de renda, informando a data da aquisição, quantidade, valor em real e a cotação da moeda.

As transações realizadas por pessoa física, cujos ganhos ultrapassem R\$35.000,00 mensais, serão tributadas de acordo com a tabela vigente definida pela Lei 13.259/16³⁴. Os impostos deverão ser recolhidos até o último dia do mês seguinte ao da transação através de guia própria.

Tratando-se de transações relacionadas à pessoa jurídica, não há valor definido. Será tributado qualquer valor mensal, de modo que a tributação por pessoa física se torna mais benéfica ao detentor de criptomoedas. Ressaltando que por não existir uma cotação oficial para criptomoedas, a Receita Federal deixa claro que todas as operações devem ser comprovadas por meio de documentação hábil e idônea. Apesar da declaração ser anual, o recolhimento dos impostos sobre o ganho de capital é sempre realizado no mês subsequente ao da realização, portanto, recomenda-se que o controle de compra e venda de criptomoedas seja salvo e arquivado

30 Ibid., p. 72.

31 Ibid., p. 73.

32 Ibid., p. 74

33 Ibid., p. 79

34 *Ibidem*

com a cotação da tela do dia da transação. Certamente, dessa maneira, facilitará a declaração de ajuste.

Em 2019, foi publicada, no Diário Oficial da União – DOU, a Instrução Normativa nº1.888, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, instituindo a obrigatoriedade de *exchanges* a pessoas físicas para prestarem esclarecimentos sobre transações com criptomoedas. O artigo 5º da referida IR, conceitua criptoativo e *exchange* como:

I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal; e

II - exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Além disso, devido às novas configurações de intermediação de operações, referentes a compra e venda entre os usuários, serão obrigados a declarar as transações, todas *exchanges* domiciliadas no Brasil de pessoas físicas, quando o valor mensal das operações ultrapassar R\$30.000,00 mensais, com operações realizadas através de *exchanges* do exterior ou *Peer-To-Peer* (P2P). Em outras palavras, a Receita Federal beneficiou o contribuinte pessoa física, solicitando prestação de informações somente se ultrapassado o valor mensal citado, de modo que o “investimento” em criptomoedas – apesar de ainda ser necessário diversas atualizações e discussões sobre regulamentação e tributação dessas no Brasil –, é vantajoso quando o gerenciamento se der por meio do próprio CPF, ou seja, por meio da pessoa física.

3 CONCLUSÃO

É quase certo afirmar que as criptomoedas, principalmente o *Bitcoin*, serão – e há quem diga que já são – as moedas do futuro, e é inegável que a criação de Satoshi Nakamoto – seja quem ele for –, deve ser reconhecida, louvada, estudada e questionada mundialmente, por se tratar de uma das maiores criações com uma ideia de gestão e responsabilidade de suas ações financeiras, sem intermédio de terceiros.

A ideia de beneficiar o usuário pela honestidade dentro da rede é sensacional, uma vez que mantém a segurança e confiabilidade na rede evitando fraudes e tentativas de golpe. As pessoas que ainda insistem em confiar na *Blockchain* e não confiar no *Bitcoin*, devem aprofundar os estudos nesse sentido, visando o futuro, pois ainda haverá diversas surpresas relacionadas às criptomoedas e certamente, benéficas.

O presente artigo, em sua singela pesquisa, demonstrou claramente que não há que se falar em anonimato do *Bitcoin*, pois esse não deve ser confundido com a privacidade oferecida aos usuários da Rede e assim, sempre que for necessário, é possível rastrear e identificar o usuário dentro do devido processo legal. Portanto, não pode ser este o argumento de que os criptoativos não são seguros. Os infratores estão por toda parte e utilizam cada vez mais do âmbito virtual para cometer seus delitos, portanto, não será a criptomoeda que os fará anônimos ou “irrastreáveis”.

Apesar das nossas leis não acompanharem os avanços tecnológicos, os órgãos responsáveis precisam aprofundar nesse assunto, até mesmo com o auxílio de especialistas sobre a temática, principalmente no que diz respeito a tributação das criptomoedas, e assim, o Direito poderia facilmente se beneficiar dessa onda tecnológica que já perdura há mais 12 anos e com visões de crescimento com números inimagináveis.

Fato é: é preciso entender sobre as criptomoedas/ criptoativos para então, realizar sua regulamentação e possível tributação. Entretanto, por tudo o que foi explanado neste artigo, não seria a tributação uma forma de deturpar o motivo principal pelo qual o *Bitcoin* foi criado? Afinal, como já demonstrado muito bem, a razão última da criptomoeda é justamente a descentralização/distribuição e nova forma de governança, sendo sua criação considerada uma revolução, comparada a criação da internet³⁵, fazendo com que surja uma nova geração de modelos de negócios. “Um sistema de dinheiro digital, onde a figura do intermediador, garantidor de confiança, foi substituída por um protocolo matemático, baseado em criptografia”³⁶. E assim, podemos dizer que “a “moeda virtual” é apenas a primeira de inúmeras possíveis aplicações do *Blockchain*, que certamente tem um longo e fascinante caminho pela frente.”³⁷ Sobre o assunto, temos que:

(...) a **solução ideal seria o desenvolvimento de uma auto-regulamentação desse novo setor, que definitivamente não se encaixa no modelo existente** para o sistema financeiro tradicional, além de ter sido criado justamente para **servir como opção a esse monopólio**.

No entanto, partindo da premissa de que praticamente todos os países tem regulado o tema adaptando-o para submetê-lo aos órgãos reguladores atualmente existentes, analisando-se os criptoativos sob a perspectiva da utilização como meio de pagamento, é compreensível que se cogite sobre regulamentação pelo Banco Central, que é o órgão que regula e fiscaliza os arranjos de pagamento.

(...) **seria muito mais produtivo e inovador o desenvolvimento de uma auto-regulamentação para o setor, do que simplesmente tentar encaixá-lo no sistema existente, dada a especificidade do assunto e**

35 Ibid., p. 9.

36 Ibid., p. 17.

37 Ibid., p. 18.

mesmo sua natural incompatibilidade com o sistema financeiro tradicional, centralizado e monopolista. (grifo nosso)³⁸

Por fim, não apenas os nossos órgãos devem se atualizar e buscar mais conhecimento sobre o assunto, mas também a sociedade deve buscar entendimento sobre a temática e questionar se é viável centralizar um poder sobre as criptomoedas e igualar-se aos bancos – lembrando que essa não é a ideia das criptomoedas e sim descentralizar esses poderes –, ou regulamentar de forma que beneficie nosso país, bem como os usuários e investidores de criptoativos no Brasil, fazendo com que esses sejam impulsionados a crescerem e se ampliem cada vez mais.

REFERÊNCIAS

AWS – Amazon Web Services. **O que é tecnologia de blockchain?** Disponível em: <<https://aws.amazon.com/pt/what-is/blockchain/>> Acesso em 14 de novembro de 2022

ANCORD (Associação Nacional das Corretoras e Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários, Câmbio e Mercadorias). **CVM proíbe fundos de investir em bitcoin e criptomoedas.** Disponível em: <<https://www.ancord.org.br/cvm-proibe-fundos-de-investir-em-bitcoin-e-criptomoedas/#:~:text=%E2%80%9CNeste%20sentido%2C%20a%20%20C3%A1rea%20t%20%20C3%A9cnica,V%2C%20da%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20CVM%20555.>> Acesso em 04 de outubro de 2022.

ANTONOPOLOUS, Andreas. **Mastering Bitcoin.** Guia completo para o mundo da bitcoin e blockchain, 1ª ed. v11. O Reilly Media

BACKES, Augusto. **O Futuro das Criptomoedas.** Irmãos Dias Podcast - Episódio #13. Youtube, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EdFdnYmF0I8>> Acesso em 18 de dezembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994. **Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências.** Brasília: 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8880.htm#art2> Acesso em 04 de outubro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.259, de 16 de março de 2016. **Altera as Leis nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, para dispor acerca da incidência de imposto sobre a renda na hipótese de ganho de capital em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, e 12.973, de 13 de maio de 2014, para possibilitar opção de tributação de empresas coligadas no exterior na forma de empresas controladas; e regulamenta o inciso XI do art. 156 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.** Brasília: 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13259.htm> Acesso em 04 de outubro de 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4401/2021 (nº anterior: PL 2303/2015). **Dispõe sobre a prestadora de serviços de ativos virtuais; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 9.613, de 3 de março de 1998, para incluir a prestadora de serviços de ativos virtuais no rol de instituições sujeitas às suas disposições.** Disponível

³⁸ Ibid., pp. 29, 30.

em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>> Acesso em 18 de dezembro de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 2.303, de 2015, do Sr. Aureo, que "dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de 'arranjos de pagamento' sob a supervisão do banco central.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1632751> Acesso em 18 de dezembro de 2021.

CAMPOS, Emília Malgueiro. **Criptomoedas e Blockchain o Direito no Mundo Digital.** 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. **Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN.** Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin/oc-sin-0118.html>> Acesso em 04 de outubro de 2022.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Instrução Normativa nº 1.888, de 3 de maio de 2019. **Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).** Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>> Acesso em 18 de dezembro de 2021.

INFOMONEY. **Guia sobre Bitcoin: conheça a origem da primeira criptomoeda do mundo.** Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/guias/o-que-e-bitcoin/>> Acesso em 18 de dezembro de 2021.

KALASHNIKOV, Henrique. **Primeira negociação de bitcoin completa 12 anos, veja como foi e quanto valia.** Yahoo Finanças. 2021. Disponível em: <<https://br.financas.yahoo.com/noticias/primeira-negocia%C3%A7%C3%A3o-bitcoin-completa-12-174356634.html>> Acesso em 14 de novembro de 2022.

NAKAMO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System** (*Bitcoin: Um sistema de caixa eletrônico ponto a ponto. Traduzido para português de <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> por Rodrigo Silva Pinto*). Disponível em: <https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_pt_br.pdf> Acesso em 18 de dezembro de 2021.

UOL. **Bitcoin ultrapassa os US\$ 65 mil e alcança maior valor da história da moeda.** 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2021/10/20/bitcoin-recorde-historico-maior-valor-eua.htm>> Acesso em 14 de novembro de 2022.

A EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 27 DA CONVENÇÃO DE VIENA NO DIREITO BRASILEIRO

VITOR VELOSO BARROS E SANTOS:
Mestrando em Direito Internacional.
Advogado da União.

RESUMO: A extensão da aplicação do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados no contexto do direito brasileiro tem gerado grandes debates no contexto da jurisprudência brasileira, decorrente dos conflitos que passaram a surgir entre o direito interno e o internacional. É preciso entender a origem deste dispositivo, dos motivos da sua existência e quais as perspectivas para a legislação brasileira que existia há época da ratificação desta Convenção, bem como refletir sobre a necessidade do aprimoramento na sua interpretação frente ao processo legislativo existente.

Palavras-chaves: Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Artigo 27. Conflito de normas. Obrigações.

Abstract: The extension of the application of article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the context of Brazilian law has generated major debates in the context of Brazilian jurisprudence, arising from the conflicts that have emerged between domestic and international law. It is necessary to understand the origin of this provision, the reasons for its existence and the prospects for the Brazilian legislation that existed at the time of the Convention's ratification, as well as to reflect on the need to improve its interpretation in light of the existing legislative process.

Key words: Vienna Convention on the Law of Treaties. Article 27. Conflict of laws. Obligations.

I - Introdução

O presente estudo busca jogar luz sobre a extensão da aplicação do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados no contexto do direito brasileiro, partindo de um enfrentamento preliminar das questões históricas e dos objetivos iniciais com o este tratado, passando, posteriormente, por uma digressão sobre seus preceitos, bem como a aplicação destas questões por parte do judiciário brasileiro.

Trata-se de um importante instrumento normativo internacional que busca dar balizas para a aplicação das obrigações celebradas pelos Estados por meio dos diferentes tratados internacionais.

Como veremos mais adiante, a Convenção de Viena busca por meio do seu artigo 27 vedar que Estados invoquem disposições do seu direito interno com o objetivo de não cumprir determinado tratado internacional, ressalvando apenas determinada situação em que haveria violação sobre

competência para concluir tratados e desde que seja manifesta e diga respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental³⁹.

É importante destacar, então, que o tema se insere também no contexto no estudo da dicotomia existente entre o direito internacional e o direito interno.

Optou-se, portanto, por fazer apontamentos mais sintéticos e objetivos, buscando em livros e artigos que possam ser mais bem inseridos na proposta do texto.

II - Desenvolvimento

Do ponto de vista histórico, segundo Rezek⁴⁰, o direito dos tratados possuía uma consistência costumeira, decorrente dos princípios gerais que preponderantemente regiam as relações internacionais até o século XX, quais sejam: o *pacta sunt servanda* e a boa-fé. Elenca como primeiro registro de sua celebração bilateral o acordo de paz sobre as guerras sírias, entre o Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó do Egito, por volta dos anos 1280 e 1872 a.C.

Este marco costumeiro marcou a prática convencional ao longo dos três séculos que se seguiram, entretanto, com a evolução da sociedade internacional em um processo constante de aproximação e conflitos de poder, especialmente no pós primeira-guerra mundial, dois novos fatores surgiram e marcaram a temática na disciplina. Trata-se, como leciona Rezek⁴¹, do surgimento e desenvolvimento das organizações internacionais, no início do século XX, aumentando o rol de atores dos direitos das gentes para além dos Estados soberanos. Além desta, a codificação do direito dos tratados transformou as regras antes costumeiras em normas escritas e postas em documentos formais, contribuindo para sua melhor definição, compreensão e difusão no cenário internacional.

Como discorrem os professores Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daill e Alain Pellet⁴², “as obrigações convencionais são primeiramente obrigações de direito internacional”. Para estes, nos casos em que são violadas surge a possibilidade de responsabilização dos seus autores, ressalvadas as hipóteses de exclusão de ilicitude. Afirmam, ainda, que “as partes aceitam obrigações, em geral recíprocas, e existem causas de inexecução próprias do sistema convencional”, de modo que todo fato “que justifique a caducidade ou a suspensão do tratado fundamenta automaticamente a sua inexecução”. Soma-se a isso, o fato de que os governos são tentados a justificar o descumprimento de um tratado pela sua incompatibilidade com o direito nacional. Para estes autores, como reação contra tais argumentos ameaçadores da segurança das relações jurídicas internacionais, buscou-se por meio da Convenção de Viena reafirmar o primado do direito internacional.

³⁹ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969. art. 46, 1 e 2.

⁴⁰ Rezek, José Francisco *Direito internacional público: curso elementar* / Francisco Rezek. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. P. 35.

⁴¹ Idem p. 36.

⁴² DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p.228.

Rezek⁴³ discorre que a Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas incluiu a tema do direito dos tratados no seu plano de progressiva codificação da matéria, com trabalhos iniciais ainda em 1949, trazendo também o contexto da relatoria dos trabalhos e que havia necessidade de se contrabalancear a formação jurídica dos seus condutores, anglo-saxã ou de *civil law*. O resultado destes trabalhos, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, foi negociada originariamente por cerca de cento e dez Estados, entretanto apenas trinta e dois o firmaram nesta data. Sua entrada em vigor se deu em 27 de janeiro de 1980, quando alcançou o quórum mínimo necessário pelo seu art. 84.

Embora tivesse assinado a convenção quarenta anos antes, o Brasil apenas ratificou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados em 25 de outubro de 2009, promulgada por meio do Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Não obstante, leciona Rezek⁴⁴ que os seus preceitos não deixaram de ser aplicados no âmbito interno, seja no campo administrativo, seja pelo judiciário, tendo em vista da consciência preexistente do caráter costumeiro das normas dispostas nessa convenção.

Os professores Hildebrando Accioly, Paulo Borba Casella e G.E do Nascimento e Silva⁴⁵ apresentam a Convenção de Viena como instrumento de cooperação pacífica entre as nações. Vejamos:

A Convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969) aponta o “papel fundamental dos tratados, na história das relações internacionais”, reconhece a importância, cada vez maior, dos tratados, como fonte de direito internacional, e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam os seus sistemas constitucionais e sociais.

Entre os artigos 26 a 30, a Convenção de Viena de 1969 cuida da observância e da aplicação dos tratados. O artigo 26⁴⁶, especificamente, reflete exatamente essas disposições costumeiras no cumprimento dos tratados de boa-fé ao dispor expressamente sobre *Pacta sunt servanda* e a boa-fé, dispondo que “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.” Por seu turno, o art. 27 discorre que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.” Trata-se do objeto principal do presente estudo, qual seja, a impossibilidade de invocar norma do direito interno dos Estados, no caso o brasileiro, para justificar o não cumprimento do tratado internacional.

⁴³ Idem p. 37.

⁴⁴ Idem p. 37.

⁴⁵ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁴⁶ BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

A primeira questão a ser considerada é que a norma faz referência outro artigo da mesma Convenção, que dispõe⁴⁷:

“§ 1º Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu Direito Interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu Direito Interno de importância fundamental.”

Para Mazzuoli⁴⁸, a norma do Direito interno de importância fundamental tratada neste dispositivo é justamente as Constituições dos Estados, onde as regras sobre a competência para a celebração de tratados estão previstas. Embora, particularmente, *data vênia*, compreenda que as regras não sejam necessariamente uniformes ao longo da realidade jurídica de todos os Estados que compõem a sociedade internacional e possam estar dispostas de outras formas em seus ordenamentos. Este autor⁴⁹ aponta que no caso do direito interno brasileiro sobre competência para concluir tratados, é aquela disposta no art. 49, I, da Carta Magna, o qual dispõe que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". Nesse sentido, aponta que:

“Portanto, a única e exclusiva hipótese em que o Estado brasileiro pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição constitucional sua sobre competência para concluir tratados, visando, com isto, nulificar os efeitos desse acordo internacional em relação ao Brasil, é aquela ligada ao fato de o tratado ter sido ratificado sem o abono do Poder Legislativo (caso de inconstitucionalidade extrínseca ou ratificação imperfeita).”

É preciso destacar, entretanto, que o artigo 46 trata de matéria procedimental, ou seja, do iter necessária a correta adesão aos tratados, possibilitando o Estado defender-se alegando que seu consentimento na celebração ocorreu de forma contrária à que sua legislação regulou, “que é a de ser essa violação manifesta e relativa à norma (sobre competência para concluir tratados) de Direito interno de importância fundamental”⁵⁰. Por seu turno, o artigo 27 possui alcance material e, em tese, não deveria apresentar exceções.

Com efeito, a partir da ratificação da Convenção de Viena, a interpretação de todos os tratados internacionais de que o Brasil é parte deve ser efetuada a partir dos preceitos do Direito

⁴⁷ BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁴⁸ Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público /Valeria de Oliveira Mazzuoli. -- 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 287-288.

⁴⁹ Idem. p. 287-288.

⁵⁰ Idem. p 289.

Internacional, e não com base nas regras do Direito Interno. Como trazem também os professores Hildebrando Accioly, Paulo Borba Casella e G.E do Nascimento e Silva 51:

A relativa incerteza antes existente entre nós foi sanada com a ratificação pelo Brasil, em 2009, da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969. A importância da mutação ocorrida merece ser enfatizada: no sentido de que o Brasil passa a mostrar seu engajamento no sistema institucional e normativo internacional e orienta como se deve dar a relação entre direito interno e direito internacional pelas próximas gerações. Também se aponta para o reconhecimento da intensificação crescente do processo de internacionalização do direito, com a conseqüente necessidade de adaptação das normas legais às realidades sobre as quais têm estas de incidir, simultaneamente no plano interno e no plano internacional, com constante interação entre ambos (...). O Brasil integrou ao seu sistema jurídico interno o reconhecimento conceitual da dimensão maior dessa unidade de sistema institucional multilateralizado. Doravante, há de se incorporar à prática judicial e administrativa o que já foi recebido pelo direito positivo, no sentido de que o direito é mais vasto do que o conjunto de normas que se edita, em casa, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a STF – ADI nº 1.480 MC/DF52 manifestou-se de forma distinta sobre a autoaplicação das normas da Convenção OIT n. 158, vejamos:

“SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro—não obstante o polêmico art.46 da Convenção da Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.” STF – ADI nº 1.480 MC/DF

51 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

52 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083> . Acesso 07 de agosto de 2022.

Em que pese tal precedente do Supremo Tribunal Federal referente à questão constitucional, surge, então, questionamentos sobre a aplicabilidade do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados quando o tratado internacional entra em confronto com as disposições da legislação ordinária. O próprio STF foi a Súmula 575 sobre a isenção de mercadorias importadas de países signatários do GATT, assim ementada: “À mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto sobre circulação de mercadorias concedida a similar nacional.” Vide, também, oAI 764.951 AgR, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 26-2-2013, DJE 48 de 12-3-2013.

O STJ, por seu turno, tem encaminhado jurisprudência dando atenção especial ao tema, principalmente nas questões tributárias. O art. 98 do Código Tributário Nacional, ao estabelecer que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.” tem sido objeto de grandes debates, com sua aplicação ainda controversa, em especial nos casos de conflitos entre os tratados internacionais e as leis internas.

(...) 5. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão da sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (RESP 1.161.467-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 01.06.2012). 6. O art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos Países ocidentais, inclusive pelo Brasil, (...) **ademais, impõe a Convenção de Viena que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), em reverência ao princípio basilar da boa-fé.** 7. (...) a sistemática adotada pela legislação fiscal nacional de adicioná-los ao lucro da empresa controladora brasileira termina por ferir os **Pactos Internacionais Tributários e infringir o princípio da boa-fé nas relações exteriores, a que o Direito Internacional não confere abono.** (STJ – Resp: 1325709 RJ 2012 / 0110520-7, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/04/2014, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 20/05/2014)53

No mesmo sentido é o REsp 1.618.897 – RJ, também de Relatoria Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 19 de maio de 2020. Vejamos:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIBUTÁRIOS SOBRE A NORMA DE DIREITO INTERNO. CONCEITO DE LUCRO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. EMPRESA COM SEDE NA FRANÇA E SEM ESTABELECIMENTO PERMANENTE INSTALADO NO BRASIL. CONVENÇÃO CELEBRADA ENTRE A REPÚBLICA

53 Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1275096&tipo=0&nreg=201201105207&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140520&formato=PDF&salvar=false> . Acesso 08 de agosto de 2022.

FEDERATIVA DO BRASIL E A FRANÇA, PROMULGADA PELO DECRETO 70.506/1972. COBRANÇA DE TRIBUTO QUE DEVE SER EFETUADA NO PAÍS DE ORIGEM (FRANÇA). RECURSO ESPECIAL DA SOCIEDADE EMPRESARIAL PROVIDO.

A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas jurídicas de Direito Interno, em razão da sua especificidade, ressalvada a supremacia da Carta Magna. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedentes: REsp. 1.272.897/PE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 9.12.2015; REsp. 1.161.467/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 1.6.2012.

A Convenção Brasil-França, objeto do Decreto 70.506/1972, dispõe que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis neste mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente aí situado.

O termo lucro da empresa estrangeira deve ser interpretado não como lucro real, mas como lucro operacional, como o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica, incluído, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do recurso.

Recurso Especial da ALCATEL-LUCETN SUBMARINE NETWORKS S.A. provido para assegurar o direito da recorrente de não sofrer a retenção de imposto de renda sobre a remuneração por ela percebida, nos termos que dispõe a Convenção firmada entre a República Federativa do Brasil e o França”.

(REsp 1.618.897 – RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 19 de maio de 2020)

Embora em determinados momentos a jurisprudência tenha se mostrado vacilante, pode-se observar certo progresso na aplicação deste importante dispositivo de direito internacional. É certo que, segundo entendimento do Professor Wagner Menezes⁵⁴, é o direito interno de cada país, “especialmente em seu ordenamento central”, que dará o corolário para a visão do Estado sobre sua percepção da forma e a relação como o direito internacional será integrado ao seu ordenamento, seja ele dualista ou monista. Acrescenta, também, que tal relação irá sofrer forte influência de fatores históricos e técnicos na construção doutrinária “e, por conseguinte, alavancam os mecanismos de aplicação do Direito Internacional”.

54 MENEZES, Wagner. Ordem global e transnormatividade. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. P. 191-192.

Neste sentido, interessante é a abordagem de Carolina Gomes Chiappini⁵⁵ na qual relatava a necessidade de interpretação dos tratados internacionais pelo Estado brasileiro sob a perspectiva dos preceitos do Direito Internacional. Vejamos:

Com efeito, a partir da ratificação da Convenção de Viena, a interpretação de todos os tratados internacionais de que o Brasil é parte deve ser efetuada a partir de preceitos do Direito Internacional, e não com base nas regras do Direito Interno. A alteração da sistemática de interpretação dos tratados internacionais é uma medida necessária para evitar que o país celebre tratados que possam perder a vigência em virtude de alteração legislativa interna e, com isso, causar insegurança em suas relações jurídicas com outras nações.

III – Conclusão

Com tais considerações, é preciso ponderar que o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados trouxe grandes desafios para os magistrados brasileiros, visto que um novo universo de normas jurídicas deve ser observado no momento da aplicação do direito. Parcela da legislação nacional não foi produzida levando em consideração os tratados internacionais que haviam sido ratificados pelo Estado brasileiro, de modo que conflitos ocorrem (como visto) e poderão ocorrer no futuro caso não sejam analisados o conjunto normativo brasileiro como um todo (interno e internacional).

É importante entender também sobre a necessidade do aprimoramento na sua interpretação frente ao processo legislativo existente, de modo que os projetos de lei em tramite perante o Congresso Nacional, bem como nas Assembleias Estaduais e Câmaras Municipais, devem observar os textos dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, com o objetivo de compatibilizar o conteúdo normativo interno ao internacional.

Embora ainda que haja uma jurisprudência vacilante no Brasil, é possível que a ratificação desta Convenção pode ser interpretada como um sinal de mudança na visão sobre disciplina do direito internacional, mas que precisa de certo amadurecimento no contexto da ciência jurídica brasileira.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁵⁵ Carolina Gomes Chiappini. Reflexos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 15-27, abril de 2011.

CHIAPPINI, Carolina Gomes. Reflexos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 15-27, abril de 2011.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vítor Marques Coelho. 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público /Valeria de Oliveira Mazzuoli. -- 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES, Wagner. Ordem global e transnormatividade. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

REZEK, José Francisco Direito internacional público: curso elementar / Francisco Rezek. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MAUS TRATOS CONTRA IDOSOS: A VIOLÊNCIA DENTRO DO LAR

MATHEUS ANSELMO COELHO DA COSTA:

Graduando do Curso de Direito pelo Centro
Universitário de Ensino Fametro

RESUMO: O presente artigo trata do tema dos maus tratos contra o idoso no Brasil, que vem crescendo como consequência o isolamento social ocorrido na pandemia, observando o crescimento da classe da terceira idade e a violência que esta vem sofrendo. Além disso este artigo tem o intuito de analisar a violência, seus conceitos e tipificações, bem como a contribuição da pandemia para o aumento do número de casos de violência contra o idoso apresentando medidas que podem ser implementadas pelas políticas públicas, para o combate desta violência. Analisaremos o isolamento social como fator responsável pelo aumento dos casos desse tipo de violência e como proceder diante deles. Por fim, foram apresentados dados que esclarecem como a violência é algo mais complexo do que se imagina.

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra idosos. Família. Pandemia. Responsabilidade, Estatuto do idoso.

ABSTRACT: This article deals with the issue of mistreatment against the elderly in Brazil, which has been growing as a consequence of the social isolation that occurred in the pandemic, observing the growth of the elderly class and the violence that it has been suffering. In addition, this article aims to analyze violence, its concepts and typifications, as well as the contribution of the pandemic to the increase in the number of cases of violence against the elderly presented measures that can be implemented by public policies to combat this violence. We will analyze social isolation as a factor responsible for the increase in cases of this type of violence and how to proceed with them. Finally, data were presented that clarify how violence is something more complex than one imagines.

KEYWORDS: Violence against the elderly. Family. Pandemic. Responsibility, Statute of the elderly.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceitos de violência 3. Da tipificação de violência 3.1 Violência física 3.2 Violência familiar 3.3 Negligencia contra a pessoa idosa 3.4 Violência psicológica 3.5 Violência contra idosa praticada por desconhecidos 4. Da violência nos lares na pandemia 5. Do surgimento e importância do estatuto do idoso 6. Da proteção ao idoso e punição ao agente 7. Conclusão - 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo a seguir centra-se no estudo dos maus tratos aos idosos e a violência atrelada a eles. Observando como a população, não apenas brasileira, mas mundial, vem crescendo e envelhecendo torna-se inevitável uma maior presença da população idosa na sociedade. Com o envelhecimento advêm diversas fragilidades sendo elas físicas, mentais ou ambas, e tais fragilidades são consideradas negativas do ponto de vista dos demais indivíduos da sociedade, ocorrendo a discriminação da terceira idade.

Consequentemente, a discriminação acaba tomando forma de maus tratos e violência, muitas vezes tais condutas surgem através daqueles que deveriam ser seus guardiões, que deveriam protegê-los e zelar pelo seu bem estar constante.

O presente artigo aborda algumas conceituações e tipificações muito relevantes ao tema, demonstrando como alguns conceitos básicos do cotidiano são mais amplos do que se imagina, também serão abordados a discriminação da terceira idade, enquadramento legal do idoso, bem como penas advindas dos maus tratos e sua aplicação.

Desta forma, proporcionando perspectiva de medidas já realizadas para melhorar a situação atual da terceira idade, serão mencionadas ferramentas legais desenvolvidas para proteção das vítimas e como a norma penal vem demonstrando sua eficácia e se adequa aos casos de maus tratos e violência específicos, demonstrando a relevância do tema, este em que se encontram os direitos da classe da terceira idade, que já deu sua contribuição para sociedade, e vem sofrendo por serem vistos como incapazes ou fonte de lucro.

Por fim, a pesquisa contribuirá para alertar a respeito da adequação das normas e penais e aplicação de princípios constitucionais a respeito da integridade indivíduo idoso, discutindo conceitos envolvendo maus tratos e quais medidas tomar a respeito do tema.

2. CONCEITOS DE VIOLÊNCIA

Quaisquer maus tratos geralmente são acompanhados de violência esta tem como conceito geral sendo quaisquer ações que causem algum dano ao indivíduo, podendo estes danos serem físicos ou morais, no entanto existem muitos conceitos envolvendo o termo.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde a violência é determinada como

[...] força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação." (Krug et al, 2002).

Já o dicionário de Rodrigo Fontinha (1974) conceitua violência como:

Qualidade de violento; ação ou resultado da ação de violentar ou violentar-se; ímpeto veemente nas ações; força com que se pretende obrigar uma pessoa a fazer aquilo que ela não quer; ato violento; abuso da força e do poder; opressão; grande impulso; veemência, impetuosidade; coação; constrangimento (FONTINHA, 1974, p. 56).

A descrição de Michaud (1989) afirma:

provém do latim *violentia*, que significa violência, caráter violento ou bravo, força. O verbo *violare* significa tratar com violência, profanar,

transgredir. Tais termos devem ser referidos a vis, que quer dizer força, vigor, potência, violência, emprego de força física, mas também quantidade, abundância, essência ou caráter essencial de uma coisa. Mais profundamente, a palavra vis significa a força em ação, o recurso de um corpo para exercer sua força e, portanto, a potência, o valor, a força vital (MICHAUD, 1989, p. 8).

Por fim, Michel Misse (2008, p. 378) afirma que o termo é contestável, possibilitando que este possua múltiplas definições, ambas podendo ser corretas, pois entende-se que violência possui diversas formas de manifestação e por consequências diversas definições.

Segundo os autores, além das mais diversas definições para o fenômeno da violência, existe certa dificuldade no estabelecimento de conceito definitivo, pois muitos usos do termo possuem diferenças nos sentidos podendo ser corretos ou não.

A violência pode ganhar uma definição a partir da perspectiva da vítima desse fenômeno, podendo esta ser separada em campos sendo eles, interpessoal, quando um indivíduo, no ambiente familiar, sofre ato de agressão a outro; coletiva, onde a causa advém de um grupo social, sendo este econômico, social ou político, sendo este último bem visível atualmente no Brasil; autodirigida, que ocorre quando autor e a vítima são a mesma pessoa, onde o ato praticado pelo indivíduo é contra si mesmo pelo auto abuso ou tendências ao suicídio.

Diante de tudo isso é correto afirmar que o conceito de violência pode ser visto como abstrato, que assim como a sociedade, encontra-se em constante mudança, dessa maneira dificultando uma limitação consensual levando autores a criarem suas próprias definições.

Um deles é Johnson (1986, p.180) e este em sua visão afirma que existem quatro passos para que se possa produzir definição de violência, a definição intrínseca é o primeiro e tem o foco na conceitualização. Nesse estágio, a violência contra idosos é descrita como "um sofrimento desnecessário, danoso para a manutenção da qualidade de vida, que pode ser infringido pela própria pessoa ou por outra". A definição nesse estágio inicial tem grande complexidade, sendo centrada em notar se:

- a) pessoa idosa sentiu algum tipo de dor ou sofrimento, desconsiderando outras circunstâncias como a intencionalidade;
- b) definição extrínseca real, é a etapa em que se deve estabelecer as tipologias (físicas, psicológicas, sociológicas) que estão presentes no fenômeno, o que ajuda na reconhecimento do processo e autoriza os profissionais que atuam na área a determinar estratégias de interferência;
- c) definição extrínseca operacional, o desempenho comportamental da etapa anterior é convertido em unidades que podem ser medidas pela determinação da intensidade (frequência e severidade) e densidade (número, diferentes tipos de violência). Esta operação permite diferenciar e identificar claramente o que é abuso, quais estratégias de intervenção

são mais adequadas e sua urgência;

d) definição causal é o passo final que permite a distinção entre intencionalidade e não intencionalidade, ou seja, a causa imediata que precipita o ato de violência e não a sua origem. (IBÁÑEZ, 2015).

Já HERRING (2009, p.134) afirma que mesmo não sendo fácil conceitualizar a violência, isso não seria algo ruim, ou seja, é melhor admitir a complexidade das múltiplas formas de violência do que limitar e contê-la em apenas uma definição, assim, implicando em algo irreal. Logo, toda definição que por sua vez procure abranger todas as mais diversas formas de violência terá mesmo resultado, um conceito abstrato e vazio.

Violência contra a pessoa idosa, é algo que não afeta apenas o Brasil, sendo este um problema mundial, que atinge as mais diversas classes sociais, nas sociedades mais simples às mais complexas, sendo os idosos em sua maioria mais frágeis e vulneráveis a violência de qualquer tipo.

Para Manita (2009, p.11);

Um comportamento violento continuado ou qualquer padrão de controle coercivo exercido direta ou indiretamente, sobre qualquer pessoa que habite no mesmo agregado familiar (e.g., cônjuge, companheiro/a filho/a, pai, mãe, avô, avó) ou que mesmo não coabitando seja companheiro ou familiar. Este padrão de comportamento violento continuado resulta, a curto ou médio prazo, em danos físicos, sexuais, emocionais, psicológicos, imposição de isolamento social ou privação econômica da vítima, visando dominá-la, fazê-la sentir-se subordinada num clima de medo permanente.

E conforme Minayo (2004)

[...] ela se torna um tema mais ligado à saúde por estar associada à qualidade de vida; pelas lesões físicas, psíquicas e morais que acarreta e pelas exigências de atenção e cuidados dos serviços médico-hospitalares e também, pela concepção ampliada do conceito de saúde.

Portanto pode-se notar que mesmo havendo muitos conceitos, não há um principal, mesmo sendo muito utilizado o conceito geral. As definições do fenômeno se tornam cruciais para uma descrição, análise e interpretação da violência.

3. DA TIPIFICAÇÃO DE VIOLÊNCIA

3.1 Violência física

Este tipo é mais comum e conhecido, por ser difícil de esconder, ficando evidente, sendo esta forma realizada com mais frequência, podendo resultar em alguns casos, na morte da vítima, que se tratando de idoso costuma ser mais frágil fisicamente.

Diariamente a vítima se cala diante dos abusos físicos se isolando para que terceiros não tomem conhecimento deste tipo de violência, entretanto a vítima acaba se prejudicando, pois tem receio de pedir ajuda e acabam evitando de sair de casa com medo de que outros percebam seus ferimentos. Portanto, a violência física se caracteriza pelo uso da força para feri-los, e provocar dor, incapacidade ou até a morte.

O artigo 99 do Estatuto do Idoso diz que:

Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte: Pena - reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Os abusos físicos é o tipo de violência mais perceptível aos olhos, e nem sempre o agressor cometerá agressões que sejam tão perceptíveis por medo de chamar a atenção de outras pessoas como, por exemplo, em consultas de rotina os profissionais da saúde podem identificar lesões na vítima portanto os agressores evitam deixar marcas para que não possam ser descobertos;

Faleiros (2001) afirma que a violência contra pessoas idosas é uma violação aos direitos humanos e é uma das causas mais importantes que levam a lesões, doenças, perda de produtividade, isolamento e desesperança por tal abuso.

3.2 Violência familiar

O seio familiar deveria acolher e proteger, porém, a família acaba se desvirtuando de sua função, perdendo a paciência e não prestando o atendimento ao idoso, que na maior parte dos casos, já se encontra debilitado, este tipo de violência vem trazendo preocupações e questionamentos sobre segurança da pessoa idosa.

Gondim (2015, p. 1) afirma que:

[...] a violência contra a pessoa idosa no âmbito familiar é um problema que se agrava gradativamente, nos dias atuais. O idoso se torna uma vítima fácil, por, muitas vezes, depender de seus familiares em diversos aspectos, seja nos cuidados da saúde, nas relações sociais, na dependência financeira ou até mesmo pela simples convivência familiar.

Segundo ele, é preocupante que a violência contra idoso ocorra dentro da família, pois esta deveria zelar pela vida de seus membros mais velhos. Mesmo existindo no Brasil, uma tentativa de idealizar a família, o relacionamento entre seus membros acaba por não ser algo satisfatório. Esse tipo de violência apresenta-se de muitas formas e graus.

De acordo com Debert, uma grande parcela dos casos dentro dos lares ocorre quando múltiplas gerações da família convivem juntas, corroborando a conclusão de que família não é sinônimo ou garantia de segurança, podendo se tornar um ambiente hostil, impedindo qualquer possibilidade de um envelhecimento saudável.

Sobre violência familiar e doméstica Ritt e Ritt (2008) afirmam que:

É importante estabelecer uma diferenciação entre violência doméstica e violência familiar. A primeira pode ser definida como sendo aquela que ocorre no âmbito doméstico em que vive o idoso, onde está inserido, não precisando ter como autores de agressão necessariamente familiares, mas, sim, vizinhos, cuidadores, ou, inclusive, pessoas que trabalham em casas geriátricas ou asilos. Já violência familiar, pode ser entendida como aquela que é praticada por familiares do idoso, seus filhos, netos, bisnetos, cônjuges ou companheiros, dentre outras pessoas que possuem ligação familiar com esta pessoa idosa. (pág. 18)

E segundo Faleiros (2007, p. 15),

(...) é a ruptura de um pacto de confiança, na negação do outro, podendo mesmo ser um revide ou troco. Alguns filhos pensam dar o troco de seu abandono ao entregar idosos em abrigos ou asilos e ao informarem endereços falaciosos para não serem contatados.

A violência intrafamiliar é considerada como qualquer ato ou omissão que cause prejuízo para o bem-estar, físico ou psicológico a liberdade de outro membro da família, pode ser cometida dentro ou fora do lar por algum integrante da família.

A violência "comum", por assim dizer, se diferencia da violência intrafamiliar por englobar outros integrantes do grupo, sem função parental, que coabitam no espaço doméstico, como os empregados(as).

3.3 Negligência contra a pessoa idosa

Este é um fator conhecido, sendo este um tipo muito comum de violência contra a terceira idade, podendo se manifestar de muitas formas como descuido, indiferença, desatenção e outros. A negligência costuma se ligar a outras formas de violência, o abandono por exemplo, estes dois fatores juntos perpetuam profundos traumas que em alguns casos podem ser irreversíveis e permanecer com o indivíduo pelo resto de sua vida.

“Negligência consiste em deliberada falta de atenção com os cuidados próprios da senectude. Vale dizer, relegar o idoso, permitir que chegue a indigência, penúria ou outro sofrimento físico ou psíquico por ação e, principalmente, por omissão”. (Martinez, 2005, p. 37).

Nota-se que negligencia ocorre quando as vontades básicas do idoso são deixadas de lado e dessa forma ignorando seus direitos e necessidades, conseqüentemente, levando a problemas como a depressão e no pior dos casos o suicídio.

Assim o Estatuto do idoso dispõe:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. Parágrafo Primeiro: É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso. Parágrafo Segundo: As obrigações previstas nesta Lei não excluem das prevenções outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Pode-se afirmar, portanto, que negligencia é a ausência dos cuidados necessários ao idoso pela recusa de seus familiares ou cuidadores, sendo esta muito comum no Brasil, levando a lesões, que em alguns casos pode ser auto infligida, e traumas físicos, emocionais e sociais.

A negligência e meus tratos contra idosos são interligados a outras formas de violência, já que muitos idosos que sofrem desse mal desenvolvem depressão, alienação e culpa, assim levando a negar quaisquer ocorrências e situações que os vitimizem.

3.4 Violência psicológica

Esta tem como causa agir com preconceito, discriminação ou quaisquer ações que menosprezem, desprezem ou ofendam a integridade emocional da vítima. Esta é conhecida por violência silenciosa e pode causar um dano emocional que afeta a autoestima da vítima, buscando controle de suas ações através da degradação de seu desenvolvimento

Contudo, a violência contra o idoso é tida como uma das mais severas e desiguais formas de agressão, visto que há uma ampla relação de desigualdade do ponto de vista físico e psicológico. Isto ocorre devido aos déficits auditivo, visual, motor e cognitivo que o idoso apresenta, além do fato de o mesmo ser submetido a uma situação constrangedora diante dos outros familiares (Menezes18, 1999).

Os idosos costumam ser os principais alvos do isolamento e abandono por suas famílias, tal distanciamento social desencadeia problemas na vítima, dessa forma, destruindo o bem-estar, as conseqüências mais comuns desta forma de violência são depressão, solidão, insônia, aumento os riscos de doenças cardiovasculares, autoimunes, neurológicos e cognitivos e até mesmo o suicídio.

O parágrafo 1º do Art. 19 do Estatuto do Idoso, afirma que: [...] “considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico”.

O Manual de Enfrentamento à Violência Contra a Pessoa Idosa, reafirma as consequências que esse tipo de violência pode trazer como desenvolvimento do isolamento, sentimento de solidão, tristeza e posteriormente advindo a depressão.

Infelizmente grande parte dos casos de violência se tratam da silenciosa, ocorrendo devido à dependência emocional e grande afeto que a vítima tem pelo agressor, temendo que algum mal seja causado a este caso seja denunciado.

3.5 Violência contra pessoa idosa praticada por desconhecidos

Também existe violência contra idosos por desconhecidos, porém, esta ocorre em menor escala que as demais, já que geralmente a violência contra a terceira idade advém da família, a maioria das vítimas de violência por desconhecidos são idosos entre 60 a 69 anos de idade, se comparados com a faixa de 80 anos ou mais. Conforme Minayo¹⁹ e Paz et al. Tal fenômeno deve-se ao fato de idosos com 80 anos ou mais apresentarem dependência maior de suas famílias, não de casa frequentemente.

A dependência financeira muitas vezes explica os fatores ligados as vítimas, porém, vale destacar que também ocorre por falta de apoio social, falta acesso à informação, principalmente devido a tecnologia e dificuldade em manipula-la, e temor de eventual rompimento de quaisquer laços familiares. Segundo estudos, idosos com níveis mais altos de escolaridade tem maiores riscos de sofrerem algum tipo de violência por indivíduos que este desconhece, isso ocorre pois idosos tendem a ter maior renda e quantidade de bens financeiros e/ou materiais, estando assim mais suscetíveis a roubos, furtos ou golpes.

4. DA VIOLÊNCIA NOS LARES NA PANDEMIA

Em março de 2020 um vírus desconhecido aterrorizou a população mundial, procurando conter a transmissão foram adotadas medidas de segurança, começando pelo distanciamento social e interrupção da jornada trabalho em serviços não essenciais durante 15 dias. Porém, os casos de infecção continuaram a aumentar, os 15 dias inicialmente propostos se converteram em meses, obrigando famílias a resgatarem um convívio em seus núcleos.

O tempo com a família estreitou os laços, ajudando a esquecer os problemas que o mundo passava para alguns, no entanto, intensificou os conflitos familiares para outros, reacendendo questões de violência doméstica, principalmente direcionado aos mais vulneráveis. No meio destes muitas vezes se encontram os idosos que, segundo a Lei de Acesso à Informação, formam a maior parte das vítimas de ataques físicos e psicológicos dentro do ambiente familiar. Os dados mostram que os maus tratos e violência contra idosos cresceram 59% no Brasil durante a

pandemia, sendo de março a junho o período de tempo em que se encontram o maior número de registros, estando próximo de 26.000 denúncias.

Tais conflitos ocorrem por conta das limitações advindas da idade avançada, sendo elas físicas, mentais ou ambas conseqüentemente levando a pessoa idosa a desenvolver dificuldades de locomoção, alimentação, raciocínio entre outras, exigindo muitas vezes cuidados especiais, que, durante a pandemia, deveriam ser exercidos pelos familiares. Com uma mudança de hábitos tão repentina os atritos surgiram e aqueles que já existiam cresceram ainda mais levando aos muitos casos de violência doméstica.

A respeito da vulnerabilidade dos idosos à violência, Menezes (1999) afirma que as desvantagens deste grupo social são inúmeras e desiguais, devido ao processo de envelhecimento, que tende a debilitar e reduzir funções cognitivas, motoras e defesas do organismo. Com a ascensão da Covid-19 estes indivíduos necessitam de maiores cuidados com sua saúde por se encontrarem no chamado grupo de risco, que são mais vulneráveis ao vírus, porém, tais cuidados lhes são negados pelos membros de sua própria família e conhecidos.

O Ministério da Saúde adverte as conseqüências dos abusos familiares e ressalta que “ações únicas ou repetidas que causam sofrimento ou angústia, ou ainda, a ausência de ações que são devidas, que ocorrem numa relação em que haja expectativa de confiança.”

5. DO SURGIMENTO E IMPORTANCIA DO ESTATUTO DO IDOSO

O número de indivíduos da terceira idade tem crescido, não apenas no Brasil, mas no mundo, através do envelhecimento demográfico, fenômeno este que vem aumentando a cada ano, com isso tornando o indivíduo idoso cada vez mais presente na sociedade moderna, tal classe possui as garantias advindas da constituição federal de 1988 e também possui direitos específicos encontrados principalmente no estatuto do idoso, sendo esta uma ferramenta fundamental para o combate a crimes contra a terceira idade.

Essa ferramenta foi criada no dia 1 de outubro de 2003 a partir da lei 10.741, na época a população idosa do Brasil era cerca de 15 milhões e, ineditamente, este estatuto trouxe consigo princípios de proteção integral e maior prioridade a pessoas acima dos 60 anos, passando a regular os direitos específicos dessa parte da população. O estatuto também foi responsável por positivar diversos crimes cometidos contra idosos e suas penas, algumas delas encontradas no art. 99 do estatuto e seus parágrafos.

Laura Machado, representante da Associação Internacional de Gerontologia e Geriatria na ONU e membro do conselho HelpAge Internacional, relata:

“Foi a primeira legislação que de fato passa a regular os direitos humanos das pessoas idosas. Eu trabalho na área de envelhecimento há quase 40 anos e, na época, nós éramos um dos países que não tínhamos uma legislação que permitisse penas e sanções administrativas para aqueles que praticassem maus-tratos e violência.”

O relato citado demonstra a importância do estatuto do idoso não apenas no Brasil, mas para mundo, sendo uma legislação revolucionária por tratar de maneira específica de uma classe social constantemente discriminada, com o advento do estatuto, considera-se crime, negligência, discriminação, violência de diferentes tipos, inclusive a financeira, e atos de crueldade e opressão contra o idoso, sendo todas passíveis de punição atualmente, assim, também foi aumentado o conhecimento e percepção de toda a classe da terceira idade seus devidos direitos e garantias constitucionais.

6. DA PROTEÇÃO AO IDOSO E PUNIÇÃO DO AGENTE

A constituição federal brasileira expressa logo em seu art. 1º, III, a garantia da dignidade da pessoa humana e logo em frente no seu art. 5º, dispõe uma série de direitos fundamentais, estes sendo básicos a um indivíduo, entre eles o direito a segurança e o mais importante, a vida.

Embora muitas vezes discriminada e deixada de lado, a população idosa deve ter seus direitos resguardados, sendo estes violados em caso de maus tratos, é fato que ser “velho” não é sinônimo de ser incapaz, muitos deles tem plena saúde física, mental e contribuem para a sociedade de alguma forma, como afirma Renato Amorim Damas Barroso “As pessoas idosas não são menores, não devem ser confundidos com crianças, não são automaticamente incapazes.”

Com isso fica claro que mesmo sendo idosos estes em sua grande maioria estão vulneráveis a ameaças externas como qualquer outro, porém, existem casos onde o agressor é alguém da própria família, fazendo o idoso sofrer diversos tipos de violência dentro de seu próprio lar, este que deveria ser um lugar seguro e inviolável de qualquer forma.

Uma boa forma de evitar tal conduta, além de denunciar obviamente, é contratar uma empregada ou em caso de idoso incapaz um cuidador de confiança, dessa forma podendo desencorajar o agressor a tentar quaisquer formas de violência, porém, é necessário escolher com cuidado.

Em caso de agressão o terceiro que tiver ciência do ocorrido sendo empregado ou não, tem o dever de denunciar ou interferir através da prisão em flagrante de delito que se encontra no art. 301 do CPP e em casos extremos recorrer a força, levando em consideração a legítima defesa devendo ser proporcional a agressão ou nível de ameaça sofrido, nada mais, para garantia da integridade física e mental da vítima.

Sendo determinada através de processo a culpa do agressor, este ficará suscetível as punições encontradas no estatuto do idoso e qualificadoras do Código Penal, contudo se tratando de agressor menor de idade a lei determina que são inimputáveis, ou seja, eles não possuem a capacidade de compreender seus atos, porém, se este comete crime grave e for condenado atuará em prestação de serviço comunitário a caráter educativo ou poderá ser internado.

Porém, como afirma Sérgio Henrique da Silva Pereira, no artigo, Menor infrator como se defender? :

“Assim como o adulto pode ser detido em ato criminoso (lesão corporal: bater, arranhar, causar hematoma; furtar ou roubar; ameaçar com objeto perfurante, cortante; tentativa de atear fogo a estabelecimento ou pessoa; tentativa de destruir qualquer bem público seja banco de praça, hidrante, brinquedos, lâmpadas, latas de lixo da Comlurb), o menor de 18 anos de idade (popularmente chamado de “moleque”, “pequeno”, “fedelho”, “guri”, “di menor”) que cometer ato infracional, também pode ser detido seja por policial ou qualquer civil que esteja no momento do ato infracional.”

Sendo esta uma maneira eficaz de lidar com menor agressor, contudo, não devendo ocorrer qualquer agressão física, verbal ou causar constrangimento após este ser detido, pois, mesmo ele, ainda possui total direito a sua imagem e integridade preservada.

7. CONCLUSÃO

O estudo aqui realizado demonstra a delicadeza do tema em questão, conceituando e comentando diversos termos e situações que fazem a necessidade de destaque deste tema mais verossímil, isso também se deve ao fato que grande parte dos casos, como mostrado, vem de dentro do ambiente familiar.

A família neste ponto possui grande responsabilidade no que se refere aos cuidados com o idoso, tal responsabilidade tem se tornado cada vez maior, em contra ponto no entanto o Estado demonstrou e prossegue demonstrando um distanciamento das obrigações que a ele cabem, pois, se a lei estivesse sendo colocada em prática, através de políticas públicas, haveria uma considerável nos inúmeros casos de negligência, abandono, e violência contra idosos.

Verifica-se que nos últimos anos houve um aumento da população idosa e por consequência, uma expectativa de vida mais duradoura. Assim, diante do envelhecimento populacional, verifica-se maior incidência de casos de violência contra os idosos, aumentando ainda mais na pandemia.

A princípio encontram-se na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal brasileiro, diversos direitos, garantias e mecanismos de proteção para os indivíduos da terceira idade, com isso, para saber o quanto um idoso é protegido pelo estado é necessário primeiramente que este tenha plena noção dos direitos que possui, já que neste ponto a intervenção estatal depende diretamente da ciência de qualquer ocorrido e relatos de indivíduos sobre vítimas de maus tratos

Portanto torna-se necessário um investimento no sistema de denúncias para maior eficiência no atendimento as vítimas, dessa forma visando um cenário em que não seja preciso uma intervenção direta do terceiro espectador, que pode até recorrer à violência contra o agressor em casos extremos mesmo este sendo menor, no caso de agressor menor faz-se necessário que a responsabilidade recaia não apenas sobre os pais, mas também sobre o menor, principalmente se ele já for maior de 16, já possuindo uma boa consciência de seus atos. O Estado brasileiro vem

tentando se adequar com a criação de normas como a lei Maria da Penha e o Estatuto do Idoso, assim tentando ser abrangente as mais diversas formas e casos de violência.

Porém, a luta contra a violência aos idosos não deverá se limitar somente a denúncia, portanto é importante salientar outros meios para maior eficácia no combate ao fenômeno, como a interação entre os serviços de assistência social e de saúde, sendo este de suma importância.

Por fim, a violência contra o idoso vem desafiando os órgãos públicos que ainda procuram lutar contra os maus-tratos praticados contra a pessoa idosa, tentar investigar e corrigir agressores é uma tentativa de alívio da situação e uma tentativa de acolher o idoso e garantir seus direitos.

8. REFERÊNCIAS

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília, 2014. Disponível em: Acesso em 12 de novembro de 2022.

WELL, Livia Van. Estatuto do Idoso comentado: título III: das medidas de proteção, capítulo II: das medidas específicas de proteção. 2013. Disponível em: Acesso em: 12 de novembro de 2022.

<https://www.scielo.org/article/sausoc/2008.v17n3/90-100/#:~:text=O%20abuso%20pode%20ser%20de,qualidade%20de%20vida%20do%20idoso.> Acesso em 12 de novembro de 2022.

<https://unitau.br/noticias/detalhes/4845/pandemia-acentua-violencia-contra-o-idoso-e-especialistas-orientam-attitudes-que-devem-ser-tomadas/> Acesso em 13 de novembro de 2022.

<https://brasil.un.org/pt-br/131518-violencia-contra-idosos-aumentou-durante-pandemia-alerta-especialista-da-onu> Acesso em 13 de novembro de 2022.

<https://brasil.un.org/pt-br/131518-violencia-contra-idosos-aumentou-durante-pandemia-alerta-especialista-da-onu> Acesso em 13 de novembro de 2022.

<https://ufal.br/ufal/noticias/2021/6/dados-confirmam-que-violencia-contra-idosos-cresceu-com-a-pandemia> Acesso em 13 de novembro de 2022.

<https://www.camara.leg.br/noticias/774878-pandemia-de-covid-agravou-situacao-de-violencia-contra-idosos/>. Acesso em 13 de novembro de 2022.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004. Acesso em: 13 de novembro de 2022.

<https://aconchegoidosos.com.br/blog/como-identificar-maus-tratos-contraidosos/> Acesso em 13 de novembro de 2022.

CENEVIVA, W. "Estatuto do Idoso, Constituição e Código Civil: a terceira idade nas alternativas da lei". A Terceira Idade, v.15, n.30, p.7-23, 2004. Acesso em 24/04/2022.

<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-09/em-15-anos-estatuto-do-idoso-deu-visibility-ao-envelhecimento>> Acesso em 30 de maio de 2022.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30 de maio de 2022.

<<https://jus.com.br/artigos/27973/menor-infrator-como-se-defender>> acesso em 05 de junho de 2022.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em 07 de junho de 2022.

<<https://emporiadodireito.com.br/leitura/medida-protetiva-de-urgencia-da-lei-maria-da-penha-pode-ser-aplicada-a-adolescente-infrator>> Acesso em 07 de junho de 2022.

Barroso, R. A. (2014). Há Direitos dos idosos? Em Julgar nº 22. Coimbra: Coimbra Editora. p, 124

Barroso, R. A. (2014). Há Direitos dos idosos? Em Julgar nº 22. Coimbra: Coimbra Editora. p, 127

DESCONTINUAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA – POSSÍVEL OU IMPOSSÍVEL?

IZABELLA DE SOUZA MOREIRA:
Graduanda em Direito pela
Universidade de Gurupi.

VANUZA PIRES DA COSTA

(orientadora)

RESUMO: A nova concepção de família é representada pela união de indivíduos ligados por vínculos afetivos e sociais. A origem da filiação socioafetiva existe em decorrência da socioafetividade entre pais e filhos por meio da posse de estado de filho, onde se cria a relação afetiva entre pais e filhos. Este presente trabalho busca analisar se é possível a descontinuação da filiação socioafetiva. Deste modo, partindo do método dedutivo por meio de ampla pesquisa doutrinária em livros jurídicos e em veículos virtuais de busca, pretende analisar a viabilidade jurídica da desconstituição da filiação socioafetiva na doutrina civilista brasileira, considerando o entendimento jurisprudencial vigente. Conclui-se pela impossibilidade em razão da principiologia que fundamenta os vínculos afetivos no direito de família contemporâneo.

Palavras-chave: Filiação Socioafetiva; Vínculos; Família; União de Indivíduos.

ABSTRACT: The new concept of family is represented by the union of individuals linked by affective and social bonds. The origin of socio-affective affiliation exists as a result of socio-affectiveness between parents and children through the possession of a child's state, where the affective relationship between parents and children is created. This present work seeks to analyze whether it is possible to discontinue socio-affective affiliation. Thus, starting from the deductive method through extensive doctrinal research in legal books and virtual search vehicles, it intends to analyze the legal feasibility of deconstitution of socio-affective affiliation in Brazilian civil doctrine, considering the current jurisprudential understanding. It is concluded that it is impossible due to the principle that underlies affective bonds in contemporary family law.

Keywords: Socio-affective affiliation; bonds; Family; Union of Individuals.

1 INTRODUÇÃO

Antigamente, o instituto de família era formado tão somente pelo laço consanguíneo entre pais biológicos e seus filhos; mas, com o passar dos anos, tal instituto ganhou uma nova forma de reconhecimento de filiação, a socioafetiva. Tema esse que se encontra no ramo do Direito Civil, mais especificamente na área de Direito de Família.

A filiação socioafetiva se inicia quando um homem e/ou uma mulher cria um filho como seu, mesmo não sendo o pai ou mãe biológica da criança ou adolescente. Tem reconhecimento jurídico com base no afeto, sem que haja a necessidade de vínculo de sangue entre ambos. Feito no âmbito da Justiça, o reconhecimento dessa filiação se dá durante o processo, onde o juiz busca

averiguar se o vínculo declarado se caracteriza como uma relação comprovada de socioafetividade, que merece reconhecimento de relação filial.

Portanto, o presente trabalho objetiva abordar a evolução dos novos conceitos de família, com destaque para a possibilidade da descontinuação da filiação pautada unicamente na socioafetividade, ou seja, a relação entre pais e filhos onde não existe vínculo biológico, apenas o afetivo (amor, carinho, convivência e confiança). Sabe-se que uma relação parental construída independente de laço sanguíneo, é essencial para a formação da personalidade da criança e seu bem-estar emocional.

É de suma importância destacar que o crescimento da filiação de ordem socioafetiva, o que justifica o desenvolvimento da pesquisa, sendo oportuno ressaltar que tal filiação tem seu marco inicial no Direito Civil brasileiro em meados de 1979, mas seu maior destaque se deu a partir de 1988, com a nova Constituição, identificada como o novo estatuto da filiação.

Então, a pesquisa busca responder ao seguinte questionamento: é possível a desconstituição da filiação pautada unicamente na socioafetividade?

Para seu desenvolvimento utilizou-se o método dedutivo e foi realizada pesquisa bibliográfica por meio de consultas à legislação vigente, doutrinas e entendimentos jurisprudenciais, que visaram a proporcionar maior alcance teórico e técnico sobre o assunto.

Neste sentido, o artigo foi desenvolvido apresentando, de exórdio, a concepção de família, tanto tradicional quanto contemporânea, elucidando posteriormente a noção de filiação socioafetiva e discorrendo sobre o reconhecimento da filiação no direito das famílias do ordenamento jurídico brasileiro, dando especial atenção à paternidade e socioafetiva e, por fim, trazendo à baila o debate acerca da desconstituição do vínculo socioafetivo, analisando a sua viabilidade jurídica.

2 CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

De acordo com Maria Berenice Dias (2021, p. 523), a concepção de “família” passou por variadas transformações ao longo da evolução do Direito de Família, desde o modelo clássico (liberal e paternalista) até aquele constituído tanto por laços biológicos quanto por laços afetivos. Trata-se da noção contemporânea de família, que é muito mais inclusiva. Depreende-se que o casamento deixou de ser a única forma de constituir o ente familiar, prezando pela vontade e autonomia dos indivíduos na forma de criação de sua própria família.

Noção relevante para a compreensão dos novos arranjos familiares parte do princípio da afetividade. Conforme Flávio Tartuce (2021, p. 789):

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade.

É neste sentido que o renomado civilista brasileiro leciona que a defesa de aplicação da parentalidade socioafetiva, atualmente, é muito comum entre os doutrinadores do Direito de Família.

Em relevante artigos acerca do assunto, o Instituto Brasileiro de Direito de Família traz à discussão os enunciados 103 e 108 do Conselho da Justiça Federal, deliberando acerca de temas relacionados ao afeto.

Prevê o Enunciado n. 103, da I Jornada de Direito Civil que:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. (IBDFAM, 2010).

Da mesma Jornada, há o Enunciado n. 108 do CJF/STJ:

No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva". Em continuidade, da III Jornada de Direito Civil (2004), o Enunciado n. 256: "A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. (IBDFAM, 2010).

A Constituição Federal de 1988 possui um capítulo específico que disciplina a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso (Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social). Interpretando-se um dos muitos dispositivos constantes desse tópico, o art. 226 do Texto Maior, pode-se afirmar que a família decorre dos seguintes institutos:

- a) casamento civil, sendo gratuita a sua celebração e tendo efeito civil o casamento religioso, nos termos da lei (art. 226, §§ 1.º e 2.º).
- b) união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º).
- c) família monoparental, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.º). (FARIA; ROSENVALD, 2021, p. 357).

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria (2021, p. 837) lecionam em seu Manual de Direito Civil que tem prevalecido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, principalmente na dos tribunais superiores (STF e STJ), o entendimento segundo o qual o rol constitucional da família possui o caráter exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*). Portanto, são admitidas outras manifestações familiares, como é o caso das categorias a seguir, elencadas pelos referidos autores:

- a) família anaparental, expressão criada por Sérgio Resende de Barros, que quer dizer o grupamento familiar constituído, em regra, pelos irmãos, sem que estejam presentes ascendentes ou descendentes;
- b) família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo, tendo sido a expressão criada e difundida por Maria Berenice Dias.
- c) família mosaico ou pluriparental, aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos de seus membros. (FARIA; ROSENVALD, 2021, p. 833)

Flávio Tartuce (2021, p. 726) aduz que tal ampliação faz com que se torne inconstitucional todo e qualquer projeto legislativo que vise a restrição do conceito de família, como é o que ocorre no Estatuto da Família, que tramita formalmente perante o Congresso Nacional. De acordo com o referido projeto, apenas seriam consideradas como famílias aquelas entidades formadas a partir da união entre pessoas de gêneros distintos, casadas ou em união estável e sua respectiva prole.

É desse modo que o mencionado autor arremata:

Como se pode notar, as novas categorias legais valorizam o afeto, a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar. Destaque-se que a tendência é a de que tais construções sejam utilizadas em todos os âmbitos, em um sentido de complementaridade com as outras leis. Ambos os conceitos legais podem servir perfeitamente para conceituar a família contemporânea. (TARTUCE, 2021, p. 623).

3 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Pablo Stolze (2020, p. 759) ministra que o parentesco que se origina da filiação socioafetiva tem como fundamento a relação de afeto existente entre indivíduos que se tratam e respeitam como se fossem pai e filho, sem que haja vínculo biológico. Desse modo, todos os direitos e deveres válidos para a relação de parentesco consanguíneo devem também estar presentes na relação de parentesco que decorre da socioafetividade.

Com o advento do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, tornou-se inadmissível a distinção entre filhos havidos dentro ou fora do casamento. A legislação civil cuidou para cessar a discriminação antes existente entre filhos legítimos e ilegítimos, prezando enfim pela dignidade humana e pelo normal desenvolvimento dos filhos.

Sobre o assunto, assim leciona Rolf Madaleno:

Durante longo tempo os filhos brasileiros eram discriminados por sua origem, entre filhos legítimos, quando oriundos do casamento, única entidade familiar então reconhecida, e filhos ilegítimos, subdivididos entre

os naturais, nascidos sem que os pais fossem casados, adulterinos, quando havidos em relação paralela ao casamento, ou incestuosos, quanto concebidos entre parentes impedidos de se casarem. (MADALENO, 2018, p. 96).

Ainda segundo o citado civilista, a filiação não é mais analisada apenas pelo critério biológico, haja vista que toda paternidade necessita, sobretudo, do afeto como elemento essencial, caracterizador do conceito de família contemporâneo, não dependendo exclusivamente do fator genético (MADALENO, 2018, p. 103).

4 RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

O reconhecimento da filiação, dada a sua enorme importância na dinâmica contemporânea do Direito de Família, possui capítulo próprio no Código Civil de 2002, presente entre os artigos 1.607 a 1.617, abrangendo ainda, por disposição expressa, os filhos havidos fora do casamento – trata-se do que, no passado, a sociedade conhecia como “filho bastardo”, que recebia tratamento discriminatório e pejorativo.

Conforme Carlos Rolf Madaleno:

Embora ainda não tenha sido atingido o modelo ideal de igualdade absoluta de filiação, porque esquece a lei a filiação socioafetiva, ao menos a verdade biológica e a adotiva não mais deveriam encontrar resquício algum de diferenciação e tratamento, como ainda ocorre, inadvertidamente, quando a lei trata de só presumir a paternidade no casamento e não na união estável e também quando outorga apenas ao marido de mulher casada impugnar a paternidade de filho gerado por sua esposa. (MADALENO, 2018, p. 96)

Ocorrendo o reconhecimento, nos termos da legislação de regência, não será possível que ocorra a revogação, já que havendo o reconhecimento do filho, não será possível que o ato seja desfeito pela manifestação de vontade daquele que o praticou, em razão do princípio da irrevogabilidade e conforme previsão do artigo 1.610 do Código Civil de 2002.

Insta mencionar que tanto o reconhecimento legal quanto o voluntário são irrevogáveis, de modo que descabe a sua desconstituição em momento posterior, isso porque o reconhecimento da filiação versa sobre estado de pessoas, sendo considerado incondicional. Como o estado do indivíduo, na forma prescrita pela Teoria Geral do Direito Civil, é permanente, não deve estar sujeita a flexibilizações, sob pena de dar causa à indesejada insegurança jurídica.

Conforme Anderson Schreiber:

O reconhecimento voluntário é aquele que decorre da vontade do genitor. Trata-se de ato jurídico em sentido estrito, de caráter irrevogável e personalíssimo, com eficácia erga omnes. Embora o Estatuto da Criança

e do Adolescente tenha se limitado a admitir o reconhecimento de filhos “no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação” (art. 26), a Lei n. 8.560/92 veio possibilitar também o reconhecimento por “escrito particular, a ser arquivado em cartório” ou “manifestação direta e expressa perante o juiz”. (SCHREIBER, 2021, p. 851).

5 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A filiação que decorre da posse de estado de filho, definida como sendo “de outra origem” pelo Código Civil de 2002 em sede de seu artigo 1.593, é aquela que se convencionou chamar de filiação socioafetiva, tratando-se de uma modalidade de adoção de fato, conforme se extrai da rica doutrina de Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias (2021, p. 784).

Nesse sentido leciona Rolf Madaleno:

Não pode ser descartado o importante fenômeno da desbiologização da família, em que a filiação socioafetiva tem preponderado sobre vínculos unicamente biológicos e que já se faz presente na adoção judicial, adoção à brasileira e na reprodução assistida, a demonstrar que a identidade biológica cede espaço social e jurídico para uma nova base de unidade familiar escorada no valor supremo do afeto em sintonia com o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente. (MADALENO, 2018, p. 123).

Essa modalidade de filiação não decorre de fator puramente biológico, na verdade, baseia-se exclusivamente em laços afetivos que são desenvolvidos entre pais e filhos, sendo permanentemente vedado pelo ordenamento jurídico qualquer tipo de tratamento discriminatório referente à origem da filiação.

Ocorre a paternidade socioafetiva, dentre outras situações, quando o pai movido pelo afeto passa a considerar a prole de sua companheira como sendo seu próprio filho, e para tal finalidade é necessária comprovação e declaração judicial, requisitos para gerar plena eficácia.

O registro, nesse caso, deve ser voluntário pelo pai e, frise-se, o ato não poderá ser desfeito a bel prazer, isto é, pela simples manifestação de vontade daquele que manifesta o reconhecimento, sendo, ao filho reconhecido, dado a garantia do direito à filiação, nos limites do que dispõe o diploma cível brasileiro. Uma vez devidamente caracterizada, a paternidade socioafetiva não poderá ser relevada caso haja eventual separação entre o casal, e nesse caso o pai registral estará obrigado a todos os direitos e deveres decorrentes do estado de paternidade.

6 DESCONTINUAÇÃO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO

Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias (2021, p. 623) discorrem sobre o assunto alegando que o afeto constitui elemento essencial da filiação socioafetiva, assim como a convivência familiar e o tratamento recíproco na relação entre pai e filho. Diante da possível

ausência de qualquer desses requisitos fundamentais e, também, da ausência do vínculo biológico, não poderá ser caracterizada a paternidade socioafetiva, e, por consequência, não gerará qualquer tipo de vínculo parental, dando margem para que seja possível a revogação a paternidade já reconhecida por meio de judicialização adequada, demandada em Ação Negatória de Paternidade.

É nesse sentido que pondera Anderson Schreiber:

O reconhecimento judicial da filiação não deriva apenas da identificação do vínculo biológico. O direito civil contemporâneo reconhece que a filiação é um dado cultural, construído no cotidiano da convivência familiar, que pode corresponder ou não à descendência biológica. Já há algum tempo, a doutrina vinha empregando a expressão “posse do estado de filho”, para indicar a situação fática daquele que, independentemente da origem biológica, é tratado como filho por outra pessoa, de modo contínuo e notório. (SCHREIBER, 2021, p. 855).

Leciona o autor que quando não restar devidamente caracterizada a paternidade socioafetiva, tanto por inexistência de vínculo biológico quanto pela inexistência de vínculo afetivo, caberá ao pai requerer, por via judicial, que o seu nome seja anulado no registro civil da filiação afetiva.

Acrescentam ainda que, no momento em que se der o registro, o pai, que acreditar estar procedendo ao registro do próprio filho, passará a ter uma presunção legal de paternidade. No entanto, nas situações em que o registro decorrer de erro ou qualquer falsidade descoberta em momento posterior pelo pai, será possível o seu desfazimento judicial.

Pablo Stolze (2021, p. 743), no seu magistério, explica que o direito do pai afetivo de proceder à desconstituição da filiação deverá ser sempre ponderado no caso concreto, principalmente se houver qualquer tipo de prejuízo para o filho em decorrência do afastamento da situação jurídica de paternidade; sempre devem prevalecer os interesses que foram originariamente conferidos à prole, zelando pelo melhor desenvolvimento da criança e do adolescente, a fim de evitar, assim, que ocorra qualquer desgaste emocional indesejado.

Desse modo, Stolze (2021, p. 745) aduz que, para que se torne possível a desconstituição da paternidade socioafetiva, é mister comprovar que, no momento em que se procedeu ao registro, o pai foi teve o seu consentimento viciado de algum modo. O vício do consentimento é caracterizado pelo erro ou pela falsidade no instante em que ocorre a manifestação de vontade.

Entretanto, prossegue o supracitado autor, havendo relação assentada nos laços de afetividade entre pais e filhos, relacionando uns aos outros, de tais vínculos emergirão direitos e deveres a serem exercidos por ambos os pais para proporcionar o desenvolvimento do filho (STOLZE, 2021, p. 747).

Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Tocantins em um recurso de apelação:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA QUE COMPROVA QUE O AUTOR/APELADO NÃO É O PAI BIOLÓGICO DA ADOLESCENTE RÉ/APELANTE. AUTOR/APELADO QUE FOI INDUZIDO A ERRO QUANDO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE REGISTRAL DA RÉ/APELANTE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE AS PARTES LITIGANTES. SENTENÇA DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRAL CONFIRMADA. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. 1. À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, O RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE REGISTRAL SOMENTE PODE SER DESCONSTITUÍDO PELO PODER JUDICIÁRIO QUANDO DEMONSTRADOS 1.1) QUE O PAI REGISTRAL NÃO É O PAI BIOLÓGICO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE, DEVIDAMENTE COMPROVADO POR EXAME GENÉTICO DE PATERNIDADE (DNA); 1.2) A DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE QUE O PAI REGISTRAL FOI INDUZIDO A ERRO QUANDO EFETUOU O REGISTRO DA PATERNIDADE, POR ACREDITAR FIRMEMENTE QUE ERA O GENITOR DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE, O QUE FOI POSTERIORMENTE REFUTADO POR EXAME DE DNA; E 1.3) QUANDO NÃO HOUVER PROVA DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE O PAI REGISTRAL E A CRIANÇA OU ADOLESCENTE REGISTRADA. 2. CASO CONCRETO EM QUE É DE SE CONFIRMAR A SENTENÇA DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRAL, UMA VEZ QUE 2.1) O EXAME GENÉTICO DE PATERNIDADE (DNA) ATESTOU QUE O AUTOR/APELADO NÃO É O PAI BIOLÓGICO DA ADOLESCENTE; 2.2) RESTOU COMPROVADO QUE O AUTOR/APELADO FOI INDUZIDO A ERRO (VÍCIO DE CONSENTIMENTO) AO REGISTRAR A ADOLESCENTE COMO SUA FILHA, UMA VEZ QUE À ÉPOCA DA CONCEPÇÃO DESTA, MANTINHA RELACIONAMENTO AMOROSO COM A GENITORA DA MESMA, SENDO QUE A PATERNIDADE BIOLÓGICA RESTOU POSTERIORMENTE REFUTADA POR MEIO DE EXAME DE DNA; 2.3) HÁ PROVA DE QUE AO TEMPO DA PROPOSITURA DA AÇÃO ORIGINÁRIA JÁ NÃO HAVIA MAIS QUALQUER SOCIOAFETIVO ENTRE AS PARTES LITIGANTES, SENDO QUE NEM O AUTOR/APELADO RECONHECE A RÉ/APELANTE COMO FILHA, NEM ESTA TEM NAQUELE A FIGURA PATERNA. 3. NÃO SE PODE OBRIGAR O PAI REGISTRAL, INDUZIDO A ERRO SUBSTANCIAL, A MANTER UMA RELAÇÃO DE AFETO, IGUALMENTE CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO, IMPONDO-LHE OS DEVERES DAÍ ADVINDOS, SEM QUE, VOLUNTÁRIA E CONSCIENTEMENTE, O QUEIRA. A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PRESSUPÕE A VONTADE E A VOLUNTARIEDADE DO APONTADO PAI DE SER ASSIM RECONHECIDO JURIDICAMENTE, CIRCUNSTÂNCIA, INEQUIVOCAMENTE, AUSENTE NA HIPÓTESE DOS AUTOS. A SOCIOAFETIVIDADE SE CONSOLIDARIA CASO O AUTOR/APELADO, MESMO APÓS TER OBTIDO

CIÊNCIA DA VERDADE DOS FATOS, OU SEJA, DE QUE NÃO É PAI BIOLÓGICO DA RÉ/APELANTE, MANTIVESSE COM ESTA, VOLUNTARIAMENTE, O VÍNCULO DE AFETIVIDADE, SEM O VÍCIO QUE O INQUINAVA. PRECEDENTES. 4. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. (Apelação Cível 0029720-24.2019.8.27.0000, Rel. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE, GAB. DA DESA. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE, julgado em 04/03/2020, DJe 05/03/2020 13:19:35)

Seguindo esta mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação, como se extrai da decisão a seguir:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. EXISTÊNCIA. JULGAMENTO: CPC/2015. 1. Ação negatória de paternidade cumulada com anulação de registro de nascimento ajuizada em 02/09/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 01/03/2019 e atribuído ao gabinete em 31/05/2019. 2. O propósito recursal é definir se é possível a declaração de nulidade do registro de nascimento do menor em razão de alegada ocorrência de erro e de ausência de vínculo biológico com o registrado. 3. O art. 1604 do CC/02 dispõe que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". Vale dizer, não é possível negar a paternidade registral, salvo se consistentes as provas do erro ou da falsidade. 4. Esta Corte consolidou orientação no sentido de que para ser possível a anulação do registro de nascimento, é imprescindível a presença de dois requisitos, a saber: (i) prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto e (ii) inexistência de relação socioafetiva entre pai e filho. Assim, a divergência entre a paternidade biológica e a declarada no registro de nascimento não é apta, por si só, para anular o registro. Precedentes. 5. Na hipótese, apesar da inexistência de vínculo biológico entre a criança e o pai registral, o recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de erro ou de outra espécie de vício de consentimento a justificar a retificação do registro de nascimento do menor. Ademais, o quadro fático-probatório destacado pelo Tribunal local revela a existência de nítida relação socioafetiva entre o recorrente e a criança. Nesse cenário, permitir a desconstituição do reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. 6. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 1.814.330/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 28/9/2021.)

Assim, pode-se afirmar que o reconhecimento da paternidade socioafetiva constitui ato irrevogável (STOLZE, 2021, p. 753). Essa irrevogabilidade se dá justamente visando a proteção dos interesses dos filhos, tendo em vista que afeto e confiança são considerados inerentes ao exercício da filiação, não sendo cabível ao pai desfazer esse vínculo por livre e espontânea vontade. Para que seja possível reivindicar a desconstituição da paternidade socioafetiva no registro civil, portanto, o pai deverá provar que houve erro ou falsidade no registro.

Dessarte, é claro que a paternidade socioafetiva desenvolvida pelos laços afetivos não se desfaz necessariamente com a intervenção jurídica, haja vista que prevalecem os princípios do melhor interesse da criança e adolescente, considerando a integridade física e psicológica do menor, conforme a brilhante doutrina de Flávio Tartuce (2021, p. 823).

Sabe-se que o interesse da figura paterna na desconstituição da paternidade está geralmente atrelado ao término da relação com a mãe da criança. Desse modo, a fim de ficar isento de quaisquer obrigações decorrentes do estado de paternidade, em muitos casos o obrigado afetivo busca a anulação do registro objetivando de afastar todos os seus deveres decorrentes do estado. (TARTUCE, 2021, p. 823).

Diante desse cenário, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm reconhecido a impossibilidade da desconstituição da paternidade socioafetiva, pugnando pela preservação dos interesses dos menores.

Conforme a doutrina de Rolf Madaleno:

Interessa ao Estado a sólida organização das famílias e dos vínculos que estas relações produzem em toda estrutura da sociedade, nela se assentando as colunas econômicas e as raízes morais da organização social.^{28A} lei regula tanto as relações de parentesco, no seu aspecto mais restrito e pessoal, como disciplina os vínculos mais distantes e que igualmente interessam à ordem social. (MADALENO, 2018, p. 130).

Entende-se, portanto, com respaldo jurisprudencial e doutrinário, que a motivação existente para originar o término do relacionamento amoroso havido entre a mãe da criança e o citado pai registral não deverá atingir o filho. Importante ressaltar, sempre, que os deveres inerentes à paternidade não desaparecem com a separação conjugal, nos termos do que está disposto na obra de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 427).

Por fim, Flávio Tartuce (2021, p. 812) entende que a filiação socioafetiva deve prevalecer sobre eventuais conflitos que tratem acerca da paternidade, a fim de que se busque sempre o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente, não devendo os egoísmos pessoais dos genitores atravessar a segurança jurídica dada aos estados de filiação e paternidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o que restou analisado por meio deste trabalho, com base em pesquisa documental tendo por ponto de partida a doutrina majoritária brasileira em matéria de direito civil, com enfoque no Direito de Família, e a jurisprudência correlata, é possível tecer algumas conclusões acerca do tema cuja investigação foi proposta.

De exórdio, tem-se que o conceito de família mudou muito ao longo dos tempos. Aquela família heteronormativa e dependente do casamento, da existência das figuras paternas e da prole biológica sofreu mudanças radicais conforme a sociedade foi evoluindo em prol do alcance da dignidade humana.

Desse modo, a legislação cível brasileira não mais distingue o filho biológico do filho adotivo, vedando, inclusive, qualquer forma de discriminação que daí possa se originar. Assim, é possível que a filiação afetiva seja reconhecida por pai que possua conteúdo biológico diverso daquele que deu origem genética ao filho adotivo.

Entretanto, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro permite esse reconhecimento voluntário da filiação, todavia, por versar sobre estados dos indivíduos, tal reconhecimento será considerado irrevogável, isto é, o estado de paternidade/filiação adquirido não será disponível, de modo que não é dado ao pai que efetuar o reconhecimento desistir dele depois por motivos pessoais.

Dessarte, conclui-se que a descontinuidade da paternidade socioafetiva só será possível havendo fundadas razões para tanto, quais sejam: a existência de vícios do consentimento ou de fraude no registro. Caso o pai afetivo reconheça voluntariamente a paternidade, por livre e espontânea vontade, tanto a doutrina quanto a jurisprudência estão inclinadas na afirmação de que é impossível que se proceda a revogação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2021.

BRASIL. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo Código Civil. DOU de 11.01.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.814.330/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 14/9/2021. DJe de 28/9/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901331380&dt_publicacao=28/09/2021. Acesso em 09/11/2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil – Volume Único. 6ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias.

<https://ibdfam.org.br/artigos/615/A%20import%C3%A2ncia%20dos%20Princ%C3%ADpios%20Espec%C3%ADficos%20do%20Direito%20das%20Fam%C3%ADlias>. Acesso em 17/11/2022.

Jornadas de Direito Civil – Conselho da Justiça Federal. <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em 10/10/2022.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 8ª edição. São Paulo, Grupo Gen, Editora Método, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

STOLZE, Pablo. Manual de Direito Civil – Volume único. 6ª edição. São Paulo, Saraiva Jur, 2020

STOLZE, Pablo. Manual de Direito Civil – Volume único. 7ª edição. São Paulo, Saraiva Jur, 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 11ª edição. São Paulo, Grupo Gen, Editora Método, 2021.

TOCANTINS, Tribunal de Justiça do Tocantins. Apelação Cível 0029720-24.2019.8.27.0000. Rel. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE. Julgado em 04/03/2020. DJe 05/03/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento.php?uid=325e0004e140eade831513b97985250d&options=%23page%3D1>. Acesso em 09/11/2022.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E O AMPARO JUDICIAL CONFERIDO AO PAI ENGANADO DIANTE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

MARIA FERNANDA LIMA DE CARVALHO:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

ANTÔNIO JOSÉ LUSTOZA NETO⁵⁶

(coautor)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA⁵⁷

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo, busca apresentar de forma clara e compassada toda a trajetória dos alimentos gravídicos, até chegar no momento em que este deva ser usado de forma cautelosa e convicta, a destinação desse alimento à mãe e como consequência ao nascituro, é imprescindível para a sua dignidade e o perfeito desenrolar gestacional. No entanto, tudo deve ocorrer com responsabilidade e seguridade, uma vez que o provimento dos alimentos deva partir do verdadeiro genitor, aquele que sendo consanguíneo ou afetivo, deverá assumir de forma convicta a responsabilidade para com a criança, desde sua fase intrauterina estendendo-se por toda a vida extrauterina. Dessa forma, toda a problemática à cerca de das providências jurídicas conferidas ao pai enganado dentro dos alimentos gravídicos, objetiva analisar todos os direitos da mãe e do suposto pai a partir do papel de cada um na relação familiar, através da pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, tendo em vista que a lei nº 11.804/2008 fornece apenas o lugar da mãe e do nascituro, excluindo o suposto pai do rol de direitos e apresentando-lhe apenas os deveres, mesmo cientes de que a busca da igualdade de direitos e deveres é a premissa para que haja o perfeito equilíbrio relacional entre as partes.

Palavras-chave: alimentos gravídicos, pai enganado, princípio da afetividade, direitos dos pais, direito do nascituro.

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como intuito abordar perspectivas que norteiam o referente tema de alimentos gravídicos, regido pela Lei nº 1.804/2008, em especial no que tange o amparo jurídico conferido ao nascituro e a responsabilidade civil dos genitores para com este, bem como, a comprovação da figura paterna diante da omissão da mulher gestante.

Historicamente, o pátrio poder era a única forma de poder existente na família. Dessa maneira, o homem era provedor da relação, tendo o dever de trazer o sustento para casa, quando

⁵⁶ Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

⁵⁷ Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

as relações matrimoniais começaram a dissolver-se, este pai continuou com o dever de alimentar, mas focado prioritariamente para a subsistência dos filhos, sendo esse dever chamado de obrigação alimentar.

Com isso, a obrigação alimentar no direito das famílias vem de uma existência jurídica que se atribui ao poder familiar, sua natureza jurídica vem da origem dessa obrigação, que os pais, dotados de direitos e deveres para com seus filhos devem garantir sua digna subsistência, no entanto, essa vertente não deve ser aplicada quando o há a comprovação da ausência de paternidade.

Dignidade esta que é assegurada para quem está para nascer, ou seja, o nascituro, possuidor de certos direitos que possibilitam sua vinda ao mundo, e um desses está presente nos alimentos gravídicos, que tem o principal intuito a garantia do melhor desenvolvimento para aquele que em um futuro próximo será um sujeito detentor de personalidade, mas para que este consiga vir e sobreviver de forma decente é importante que seus gestores possuam responsabilidade, tanto reciprocamente quanto ao se tratar do nascituro.

Contudo, pode-se observar que contemporaneamente, a responsabilidade dos pais não deriva mais do poder familiar, e sim quem obtiver a guarda do menor, mas sem excluir o compromisso da outra parte para com o filho, ambas devem garantir a melhor criação possível, atentando a todos os âmbitos que irão nortear este menor no decorrer de sua vida, servindo de amparo e alicerce, evitando traumas futuros decorrente da escassez de algum amparo, seja afetivo e/ou subsidiário.

Com base nisso, se entra por tanto no âmbito da afetividade, que se caracteriza como um princípio e que é um dos mais lesados quando se trata do engano sofrido pelo pai acerca da legitimidade de sua paternidade. Esse engano poderá custar danos que vão muito além a moral deste homem, mas também atinge o material, onde por através do princípio da irrepetibilidade, os alimentos ofertados não retroagirão para aquele que os promoveu, deixando aí uma lacuna que facilmente poderá ser preenchida com a certeza que houve má-fé por parte da mãe.

Dessa forma, torna-se dispensável a obrigação de responsabilizar a figura paterna, em virtude da ausência de vínculo legal perante a criança. À vista disso, há de se destacar que a má-fé, proveniente da mulher gestante, em omitir a verdade no tocante a paternidade do filho, irá acarretar severos danos, tanto a criança quanto ao pai, visto que, vai estar ferindo a dignidade de ambos os lados da relação afetiva. Sendo assim, ao pai ludibriado antes mesmo da concepção do nascituro, no tocante ao apoio integral, imposto por lei, nos alimentos gravídicos, o mesmo não poderá assumir uma responsabilidade a qual não lhe é incumbido.

Isto posto, quais as providências jurídicas conferidas ao pai enganado em decorrência dos alimentos gravídicos diante do princípio da afetividade? Dessa maneira, sabe-se que os alimentos gravídicos são destinados a gestante, mas única e exclusivamente, para através dela poder dar ao nascituro a possibilidade de vir ao mundo de forma saudável e segura, mas esta atribuição não resume-se somente a mãe, e a criança, mas também ao genitor que deve agir, respeitar e ser respeitado diante da situação na qual estão todos inseridos, pois se há respeito entre os genitores, este refletirá na criança, que por sua vez nascerá em um ambiente estabilizado e digno.

A metodologia do presente estudo parte de uma pesquisa bibliográfica narrativa com abordagem dedutiva. A presente pesquisa bibliográfica possui a finalidade de analisar as providências jurídicas previstas no ordenamento jurídico na hipótese em que a legitimidade da paternidade for tida como uma inverdade. Dessa forma, o aspecto geral dessa pesquisa será realizado por intermédio de livros, decisões judiciais e a lei em sentido estrito. E assim, o método de abordagem dedutivo parte de generalizações aceitas do todo, de leis abrangentes, para casos concretos, partes da classe que já se encontram na generalização (MARCONI; LAKATOS, 2017).

Este artigo foi desenvolvido no período de fevereiro de 2022 à novembro de 2022, no qual será feita uma pesquisa através de doutrinas, jurisprudências e artigos científicos, tendo como base de dados: Google Acadêmico, Periódico Cades, Scielo, a partir dos termos da pesquisa, como por exemplo: alimentos gravídicos, princípio da afetividade, princípio da irrepetibilidade, pai enganado, possibilidade de devolução monetária.

Além disso, fora utilizado como critério de inclusão os estudos publicados em língua portuguesa disponibilizados virtualmente sobre a remota possibilidade do pai enganado em relação a veracidade da paternidade, de receber de forma indenizatória, não só os alimentos prestados, mas também danos morais sofridos.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ao tratar de todo o desenvolvimento histórico acerca dos alimentos gravídicos podemos observar que sua história ultrapassa as barreiras reais e atingem também a literatura, como retrata a autora Carolina de Jesus, conhecida por sua obra "O quarto de despejos" mostrando a sua vida em forma de diário acerca de todo o seu sofrimento e relação a pobreza, mas também a solidão e preocupação de criar seus filhos sozinha.

E foi através da busca pela tutela dessas mães e conseqüentemente dos filhos que eram constantemente abandonadas pelo genitor, que fora desenvolvida a lei nº 11.804/2008, conhecida como a lei dos Alimentos Gravídicos, que busca amparar principalmente o bem-estar do nascituro, e como consequência, o bem-estar da genitora também, para que o genitor arque com seu dever e não abandone seu filho, seja de forma aquisitiva, seja de forma afetiva.

Com isso, a tentativa conceitual por parte dos doutrinadores acerca dos alimentos gravídicos não se diferem muito, como se pode observar que a doutrinadora Maria Berenice Dias em seu livro "Manual de Direito das Famílias – 14º edição - 2021", retrata os alimentos gravídicos basicamente como "subsídios gestacionais", que é o que a mãe tem o direito de pedir ao genitor, para que este arque com os custos decorrentes da gravidez, ao nomear "subsídio" a referida autora, tira do senso comum a ideia de que só a alimentação basta nesta situação, pois, a vida vai muito além de alimentos, são remédios, acompanhamentos psicológicos, exames e entre várias outras atribuições destinadas à estes, que garantem a dignidade da mãe e da criança.

E como supracitado, a concepção dos doutrinadores acerca dos alimentos gravídicos adquirem pensamentos correlatos, como aduz o doutrinador Silvio Venosa em seu livro "Direito

Civil Família 5 – 17ª edição”, onde este também se vale não só da lei nº 11.804/2008 (Lei dos Alimentos Gravídicos), mas também do Código Civil e até mesmo a Constituição Federal para deixar clara a obrigação civil do genitor para com o nascituro, bem como sua genitora, que se torna moradia temporária deste.

Desta forma, é com a locomoção dentro do entendimento desses doutrinadores que pode-se construir conceitos, cerca dos alimentos gestacionais, conceitos estes que ultrapassam esferas materiais, e desbravam as mais subjetivas concepções, que quebram as amarras tradicionais do que é a prestação desses alimentos, ou seja, a responsabilidade civil outrora imposta ao genitor vai muito além da obrigação de prestar o financeiro, pois a forma encontrada da justiça fazer com que este genitor, que por muitas vezes se opôs em fazer-se presente na vida daquela mãe através de vários relatos contados no decurso da história e esquecidos o tempo, se demonstra como um traço marcante da legislação brasileira que tem interesse em tutelar a mãe e o filho.

Chegando por tanto no mais próximo de um conceito à cerca dos Alimentos Gravídicos, que é basicamente toda assistência prestada pelo até então comprovado genitor, à mãe e como consequência ao nascituro, para garantir-lhes o melhor desenvolvimento no período gestacional, implicando em colaborações de cunho tanto aquisitivo quanto afetivo.

3. RESPONSABILIDADE DO PAI FRENTE AO DIREITO DA MÃE E DO NASCITURO

Torna-se imprescindível a compreensão de que o suposto pai, juntamente com a mulher gestante devem arcar com as despesas decorrentes da gravidez, no entanto, cabe a figura paterna o dever de fornecer apoio financeiro, visto que, para que este seja possuidor de deveres perante a criança, basta que haja indícios mínimos para que lhe seja conferido este ônus, com base o que dispõe a Lei nº 11.804 (Lei de Alimentos gravídicos), especificamente no seu artigo 2º, Lei nº 11.804, art.2º, parágrafo único:

“A cobertura de despesas do período de gravidez, da concepção ao parto, inclusive às referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”(MAL, 2021, p.1311).

Dessa maneira, ao suposto pai é passível do encargo de custear os alimentos gravídicos a mulher gestante desde a concepção, tendo em vista que, o texto legal visa impedir o descumprimento, bem como manobras que possuem o intuito de afastar o adimplemento da obrigação perante o ônus de arcar com as despesas durante o período de gestação.

No que concerne ao direito da mãe, como figura vital para a concepção do nascituro, à mulher gestante, deve ser conferido o devido amparo legal em face da ausência de apoio financeiro da figura paterna. Dessa forma, faz-se necessário o cumprimento legal dos direitos garantidos à

mãe, sendo esta a maior responsável pelo nascimento do nascituro e, conseqüentemente, ao seu desenvolvimento saudável, diretamente ligado aos recursos e assistência financeira garantidas por ordem legal.

Stolze e Pamplona (2021), defendem esse mesmo viés, de que os alimentos como forma de direito garantido à mulher gestante, devem compreender os recursos suficientes para custear as despesas em sua integralidade no período de gravidez e formação do nascituro, até a concepção deste, bem como alimentação especial, amparo médico e psicológico em todo o processo de gestação, exames, internações, medicamentos.

Com efeito, faz-se necessário todo o aparato para garantir à genitora o máximo de conforto, no sentido de ser proporcionada a ela os recursos financeiros necessários para que esta possua uma gravidez tranquila e livre de conturbações, tendo em vista que, a inobservância e o descumprimento desse direito conferido à mulher gestante podem acarretar conseqüências negativas após o momento da concepção, bem como no desenvolvimento daquele que irá ser concebido.

Gonçalves (2020), no que se refere a propositura da ação de alimentos, havia uma divergência doutrinária, que defendia a legitimidade do nascituro, representado pela mãe. No entanto, com a entrada em vigor da Lei de Alimentos gravídicos, veio solucionar esse impasse, conferindo à mãe a legitimidade ativa na propositura da referida ação, Carlos Roberto Gonçalves:

“A legitimidade passiva foi atribuída exclusivamente ao suposto pai, não se estendendo a outros parentes do nascituro. Compete à gestante o ônus de provar a necessidade de alimentos. O suposto pai não é obrigado a arcar com todas as despesas decorrentes da gravidez, pois o parágrafo único do Art.2º da Lei em apreço que proclama que “os alimentos gravídicos se referem à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção de recursos de ambos” (GONÇALVES, 2019, p. 1233).

Dessa maneira, os recursos destinados à gestante, até o nascimento da criança, conforme determinação legal, não possui a finalidade de criar vínculo definitivo de paternidade. Assim sendo, os valores monetários disponibilizados pelo réu não podem ultrapassar os limites legais. À vista disso, são essenciais a observância e o real cumprimento do que dispõe o texto legal no atual ordenamento jurídico, que assegura à mãe o direito de ser assistida durante todo o curso da gravidez.

E quanto aos direitos concernentes do nascituro, destaca-se que é o aspecto mais importante no que se refere aos alimentos gravídicos, em virtude de ser o principal alvo que a ordem legal pretende conferir proteção. Assim sendo, as principais finalidades dos recursos financeiros visam atender e garantir os direitos daquele que está por nascer.

Paulo Lobo, defende que a mulher gestante, conjuntamente com o suposto pai, deve arcar com as despesas visando somente assegurar um nascimento seguro daquele que está para nascer. Isto posto, é imprescindível a participação da figura paterna, como forma de suprir as necessidades da mulher gestante, bem como do nascituro, decorrentes da gravidez, para Paulo Lobo:

"Esses alimentos não têm como titular o nascituro, mas a mulher grávida, em face do futuro pai, pois ela também arcará com as despesas proporcionais aos seus próprios recursos. Assim, descontando-se a parte assumida proporcionalmente pela mulher grávida, os alimentos gravídicos corresponderão à parte das despesas que deve ser suportada pelo futuro pai. Para tanto, o juiz deve convencer-se da existência de fortes indícios da paternidade, a partir das provas coligidas. Se a criança nascer com vida, os alimentos gravídicos serão convertidos em alimentos atribuídos diretamente a ela, sem necessidade de pronunciamento judicial" (LÔBO, 2022, p.1051).

Dessa forma, em observância ao que expõe a citação do referido autor, os alimentos gravídicos possuem o objetivo a segurança da tutela jurídica destinada ao nascituro, e posteriormente, com o nascimento deste, passará a receber os alimentos de forma definitiva, e não mais diretamente a mãe, visto que, o principal alvo dessa relação jurídica, proveniente da ação de alimentos, é a própria criança, sendo a mulher gestante um sujeito de direitos de forma temporária.

Para Gonçalves (2020), o objetivo principal da lei de alimentos gravídicos é assegurar um nascimento com dignidade daquele que está por ser concebido. Dessa maneira, com base o que dispõe o referido autor, os alimentos gravídicos possuem como finalidade principal garantir e assegurar os direitos do nascituro, para que a fixação dos alimentos durante a gestação cumpra com seu propósito, o de garantir uma gestação saudável.

Portanto, deve-se ter como finalidade o melhor acompanhando possível para o nascituro, dentro das necessidades dos pais, visando o bom desenvolvimento do feto e possibilitando um nascimento digno aquele que está por vir, haja vista que é a parte mais vulnerável e frágil de toda a relação.

4. ALIMENTOS GRAVÍDICOS INTERLIGADOS AOS DIREITOS DO PAI

Diante da possibilidade do suposto pai ser enganado, vale ressaltar a reparação pelos danos morais sofridos em decorrência de uma farsa, que lesa os direitos daquele que utilizou de seu sentimento afetivo. Isto posto, em virtude de a figura paterna ser de suma importância para que haja o cumprimento dos alimentos gravídicos, faz-se necessário utilizar da boa-fé moral por parte da genitora, em razão dela se comprometer tanto com o suposto pai, bem como para o nascituro, com base no vínculo afetivo que é criado entre eles.

Tendo como base e principal finalidade o bem-estar daquele que está por nascer, o cometimento dessa ação por parte da genitora pode colocar em risco o desenvolvimento da criança, posteriormente, gerando transtornos familiares que podem perdurar de forma negativa, e no aspecto paterno, pode gerar severas consequências psicológicas, em razão da afetividade criada

com o nascituro, e ainda quanto aos recursos financeiros disponibilizados a mulher gestante e ao nascituro durante todo o curso dos alimentos gravídicos, que é de obrigação legal da figura paterna.

Stolze e Pamplona (2021), sendo utilizado de má-fé da mulher gestante para com o suposto pai, no que se refere à omissão da real paternidade e a conseqüente obrigação deste perante ao nascituro e a mãe. Dessa forma, é assegurado o direito à reparação de danos morais e materiais, com observância no que dispõe a regra geral da responsabilidade civil, e em virtude de ter esse ônus de boa-fé perante o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, ao de agir corretamente principalmente perante o suposto pai, que disponibilizou recursos e criou um vínculo afetivo com aquele que estava por nascer. Isto posto, ao homem condenado ao pagamento de alimentos gravídicos e que posteriormente tenha sido comprovado que não era o pai criança, é assegurado a ele à reparação de danos morais e materiais.

Portanto, ao pai enganado é garantido o direito de ser reparado quanto aos danos morais e materiais, sofridos, tendo em vista que durante todo o curso dos alimentos gravídicos, sendo utilizados de recursos financeiros, bem como o lado emocional e afetivo, é gerado um transtorno e conseqüências psicológicas para ele. Deste modo, o pai é uma figura imprescindível em todo o processo de alimentos gravídicos até o nascimento do feto, e deve ser conferido a ele a honestidade e a boa-fé da mulher gestante, em virtude de possuir a mesma importância para o nascituro a figura paterna, e podendo gerar danos irreversíveis para ele.

E assim, como forma de suprir essa lacuna que vem acontecendo de maneira mais recorrente com o passar dos anos, fez-se necessário a observância jurídica perante esse prisma, a qual possibilita ao pai enganado ser reparado em danos, em virtude de uma eventual ação de má-fé, que se caracteriza pela omissão da mãe sobre a verdadeira paternidade do nascituro.

Quanto ao princípio da irrepetibilidade, para a nossa sociedade, imaginar uma situação onde o até então aparente genitor não pertença biologicamente a esta qualificação ao referido filho, era e ainda é motivo de vergonha, de descontentamento deste e ainda mais, motivo de desonra em saber que em algum momento em seu relacionamento houve uma relação extraconjugal por parte da sua esposa, culminando em uma gravidez na qual este não é o “verdadeiro pai”. Esta cultura de que apenas os homens podem possuir relações extraconjugais e as mulheres não, é algo que vem se dissolvendo de forma gradativa e bastante lenta, tendo em vista que nossa sociedade com até então patriarcal encara tal fato de forma monstruosa.

A conduta que provem da falta de responsabilidade afetiva deve-se ser repreendida e intolerada para ambas as partes que compõem a relação, ainda mais quando desta são envolvidos filhos que muito provavelmente irão carregar traços traumáticos e desenvolver relações altamente conturbadas e sem confiança, no entanto, esta responsabilidade no momento da criação de uma vida, muitas vezes não é levada em consideração, e é desta forma que se inicia o processo de descoberta, revolta e frustração tanto da criança quanto do pai ao descobrirem que entre eles o laço biológico não existe.

O completo questionamento acerca desta situação é: O pai, que outrora fora enganado tem direito a ressarcimento em relação a todo o dinheiro prestado ao suposto filho durante os alimentos gravídicos e a pensão alimentícia? A resposta atual é que se tratando de lei, não poderá, pois usará o princípio da irrepetibilidade para poder positivar esta decisão a nível legislativa.

Mas que princípio é este que impede que de determinada forma a reparação, e como consequência a “justiça” exista para esse pai enganado? Bom, o princípio da irrepetibilidade dentro do tema de alimentos é facilmente conceituado como a impossibilidade de que o dinheiro até então prestados em forma de alimentos retorne ao pai, mesmo na circunstancia de descoberta de que este não é o genitor, ou seja, ao pagar a pensão e constatar logo após que a quantia não era devida, não se há mais a oportunidade de estorno. Porém, existem alguns entendimentos, e jurisprudências que corroboram com a figura paterna, ao estabelecer que este pai, deverá sim receber uma espécie de indenização tanto de cunho material, por tratar de investimento financeiro e no fim ser fraudulento, quanto de cunho moral, afinal, a relação estabelecida, entre o pai e a criança é de caráter afetivo, e se enquadra até mesmo em uma situação de que não tenha ainda ocorrido o nascimento, mas mesmo assim, ao ofertar os alimentos gravídicos, é normal que o pai desenvolva vínculo afetivo com o nascituro.

E é com essa possibilidade da má-fé por parte da genitora, que muitos tribunais começaram a questionarem-se acerca da irrepetibilidade, embora seja um princípio aclamado por muitos doutrinadores como por exemplo a doutrinadora Maria Berenice Dias (2018), retrata que os alimentos prestados, por serem destinados a alimentação, saúde e entre outros, não devem de maneira alguma retornar, no entanto, é certo que convivemos em um mundo subjetivo, e que o direito como peça norteadora deste, deve adequar-se as suas mais diversas subjetividades, para que se possa alcançar ou chegar o mais próximo possível de alcançar a justiça.

É de entendimento de todos que ao falar de responsabilidade civil juntamente com o princípio da irrepetibilidade, observamos que há um viés bastante tênue que encaminha a ideia de um comportamento sócio comportamental que muitas vezes nos leva a enxergá-lo até como um problema, onde usa-se da boa-fé conjunta com a vulnerabilidade do pai, para criar uma situação que qualifica-se como uma inverdade no intuito de garantir ali o próprio sustentando e consequentemente o sustento do nascituro, não podendo continuar por tanto tais atitudes, e ainda mais, não podendo deixar que estas continuem e se consolidem na mentalidade da sociedade.

No que trata o princípio da afetividade, desde o início da humanidade, ela é um importante marco no momento da construção de uma relação, e a sua permanência é o que decide se esta relação se perdura ou acaba. Dentro do núcleo familiar não é diferente, pois toda a segurança que é ofertada somado com toda a atenção, carinho e a aceitação do outro, é que forma a afetividade dentro e fora das famílias, e este elo irá sempre unir todos que estão incluídos.

Juridicamente falando, este princípio é de cunho constitucional, uma vez que este comunga com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a estabilidade dentro do núcleo familiar é uma relação considerada sócio afetiva que tem o propósito de defender e promover o bem-estar,

e em consequência a vida, esta questão também já chegara na concepção de doutrinadores como a jus psicanalista Giselle Câmara Groeninga, que fala:

“O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade”

Observando o pensamento comum, chega-se à conclusão que a afetividade dentro do âmbito familiar, é caracterizada pela atenção, pelo vínculo, pela interação que vai muito além dos bens materiais ofertados, mas sim a comunicação estabelecida entre as partes que compõem o âmbito familiar, no entanto, mesmo a afetividade não se restringindo a vínculos sanguíneos, mas muitas vezes, está se inicia com a certeza desse vínculo, e é essa a porta de entrada para o entendimento acerca do suposto pai, que desenvolveu um vínculo afetivo com a criança, seja ela ainda como nascituro, seja ela já detentora de personalidade, pois ao tomar ciência de que uma criança estará vindo ao mundo e que houve contribuição deste para que esse fenômeno aconteça é que faz com que em alguns pais, o afeto floresça.

Quando ocorre do pai em questão descobrir que no fim, foi exposto a uma atitude de má fé como no caso do engano à cerca da veracidade de sua paternidade, é que observamos ali que este fora lesado, pois ao colocar-se na situação em que se nutra todo um vínculo afetivo, e que por sua vez é arrancado de forma tão grotesca é onde os danos aparecem, e esses danos sofridos, que vão muito além do moral, mas estende-se ao material, poderá gerar marcas que o acompanharão durante toda a sua vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, em observância e cumprimento ao que dispõe o vigente ordenamento jurídico, os alimentos gravídicos são regidos pelo direito de família, com o intuito de tutelar os interesses daqueles que estão necessariamente inseridos nesse específico contexto familiar.

Em consonância com o que foi exposto, torna-se evidente a existência de uma grande complexidade no que concerne aos alimentos gravídicos e seu âmbito jurídico e social. Assim sendo, tanto a figura paterna quanto a figura materna configuram o polo essencial nessa relação jurídica, sendo o núcleo principal o nascituro, sendo este, garantidor de direitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro como sendo fundamentais a cada pessoa.

Entretanto, contudo, o intuito do presente estudo possui como cerne principal, a eventual responsabilização da figura materna diante da figura paterna, em caso de ludibria, bem como, os direitos conferidos ao suposto pai engado e a possibilidade deste ser reparado por danos morais e materiais. Dessa forma, os alimentos gravídicos possuem como finalidade assegurar e garantir a

tutela jurídica conferida ao nascituro, e não utilizando a mulher gestante de astúcia perante ao ascendente masculino daquele que está para nascer, e sim, prevalecendo a boa-fé moral por parte desta, levando em conta que, é irreparável a atitude que lesa os direitos e o valor afetivo daquele que foi alvo de enganação.

Assim sendo, em detrimento ante a enganação da gestante diante do suposto pai enganado, este configurado como figura imprescindível nessa relação jurídico-afetiva, possui o direito de ser reparado por danos morais e materiais em decorrência da malícia aplicada.

Portanto, é de primordial saber, como se dá a aplicação legal diante do caso concreto, em hipóteses em que envolvam os alimentos gravídicos, e que a figura paterna seja lesada diante da conduta da mulher gestante, que possa se valer da mentira para alcançar seu intento, e como aquele que foi alvo vai ter seus direitos observados diante do texto legal, tutelando assim, tanto os direitos do nascituro quanto aos do suposto pai enganado, e posteriormente, a devida responsabilização legal em face do comportamento ardiloso da genitora.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Lei dos Alimentos Gravídicos.

Disponível em: planalto.gov.br

DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 14º. Ed. Salvador: Juspodium, 2021. E-book.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil - direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LAKATOS; MARCONI. Metodologia da pesquisa científica: planejamento e execução da pesquisa; amostragens e técnicas de pesquisa; elaboração e interpretação de dados. São Paulo; Atlas; 7. ed; 2012. 277 p, ilus, tab. graf. BR 15.3

LÔBO, P. Direito Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. Manual de Direito civil. Volume único, v. 4, 2021.

VENOSA, S.S. Manual de direito das Famílias, 16º. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book.

VENOSA, S.S. Direito civil Família 5 – 17ª edição.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

LORRAINE MARINHO DA SILVA:

Graduanda do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG.

RESUMO: A existência de desigualdades fez com que o ordenamento jurídico se desenvolvesse a fim de assegurar os mesmos direitos e deveres para todos os indivíduos de uma comunidade. Acontece que a dificuldade principal consiste em conscientizar a todos aqueles em situação de privilégio acerca da necessidade de concretizar a isonomia entre eles. Quer isto dizer que, ainda que teoricamente exista a igualdade, na prática, existem grupos vulneráveis, minorias discriminadas que não conseguem acessar as oportunidades da mesma forma, em razão das barreiras sociais que dificultam o alcance dos objetivos almejados. Dado a urgência desta demanda, o Poder Público pode se utilizar de ações afirmativas e discriminações positivas destinadas a inclusão dos discriminados, o que se dá geralmente pela implantação de políticas inclusivas. Acontece que a aceitação dessas ações é controversa, existindo parcela da população que se opõe a sua aplicação, questionando principalmente a sua obediência ao ideal Constitucional de igualdade. Com o objetivo geral de apresentar exemplos reais de ações afirmativas e discriminações positivas, esta pesquisa bibliográfica não apenas apresenta o tema, como também analisa a sua constitucionalidade segundo a doutrina e jurisprudência nacional. O resultado do estudo é a indicação do entendimento majoritário do ordenamento jurídico brasileiro frente às ações afirmativas existentes, através da transcrição de textos e posicionamentos relevantes.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Discriminação positiva. Igualdade. Legalidade. Brasil.

ABSTRACT: The existence of inequalities made the legal system develop in order to ensure the same rights and duties for all individuals in a community. It turns out that the main difficulty is to make all those in privileged situations aware of the need to achieve equality between them. This means that, although there is theoretical equality, in practice, there are vulnerable groups, discriminated minorities who cannot access opportunities in the same way, due to social barriers that make it difficult to achieve the desired goals. Given the urgency of this demand, the Public Power can use affirmative actions and positive discrimination aimed at the inclusion of those discriminated against, which is generally due to the implementation of inclusive policies. It turns out that the acceptance of these actions is controversial, with a portion of the population opposing their application, questioning mainly their obedience to the Constitutional ideal of equality. With the general objective of presenting real examples of affirmative action and positive discrimination, this bibliographic research not only presents the theme, but also analyzes its constitutionality according to national doctrine and jurisprudence. The result of the study is the indication of the majority understanding of the Brazilian legal system in the face of existing affirmative actions, through the transcription of relevant texts and positions.

Keywords: Affirmative actions. Positive discrimination. Equality. Legality. Brazil.

Sumário: Introdução. Material e Métodos. 1. O Princípio da Igualdade no Direito Brasileiro e suas Influências na Legislação. 2. As Ações Afirmativas e a Discriminação Positiva: Conceitos. 3. A Constitucionalidade das Ações Afirmativas e Discriminação Positiva. 4. Políticas Públicas de Inclusão de Minorias. 4.1. As Cotas Raciais e Sociais. 4.2 As Cotas no Mercado de Trabalho: Inclusão de Portadores de Deficiências; 5. A Inclusão no Ensino: A Universidade de Gurupi e suas Políticas de Inclusão Social e Suporte aos Portadores de Deficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Desde a sua origem e ao longo da sua evolução, a sociedade se alicerçou em ideias, muitas vezes, discriminatórias em relação aos indivíduos em sociedade. Não raras vezes, pessoas se julgaram melhores que as outras com base em características físicas e condições socioeconômicas (RAMOS, 2007).

Em que pese exista a aparência de isonomia entre as pessoas na sociedade brasileira, assegurada na Constituição Federal a igualdade entre pessoas de todos os gêneros, raças, credos, etc.; a realidade fática é completamente diferente. Apenas algumas pessoas ocupam os espaços de poder, enquanto que outros ocupam locais de maior vulnerabilidade social.

Com isso, grupos marginalizados e discriminados ao longo de grande período de tempo ainda hoje sofrem as consequências dos pensamentos e segregações sociais disseminadas anteriormente (RAMOS, 2007).

Apesar do direito fundamental à isonomia, a realidade é que esses grupos de minorias tem os mesmos direitos constitucionais dos indivíduos privilegiados. Em razão de ainda existirem as desigualdades, o poder público utiliza-se das ações afirmativas e discriminações positivas para promover a igualdade pretendida.

Atendendo aos ditames constitucionais, dos direitos humanos fundamentais, o Estado tem o dever de promover a igualdade entre membros da população. Em relação às minorias vulneráveis, a instituição de ações afirmativas e discriminação positiva servem como importante instrumento de inclusão social.

Diante de tal fato, este estudo apresenta a definição desses instrumentos de inclusão, ao mesmo tempo em que expõe algumas das mais relevantes ações e políticas públicas em execução no território nacional e no município de Gurupi, Tocantins.

MATERIAIS E MÉTODOS

O desenvolvimento do estudo acerca das ações afirmativas e discriminações positivas no Brasil se dá por intermédio de pesquisa bibliográfica porque a previsão constitucional e os argumentos favoráveis e desfavoráveis à implementação de ações afirmativas e discriminações positivas encontram-se manifestadas nas doutrinas jurídicas e também na jurisprudência.

Com material bibliográfico retirado de acervo pessoal, sites, bibliotecas, jornais, revistas, material digital e outros meios de divulgação de informação, a pesquisa apresenta análise

aprofundada sobre a necessidade e os fundamentos que autorizam a utilização de políticas públicas dessa natureza na sociedade brasileira, quanto aos seus objetivos, a pesquisa classifica-se como exploratória.

1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS INFLUÊNCIAS NA LEGISLAÇÃO

A base de muitos direitos contidos na legislação advém da compreensão de que todos os indivíduos devem ser tratados da mesma forma, sem distinção de qualquer natureza.

Um dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito é o princípio da igualdade, mencionado na Constituição Federal em vários dispositivos, dele decorrendo uma série de mecanismos que busquem atender à sua finalidade.

Dentre os direitos fundamentais, a igualdade se destaca do *caput* no artigo 5º, nos seguintes termos: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988) ”.

Sobre o que vem a ser esse direito, Alexandre de Moraes colaciona que:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico (2011, p. 106).

Todavia, é preciso analisar o conceito da igualdade sob uma ótica realista, uma vez que, evidentemente as pessoas são diferentes entre si, não existindo um único padrão de seres humanos.

A igualdade na esfera fática inexistente. As diferenças são apanágio do gênero humano – uns são altos, outros baixos, uns são magros outros gordos, e assim por diante. Os seres humanos não são bens produzidos em larga escala com simetria absoluta de características. Através deste princípio não se tenciona igualar os homens de forma arbitrária, pois, nos casos em que foi tentado, essa política resvalou em redundante fracasso, como nas políticas implementadas no início da Revolução Chinesa. A igualdade almejada é a jurídica, em que a lei não pode discriminar cidadãos que estejam em semelhantes situações. Sua exceção somente pode ser amparada em uma racionalidade que tenha por finalidade que este tratamento diferente amenize uma disparidade fática. Muitas vezes, a quebra da igualdade jurídica tem o escopo de realizar uma igualdade fática, pois, do contrário, tratar de forma isonômica pessoas, bens ou situações

desiguais seria ensejar o aumento de desigualdades já existentes (AGRA, 2018, p. 209).

Neste sentido, não basta a mera leitura dos artigos da Lei Maior, esses dispositivos constitucionais devem ser interpretados segundo os objetivos da Carta Magna, que residem na eliminação das desigualdades e discriminações:

No artigo 5º, *caput*, da CF/88, presume que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, portanto há situações em que desfavorecem, discriminam as pessoas que se encontram em situações de desigualdade.

A Constituição Federal proíbe qualquer discriminação, sejam elas arbitrárias ou absurdas, em casos de tratamento uniforme, ou seja, tratamento desigual aos desiguais e tratamento igual aos iguais com base em uma justiça concreta e real com a finalidade de proteger aqueles que se encontram em situações de desigualdade.

Assim, almeja a Constituição Federal buscar uma igualdade formal para as pessoas, mas também busca uma igualdade material, na qual a legislação deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, com a finalidade de uma verdade real e mais justa à todos os âmbitos da sociedade (MACHADO e COSTA, 2018, p.1).

A partir da busca pela redução das desigualdades sociais é que o Estado tem o dever constitucional de proporcionar a isonomia dos indivíduos, se apresentando as ações afirmativas e a discriminação positiva como instrumentos de relevância para a instituição das políticas públicas necessárias.

2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: CONCEITOS

Visando aplicar na prática a isonomia de direitos, muito se diz acerca da criação de políticas públicas inclusivas, as quais objetivam proporcionar às minorias o acesso a lugares cuja a desigualdade social lhe impede, ou ao menos dificulta, mantendo o contexto social discriminatório, o que ofende a dignidade humana.

Neste interim, apresentam-se a ação afirmativa e a discriminação positiva como os instrumentos de inclusão das pessoas em situação de vulnerabilidade social. Em que pese sejam tratadas em conjunto, são conceitos diferentes, mas com finalidade semelhante.

Uma ação afirmativa é considerada "uma política pública voltada para reverter as tendências históricas que conferiram às minorias e às mulheres uma posição de desvantagem, principalmente nas áreas de educação e emprego". (CASHMORE *apud* BRITO FILHO, 2014, p.1).

A Lei nº. 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial apresenta o conceito legal das ações afirmativas logo em seu artigo 1º, inciso VI, nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades (BRASIL, 2010).

Em outras palavras, Joaquim Barbosa Gomes apresenta o seguinte conceito:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego. (GOMES, 2001, p. 40).

Por sua vez, a discriminação positiva possui outra definição, uma vez que surge com meio de minimização de diferenças previamente existentes na sociedade, a seguir transcrita:

As desigualdades sociais entre os grupos de pessoas, é caracterizada pelo conjunto de categorias sociais. Entende-se que a partir de então como meio de minimização dessas diferenças, o Estado por meio da intervenção social, aplica a discriminação positiva em ocasiões consideradas imparciais. Entretanto, as ações afirmativas surgem a partir da evolução do Estado. (MACHADO e COSTA, 2018, p.1).

Deste modo, as discriminações positivas nada mais são do que políticas públicas ou programas privados destinados à redução das desigualdades advindas de uma discriminação ou hipossuficiência através da concessão de alguma forma de vantagem compensatória (MACHADO e COSTA, 2018).

Superadas as dúvidas sobre a definição dos institutos jurídicos que norteiam essa pesquisa científica, aliada à necessidade de atendimento aos preceitos constitucionais, se mostra importante a compreensão sobre a constitucionalidade de sua implementação em território nacional.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

Com o surgimento das ideias que fundamentam as ações inclusivas em análise, a constitucionalidade de suas políticas públicas se colocou no centro do debate, por existirem

posicionamentos que entendem que a criação de condições diferenciadas levaria à desigualdade ao invés da igualdade propriamente dita.

Todavia, é da igualdade material que decorrem tais ações inclusivas.

Destarte, o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal, em suas duas dimensões, tanto a igualdade formal e quanto na igualdade material, reconhece que há entre a sociedade diferenças, e que a discriminação positiva é uma forma de tornar mínimo essas diferenciações existentes (COSTA e MACHADO, 2018, p. 1).

Diante desse entendimento é que tanto as ações afirmativas, como as discriminações positivas são rotineiramente questionadas, uma vez que são constantes os debates acerca de sua constitucionalidade e justiça, sendo necessário analisar quais os critérios utilizados em cada caso e se se justifica a sua aplicação (CERA, 2010).

Sobre a análise individualizada de cada medida, tal fato advém da consciência geral de que a criação de ações afirmativas e discriminações positivas encontram-se fundamentos constitucionais, conforme o ínclito ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello:

[...] a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamento da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º vemos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual (MELO *apud* DA SILVA, 2010, p. 88).

Portanto, em um primeiro momento, a criação de políticas públicas que visem a igualdade material de oportunidades está amparada na Constituição Federal de 1988, contudo, a exemplo do que se dá com todas as leis infraconstitucionais, toda norma está passível de análise de constitucionalidade.

Dentre as ações mais comentadas, as políticas públicas voltadas à inclusão das minorias em ambientes de estudo, representação e trabalho, se apresentam como medidas de maior eficácia, por de imediato, inserir essas pessoas em ambientes até então de difícil acesso. Sobre as políticas inclusivas de minorias, a pesquisa passa a tratar.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DE MINORIAS

Dado as situações de desigualdades, as ações afirmativas e discriminações positivas se concretizam através da criação das políticas públicas voltadas à inclusão das minorias em locais historicamente ocupados apenas por indivíduos em situação de privilégio.

Dentre as ações afirmativas de maior destaque, tem-se a sanção de leis que criam mecanismos de redução das desigualdades. “A partir deste cenário as Políticas de ação afirmativa devem ser percebidas para além do contexto de ajuda. Elas estão baseadas na correção de distorções causadas pela sociedade” (CRUZ e MIRANDA, 2017, p. 6).

Considerando que as políticas de inclusão se apresentam maior enfoque na educação e no trabalho, doravante se apresenta um estudo mais aprofundado sobre essas ações afirmativas e discriminações positivas das minorias, aqui compreendidas aquelas historicamente discriminadas por questões raciais, socioeconômicas e físicas.

4.1 AS COTAS RACIAIS E SOCIAIS

A igualdade de oportunidades é considerada para muitos o pontapé inicial para que todos tenham a mesma condição de sobrevivência em sociedade, com sua dignidade humana. Neste contexto de busca da isonomia material, um dos mais populares exemplos de discriminação positiva e ação afirmativa é a destinação de cotas para negros, deficientes, mulheres e alunos de escolas públicas.

Apesar de tratados em conjunto, é importante esclarecer que a definição de ações afirmativas não se confunde com as cotas propriamente ditas, uma vez que, estas últimas são espécies do gênero ações afirmativas, que compreende, além das cotas: as bolsas de estudo, as medidas de proteção e reparação financeira; entre outras vantagens (DUARTE, 2014).

O governo brasileiro criou uma política que busca reparar as distorções raciais e sociais no campo da educação superior com a lei nº 12.711/2012. Esta lei, como uma política ação afirmativa, propõe reduzir as disparidades entre as classes sociais, ao passo que engloba pretos, pardos e indígenas. Do mesmo modo, também problematiza a qualidade da educação básica pública brasileira, tendo em vista que cria um mecanismo de acesso diferenciado para estudantes oriundos das escolas públicas. Este último, contudo, não será aprofundado neste trabalho (CRUZ e MIRANDA, 2017, p. 5).

As cotas de inserção no ensino superior público se destacam pela finalidade de acesso à universidade de indivíduos pertencentes a grupos até então privados, consistindo em verdadeira democratização da universidade pública, contrapondo-se ao vestibular como única forma de ingresso, haja vista que este acaba favorecendo aos já privilegiados socialmente, o que por anos impediu o acesso das minorias marginalizadas (CRUZ e MIRANDA, 2017).

A espécie mais conhecida e utilizada de ação afirmativa é o sistema de cotas, que é também a mais criticada. Heringuer, apud Silva, alerta para o fato de que a associação que se faz entre ação afirmativa e política de cotas não reflete a realidade. As cotas foram impostas no passado para corrigir situações de permanente e recorrente segregação, oportunidades em que

outros esforços se provaram ineficazes na superação de padrões discriminatórios. Silva acentua que, apesar das recentes reclamações contra as políticas de cotas, o sistema não constitui novidade no Brasil, pois, em 1968, publicou-se a Lei nº 5.465, que criava, para os agricultores ou para os filhos destes, uma reserva de vagas nos cursos de ensino médio agrícola e superiores de veterinária e agronomia. Segundo o mesmo autor, antes disso, o Governo Getúlio Vargas, pelo Decreto nº 20.291, de 1931, já havia instituído que seriam destinadas a brasileiros natos um mínimo de 2/3 das vagas em empresas, associações, companhias e firmas comerciais que explorassem concessões dos Governos estaduais e municipais ou que com esses contratassem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras. (RAMOS, 2007, p. 124).

Assim, a criação das cotas divide opiniões favoráveis e desfavoráveis, caracterizando-se como matéria controversa em sociedade. Isto porque, “quando se trata especificamente do sistema de cotas, os ânimos se exaltam e a relativa harmonia de opiniões desaparece por completo (DUARTE, 2014, p. 11) ”

Assim, um problema especificamente do sistema de cotas raciais é que ele arrisca que se trate desigualmente aqueles que, na verdade, são iguais, o que contrariaria o princípio da igualdade material, ao contrário da argumentação do STF. Por isso, aqueles contrários a tal espécie de cota muitas vezes levantam a ideia de cotas socioeconômicas, que reservariam vagas para os mais pobres, independentemente da cor. Afinal, um perigo de se adotar o critério racial seria estatuir uma sociedade racializada, que se ampara em questões étnicas e de cor, o que feriria o princípio constitucional da vedação ao racismo e, obviamente, o da isonomia (DUARTE, 2014, p. 18).

Em que pese contestada na sociedade, a reserva de vagas é reconhecidamente constitucional:

UNIVERSIDADE PÚBLICA. RESERVA DE VAGAS. AÇÕES AFIRMATIVAS. CONSTITUCIONALIDADE. A autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades, está amparada pelas disposições do art. 207 do CF/88. Daí decorre a legitimidade da legislação ordinária vigente, que prevê a reserva de vagas, colocando em prática políticas internacionais em prol dos direitos humanos, as quais o país, há muito aderiu. (TRF-4 – AC: 112998420084047100 RS 0011299-84.2008.404.7100, Relator: Jorge Antonio Maurique, Data de Julgamento: 16/06/2010, Quarta turma, Data de Publicação: D.E. 28/06/2010).

Uma vez inserido nas instituições de ensino, o indivíduo qualificado tem oportunidade de reduzir as diferenças sociais e integra o mercado de trabalho com as mesmas condições dos demais concorrentes em sua atividade laboral.

4.2 AS COTAS NO MERCADO DE TRABALHO: INCLUSÃO DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIAS

Em tese, a formação acadêmica e a capacitação profissional interrompem as desigualdades advindas das condições sociais e culturais. No entanto, os resquícios discriminatórios podem manter a necessidade de utilização de ações afirmativas e discriminações positivas também no ambiente de trabalho, especialmente para os portadores de deficiências.

Neste interim, tão importante quanto à capacitação educacional de todos indivíduos é o oferecimento de um posto de trabalho que lhe permita executar de forma digna seu trabalho, provendo o seu sustento e de sua família.

Em se tratando de portadores de deficiência, o direito de acesso ao trabalho encontra-se na legislação, forma mais cristalina de ação afirmativa no Brasil, que tem avançado aos poucos no oferecimento de postos de trabalho para essas pessoas.

O direito ao trabalho está previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei nº 13.146/2015, e também faz parte da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (PCD), da qual o Brasil é signatário. Mas a situação do mercado de trabalho para as PCDs ainda está longe do ideal. [...] Segundo nota técnica do IBGE de 2018 referente ao Censo 2010, 6,7% da população brasileira (cerca de 12,7 milhões de pessoas) possuíam algum tipo de deficiência. Dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2018 apontam que havia cerca de 486 mil pessoas com deficiência com empregos formais naquele ano, correspondendo a cerca de 1% das ocupações no mercado formal.

Apesar de ainda ser pouco, o número tem crescido nos últimos anos: eram cerca de 418 mil PCDs formalmente empregadas em 2016 e 441 mil em 2017. O crescimento está relacionado com o aumento da fiscalização dos órgãos públicos sobre as empresas, mas também com uma melhor definição das regras da Lei de Cotas a partir de 2015, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (SANTOS NETO, 2020, p.1).

Apesar de parecer uma norma totalmente inovadora, a previsão legal de cotas para deficientes encontra-se admitida no ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei nº 8.213/1991.

A Lei nº 8.213 é uma das mais importantes iniciativas que oferece empregabilidade às pessoas com deficiência. Implantada em 1991 e regulamentada somente no fim da mesma década, ela promove a inclusão de PCD no mercado de trabalho.

Também chamada de Lei de Cotas, ela estabelece uma fatia de 2% a 5% das vagas de emprego ao grupo de PCD. Os reabilitados pela Previdência

Social têm direito e podem participar desse grupo, preenchendo vagas em empresas com 100 colaboradores ou mais.

A seguir, o preenchimento de PCD de acordo com o tamanho das empresas: até 200 colaboradores — 2%; de 201 a 500 colaboradores — 3%; de 501 a 1.000 colaboradores — 4%; a partir de 1.001 colaboradores — 5%.

O cumprimento da Lei de Cotas é fiscalizado por auditores do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e do Ministério Público do Trabalho (MPT). Não cumprir a lei é punível com multa (XAVIER, 2019, p. 1).

Da inclusão dos deficientes resulta a maior participação dos indivíduos por muitos anos ignorados por empregadores, que os viam como incapazes de trabalhar tal qual os demais.

É fato que existem aqueles que por suas condições especiais não estão aptos ao labor, entretanto, muitos outros buscam por oportunidades de trabalho, as quais somente têm se tornado mais comuns após a exigência legal de preenchimento de cotas.

5 A INCLUSÃO NO ENSINO: A UNIVERSIDADE DE GURUPI E SUAS POLÍTICAS DE INCLUSÃO SOCIAL E SUPORTE AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

A exemplo do que acontece em todo o país, as cotas de acesso à universidade também se observam na Universidade Unirg, que, atendendo aos ditames legais, oferece aos candidatos integrantes de grupos de minoria, um percentual das vagas do vestibular para cotas raciais e sociais, além de permitir o acesso através das notas obtidas no Enem.

A Universidade de Gurupi possui políticas de atendimento aos discentes com várias ações que vem sendo desenvolvidas, reestruturadas e ampliadas. A Política de Apoio ao Estudante da UnirG possui como objetivos principais colaborar para a promoção da inclusão social e diminuição das desigualdades sociais e regionais dos diferentes contextos da educação superior brasileira; construir propostas diferenciadas de acesso, permanência e conclusão de estudos aos estudantes carentes no ensino superior; subsidiar a implementação, execução e avaliação dos programas que objetivam ampliar o acesso e a permanência, diminuindo ou mesmo evitando índices de retenção e evasão acadêmica; oportunizar um ambiente acadêmico saudável, possibilitando uma maior qualidade de vida dos discentes; incentivar a participação dos egressos em atividades de formação continuada, objetivando sua atualização e a qualificação de sua atuação profissional (UNIVERSIDADE DE GURUPI, 2019, p. 119).

Isto se deve ao fato de que, no seu Plano Anual de Gestão de 2020, a Universidade reafirma seu compromisso com os princípios de excelência acadêmica, políticas afirmativas, democracia, transparência, descentralização, equidade, diversidade e valorização humana (UNIVERSIDADE DE GURUPI - UNIRG, 2020).

Além do acesso ao curso superior, é essencial a manutenção de ferramentas que mantenham os acadêmicos na Universidade, situação muitas vezes dificultada pelas deficiências que cada indivíduo possa vir a possuir.

Está sedimentado na Constituição Federal e nas leis internacionais que o acesso à educação é um direito de todos, cabendo ao Estado e às instituições promover a inclusão dos alunos portadores de deficiências que exijam condições específicas de estudo.

O motivo da preocupação consiste nos baixos índices educacionais desses indivíduos. Quando o assunto é a formação em nível superior, os dados não são animadores, mesmo com a previsão de cotas:

Candidatos com deficiência possuem cotas para ingressar nas universidades federais brasileiras. Antes da regulamentação da Lei 12.711/2012, as cotas permitiam a inclusão de pessoas com deficiência em universidades públicas, mas a medida era opcional e ficava a critério de cada instituição. Dados do Censo da Educação Superior de 2016 mostram que, mesmo após o decreto, apenas 0,45% do total de 8 milhões de matrículas no ensino superior são de alunos com deficiência. Na rede privada, esse percentual é ainda menor, o equivalente a 0,35% (MARIA, 2018, p.1).

É certo que o ensino superior é tão importante quanto o fundamental e o médio quando o assunto é a inclusão social do indivíduo portador de deficiência, haja vista que a formação profissional pode vir a ser responsável pelo desenvolvimento individual e o seu futuro.

No Brasil, dentre as ações afirmativas de inclusão em vigência, a Lei nº 13.409, de 28 de dezembro de 2016 trouxe nova redação aos artigos da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, incluindo as pessoas portadoras de deficiência dentre os destinatários de cotas:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (NR) [...]

Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas

com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE.(NR) (BRASIL, 2016)

Além das cotas, justamente para reduzir ainda mais as dificuldades de acesso ao ensino que muitas instituições de ensino criam mecanismos internos de acessibilidade aos portadores de deficiências e dificuldades de aprendizado.

Em Gurupi, Tocantins, a Universidade Unirg possui um significativo acervo de possibilidade de acessibilidade do portador de deficiência ao ensino superior.

Ao ingressar na UnirG, os alunos que apresentam dificuldades de aprendizagem podem contar com os seguintes serviços: Projeto HELP - Assistência Universitária, visando integração entre Universidade e comunidade acadêmica, repassando informações de maneira clara e objetiva para otimizar o 142 tempo, tanto dos discentes quanto docentes, servidores e público de modo geral que buscam informações referentes aos mais variados assuntos relacionados à UnirG. O Núcleo de Apoio Psicopedagógico - NAP, oferecendo um suporte ao acadêmico desde o seu ingresso, disponibilizando através da plataforma Exercita um nivelamento em português, Matemática, Física e Química. Comprometido com a integração acadêmica, científica e social do estudante, incentivando-o ao exercício pleno da cidadania durante o curso e oferecendo orientações em seus primeiros passos no mercado de trabalho. O Núcleo ATENDEE, em seu espaço de vivência psicossocial, com acompanhamento psicopedagógico tanto de caráter preventivo, como o personalizado aos que se encontram em situação de necessidades e deficiências de aprendizagem. Com a finalidade de adaptá-los nesta nova etapa, com atendimento e orientação individual ou em grupo e o desenvolvimento de atividades que os conduzam ao aprimoramento de suas habilidades cognitivas e assim possibilitar o aprendizado necessário e requerido pela formação acadêmica. A Universidade oferece também o Laboratório de Tecnologia Assistiva da UnirGLabTAU, no qual são desenvolvidos produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços para promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (UNIVERSIDADE DE GURUPI, 2019, p. 141 e 142).

Com objetivo de promoção da receptividade e inclusão dos acadêmicos portadores de deficiências e dificuldades de aprendizagem, o ATENDEE tem como fundamento a acessibilidade. Sua definição encontra-se no sítio da Universidade Unirg:

O QUE É O ATENDEE?

É um projeto que visa incluir os discentes nas atividades institucionais, visando oportunidades iguais, de acesso e permanência, considerando-se

não só a existência de dificuldades educacionais especiais, mas também, deficiências, diferenças de classes sociais, gênero, idade e origem étnica (UNIRG, 2022).

O ATENDEE se destina ao acadêmico matriculado na Universidade de Gurupi, que através do contato firmado com a instituição, deverá procurar o professor que representa o seu curso, a fim de reduzir as dificuldades e tornar eficaz o ensino obtido perante a universidade, seja através da implementação de mecanismos diferenciados, acompanhamento profissional, etc.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 deixa inequívoco que é direito fundamental do cidadão e dever do Estado e da sociedade, promover a igualdade em direitos e deveres dos indivíduos, sem qualquer discriminação. Neste ponto, a criação de ações afirmativas e discriminações positivas são admitidas, desde que de fato construam a redução de desigualdades, sem criar novas.

Com isso, na busca pela igualdade material, podem haver grupos que se vejam prejudicados. Todavia, cabe a tais indivíduos questionarem a constitucionalidade individual daquela ação que entende discriminatória, posto que, por serem fundadas em um princípio constitucional, as ações afirmativas e as discriminações positivas são, em um primeiro momento, institutos constitucionalmente admitidos no ordenamento brasileiro.

Apesar das divergências levantadas por setores da sociedade, que são a favor da igualdade formal pura e simples, atualmente, dentre as políticas públicas criadas nos últimos anos, a implantação do sistema de cotas para o ingresso nas universidades por pessoas de raças e classes sociais diferentes, assim como a cota de deficientes, já foram declaradas constitucionais pelo Poder Judiciário pátrio.

É evidente que o resultado de políticas públicas inclusivas levará anos para ser definitivamente constatado, contudo, já é possível observar a maior diversidade de pessoas, culturas, classes sociais nas universidades. Também já se observam a integração de pessoas portadoras de deficiências no mercado de trabalho, não mais relegados à condição de indivíduos sem utilidade para o trabalho.

Por todo o exposto, conclui-se que a implantação das ações afirmativas e discriminação positiva possui fundamento legal constitucional e infraconstitucional, mas ainda assim estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, que considerará cada caso, seus termos e resultados.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. – 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº. 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>. Acesso em 18 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.409, de 28 de dezembro de 2016. Altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13409-28-dezembro-2016-784149-publicacaooriginal-151756-pl.html>>. Acesso 13 set. 2022.

BRASIL. TRF-4 – AC: 112998420084047100 RS 0011299-84.2008.404.7100, Relator: Jorge Antonio Maurique, Data de Julgamento: 16/06/2010, Quarta turma, Data de Publicação: D.E. 28/06/2010.

BRITO FILHO, José Carlos Machado de. **Ações Afirmativas à Luz da Constituição Federal de 1988.** *Jus.com*, 21 de março de 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27001/acoes-afirmativas-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/2>>. Acesso em 29 set. 2022.

CERA, Denise Cristina Mantovani. **O que são discriminações positivas?** *Jusbrasil*, 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2474039/o-que-sao-discriminacoes-positivas-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em 11 fev. 2022.

COSTA, Carolina Ponciano; MACHADO, Gabriella Tassi. **O princípio da igualdade, a discriminação positiva e as ações afirmativas em face do sistema de cotas raciais.** *Jus.com*, 09 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64044/o-principio-da-igualdade-a-discriminacao-positiva-e-as-acoes-afirmativas-em-face-do-sistema-de-cotas-raciais>>. Acesso em 28 set. 2022.

CRUZ, Felipe Bellido Quarti; MIRANDA, Luma Doné. **A inclusão de minorias a partir das políticas públicas: o caso da lei 12.711/12.** Trabalho preparado para sua apresentação no 9º Congresso Latinoamericano de Ciência Política, organizado pela Associação Latino-americana de Ciência Política (ALACIP). Montevideo, 26 ao 28 de julho de 2017. Disponível em: <[DA SILVA, Selênia Gregoy Luzzi. **Ações Afirmativas: um instrumento para promoção da igualdade efetiva.** 2010. 157 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Pró Reitoria de Pós Graduação e Pesquisa. Pontifícia Universidade Católica de Goiás.](http://www.congresoalacip2017.org/archivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoNToiYT0xOntzOjEwOiJRF9BUiFVSZPjtzOjQ6IjYMDMiO30iO3M6MT0iaCI7czoMjoiOTMxMjJhM2Q2MGRjMjA4MGNmMTE3MDRmMjZhZWl0Y2IiO30%3D#:~:text=O%20governo%20brasileiro%20criou%20uma,engloba%20pretos%2C%20pardos%20e%20ind%3%ADgenas.>. Acesso em 25 set. 2022.</p></div><div data-bbox=)

DUARTE, A. C. **A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-147-a-constitucionalidade-das-politicas-de-acoes-afirmativas>>. Acesso em 22 de abril de 2014.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro.** *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.

MACHADO, Gabriella Tassi; COSTA, Carolina Ponciano. **O princípio da igualdade, a discriminação positiva e as ações afirmativas em face do sistema de cotas raciais.** *Jus.com*, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64044/o-principio-da-igualdade-a-discriminacao-positiva-e-as-acoes-afirmativas-em-face-do-sistema-de-cotas-raciais>>. Acesso em 10 set. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional** 8 ed. atualizada até a EC nº 67/10. São Paulo: Atlas, 2011.

MARIA, Bárbara. **O número de pessoas com deficiência no ensino superior ainda é baixo no Brasil**. Ascom EMB, 27 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/noticias/o-numero-de-pessoas-com-deficiencia-no-ensino-superior-ainda-e-baixo-no-brasil>>. Acesso em 13 out. 2022.

RAMOS, Hamilton Vieira. **Diferenças sociais e ações afirmativas: A luta pela igualdade**. Brasília. 2007. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/173/ril_v44_n173_p117.pdf>. Acesso em 29 set. 2022.

SANTOS NETO, Samuel Ribeiro dos. **A difícil inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. **Jornal da Unicamp**, 23 SET 2020. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2020/09/23/dificil-insercao-de-pessoas-com-deficiencia-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em 28 set. 2022.

UNIRG. Universidade de Gurupi. Sobre o Atendee. Disponível em: <<http://www.unirg.edu.br/atendee>>. Acesso em 27 set. 2022.

UNIVERSIDADE DE GURUPI, **Plano Anual de Gestão de 2020**. Disponível em: <<http://www.unirg.edu.br/wp-content/uploads/2020/05/Plano-anual-de-gest%C3%A3o-2020.pdf>>. Acesso em 19 out. 2022.

UNIVERSIDADE DE GURUPI. **Plano de Desenvolvimento Institucional**: 2019 - 2023 / Universidade de Gurupi. - Gurupi, 2019. 200 p.; il. Disponível em: <http://www.unirg.edu.br/wp-content/uploads/2020/06/PDI_2019-2023_JUNHO2020_aprovado_CEE.pdf>. Acesso em 20 out. 2022.

XAVIER, Luciana. **Inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Blog B2B, 21 de março de 2019. Disponível em: <<https://blog.cestanobre.com.br/inclusao-de-pessoas-com-deficiencia-no-mercado-de-trabalho/#:~:text=A%20inclus%C3%A3o%20de%20pessoas%20com,com%20100%20colaboradores%20ou%20mais.>>>. Acesso em 28 set. 2022.

A JUDICIALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE POSTURAS DE PALMAS -TO (LEI Nº 371/92): CONTROLE DE LEGALIDADE, CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E MODULAÇÃO DE EFEITOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL.

MONIZE ARAÚJO FONSECA:
Graduanda em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo - FASEC.

ISRAEL ANDRADE ALVES⁵⁸

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa compreender os efeitos do Código de Posturas de Palmas – TO, uma vez que o mesmo deveria ser uma norma de cunho complementar, mas que fora aprovada com quórum de lei ordinária, surtindo efeitos desde o início de sua vigência com vício de forma, de modo que vem aplicando sanções administrativas a munícipes que a desrespeita, inclusive de cunho financeiro. Considerando o vício de formalidade, tem-se por objetivo buscar o meio judicial adequado a combater os atos administrativos advindos da referida lei, inclusive as que fazem gerar dívida ativa, com a consequente promoção de execução fiscal, com o fito de ter o ato invalidado por conta do aludido vício.

Palavras-chave: código. constitucionalidade. ilegalidade. palmas. postura.

INTRODUÇÃO

O Código de Posturas de Palmas, hoje tido como lei ordinária, encontra-se previsto na Lei Orgânica do Município de Palmas como sendo uma lei para tratar de matéria cujo rito dar-se-á por meio de Lei Complementar.

O referido código é uma norma capaz de gerar um procedimento administrativo em face do contribuinte/munícipe, que, por consequência, pode acarretar em uma penalidade de multa, fazendo constituir dívida ativa, a qual poderá ser objeto, por parte do município, de execução fiscal, nos moldes da Lei nº 6.830/80, gerando um ônus financeiro ao executado.

Porém, considerando se tratar de uma norma cuja matéria dar-se-á, ou ao menos deveria, por meio de lei complementar, tem-se que a referida lei municipal pode apresentar vício de formalidade pelo rito a qual foi submetida a aprovação, tendo em vista que a mesma encontra-se produzindo efeitos como lei ordinária.

Assim, levando-se em conta a inexistência de nova lei revogadora capaz de sanar o vício formal, é de rigor analisar os efeitos do Código de Posturas de Palmas e as eventuais penalidades

⁵⁸ Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Criminal no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins.

dela derivadas, assim como os meios judiciais de atacar os atos administrativos que, por ventura, acarretaram em prejuízo ao munícipe/contribuinte.

1 CÓDIGO DE POSTURAS DO MUNICÍPIO DE PALMAS

Extrai-se do texto normativo da Lei nº 371 de 04 de dezembro de 1992 (Código de Posturas do Município de Palmas – TO), que sua finalidade é, sobretudo, zelar pela manutenção do bem-estar coletivo, compreendendo-se pela higiene pública e pelo bom funcionamento das instalações industriais, comerciais, bem como daquelas que se prestam a fornecer serviço público. A propósito, confira-se o art. 2º da referida lei municipal:

Art. 2º Este Código tem como finalidade instituir as normas disciplinadoras da higiene pública, do bem-estar público, da localização e do funcionamento de estabelecimentos comerciais, industriais e prestadores de serviços, bem como as correspondentes relações jurídicas entre o Poder Público Municipal e os Municípios. (Palmas – TO, 1992).

Essa lei tem previsão na Lei Orgânica Municipal de Palmas - TO (LOM), no capítulo VI, que trata da política urbana municipal, a qual, no seu art. 178, trouxe a necessidade de a câmara municipal da citada urbe instituir o Código de Posturas e Edificações, a qual se daria por meio de lei complementar. Confira-se o teor do art. 178 da LOM (Lei Orgânica Municipal):

Art. 178 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o plano de desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes, através de leis complementares sobre: I - Plano Diretor; II - Lei de Uso do Solo Urbano; III - Código de Postura e de Edificações. (PALMAS – TO, 1990).

O Código de Posturas de Palmas – TO, ao longo de seus 543 artigos normativos, disciplina como um todo o funcionamento da cidade, trazendo para cada ato que tome curso diverso nela previsto, uma penalidade.

O título VI da lei em comento aborda as infrações e penalidades, o qual impõe que o não cumprimento das exigências positivadas importará em infração, a qual deverá ser lavrada em auto de infração, que, daí em diante, poderá acarretar em penalidades, tais como advertência, suspensão ou até mesmo cassação de licença, multa, embargo, demolição e até mesmo apreensão de coisas, claro que a depender da natureza da infração.

As penalidades supracitadas têm aplicação direcionada a cada tipo de infração, das quais a que mais é aplicada em decorrência de previsão legal é a pena de multa. Essa pena [multa], a teor dos arts. 509 e seguintes do Código de Posturas do Município de Palmas – TO, deve corresponder à infração, a qual, quando for relacionada à higiene, será de 0,7 a 42 Unidade de Valor Fiscal de Palmas – UVFP -. Quando se tratar de infração relativa ao bem-estar da coletividade, a multa poderá ser de 0,7 a 27 UVFP. Nas infrações concernentes a pesos e medidas, a penalidade de multa será

de 1,5 a 15 UVFP. Para as demais infrações, a lei determina que será aplicada multa de 1,5 a 42 UVFP.

Atualmente, o valor da Unidade de Valor Fiscal de Palmas está em R\$3,97 (três reais e noventa e sete centavos), conforme se extrai da Portaria nº 178 de 10 de dezembro de 2021 da Secretaria de Finanças de Palmas – TO.

Assim, é possível concluir que as multas, neste sentido, variam de R\$2,77 (dois reais e setenta e sete centavos) a R\$166,74 (cento e sessenta e seis reais e setenta e quatro centavos), podendo, em algumas situações, dobrar o valor.

Nos termos dos arts. 509 e 516 do Código de Posturas em comento, o prazo para o infrator efetuar o pagamento da multa é de 5 (cinco) dias, em que, caso não haja o pagamento, será inscrita em dívida ativa, a qual poderá ser objeto de cobrança judicial. A saber:

Art. 509 - Julgada improcedente a despesa apresentada pelo infrator ou não sendo a mesma apresentada no prazo fixado, será imposta multa correspondente à infração, sendo o infrator intimado a paga-la na Tesouraria da Prefeitura, dentro do prazo de 5 (cinco) dias [...] Art. 516 - As multas não pagas nos prazos legais serão inscritas em dívida ativa. (PALMAS – TO, 1992).

Entende-se por dívida ativa aquele crédito não pago no tempo estabelecido, que, nos ensinamentos de Claudio Carneiro (2020), pode ser tributário ou não tributário, enquadrando-se, a multa derivada do Código de Posturas de Palmas, como crédito não tributário.

Ainda nos ensinamentos de Carneiro (2020, p. 391), tem-se que: “a dívida ativa exige dois pressupostos: crédito vencido e não pago, daí passar a ser exigível (no sentido de exequibilidade) com a sua devida inscrição”.

Também, é possível extrair da Lei Federal nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal – LEF) que a dívida ativa é constituída por crédito tributário ou não tributário, razão pela qual o meio adequado judicial de cobrar crédito dessa natureza (dívida ativa) é a execução fiscal. A saber, veja o teor do art. 1º da LEF:

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. (BRASIL, 1980).

Desta forma, a multa aplicada derivada do Código de Posturas de Palmas – TO não paga e em atraso, será munida de dívida ativa, podendo ser objeto de execução fiscal.

Ocorre que o Código de Posturas de Palma – TO, com previsão da Lei Orgânica do Município de Palmas – TO, deveria chegar ao ordenamento jurídico como lei complementar, contudo, vigora, até os dias atuais, como lei ordinária.

Destarte, observa-se que certidões de dividas ativas vêm sendo excluídas, *sub judice*, pelo vício de legalidade, que ora se analisa.

2 DO PROCESSO LEGISLATIVO

Sabe-se que, nos termos do art. 59 e incisos da Constituição Federal da República (1988), o processo legislativo dar-se-á por “emendas à constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias, decretos legislativos; e resoluções”.

No âmbito municipal, o processo legislativo está previsto nos art. 35 e seguintes da Lei Orgânica do Município de Palmas (1990), compreende-se a mesma redação do art. 59 da Constituição Federal, alterando-se somente o termo “constituição” por “lei orgânica do município”, em razão da devida observância ao princípio da simetria.

Para Nunes (2019, p. 1.813): “Processo legislativo consiste na sucessão ordenada de atos destinados à elaboração de uma lei ou ato normativo”.

As leis, sejam ordinárias ou complementares, começam-se pela iniciativa do legitimado, seguem para deliberação parlamentar, por seguinte vão à deliberação executiva, findando-se na fase complementar.

A Lei Orgânica Municipal de Palmas – TO, em seu art. 41 (1990), dispõe que: “As leis submetidas à apreciação da Câmara Municipal, deverão ser votadas em três turnos, exigindo para as leis complementares, o voto favorável da maioria absoluta de seus membros”.

Inferre-se do supracitado artigo que as leis, via de regra, deverão ser votadas por três vezes, exigindo-se um quórum de aprovação, para as leis complementares, de maioria absoluta, ou seja, mais da metade de todos os membros da casa de leis municipal.

Por sua vez, ainda em observância ao princípio da simetria, tem-se que as leis ordinárias necessitam de maioria simples, que se traduz na maioria dos membros presentes, exigindo-se, ainda, que estejam presentes a maioria absoluta dos membros da casa, ou seja, em deliberação legislativa, considerar-se-á aprovada a lei ordinária que obtiver a maioria dos votos dos membros presentes, da qual é necessário que a maioria dos membros da casa estejam presentes.

Ainda, colaciona-se o art. 168 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Palmas – TO (Resolução nº 112 de 27 de dezembro de 2006), o qual versa sobre as votações na citada casa de leis: “Art. 168. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações da Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

Nunes diz que (2019, p. 1.850): “A lei complementar tem procedimento muito semelhante ao da lei ordinária, possuindo duas diferenças: 1) quórum de aprovação; 2) conteúdo”.

O Código de Posturas de Palmas vigora no mundo jurídico como lei ordinária, surtindo efeitos perante a coletividade, contudo, abrange conteúdo reservado à lei complementar. Com isso, tem-se o referido código resta em desconformidade com sua norma hierarquicamente superior.

No mesmo toar, veja o que diz Nunes (2019, p. 1.851): “Caso a Constituição Federal exija a realização de uma lei complementar sobre determinado assunto, editada uma lei ordinária, será esta formalmente inconstitucional, por desrespeitar o procedimento legislativo previsto na Constituição”.

2.1 VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL NORMATIVO

Extraí-se dos ensinamentos de Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2019, p. 595 e seg.), que a lei será inconstitucional no sentido material quando concernente ao conteúdo posto na norma, o qual não deve contrariar preceitos constitucionais.

Já para a inconstitucionalidade formal, compreende-se pelo processo de criação ou pela sua forma, podendo se dar pela incompetência do ente que a criou, que se traduz quando um determinado ente cria leis de assuntos cujo competência é exclusiva de outro.

Também será inconstitucional no sentido formal quando estiver eivada de vício no processo legislativo, seja pela ilegitimidade na propositura do projeto de lei, como no quórum a que foi aprovada, como no caso do Código de Posturas, que trata de matéria complementar, contudo, vigorando no ordenamento jurídico como lei ordinária, vez que aprovada para tanto.

O vício do referido código pode ser facilmente sanado, bastando que o Poder Legislativo Municipal a emende, como um todo, com quórum necessários, qual seja: maioria absoluta de todos os membros da respectiva casa de leis.

Por outro lado, tem-se que a citada norma continua a surtir efeitos, até que seja revogada ou declarada inconstitucional, em que a primeira opção pode ser feita pelo Poder Legislativo e a segunda é feita pelo Poder Judiciário.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Extraí-se dos ensinamentos de Luiz Roberto Barroso (2016, p. 23), na obra “O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, que quando o sistema jurídico, o qual deve andar em harmonia, perde a simetria, o controle de constitucionalidade é, sobretudo, um mecanismo que visa a correção para que tudo volte à devida harmonia.

Barroso (2016, p. 23), diz que: “A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia”.

Ainda na obra do Barroso (2016, p. 48): “A doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês”, dos quais, das diversas espécies, é possível auferir que o controle judicial derivou-se do modelo norte-americano, o qual cabe ao Poder Judiciário o papel de zelar pela supremacia da constituição, ao contrário do austríaco, que instituiu, em 1920, o tribunal constitucional, órgão de controle que não integra o judiciário.

No Brasil, o órgão que fará o controle, no âmbito judicial, o fará pela via difusa ou concentrada, ou melhor dizendo, de modo principal ou incidental. É o que diz Barroso (2016, p. 52): “O controle judicial no Brasil, no que diz respeito ao órgão que o exerce, poderá ser difuso ou concentrado e, no tocante ao modo em que suscitada a questão constitucional, poderá dar-se por via incidental ou principal”.

3.1 CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO

Moraes, em sua obra “Direito Constitucional”, (2016, p. 1.131) afirma que: “também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”.

Para Barroso (2016, p. 52): “Diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, consequentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”.

Ou seja, pela difusa, que também conhecido de controle abstrato de constitucionalidade, além de via incidental, tem-se que eventual declaração de inconstitucionalidade dar-se-á efeitos tão somente para as partes num processo judicial.

No controle concentrado, Barroso afirma que (2016, p. 53): “No sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal”.

Importante ainda complementar com os ensinamentos de Moraes, o qual afirma:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais (MORAES, 2016 p. 1.148).

Ou seja, ao contrário do controle difuso, o concentrado tem como objetivo exclusivo, a declaração de inconstitucionalidade da norma, enquanto a via difusa importa na inconstitucionalidade ao caso concreto, permanecendo os efeitos quantos aos terceiros estranhos à lide, competindo somente à Suprema Corte Brasileira, qual seja: Supremo Tribunal Federal.

Ao mitigar os ensinamentos de Moraes e Barroso, pode-se concluir que a via difusa pode ser chamada, também, de controle pela via incidental, havendo consenso quanto ao controle concentrado.

Ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, o processo de declaração de inconstitucionalidade possui lei própria, sendo ela a Lei nº 9.868/1999, a qual, em seu art. 27, previu a possibilidade de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, veja:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o tema sob repercussão geral nº 484, teve a oportunidade de fixar a tese se a modulação dos efeitos prevista no supracitado dispositivo poderia se estender à via incidental, contudo, apesar de terem levantado a discussão, mantiveram a lacuna, dando azo ao debate.

Isso porque, como visto, a modulação, via de regra, é aplicada na via principal, ou melhor, concentrada, vez que a lei atribuiu a limitação à Suprema Corte, órgão exclusivamente legitimado para atuar no controle de constitucionalidade, independentemente de um caso concreto.

Porém, Barroso (2016, p. 72) afirma que: “A modulação em controle incidental, embora não conste expressamente de nenhum dispositivo legal, tem sido utilizada com razoável frequência pelo Supremo Tribunal Federal, em precedentes como o da composição das Câmaras Municipais”.

Como dito, a Suprema Corte teve a oportunidade de decidir a extensão da modulação dos efeitos à declaração incidental ou não, pois, quando do julgamento do tema 484 da Corte Cidadã, a Suprema Corte, quando dos debates, em um primeiro momento, entendeu pela impossibilidade de, no contrato difuso de constitucionalidade, aplicar-se a modulação dos efeitos, quando o Ministro Relator Marco Aurélio (2017, p. 19) fundamentou: “Deixo de acolher o pedido sucessivo de modulação. Toda norma editada em desarmonia com a Carta da República é nula e não se tem como mitigar a eficácia da Constituição Federal”.

Ademais, o Ministro Relator Marco Aurélio foi acompanhado do Ministro Fachin, fazendo do debate o voto condutor do acórdão que fixou a tese já exposta, *in verbis* das palavras o Min. Fachin: “Se Vossa Excelência só me permitir, concluindo, Senhor Presidente. Também acompanho na não modulação”.

Destarte, compulsando o debate do tema 484, bem como a redação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e os entendimentos doutrinários acerca do controle difuso de constitucionalidade, parece ilógico a modulação dos efeitos na via difusa. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa, por si só, somente é aplicada ao caso concreto, de modo que não haveria que se falar em modulação dos efeitos, pois não haveria um ato decisório de caráter *erga omnes*, vez que essa situação compete tão somente à via de controle concentrado de constitucionalidade.

4 CONTROLE DE LEGALIDADE

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2018 p. 848), arrazoa que a Administração Pública está adstrita com o ordenamento jurídico, de modo que o seu exercício deve pautar-se na defesa e na promoção dos direitos fundamentais.

Com isso, é consagrado em nosso ordenamento jurídico o controle, visando garantir o exercício limitado da Administração Pública, o qual possui diversas espécies, senda elas: controle interno; controle externo; controle social; controle preventivo e repressivo; controle de legalidade e controle de mérito, os quais podem ser exercidos tanto pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo, bem como pelo próprio Poder Executivo.

Oliveira (2018, p. 848 e 849), divide as espécies de controle da seguinte forma: controles interno, externo e social direcionados aos legitimados que os vão fazer, seja Poder Executivo, Legislativo ou Judicial; controles preventivo e repressivo como o momento em que o controle é exercido, se antes ou depois do ato administrativo; e, por fim, controle de legalidade e controle de mérito como sendo os parâmetros a serem utilizados pelo órgão que o fará.

De início, tem-se que o controle interno se dá pelo princípio da autotutela, que segundo Mazza (2019, p. 145), a Administração Pública o realiza sobre seus próprios atos ilegais e/ou inconvenientes, sem precisar socorrer-se ao Poder Judiciário.

Oliveira (2018, p. 850), consigna que o “controle administrativo é a prerrogativa reconhecida à Administração Pública para fiscalizar e corrigir, a partir dos critérios de legalidade ou de mérito, a sua própria atuação”.

Segundo dispõe o art. 53 da Lei Federal nº. 9.787/99: “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. Ou seja, quando ilegais, a própria Administração Pública poderá anular seus atos e, quando oportuno, poderá revoga-los, limitando-se somente a salvar os direitos já adquiridos.

Antes de dá o próximo passo ao controle externo, é de rigor trazer à baila o controle de mérito e de legalidade, que segundo Oliveira (2018, p. 849), o primeiro é uma “avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, que ensejaram a edição do ato administrativo discricionário”, enquanto o segundo é uma “verificação, no âmbito interno (autotutela administrativa) ou externo, da compatibilidade formal do ato administrativo com a legislação infraconstitucional”.

Tem-se que depois de publicado o ato administrativo, o controle se dará de modo repressivo, enquanto no preventivo ele ocorre antes de praticado o ato.

Feitas tais introduções, passa-se às espécies de controle externo, o qual é exercido por poderes alheios ao Poder Executivo, quais sejam: Poder Judiciário e Legislativo.

Em síntese, o Poder Legislativo faz esse controle pautado nos parâmetros, legal ou administrativo, de modo repressivo. A exemplo, tem-se a previsão constitucional de sustação de

atos normativos, constante no art. 49, V, da Constituição Federal, em que o referido poder o fará pautado no controle de legalidade em momento repressivo. Agora, para ilustrar o controle de mérito, também em momento repressivo, o Poder Legislativo o poderá fazer quando da autorização e aprovação de ato administrativo, como no caso de nomeação para o cargo de Procurador-Geral da República, conforme previsão constitucional (vide art. 52, III, "e", da CF/88), em que o senado deve aprovar a nomeação feita pelo Presidente da República.

Por fim, já no controle externo exercido pelo Poder Judiciário aos atos típicos do Poder Executivo, entende-se que somente poderá ser exercido pelo parâmetro da legalidade.

Nesse toar, confira o que diz Oliveira (2018, p. 857): "dessa forma, o Judiciário deve invalidar os atos ilegais da Administração, mas não pode revogá-los por razões de conveniência e oportunidade".

Assim, conclui-se que o Poder Judiciário não deve adentrar no mérito das questões administrativas, limitando-se tão somente a verificar se a ato preenche os requisitos legais.

Ao contrário do controle de constitucionalidade, principal ou difuso, o controle de legalidade pode ser feito perante qualquer juízo, sem que seja submetido à reserva de plenário, tampouco a um órgão especial.

5 CÓDIGO DE POSTURA DE PALMAS: CONTROLE DE LEGALIDADE OU CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE?

A Constituição Federal, em seu art. 125, §2º, traz a possibilidade do controle em abstrato de lei municipal no respectivo Tribunal de Justiça quando essa afronta diretamente a Constituição Estadual, *in verbis*:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...] § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. (BRASIL, 1998).

In casu, tem-se em discussão uma lei municipal que afronta lei orgânica municipal, ocasião em que não há previsão constitucional para eventual controle em abstrato de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 175.087/SP, de Relatoria do Ministro Neri da Silveira, ainda em 2002, já havia debatido constatado a inexistência de previsão constitucional acerca do controle em abstrato de lei municipal face lei orgânica municipal, confira:

Recurso Extraordinário. 2. Controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face da Lei Orgânica do Município. Inexistência de previsão constitucional. 3. Recurso não conhecido.

(STF - RE: 175087 SP, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 19/03/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 17-05-2002 PP-00073 EMENT VOL-02069-02 PP-00287)

Na corrente, a Suprema Corte, ao julgar a ADI nº 5.548/PE no ano de 2021, sob a Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, valendo-se de precedentes que se encaminhavam neste sentido, consignou ser incabível o controle constitucional na via difusa de lei municipal frente a lei orgânica do município, veja:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 61, I, L; 63, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. OFENSA AOS ARTS. 52, X, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONTRA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. SUSPENSÃO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM CONTROLE CONCENTRADO PELO PODER LEGISLATIVO. INCONSTITUCIONALIDADES. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I – Não cabe controle concentrado de constitucionalidade de leis ou ato normativos municipais contra a Lei Orgânica respectiva. Precedente. II - Não compete ao Poder Legislativo de qualquer das esferas federativas suspender a eficácia de ato normativo declarado inconstitucional em controle concentrado de constitucionalidade. Precedente. III - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF - ADI: 5548 PE 4001615-09.2016.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/08/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 24/08/2021)

De mais a mais, na doutrina, André Ramos Tavares, em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, cita outros dois grandes doutrinadores, quais sejam: Celso Bastos e Ives Gandra Martins, os quais compreendem que:

Não pode haver ação de inconstitucionalidade por lesão à lei orgânica do município, uma vez que, nada obstante a simetria de que ela desfruta com as Constituições Estaduais e Federal, a sua natureza é de lei e não de Constituição. O vício é de mera ilegalidade e não de inconstitucionalidade. (BASTOS E MARTINS apud TAVARES, 2012, p. 482).

Com isso, conclui-se que não há como utilizar-se das regras do controle difuso de constitucionalidade para delinear uma posição de compatibilidade do Código de Posturas de Palmas face a Lei Orgânica do Município, competindo à via judicial tão somente o controle de legalidade, tanto no aspecto formal ou material, valendo-se do critério da hierarquia, porquanto a Lei Orgânica do Município regulamenta a atividade política local, de modo que se mostra, para tanto, hierarquicamente superior em relação às outras normas municipais.

6 ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS NO TOCANTE À MATÉRIA

Como já exposto no decorrer de toda discussão, a infração ao Código de Posturas de Palmas – TO pode ensejar em uma penalidade, a exemplo da multa, que se não paga pelo infrator no tempo estipulado – 5 (cinco) dias -, será munida de dívida ativa que, por consequência, poderá ser objeto de execução fiscal nos moldes da Lei nº 6.830/1980.

Ao consultar o portal de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, foi possível encontrar alguns autos em que magistrados utilizaram os regramentos do controle difuso de constitucionalidade a fim de afasta a exigibilidade das dívidas ativas decorrentes de penalidade por ato infracional ao Código de Posturas de Palmas, com a consequente exclusão das mesmas.

Confira-se o seguinte aresto de Relatoria da Desembargadora Jacqueline Adorno de La Cruz Barbosa, que teve como agravante o Município de Palmas e agravado Sr. Alfredo Dedablo Ribeiro Paz:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE - CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE - CÓDIGO DE POSTURAS DO MUNICÍPIO - LEI ORDINÁRIA - INOBSERVÂNCIA DA FORMALIDADE EXIGIDA PELA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL - DECISÃO LEGÍTIMA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - A decisão fustigada reconheceu a inconstitucionalidade formal do Código de Posturas do Município de Palmas, haja vista a inobservância da Lei Orgânica do Município de Palmas, em especial o disposto no artigo 178, inciso III, pois que deveria ser instituído por meio de Lei Complementar, no entanto, foi criado mediante a Lei n.º 371/92. 2 - Restou evidenciado nos autos, que o Código de Posturas está consubstanciado em lei ordinária, em detrimento da necessidade de lei complementar, devidamente prevista na Lei Orgânica Municipal. 3 - Decisão mantida. Recurso conhecido e improvido. (Agravo de Instrumento 0010011-80.2021.8.27.2700, Rel. JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, GAB. DA DESA. JACQUELINE ADORNO, julgado em 17/11/2021, DJe 26/11/2021 15:05:36)

Infere-se do citado julgado que o feito originário, autuado em primeiro grau de jurisdição sob o nº 0023743-51.2015.827.2729, se tratou de uma execução fiscal promovida pelo Município de Palmas – TO, em face do Alfredo Dedablo Ribeiro Paz, visando o recebimento de dívida ativa derivada de multa gerada por infração ao Código de Posturas de Palmas.

No feito de origem supramencionado, o executado apresentou exceção de pré-executividade alegando exatamente o vício de inconstitucionalidade do Código de Posturas de Palmas – TO, requerendo a extinção do débito exequendo, tese que foi aceita pelo Douto Magistrado que analisou o feito, Dr. Gil de Araújo Corrêa, porém, o mesmo entendeu pela modulação dos efeitos decisório, aplicando-lhe efeito *ex nunc*. Ou seja, o magistrado de 1º grau valeu-se do controle difuso de constitucionalidade para apreciar a matéria, e não do controle de legalidade, tendo em vista que modulou os efeitos de sua decisão, uma característica do controle de constitucionalidade.

Contudo, por todo o exposto, tem-se que, à luz da doutrina e do entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal, não é cabível o controle concentrado de constitucionalidade, ainda que pela via difusa, uma vez que se trata de lei municipal em afronta à Lei Orgânica Municipal, devendo ser utilizado o controle de legalidade.

A propósito, nesse sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins já se posicionou, quando do julgamento dos autos de nº 0008032-83.2021.8.27.2700 de relatoria do Desembargador Adolfo Amaro Mendes, confira-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CURADOR ESPECIAL. DISPENSA DO PREPARO RECURSAL. (IN)COMPATIBILIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. JUÍZO DE LEGALIDADE EXERCIDO PELO CRITÉRIO DA HIERARQUIA. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE DA LEI ORDINÁRIA N. 371/1992 EM FACE DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE PALMAS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DA CDAM QUE LASTREIA A EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO. DECISÃO REFORMADA. 1. Independentemente da concessão da gratuidade da justiça ao curatelado, o curador especial, agindo nessa qualidade, está dispensado de fazer o preparo recursal, pois tal exigência limitaria indevidamente sua atuação apenas ao primeiro grau de jurisdição. Precedente do STJ. 2. Não se pode utilizar das regras do controle de constitucionalidade para verificar a compatibilidade entre lei ou ato normativo municipal em face de Lei Orgânica do Município, cabendo apenas um juízo de legalidade dessa relação, pelo critério exclusivo da hierarquia. Precedentes do STF. 3. A política de desenvolvimento urbano do Município de Palmas dar-se-á por leis complementares versando sobre o Plano Diretor, Lei de Uso do Solo Urbano e Código de Posturas e Edificação, cuja aprovação, durante o processo legislativo, exige o voto favorável da maioria dos membros da Câmara Municipal. Inteligência dos arts 38, 41 e 178 da LOMP. 4. No caso, considerando que a Lei Ordinária Municipal n. 371/1992 (Código de Posturas e Edificações) foi aprovada como lei ordinária e, com isso, em desconformidade com o quórum estabelecido pela Lei Orgânica do Município de Palmas para a aprovação das leis complementares, imperioso o reconhecimento da ilegalidade daquela normativa, pois em desacordo com a norma municipal de vértice. 5. Desse modo, evidenciada a ilegalidade da Lei Ordinária Municipal n. 371/1992 (Código de Posturas e Edificações), não é cabível se fazer qualquer modulação de efeitos dessa decisão, muito menos, frisa-se, com esteio nas regras imanentes ao controle de constitucionalidade. 6. Assim, se ilegal a Lei Ordinária do Município n. 371/1992 (Código de Posturas e Edificações), é nulo o Auto de Infração e a própria CDAM, implicando na inexigibilidade do débito e na extinção do processo executivo. Inteligência do art. 924, III, do CPC. 7. Recurso conhecido

e provido, nos termos do voto prolatado. (Agravo de Instrumento 0008032-83.2021.8.27.2700, Rel. ADOLFO AMARO MENDES, GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES, julgado em 24/11/2021, DJe 06/12/2021 10:28:34)

No aludido julgamento, o Egrégio Tribunal de Justiça Tocantinense levou em consideração o julgamento ocorrido perante o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.548/PE, de que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade pela via difusa quando se tratar de uma questão em que se tem uma lei municipal ofendendo diretamente a Lei Orgânica Municipal, competindo ao Poder Judiciário tão somente a apreciação do controle de legalidade.

Imperioso, portanto, concluir que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, divide opiniões acerca da via adequada para hostilizar a validade do Código de Posturas de Palmas – TO, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade pela via difusa, ou, pelo controle de legalidade. Certo é que, pela doutrina dominante e nos ditames da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de norma municipal que viole diretamente a Lei Orgânica Municipal, caberá ao Poder Judiciário o controle de legalidade do ato normativo, sendo vedado o contrato abstrato de constitucionalidade, haja vista que não há previsão constitucional para tanto.

7 CONCLUSÃO

A finalidade do Código de Posturas é zelar pela manutenção do bem-estar coletivo, compreendendo-se pela higiene pública e pelo bom funcionamento das instalações industriais, comerciais, bem como daquelas que se prestam a fornecer serviço público.

A referida norma tem previsão legal na Lei Orgânica Municipal, devendo ser uma lei de natureza complementar, a qual necessita de um quórum diverso daquele de lei ordinária, sendo exigido maioria absoluta dos membros da casa de leis municipal para aprovação.

Inferiu-se do ordenamento jurídico do município de Palmas – TO que o Código de Posturas vigora como se lei ordinária fosse, encontrando-se, portanto, ilegal por vício de forma, razão pela qual, da detida pesquisa doutrinária e jurisprudencial da Suprema Corte Nacional, tendo em vista que a Lei Municipal viola tão somente a Lei Orgânica de seu respectivo município, não é cabível, desse modo, o controle de constitucionalidade pela via difusa, mas sim o controle de legalidade, de modo que o Poder Judiciário pode realiza-lo sem fazer interferência no mérito administrativo, não violando a separação dos poderes.

Ainda da pesquisa jurisprudencial, foi possível encontrar entendimentos na justiça tocantinense que versassem sobre o controle de constitucionalidade da referida norma municipal, ainda que não seja o meio legal cabível, como no caso do agravo de instrumento de relatoria da Desembargadora Jacqueline Adorno, que aplicou, sobretudo, as características do controle de constitucionalidade pela via difusa, ao manter a modulação dos efeitos do *decisum*, de modo que caberia à Corte definir tão somente o que fora definido nos autos do agravo de instrumento de relatoria do Desembargador Adolfo Amaro Mendes, alhures mencionado, o que, acertadamente, consignou que em se tratando de lei municipal que afronta Lei Orgânica, não é possível o controle de constitucionalidade, tampouco a aplicação de suas características, mas sim o controle de legalidade, atuando o Poder Judiciário tão somente nas formalidades do ato administrativo.

Conclui-se, portanto, que o Código de Posturas de Palmas permanecerá a surtir efeitos no ordenamento jurídico municipal até que nova lei, com mesmo teor, venha a revogá-la, ou, ainda que nos mesmos termos, renová-la, com quórum necessário a dar validade a uma norma complementar, qual seja: maioria absoluta dos membros da casa de leis municipal.

Tem-se, ainda, que os efeitos da lei são válidos, pois, uma vez lavrado por autoridade competente, possuem presunção de legalidade e veracidade, até que se demonstre o contrário.

Ademais, ainda que já haja acórdão no sentido de reconhecer a ilegalidade do Código de Posturas de Palmas - TO, tem-se que em razão da inviabilidade de se realizar um controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal quando essa afronta a Lei Orgânica Municipal, seus efeitos não atingirão terceiros estranhos daquela lide a que já fora reconhecida, pois não se deve aplicar os efeitos do controle de constitucionalidade no controle de legalidade, devendo as partes lesadas pelo referido código socorrer-se ao Poder Judiciário, a fim de sanar o ato lesivo, com a consequente cassação do ato que ensejou-lhe em penalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, L. R. ***O controle de constitucionalidade no direito brasileiro***. exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

BRASIL. ***Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980***. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 20/10/2022.

BRASIL. ***Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999***. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 20/10/2022.

CARNEIRO, C. ***Curso de Direito Tributário e Financeiro***. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZA, A. ***Manual de Direito Administrativo***. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, A. ***Direito Constitucional***. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES, F. M. A. ***Curso de Direito Constitucional***. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, R. C. R. ***Curso de Direito Administrativo***. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

PALMAS (TO). ***Lei Municipal nº 371, de 04 de novembro de 1992***. Disponível em:
<<https://leismunicipais.com.br/codigo-de-posturas-palmas-to>>. Acesso em: 20/10/2022.

PALMAS (TO). ***Lei Orgânica do Município de Palmas – TO***. Palmas, TO, Câmara Municipal de Palmas – TO, 1990.

PALMAS (TO). **Portaria nº 178, de 15 de dezembro de 2021**. Palmas, TO, Gabinete do Secretário de Finanças da Prefeitura de Palmas – TO, 2021.

PALMAS (TO). **Resolução nº 112, de 27 de dezembro de 2006**. Palmas, TO, Câmara Municipal de Palmas – TO, 2006.

STF, Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** nº 5.548/PE. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 17.08.2021.

STF, Plenário. **Recurso Extraordinário** nº 175.087/SP. Rel. Min. Néri da Silveira, DJe 19.03.2002.

STF, Plenário. **Recurso Extraordinário** nº 650.898/RS. Rel. Min. Mauro Aurélio, DJe 01.02.2017.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TJTO, 1ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** nº 0010011-80.2021.8.27.2700. Rel. Desa. Jacqueline Adorno, DJe 26.11.2021.

TJTO, 2ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** nº 0008032-83.2021.8.27.2700. Rel. Des. Adolfo Amaro Mende, DJe 06.12.2021.

SUCCESSÃO FAMILIAR NO AGRONEGÓCIO TOCANTINENSE

GABRIEL LOPES BUCAR:
Graduando em Direito pela
Faculdade Serra do Carmo -
FASEC

EDY CESAR DOS PASSOS JUNIOR⁵⁹

(coautor/orientador)

RESUMO: Há uma tutela do ordenamento jurídico sobre o Direito das Sucessões, pois todas as relações existentes entre pessoas são regulamentadas pelo direito brasileiro. O artigo analisa a sucessão no agronegócio familiar tocantinense, estuda a origem e o desenvolvimento rural no Brasil, o que é agronegócio e a sua importância para a economia. Também discorre sobre planejamento na sucessão do agronegócio familiar e a necessidade de proteção contra conflitos familiares. O presente trabalho é um estudo bibliográfico e documental de diplomas legislativos nacionais, internacionais e jurisprudência pátria. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e exploratória, qualitativa quanto a abordagem do seu objeto, utilizando como método o hipotético-dedutivo, em prol de descrever como ocorre a sucessão familiar no agronegócio tocantinense.

Palavras-Chave: Agronegócio. Direito das Sucessões. Economia. Tocantinense.

ABSTRACT: There is a legal protection over the right of succession, as all existing relationship between people are regulated by Brazilian law. The article analyzes the succession in the family agribusiness of Tocantins, studies the origin and rural development in Brazil, what agribusiness is and its importance for the economy. It also discusses family agribusiness succession planning and the need to protect against family conflicts. The present work is a bibliographic and documentary study of national and international legislation and national jurisprudence. This is a bibliographic and exploratory research, qualitative in terms of approaching its object, using the hypothetical-deductive method, in order to describe how family succession occurs in agribusiness in Tocantins.

Keywords: Agribusiness. Succession Law. Economy. Tocantins.

1 INTRODUÇÃO

A transmissão dos bens de uma pessoa em decorrência do seu falecimento é tema estudado no campo do Direito Civil. É o chamado direito hereditário, que se diferencia do sentido amplo da palavra sucessão, a qual se aplica também à sucessão entre vivos. A sucessão familiar pode se dar de duas formas: derivada de um ato entre vivos, como, por exemplo, um contrato, e as que têm

⁵⁹ Graduado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Advogado e Professor da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Suldamérica. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins – UFT.

como causa a morte, quando os direitos e obrigações do morto se transferem para seus herdeiros ou legatários.

Tendo em vista que a agropecuária exerce protagonismo econômico no país desde o período da colonização, Império e República Velha, é fundamentada na exportação de commodities. O Brasil é um país que possui grande evidência mundial devido suas grandes extensões de terras agrícolas, por sua larga produção e por ser um país exportador, tendo como produtos principais comercializados o café, soja, milho, açúcar, látex, algodão e celulose.

A produção agrícola no Brasil é responsável pelo equilíbrio de valores da balança comercial, é também fonte de geração de emprego e de investidores para o país. Em vista disso, grande parte das empresas do agronegócio pertencem a organizações familiares que influenciam significativamente a direção e políticas dos negócios através de cargos de gerência, direitos de propriedade e papéis familiares.

Entretanto, o agronegócio familiar é uma tarefa difícil, pois passa pela liderança entre gerações, com a transição do fundador a próxima geração. É neste sentido que entra em tela o direito das sucessões, diante da vulnerabilidade de empresas familiares no agronegócio, é necessário que se haja planejamento sucessório para a prevenção de danos futuros.

Dessa forma, se observa que o agronegócio é o que norteia a balança econômica do país, no Tocantins ele vem contribuindo significativamente para a economia, já que o estado fica na região do cerrado e, devido ao avanço tecnológico, incentivos econômicos, fatores climáticos, potencializou-se o Tocantins como um dos maiores estados em produção agrícola.

A sucessão familiar no agronegócio causa discussões e preocupações entre os proprietários, uma vez que estes ensinaram seus sucessores a trabalhar, mas não ressaltam que eles devem dar continuidade ao crescimento patrimonial, tendo como parâmetro as grandes propriedades de terra.

O artigo tem como objetivo demonstrar como o direito sucessório no agronegócio pode afetar as grandes empresas agrícolas, evidenciando a necessidade de planejamento da sucessão familiar dos negócios a fim de que haja um plano de negócios durante a transferência de gestão entre as gerações.

Este estudo se dividirá em três capítulos, no primeiro capítulo retratará o sobre o direito sucessório brasileiro, em segundo capítulo discorrerá sobre agronegócio no Brasil e seus benefícios para o desenvolvimento e crescimento econômico. Por fim, irá discorrer sobre o agronegócio no Estado do Tocantins e quais são os planos de sucessão familiar adotados pelas famílias que possuem liderança no agronegócio.

O tema do presente trabalho nos fala sobre a sucessão familiar no agronegócio tocantinense, que se dá pela transferência da propriedade rural, sua gestão e controle, para o herdeiro, ou seja, de quem está no comando das atividades para outro integrante da família que administrará em um momento determinado.

Como problemática, será abordado o porquê de a sucessão familiar ser um dos principais desafios para as famílias empresárias do agronegócio tocantinense e a importância do advogado para auxiliá-los.

Como pesquisa, será empregada no trabalho a bibliográfica e exploratória, por meio de artigos científicos, livros e obtenção de informações, ideias ou hipóteses acerca da sucessão familiar no agronegócio.

Segundo Antônio Carlos Gil (2017), a pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, esta modalidade de pesquisa inclui material impresso, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos.

Antônio Carlos Gil (2017), também aborda em seu livro que a pesquisa exploratória tem como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa quanto a abordagem do seu objeto, utilizando como método o hipotético-dedutivo, esse por sua vez trata-se da resolução de um problema que não foi totalmente solucionado, pois o conhecimento sobre ele ainda é insuficiente.

Para desenvolver a pesquisa, serão utilizados dispositivos legais, como livros, artigos, doutrinas e jurisprudências. Para a escrita deste trabalho, utilizou-se a utilização da metodologia de trabalho científica dedutiva, por meio da análise de bibliografias de grandes obras, artigos científicos, dissertações de mestrado etc.

Quanto a natureza da finalidade da pesquisa, trata-se uma pesquisa básica em prol de produzir novos conhecimentos, porém sem aplicação prática de imediato, contribuindo assim, para o avanço sobre o assunto. Será uma pesquisa que se utilizará do método dialética como forma de abordagem, e uma pesquisa qualitativa, que se baseará em interpretações dos fenômenos.

1 SUCESSÃO FAMILIAR NO BRASIL

O direito civil determina que a personalidade jurídica se inicie com o nascimento e sua extinção se dá pela morte. Conforme Lisboa (2013), o direito das sucessões cuida das relações jurídicas pós-morte. "Com a família e a propriedade, manifesta-se o direito sucessório como fator de continuidade do corpo familiar (...)" (2013, p. 5).

Surge, então, a figura do *de cuius*, clara referência ao morto, aquele em que se trata a sucessão, bem como surge o patrimônio como conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. A sucessão tem como principais objetivos: à perpetuação do patrimônio no âmbito familiar do *de cuius* e a continuidade das relações jurídicas oriundas do mesmo.

Dessa forma, a tarefa do legislador é determinar para qual indivíduo e o modo que se dará a transferência dos bens do *de cuius*, configurada como herança.

A sucessão legítima se dá pela transmissão dos bens do *de cujus* aos herdeiros necessários, ou seja, aqueles que seguem a ordem hereditária segundo o artigo 1.829 do Código Civil.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.788 dispõe que “transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento,” (BRASIL, 2002).

Em vista dessa disposição, a sucessão legítima trata-se daquele, em conformidade com a lei, designado para receber a herança, ou seja, não havendo testamento, presume-se que a herança será transmitida àqueles herdeiros legítimos elencados no artigo 1.829 do Código Civil.

Desse modo, a herança é transmitida com observância ao que está disposto na lei. Com a ordem hereditária exposta no ordenamento, há de chamar os herdeiros pela ordem preferencial (ordem de vocação hereditária) que deve ser observada.

Segundo Gagliano e Filho (2017) “Os herdeiros necessários (...) são aqueles que têm direito a legítima” (2017, p. 192). Entende-se por herdeiro necessário aquele que por força de lei tem direito à parte legítima da herança, que é de 50%, não podendo haver violação de direito dos herdeiros necessários.

Da construção do texto legal acima citado, observa-se que o legislador buscou, com a sucessão legítima, garantir aos herdeiros necessários o conforto e garantia patrimonial

A sucessão legítima é calculada pelo valor dos bens existentes no momento em que se abre a sucessão, onde já são abatidas dívidas e todas as despesas decorrentes da morte do sujeito.

Conforme explica Gagliano e Filho (2017) os cônjuges e descendentes são os primeiros sucessores, ou seja, são os principais da legítima. Observa-se que a vocação hereditária anteriormente mencionada, onde os primeiros sucessores legítimos são cônjuge e descendentes, na falta destes, serão os demais elencados na linha sucessória.

2 O AGRONEGÓCIO NO BRASIL E AS EMPRESAS FAMILIARES

De acordo com Oliveira (2016), o agronegócio se define como um conjunto de atividades rurais que são interligadas, trata-se de um conjunto de procedimentos em cadeia produtiva, que vão desde o trabalho rural agropecuário até a sua comercialização, além disso integra práticas urbanas e rurais. Em resumo, trata-se de um termo utilizado para contextualizar a produção agropecuária.

É um setor da economia que possui uma cadeia de atividades, sendo iniciada na produção agrícola, como o cultivo de café, feijão, pecuária etc., desenvolvimento maquinário agrícola e industrialização de produtos do campo. Necessário mencionar que existe uma inter-relação entre três setores do agronegócio: o primário, iniciado pela agropecuária; o secundário, diz respeito a todas as indústrias tecnológicas e de transformação de matéria prima e, por fim, o terciário, que é o transporte e comercialização dos produtos feitos no meio rural (OLIVEIRA, 2016).

O agronegócio não se restringe apenas ao meio rural e a colheita, como a maioria das pessoas acreditam. De acordo com Feijó (2011), o agronegócio também faz parte de empresas de fabricação de equipamentos agrícolas, produtoras de agroquímicos, fornecedores de semente etc. além de ser um dos setores econômicos que mais gera empregos ao redor do mundo, principalmente no Brasil.

O objetivo do agronegócio é levar os produtos agrícolas ao mercado, portanto, envolve todas as etapas: produção, processamento e distribuição. Devido a sua contribuição para o desenvolvimento econômico, o agronegócio costuma obter diversos benefícios governamentais, pois também trazem segurança alimentar e a produção sustentável de alimentos. (FEIJÓ, 2011).

Conforme leciona Feijó (2011), o agronegócio cresce exponencialmente no Brasil, isso se dá pelo fato de que o país dispõe de terras favoráveis para a plantação, com solo propício, boa luminosidade natural durante todo o ano e grande quantidade de água. Além disso, o Brasil dispõe de diversidade de produtos.

Durante a década de 1990, o país passou a introduzir transgênicos que visavam a maior durabilidade e resistência dos ambientes, mesmo aqueles que sofriam pela falta de água. De acordo com dados da Embrapa, o Valor Bruto da Produção (VBP) agrícola entre os anos de 1975 e 2015 cresceu em 59%.

[...] estima-se que as áreas cultivadas terão um acréscimo de 10 milhões de hectares, sendo utilizada maior parte pelo cultivo da soja, da cana de açúcar e do milho. Entre 1990 e 2017, o saldo da balança agrícola do País aumentou quase dez vezes, alcançando, neste último ano, US\$ 81,7 bilhões, valores que têm contribuído para o equilíbrio das contas externas do país. Em 2027, espera-se que o Brasil produza acima de 290 milhões de toneladas de grãos e mais de 34 milhões de toneladas de carnes bovina, suína e de frango. (Brasil, 2018, [s.p.]).

Diniz (2006) informa que o crescimento da produção agrícola no Brasil se deu pelo avanço tecnológico, pois devido a ele, a região do Cerrado que era considerada inadequada para cultivos agrícolas, passou a ser a principal área do agronegócio no Brasil, devido a utilização da correção e adubação do solo, que permitiu o favorecimento da agricultura.

De acordo com Imori (2011), a maioria das empresas de agronegócio pertencem a organizações familiares. Entende-se como empresa familiar aquela em que a propriedade é controlada por uma única família de forma que dois ou mais membros façam parte da direção e das políticas do negócio, onde as principais características dizem respeito a centralização do processo decisório nas mãos de um único membro da família (fundador) e a participação dos demais membros no quadro organizacional da empresa.

Para Macedo (2009), empresa familiar é aquela em que uma família ou mais famílias estão no controle e que transfere seu poder de forma hereditária, ou seja, necessita da existência de estrutura gerencial onde a maioria dos cargos é preenchida por membros da família proprietária.

Empresa familiar é toda a organização que, originada na família, tem o controle acionário detido por esta, podendo os seus membros participar ou não da gestão, independentemente de qual geração deles se encontre no poder, desde que a sucessão do controle acionário aconteça para um ou mais membros da mesma família. (MACEDO, 2009, p.29).

De acordo com Bernhoeft (2002), o negócio familiar no Brasil teve sua formação no período compreendido entre 1930 a 1950, no momento em que os europeus trouxeram ao país experiência técnica em produção de vinho e agricultura. Assim, os filhos, desde muito cedo, estavam envolvidos na empresa familiar para dar continuidade ao empreendimento iniciado pelos genitores.

Neste sentido, devido a necessidade de continuidade do negócio, diversos casamentos na época eram arranjados entre empresários do ramo. Ocorre que, esse modelo de empresa apresenta diversas fraquezas, como: conflito de interesses entre a família e a empresa, que geram a falta de disciplina uso indevido dos recursos para benefício da família, falta de planejamento financeiro, emprego e promoção de parentes através de favoritismo, ignorando-se competência. (BERNHOEFT, 2002).

Mas nem só de fraquezas uma empresa familiar é caracterizada, para o autor Macías (2011), esse modelo também possui forças como: lealdade de empregados, a continuidade da administração, sensibilidade entre o grupo familiar, nome da família com grande reputação, o traço entre passado e futuro e perpetuação dos valores da família.

2.1 Processo sucessório na agricultura familiar

Para Leone (2005), a agricultura familiar representa uma forma de produção onde os participantes são familiares e são donos do meio de produção, esse formato de agricultura possui comando estratégico em controle de uma ou mais famílias interligadas.

A maioria das empresas de agronegócio é controlada ou administrada por famílias. A organização empresarial possui origem em uma mesma família por ao menos duas gerações, onde os membros são mantidos na administração dos negócios, portanto, considera-se como uma empresa familiar.

Para Tartuce (2022), o processo sucessório é um rito pelo qual é feita uma transferência de poder e de capital entre a geração atuante para a que irá atuar. Importa salientar a diferenciação entre sucessor e herdeiro, conforme mencionado anteriormente, o sucessor é o que substitui outro em um cargo ou função, enquanto o herdeiro é aquele que sucede a herança de forma total ou em parte, sem que seja determinado valor ou individualização do objeto.

Dessa forma, o sucessor se remete aquele que fica com as funções, em cargos gerenciais da propriedade e o herdeiro é aquele que se transmite o patrimônio. Entretanto, o tema sucessão e herança são considerados assuntos difíceis, já que se trata de assunto relativo à morte e a transferência de poder, assim, diversas famílias possuem dificuldades para afrontar os processos sucessórios.

De acordo com Macedo (2006), a maioria das empresas familiares sobrevivem enquanto estão sob a administração do fundador e da transição da primeira para a segunda geração de sucessores, mas raramente a empresa familiar sobrevive na transição da segunda geração para a terceira geração.

Isso se dá justamente devido o processo de sucessão na agricultura familiar que não é planejado de forma sistêmica pela família e sequer recebem qualquer tipo de atenção ou subsídio de instituições públicas. Uma empresa familiar só é assim considerada se houver herdeiros para dar a continuidade dos negócios. O processo sucessório é difícil devido à falta de preparo educacional dos sucessores.

Há de se salientar que a complexidade na gestão de empresas de agronegócio familiares é maior do que nas familiares, já que existe envolvimento emocional entre os componentes da família. A empresa familiar deve ser vista com seriedade para que não seja comprometida, onde o sucessor deve observar o maior interesse da empresa.

O processo sucessório é um fato que pode acontecer, desde a fundação da empresa, porque pode haver a qualquer momento, por fatores diversos, a necessidade de subsidiar o dirigente máximo da organização. Cada processo de transição de liderança culmina com o ato da sucessão. Os fatores que influenciam na transição de liderança e, respectivamente, na sucessão são de várias origens. Dentre eles cabe destacar a incapacidade de o dirigente máximo continuar à frente da organização. Deve-se considerar a possibilidade de ocorrer uma ou várias sucessões em qualquer dos estágios de crescimento. (MACEDO, 2006, p.23).

Além da complexidade relacionada ao envolvimento sentimental familiar dentro da empresa, o processo sucessório em si também traz diversas dificuldades, pois muitas vezes o sucessor não é familiarizado com os negócios, necessitando assim, que a empresa tenha proteção patrimonial.

Para Alcântara e Machado Filho (2014), o processo sucessório no agronegócio são complexos por envolverem além das questões sentimentais, também envolve costumes, crenças religiosas, legado familiar etc. Anteriormente, os negócios sempre eram destinados ao filho homem, mas com a modificação trazida pelo Código Civil no ano de 2002, foi garantido a herdeira mulher os mesmos direitos do herdeiro homem.

Ainda conforme os autores, os impedimentos ao processo sucessório, em sua maioria, se dão devido a incapacidade dos herdeiros, pois estes já se acham capazes apenas pelo fato de serem herdeiros, hereditariedade não é garantia de excelência nos negócios, sequer de vocação, trata-se de uma questão de competência.

O crescimento do agronegócio trouxe consigo o aumento dos conflitos familiares, os fatores são devido a maior área dos imóveis rurais, menor número de famílias relacionadas com o imóvel, queda da renda e falta de emprego urbano, são os principais fatores que dificultam o processo sucessório, já que todos os herdeiros querem viver da terra, mas nem todos possuem o preparo para tal. (ALCÂNTARA; MACHADO FILHO, 2014).

Alcântara e Machado Filho (2014) ainda afirmam que o grande desafio no Brasil é o grande custo no segmento do Agronegócio, já que existem custos operacionais, oportunidade de terra, custo da produção etc. Ainda, há o fator tecnológico, que quando necessário, diminui ainda mais o valor do patrimônio, já que as equipes adequadas e os equipamentos são de alto custo.

Atualmente, muitas empresas familiares do ramo do agronegócio vêm buscando auxílio de consultoria através de orientação vocacional dirigida, a fim de que seja traçado o perfil de cada herdeiro/sucessor vocacional, para que no futuro não haja perdas no processo sucessório. É uma forma de antecipar problemas futuros e de lapidar o caráter e perfil de cada sucessor/herdeiro.

3 O AGRONEGÓCIO NO TOCANTINS E A SUCESSÃO FAMILIAR

Conforme já mencionado anteriormente, o Brasil tem como uma das principais fontes de crescimento econômico o agronegócio, e há Estados do país em que o agronegócio é o principal meio de subsistência e de renda. No Estado do Tocantins, região do cerrado brasileiro, destacou-se devido ao seu grande potencial produtivo.

De acordo com Cerqueira (2016) O Estado do Tocantins está situado na região Norte do Brasil e ainda faz parte da divisa da Amazônia Legal, possui área territorial de 277.720,520 km² e é o 9º Estado em extensão territorial, 3,2% do território nacional, 7,2% da região Norte e 5,4% da Amazônia Legal. O Tocantins também faz limite geográfico com seis Estados: Goiás ao sul, a sudoeste Mato Grosso, a noroeste o Pará, a norte e nordeste o Maranhão, a Leste com o Piauí e o Estado da Bahia.

No que diz respeito ao clima, o Tocantins tem característica atmosférica da região amazônica. É de um clima úmido, tropical, com a região de floresta ao norte do Estado e de cerrado nas demais extensões territoriais. Os sistemas hidrográficos são formados pelo Rio Araguaia e Tocantins, predominam os rios de planície, no Araguaia, e rios de planaltos e depressões, no Tocantins.

Na planície do Araguaia prevalecem os solos de base favoráveis à agricultura irrigada e subirrigada. A região leste do Estado é dominada por solos arenosos, impróprios para agricultura, sendo aconselhado para pastagem natural e/ou silvicultura.

A pecuária, segundo os estudos realizados no Plano Estadual de Uso e Cobertura do Solo (SEPLAN, 2010), configura-se como a principal atividade de impacto para a antropização das regiões do Estado, com uma correlação de 0,843, o emprego agrícola 0,677 e a aptidão agrícola de 0,602, no período de 2000-2007.

Em conformidade com os números apresentados pela Secretaria de Estado da Agricultura, Pecuária e Aquicultura - SEAGRO (TOCANTINS, 2020), a área plantada no estado do Tocantins cresceu 120% na última década, chegando a 1,6 milhões de hectares, e assim, a geração de grãos saltou de 2 milhões para 6 milhões de toneladas.

De acordo com Cerqueira (2016):

O Cerrado era visto até a década de 70 como uma região que “não possuía potencial” para a produção agrícola em larga escala, mas os avanços tecnológicos e os incentivos político-econômicos somados a sua localização e as condições físico climáticas fizeram dele uma das maiores áreas do agronegócio. O financiamento do governo brasileiro incentivou os produtores a investirem em tecnologias como a correção da acidez do solo, o emprego de máquinas, a utilização de adubos e sementes melhoradas e a irrigação do solo, para aumentar o potencial produtivo do Cerrado. Além disso, investiu em projetos de infraestrutura, como a construção de rodovias, entre elas a BR-153, e a ferrovia Norte-Sul, interligando o centro ao litoral brasileiro, para o escoamento dessa produção [...]. As consequências da implantação do agronegócio em qualquer região do Brasil, como têm ocorrido no Cerrado, são: concentração de terras, com a expulsão do camponês de sua pequena propriedade; desemprego, devido à utilização de máquinas que substituem a mão-de-obra de dezenas de trabalhadores; prejuízos ambientais, como a compactação do solo, o aumento de pragas pela falta de rotação de culturas e pelo desmatamento, a contaminação do solo e da água pelos produtos usados nas lavouras; e a concentração de renda (CERQUEIRA, 2016, p. 16-17).

De acordo com Vieira (2012) a partir dos anos 70 e 80, devido aos grandes investimentos governamentais realizados a fim de executar programas especiais como os Desenvolvimento dos

Cerrados (POLOCENTRO), Grande Carajás, Programa Nacional de Aproveitamento Racional de Várzeas (PROVÁRZEAS) e o Programa de Financiamento para Equipamentos de Irrigação (PROFIR), incentivos fiscais e créditos especiais a baixos juros da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e do Programa de Redistribuição de Terras (PROTERRA) a fim de incentivar as atividades industriais de cultivo de *commodities* em grande escala.

O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), foi criado pelo Governo Federal em 1995 para apoiar financeiramente as atividades agropecuárias e não agropecuárias mediante emprego da força de trabalho da família produtora rural, assim definiu o conceito de agricultura familiar no seu Manual do Crédito Rural

Esses incentivos governamentais permitiram que diversas famílias ligadas a agropecuária pudessem expandir seus negócios e trazer grande vantagem econômica. E não diferente do restante do Brasil, o Tocantins possui como maioria, empresas familiares à frente do agronegócio no Estado (VIEIRA, 2012).

De acordo com dados do Censo Agropecuário de 2017, 75% dos estabelecimentos de agropecuária no Tocantins eram de agricultura familiar, onde 4,72% das terras eram destinadas às lavouras, 17,0%; em relação às pastagens, as propriedades da agricultura familiar utilizavam 60,0% das suas terras. Os dados mostram a importância da pecuária, também para agricultura familiar no Estado, pois nacionalmente a agricultura familiar utilizava 45,0% para pastagens e a não familiar 49,0%.

Ainda, os dados do Censo dizem que 34,69% do pessoal ocupado na agricultura familiar era advinda da força de trabalho da mulher, 12,37% do pessoal ocupado total era formado por menores de 14 anos. Das propriedades do Estado do Tocantins que obtiveram receitas, 76,62% eram da agricultura familiar.

Dessa forma, retorna a discussão sobre a gestão rural familiar, pois demonstra-se que as empresas do agronegócio tocantinense, em sua maioria, são do meio familiar, e passando, dessa forma, pelo processo sucessório. O Tocantins também é refém das limitações do desenvolvimento da administração rural no Brasil, conforme Nunes (2021) são fatores:

Dificuldade de compreensão do quadro teórico e metodológico do processo de gestão rural no país, tanto por parte dos produtores como por parte dos profissionais que trabalham com assistência técnica e extensão rural; certa desconfiança, por parte dos produtores e até dos técnicos, quanto à necessidade e a eficácia de se usar um processo de gestão mais acurado, envolvendo, por exemplo, o planejamento formal para ações de longo prazo ou o controle individualizado do fluxo de caixa das atividades existentes. Essa atitude negativa pode estar relacionada a vários fatores não controláveis que afetam o resultado econômico das empresas rurais e dificulta o seu processo administrativo; Maior custo dos serviços de uma assistência agropecuária mais abrangente (englobando técnicas de gestão) e carência no mercado de profissionais relativamente autônomos, sem vínculo com empresas que mantêm relações comerciais com os produtores

rurais, e dispostos a assumir algumas funções de cunho administrativo junto as empresas rurais; alto custo para se implantar sistemas de registro contábil principalmente pelo esforço necessário à coleta de dados precisos em nível de campo e, dificuldades para se gerar e interpretar as informações relevantes ao processo decisório nas empresas rurais (p. 28).

Outro fator que contribui para a dificuldade do processo de sucessão é o fator de produção da terra, já que esta é um meio de produção, onde sua divisão, infraestrutura e escala de produção são de suma importância, pois devem estar bem avaliados e caracterizados no processo de sucessão, para que não seja inviabilizado a continuidade da empresa.

O processo sucessório tocantinense encontra muitas amarras, como as acima citadas e também têm o fator da desinformação, onde os produtores que estão a frente do agronegócio pouco sabem sobre a linha de sucessão, e quando os sucessores assumem, desgastam o patrimônio e, por consequência, o núcleo familiar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a elaboração deste trabalho, foi possível identificar a possibilidade de escolha entre os caminhos para a preservação do agronegócio familiar, que em caso de sucessão, sujeita-se ao cenário específico da família, pois cada uma tem suas características próprias, costumes e tradições, cultura e patrimônio.

Existem várias opções que uma família pode ter para organizar os seus bens e preparar para o momento da transmissão, que não irá colocar os herdeiros e as futuras gerações em uma situação de risco.

A sucessão feita de forma planejada, com o acompanhamento de um advogado, que tem a integração do conhecimento prático e técnico sobre o assunto, evita os futuros conflitos familiares, sendo que a decisão acerca do caminho a seguir deve ser tomada com muito cuidado e análise pelo responsável da empresa familiar.

Demonstrou-se que o crescimento do agronegócio no Brasil se deu devido aos avanços tecnológicos e a sua expansão no estado do Tocantins se deu devido ao solo e ao clima que são propícios para o desenvolvimento agrícola.

O assunto sucessão familiar vem gradativamente ganhando espaço e forma entre os produtores rurais. Buscando prevenir problemas futuros, muitos

deles vêm se preocupando com a formação do caráter e da personalidade de seus sucessores para que estes se tornem sucessores capazes de gerir seu patrimônio de forma habilidosa e, o mais importante, com respeito ao fruto de uma vida.

REFERÊNCIAS

GIL, Antonio C. Como Elaborar Projetos de Pesquisa, 6ª edição. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788597012934. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012934/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

_____. **Código Civil**. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 ago. 2022.

_____. **Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA/USP)** em parceria com a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA).

ALCÂNTARA, Nádia de Barros. MACHADO FILHO, Claudio Antônio Pinheiro. **O Processo de Sucessão no Controle de Empresas Rurais Brasileiras**: Um Estudo Multicasos. Organizações Rurais & Agroindustriais, Lavras, v. 16, n. 1, p. 139- 151, 2014. Disponível em: <https://ageconsearch.umn.edu/record/262723/files/789-1793-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. **Definições, Conceitos e Esclarecimentos sobre Crédito Rural**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/conteudo/mdcr/Documents/definicoesCreditoRural.pdf>. Acesso em 02 de set. 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Brasil avança na modernização da agricultura**. Publicado em 27/01/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/agricultura-e-pecuaria/2021/01/brasil-avanca-na-modernizacao-da-agricultura-brasileira>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **IBGE: Valor da produção agrícola nacional cresceu 5,1% e atingiu o recorde de R\$ 361 bilhões em 2019**. Publicado em 01/10/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/valor-da-producao-agricola-nacional-cresceu-5-1-e-atingiu-o-recorde-de-r-361-bilhoes-em-2019>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Planalto. **Lei no 4.829**, de 5 de novembro de 1965. Institucionaliza o crédito rural. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4829.htm#:~:text=LEI%20No%204.829%20. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL, IBGE. **Censo Agropecuário 2017**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101773_cap11.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2022

CAVALCANTE, Maria do Espírito Santo Rosa. **Tocantins: O Movimento Separatista do Norte de Goiás, 1821 - 1988** - São Paulo: A. Garibaldi, Editora da UCG, 1999.

CEPEA. CNA. **PIB do Agronegócio**. Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (Cepea), da Esalq/USP. Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. 10 de março de 2021. Disponível em: https://www.cnabrazil.org.br/assets/arquivos/boletins/sut.pib_dez_2020.9mar2021.p. Acesso em: 23 set. 2022.

DINIZ, Bernardo Palhares Campolina. **O grande Cerrado do Brasil Central: geopolítica e economia**. São Paulo, 2006.

FEIJÓ, Ricardo Luís Chaves. **Economia Agrícola e Desenvolvimento Rural**. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil, Direito das Sucessões. Ed 4ª. São Paulo: Saraiva, 2017.

IMORI, Denise. **Eficiência produtiva da agropecuária familiar e patronal nas regiões brasileiras**. São Paulo, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo agropecuário 2017**. Disponível em: https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/templates/censo_agro/resultadosagro/index.html. Acesso em: 02 de set. 2022.

IBGE. **Censo agropecuário: o que é**. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/agricultura-e-pecuaria/21814-2017-censo-agropecuario.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 23 set. 2022.

IBGE. **Censo agropecuário: resultados definitivos 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=73096>. Acesso em: 23 set. 2022.

LEONE, G. P. C. N. **Sucessão na empresa familiar**. Editora Atlas, São Paulo, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. Direito de Família e Sucessões. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, A. U. **A mundialização da agricultura brasileira**. São Paulo: Iandé, 2016

WERNER, F.P.; SOUZA, A. E. **Sucessão na empresa familiar: um estudo em um grupo empresarial**. Anais. VII EGEPE. Encontro de Estudos sobre Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas. Florianópolis, março, 2012

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. 6. Editora Altas, SP, 2022.

TOCANTINS. **No Tocantins, o Agro se destaca e mostra força em 2020**. Portal do Tocantins, 29/12/2020. Disponível em: <https://portal.to.gov.br/noticia/2020/12/29/no-tocantins-o-agro-se-destaca-e-mostra-forca-em->

[2020/#:~:text=Em%202020%2C%20tamb%C3%A9m%20foram%20comemorados,cr](#). Acesso em: 05 de out. 2022

TOCANTINS. **Pecuária**. Disponível em:

<https://www.to.gov.br/seagro/pecuaria/5bbt9sqz23gi#:~:text=O%20Tocantins%20%>. Acesso em: 05 de out. 2022

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Vol. 5. Editora Altas, SP, 2022.

A VIOLÊNCIA NOS JOGOS ELETRÔNICOS E AS FORMAS DE ENFRENTAMENTO AO CYBERBULLYING ONLINE

GABRIEL LUÍS AZEVEDO SOUSA LOZANO:

Graduando em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus.

RESUMO: O artigo que se segue aborda o tema cyberbullying e os crimes praticados tanto na via online quanto na via dos jogos eletrônicos com o objetivo de mostrar o porquê desde quando a pandemia começou teve muitos problemas como roubos de conta bancaria, golpes de WhatsApp, e muitos outros crimes envolvendo o ambiente online, mas por outro lado os jogos eletrônicos desde muito antes da pandemia vem crescendo em um número bastante absurdo, com taxas de crescimento e avanço tecnológico que antes não podem ser comparados, onde é apresentado o significado de cyberbullying e de bullying, o crescimento dos jogos eletrônicos no mundo e no brasil nos jogos eletrônicos competitivos, é possível controlar o ódio distribuído pela torcida? Como prevenir os crimes realizados de modo online? E ainda surgem mais conforme foi sendo discutido o assunto. Sendo assim a respostas para essas perguntas estão relacionadas o que fala a lei e também como a doutrina aborda essas questões, ainda mais com as atualizações que a lei penal vem sofrendo com o passar do tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Jogos eletrônicos. Cyberbullying. Crimes online.

ABSTRACT: The article that follows addresses the topic of cyberbullying and the crimes committed both online and in electronic games with the aim of showing why since the pandemic began, there have been many problems such as bank account theft, WhatsApp scams, and many more. other crimes involving the online environment, but on the other hand, electronic games since long before the pandemic have been growing at a very absurd number, with growth rates and technological advancement that previously cannot be compared, where the meaning of cyberbullying and bullying, the growth of electronic games in the world and in Brazil in competitive electronic games, is it possible to control the hate distributed by the fans? How to prevent crimes carried out online? And even more emerge as the subject was discussed. Thus, the answers to these questions are related to what the law says and also how the doctrine addresses these issues, even more so with the updates that the criminal law has suffered over time.

KEYWORDS: Electronic games. Cyberbullying. Online crimes.

1 INTRODUÇÃO

Desde que o mundo passou a ser globalizado, as pessoas passaram a recorrer mais ao mundo virtual do que ter um contato físico presencial, pois com a ajuda da tecnologia várias portas se abriram para as pessoas tirarem duvidas ou até mesmo diminuir distancias que antes só eram possíveis com a ajuda de orelhão ou telefone fixo, mas também ajudou criminosos a serem mais eficazes em seus crimes e também fazer vítimas por traz de uma imagem que impossibilita no caso de denuncia a polícia a encontrar e prender o sujeito que praticou a devida ação por estar

encoberto por um perfil falso, ou até mesmo fazer, no âmbito das escolas com a abrangência das redes sociais o chamado bullying, mas como está em um ambiente eletrônico, este passa-se a se chamar cyberbullying pois acontece de forma online com uma abrangência muito maior do que o bullying praticado de forma presencial e contida. E como podemos controlar essa discriminação.

Nos âmbitos dos jogos eletrônicos, será abordado o seu crescimento, sua importância e também o porquê houve esse crescimento absurdo onde os jogos eletrônicos passaram a fazer parte da sociedade. Contudo, nem tudo são flores no mundo conectado, os chamados "gamers" sofrem com o "hate" provocado, que é nada mais nada menos do que formas de diminuir a imagem do jogador ou do próprio time de onde esse jogador está atuando, e muitas vezes esses xingamentos vem da própria torcida do time que ao invés de apoiar o time, acaba por desmotivá-lo a fazer certas coisas que talvez a torcida goste.

Por fim responder as seguintes perguntas se é possível controlar o ódio distribuído pela torcida? Isso com uma resposta simples são os próprios jogadores e organizações que tem o poder de falar com a torcida e de pelo menos controlar o ódio gratuito distribuído em transmissões oficiais de campeonatos de videogames ou em casa mesmo com os pais controlando os filhos para não falarem o que não devem na hora de jogarem com outras pessoas, e também responder uma pergunta bastante feita nos últimos anos desde que começou a onda de crimes cibernéticos como prevenir os crimes realizados de modo online? Com a solução sendo mais simples do que parece, porém um pouco mais complicada de se aplicar no contexto atual.

2 O QUE É O BULLYING E O CYBERBULLYING

Inicialmente faz-se necessário saber o significado da expressão "*Bullying*." Respondendo a esse questionamento, o bullying é nada mais nada menos que uma palavra em inglês inventada pelo professor de psicologia Dan Olweus onde essa prática que se refere o termo bullying: gestos que intimidam e agredem pessoas tanto verbal quanto fisicamente.

A prática é deliberada e recorrente, ou seja, o agressor tem prazer em humilhar a vítima e volta a praticar inúmeras vezes. Esses ataques podem ocorrer sem nenhum aviso prévio, ao tempo que se essa prática for se tornando mais costumeira podemos ter uma sociedade com sérios riscos de socialização. Dentre as vítimas de bullying estas costumam ser pessoas com características que a diferenciam da maioria e a tornam mais vulnerável a ataques. A prática ocorre, portanto, por conta de uma relação desigual de poder entre o perpetrador e a vítima.

2.1 Como é o padrão das vítimas desses ataques

Outro problema é que a vítima costuma ser uma pessoa com dificuldades de se impor e impedir as agressões. Por isso, muitas vezes elas sofrem em silêncio. Já os agressores, costumam ser pessoas com problemas de empatia, vindo de famílias problemáticas. Mas alguém que pratica bullying também pode querer se tornar mais popular ou simplesmente sentir-se mais poderoso.

Há quem considere o bullying uma doença. Conforme a tecnologia foi evoluindo conforme o tempo passa a prática deixou de ser só no âmbito escolar presencial, com a facilidade de acesso as redes sociais esse meio de propagação do bullying se tornou mais fácil do que antigamente,

passando a receber o nome de cyberbullying. cyberbullying é a prática do bullying em ambientes virtuais.

O bullying pode ser caracterizado por uma violência perseguidora e constante, que pode chegar, nas suas formas mais latentes, a agressões físicas, além de humilhação pública, exposição vexatória, criação de apelidos de mau gosto etc. Já o cyberbullying é a mesma prática, porém ocorre por meio dos canais de comunicação virtuais, o que pode ser mais psicologicamente danoso para a vítima.

2.2 diferenças entre o bullying e o cyberbullying

Enquanto o bullying somente acontece durante o contato presencial entre vítima e agressor, o cyberbullying estende-se para além dos ambientes públicos de convivência, os quais a vítima é obrigada a frequentar por determinados horários. O cyberbullying pode ser dividido em vários tipos, descritos por Wilard (2005):

Flaming, enviar mensagens agressivas, rudes e vulgares; Assédio, enviar mensagens ofensivas repetitivamente; Cyberstalking configura-se pelo envio repetido de ameaças de lesão ou mensagens altamente intimidadoras; Difamação (desestimulações), envio de mensagens contendo informações falsas ou cruéis em ambientes virtuais públicos; Personificação, fingir ser a outra pessoa com o objetivo de denegrir sua imagem, ou coloca-la em perigo; Outing, tornar público no ambiente virtual material que contenha informações pessoais e privadas sobre outra pessoa ou encaminhar mensagens privadas; Dissimulação, utilizar-se de artimanhas para solicitar informações embaraçosas e então torná-las pública e Exclusão, intencionalmente excluir a pessoa de um grupo online. Importante ressaltar que todos esses tipos de cyberbullying envolvem a exclusão ou o desrespeito para com o outro nas salas de bate-papo, mensagens instantâneas e e-mail”.

Dessa maneira, o cyberbullying tende a ser mais massacrante, pois não há meio para que a vítima fuja dele, afinal, mesmo em casa, isolada em seu quarto, ela pode receber mensagens ameaçadoras e ofensas em suas redes sociais ou via mensagem de texto. Contudo, se a vítima se sentir violada, pelos crimes contra a honra, esta poderá sim entrar na justiça com respaldo nos artigos 138 e 140 do Código Penal brasileiro

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.,

Noutra feita, se o agressor enviar conteúdo erótico ou de cunho sexual a esta vítima, sem o consentimento dela poderá entrar com base no artigo 218-C do Código Penal Brasileiro. Que diz:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).

Assim, a vítima está protegida contra qualquer ato que viole a moral física e psicológica de forma que o agressor não possa fazer mal a esta.

2.2.1 Como se deu o crescimento dos jogos eletrônicos

De acordo com o site tecmundo:

“No mundo dos games que nos últimos anos tem crescido e ao que tudo indica, o crescimento exponencial do mundo dos games está longe de encontrar o seu limite. Números do setor apontam que as vendas de consoles, jogos e serviços relacionados a games online hoje ultrapassam os US\$ 60,4 bilhões anuais, podendo chegar a US\$ 75 bilhões até 2015. Para se ter uma ideia da relevância desse montante, em 2010 todos os filmes produzidos em Hollywood faturaram pouco mais de US\$ 31,8 bilhões.”

Esses números mostram o quão tamanho esse mercado se tornou e hoje em dia todos os portais de notícia seja na internet ou em telejornais, todos falam que esse é o mercado que mais cresce nos últimos anos. Com esse aumento no número de jogadores em vários países não só no Brasil, mas também no resto do mundo fica uma dúvida no ar se nós podemos controlar ou até mesmo diminuir esse problema em nossa sociedade. Porém com esse mundo bastante conectado ficamos suscetíveis a ataques não só psicologicamente, mas também moralmente, e isso em se tornando um problema recorrente na sociedade conectada nesse mundo virtual.

Contudo, esse pode ser apenas o lado bom dos videogames e quase nunca se percebe a parte ruim deles, pois esses jogos podem ser muito bons para nos entreter nos tempos livres, porém eles também podem ser usados como base para crimes realizados na realidade, um desses exemplos é o ataque a escola de Suzano em São Paulo, onde os assassinos se basearam em jogos para efetuar o crime.

Para o deputado Júnior Bozella, do PSL-SP apresentou um Projeto de Lei que criminaliza a distribuição e veiculação de jogos considerados “violentos” segundo as autoridades. Mas será que proibir os jogos violentos realmente resolveria o problema da violência nas escolas e entre os jovens no geral? As pessoas que jogam jogos violentos são influenciadas a tal ponto de cometerem tais atos, ou existem outros fatores? Para o Victor Hugo, mestrando em Comunicação Social na UFMG e desenvolvedor de games, acredita que essa correlação feita entre games e violência se dá de forma mais complexa:

“(...) é um assunto até batido já para quem estuda esse tema, é uma relação muito fácil de ser feita, estabelecida sem olhar para o que circunda o jogo. Há estudos muito sólidos que mostram que essa relação não é real, e deveríamos principalmente nos perguntar o porquê desses jogos que discutem e tratam de violência como principal mote venderem tanto? E a resposta talvez seja a mais simples de todas — porque a sociedade é violenta e os números sobre violência só crescem. (...) Quando temos esses dois mundos, vistos hoje como os insiders (que jogam e vivenciam essa cultura) e os outsiders (que não compreendem esse meio), os últimos irão dizer que essa culpa é do jogo, sem nem saber do que este se trata, então essa culpabilização é muito simples nesse sentido, justamente porque na hora que há esse foco na culpa, não se presta muito atenção no todo, sobre o histórico dos indivíduos, de onde ela vem, a qual classe ela pertence, se teve uma família normal ou abusiva, o que estava acontecendo? Então essa correlação ocorre justamente por isso, estamos cercados de problemas para se discutir, os jogos refletem isso de uma maneira interativa, que gera milhões, e é muito mais simples botar a culpa na empresa que fez o jogo X do que analisar a vivência dessas pessoas que o consomem”.

Outra opinião é do aluno João Felipe Magalhães, estudante de psicologia e jogador de jogos como LOL, Fortnite, GTA, entre outros. Para ele, existem formas de violência presente na vida do indivíduo que contribuem para gerar esse tipo de comportamento:

“(...) A relação dos jogos com a violência a gente tira muito essa ideia porque tem que colocar a culpa em alguma coisa. Eu não vou culpar os pais pôr o menino ser violento. Ele aprendeu que se ele fizer alguma coisa errado ele apanha. Um método violento de ensino. Aí eu vou para a escola onde o professor o chama de burro por não conseguir fazer as coisas. Onde os coleguinhas o humilham por ele ser diferente. Do padrão exercido. Que a gente tem que seguir o padrão, e ele que não segue esse padrão está fora do normal. Então a gente tem vários tipos de violência, desde física a psicológica, e aí a gente pega uma coisa para culpar, que são os jogos. Porque é muito mais fácil culpar o videogame do que culpar toda uma sociedade. (...) Quando a gente coloca a culpa nos jogos é porque a gente quer culpabilizar alguma coisa que é fácil e a gente não tem estudo sobre. Então fica fácil. Se você colocar a culpa nos jogos. Aí não tem uma pesquisa que comprova e nem discorda do que o cara (pessoas que culpam os jogos em geral) tá falando, então fica fácil ele alegar isso. E é muito simples também você observar pelos próprios jogos. O jogo em si você sabe que é uma diferença da sua realidade. Se você joga, você quer fugir da realidade onde você está. Você não joga pra viver uma realidade”.

Corroborando com exposto, segundo o PGB de 2018, no qual trouxe o perfil do gamer brasileiro, diante de uma pesquisa realizada em todos os estados, esta demonstrou que a crença

de um perfil de jogador predominante de homens é algo ultrapassado, tendo em vista que os dados são categóricos em informar que 58,9% dos jogadores online são mulheres, não obstante na edição de 2015, fora possível observar a aproximação de jogadores homens e mulheres, sendo estas um percentual de 47,1% e daqueles de 52,9%. (Pesquisa feita pelos autores CAMARGO E PESTALOZZI, 2015, p. 11).

2.2.2 influências positivas e negativas dos jogos eletrônicos

Nos tempos atuais os jogos vêm sendo bastante utilizados como forma recreativa e também nas escolas, mas sempre bate no ponto dos “jogos violentos”, onde muitos dos jogos não são bem vistos pela sociedade. Porém o nosso ordenamento jurídico já pensa diferente.

O sistema jurídico brasileiro é bastante amplo, trata dos mais diversos assuntos em seu repertório, ao tempo que se desenvolve a sociedade, o direito evolui junto. Presente na Constituição da República Federativa do Brasil, elaborada em 1988, o princípio da Fraternidade ou Direito Fraternal traz consigo um entendimento bastante concreto sobre o assunto. Com origem na Revolução Francesa, o princípio da Fraternidade foi perdendo espaço no tempo e na história para os outros princípios, da Igualdade e o da Liberdade, sendo estes citados com maior força no contexto histórico. O Direito Fraternal, traz uma ideia de que não basta somente a força coativa do Estado, e a lei como meio de solução, deve haver uma cooperação entre o Estado e a sociedade. Em vista disso, é necessária uma maior participação da família na fiscalização desses jogos e não somente, leis que os proíbam. Ocorrendo assim, uma maior ênfase que trará diversos resultados, tendo em vista que, o Estado se apresentará como a última alternativa.

Um caso curioso que aconteceu foi em 2007 onde o juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz, da 17ª Vara Federal de Minas Gerais, mandou apreender jogos de computadores considerados violentos. Na ocasião, o jogo apreendido foi o “Counter strike”, que simula uma guerra entre bandidos e policiais. No entendimento do juiz, o jogo é nocivo à saúde dos consumidores, e que contraria o Estatuto da Criança e do Adolescente. Há também uma ressalva importante do magistrado, ao citar que a “Constituição destina uma proteção especial à criança, não podem vicejar interpretações que propugnam por laquear o alcance dessa tutela”.

No entanto em 2012, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em um precedente, relatou que “Não há referências sólidas na literatura científica que para afirmar sobre a influência nefasta maléfica ou incitante de tais jogos sobre a personalidade do jogador. A introdução aos jogos seria, naturalmente, de responsabilidade dos pais ou responsáveis legais”. Conforme o que está disposto no artigo 170 da CRFB/88, in verbis:

Art. 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.

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei (PL 1.577/19) que objetiva criminalizar os jogos considerados violentos no Brasil. A proposta prevê mudanças no Código Penal com detenção de três a seis meses, ou multa. Se o crime for praticado utilizando a internet ou meios de comunicação de massa, a pena é triplicada. Pretende-se neste projeto analisar o inteiro

teor deste texto, visto que ainda passará por comissões legislativas e também por audiências públicas para que a sociedade civil possa se inteirar sobre o referido projeto e participar de forma ativa e democrática do desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Um outro caso curioso a ser citado, é o do projeto de lei de 2005 ratificado pelo então Governador da Califórnia, Arnold Schwarzenegger. Na ocasião, o projeto propôs a proibição da venda de jogos violentos de videogames, sendo declarado inconstitucional no ano de 2011. Visto que, de acordo com a Suprema Corte dos EUA, o projeto de lei fere o princípio da liberdade de expressão. Uma curiosidade a ser citado é que, Arnold fez diversos filmes considerados violentos, tais como "Os mercenários" e "O Exterminador do Futuro". Em janeiro de 2013, o ex-Governador ainda disse em entrevista a uma emissora americana, ao ser questionado sobre a relação dos jogos violentos com o massacre ocorrido na escola Sandy Hook, no Estado de Connecticut que é preciso manter (as duas coisas) separadas. A violência no cinema é entretenimento, e outra coisa é uma tragédia além do que se pode acreditar. É realmente sério, e é o que realmente importa.

Já no quesito monetário, o mercado de jogos eletrônicos está em constante evolução, sempre acompanhado dos avanços tecnológicos e novos mercados. De acordo com uma pesquisa realizada em 2018 pela empresa Newzoo, o Brasil ocupa a 13ª colocação no ranking mundial do mercado de jogos eletrônicos, movimentando anualmente cerca de US\$1,3 bilhão. Além de ser o primeiro colocado entre os latino-americanos, com cerca de 75,5 milhões de gamers.

Em fevereiro de 2020, a Pesquisa Game Brasil (PGB) realizou a sua 7ª edição com um estudo sobre a quantidade de pessoas que jogam jogos eletrônicos. A seguinte pesquisa constatou que 73,4% da população brasileira utiliza algum jogo eletrônico para seu entretenimento. Levando em conta que o Brasil tem 209,5 milhões de habitantes, segundo dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), são aproximadamente 154 milhões de jogadores no país. Para se ter uma ideia, esse número representa a população da França e da Alemanha somadas.

Além disso, a média de idade dos jogadores casuais está entre 25 e 34 anos, faixa que corresponde a 33,6% dos gamers que pertencem a esse grupo, sendo que 34,7% desse público possui mais de 50 MB de internet. Outro dado relevante da 7ª Edição da PGB é que a faixa etária predominante dos gamers hardcore está entre os 16 e os 24 anos.

Com a imersão cada vez maior da tecnologia na vida social da população, a busca por jogos eletrônicos como forma de distração é cada vez maior, sejam eles jogados em diversas plataformas, como celulares, computadores ou consoles. Dessa forma, uma pessoa que chega cansada após um longo dia de trabalho, tende a procurar por jogos que acalmem e relaxe a sua mente.

Em contrapartida, um jovem que quer apenas uma forma de distração, tende a buscar por games mais agitados, que são muitas vezes violentos e/ou que carregam muita informação, seja ela explícita ou não.

Os jogos eletrônicos, em sua maioria, exigem concentração, trabalho em equipe, observação, pensamento lógico e rápido, resolução de problemas, assim como, melhora a

coordenação motora e desenvolve a capacidade de tolerância a frustrações. Assim, após o jogador desenvolver essas habilidades, o mesmo pode também, aplicar essas habilidades construídas no universo online, em seu cotidiano do dia a dia.

Mas, os jogos não são apenas utilizados apenas como forma de distração, alguns games são criados especificamente para a educação, desenvolvidos por programadores em parceria com pedagogos, psicólogos e professores. Outros são de uso geral, mas com o direcionamento do professor podem trazer benefícios reais de conhecimento. Os jogos eletrônicos podem ser usados na educação para alfabetizar crianças e também auxiliá-las na aprendizagem de matérias de história, matemática, inglês etc.

O jogo Among Us, que ficou famoso em 2020, é um exemplo de jogo que influencia positivamente os seus jogadores. No jogo, o usuário é simulado como um astronauta juntamente a 10 (dez) outros jogadores, porém, um desses jogadores tem a missão de atrair e fazer com que os outros 9 percam a partida. O objetivo final do jogo é fazer todas as pequenas missões presentes dentro da nave espacial e/ou investigar e descobrir quem é o impostor (nome dado ao jogador que atrai aos demais). Fazendo assim com que os jogadores desenvolvam habilidades como raciocínio lógico, tomada de decisões e o bom convívio social.

Assim como forma de distração, os jogos eletrônicos também podem ser usados para o tratamento de doenças; esses videogames, que escaneiam o corpo do jogador, permitem que o paciente faça movimentos alternados com pernas e braços. Ao mesmo tempo, exigem maior esforço cognitivo, como memória operacional, atenção alternada e velocidade de processamento. Na Doença de Parkinson, sutilmente, nota-se declínio das funções cognitivas, principalmente atenção e funções executivas (velocidade de processamento). Os jogos de videogame contribuem com o processo de estimulação, desacelerando a doença e melhorando as funções executivas.

Porém, nem tudo é felicidade, ao serem usados com frequência excessiva, os jogos eletrônicos podem se caracterizar como um vício, igual a qualquer outro. Entre os principais indícios do vício em games pode-se citar: baixo rendimento escolar, não ter o controle sobre a quantidade de tempo de jogo, exclusão social, priorizar o jogo a outras atividades sociais. Além do surgimento de problemas físicos: postura inadequada, problemas de audição (já que muitos jogam com fones de ouvido no volume muito alto), irritação dos olhos (por conta da luminosidade).

Em junho deste ano, a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou uma nova Classificação Internacional de Doenças (CID), incluindo o vício em videogames como uma perturbação mental. O diagnóstico considera, por exemplo, a falta de controle e a prioridade dos jogos na vida pessoal.

Quando o jogo se torna um vício, ele pode causar vários problemas em seus usuários. Um deles, é o grande investimento que o jogador coloca em seu jogo, podendo gastar até mais do que se fosse necessário, apenas para conseguir destaque no game. outro efeito negativo é o cansaço físico e mental, causado pela diminuição ou falta do sono noturno, interferindo na produtividade intelectual, atenção e convívio social. Alguns pesquisadores ainda dizem que o vício em jogos pode ser comparado ao vício em álcool e drogas, pois possuem efeitos semelhantes no cérebro humano, como mostrado na pesquisa a seguir.

Jogos de celular e computador que instigam o vício podem ter efeito similar ao abuso de drogas ou alcoolismo no cérebro infantil, revelou uma série de estudos realizados pela Universidade Estadual da Califórnia, nos Estados Unidos.

De acordo com o Daily Mail, exames de ressonância magnética mostraram que o cérebro de jovens que utilizam com muita frequência o videogame e as mídias sociais exibem as mesmas mudanças de função e estrutura que as dos alcoólatras ou viciados em drogas.

Outro mal também causado pelo vício em jogos eletrônicos, é a perda do apetite do jogador, o que pode acarretar no surgimento de transtornos alimentares como a anorexia. Outro fator é o aumento da ansiedade, por conta da ânsia que o jogador tem em conseguir um novo item ou uma nova fase no game.

Além desses, problemas posturais também são frequentes naqueles que passam horas em frente aos videogames, já que os mesmos estão sempre movimentando os membros superiores (para aqueles que jogam com controles) ou com a coluna de forma errada (para aqueles que jogam em computadores e notebooks).

A perda do sono também é algo frequente na vida daqueles que jogam de forma excessiva. Dessa forma a falta de sono pode gerar uma série de alterações no organismo, já que secreção de alguns hormônios está relacionada ao sono, e quando há privação de descanso, ocorrem mudanças que contribuem para o acúmulo de gordura corporal e podem causar estresse e dores no corpo além de prejuízos à memória e aprendizado, risco de desenvolver doenças psiquiátricas e enfraquecimento do sistema imune. Além de causar mudanças no relógio biológico do ser humano, pois o mesmo é responsável por causar o sono durante a noite e permanecer acordado durante o dia e não o contrário.

A exposição a jogos violentos é outro problema bem frequente, já que a mesma pode influenciar (ou não) o jogador a praticar os mesmos atos. Jogos eletrônicos que apresentam violência extrema são cada vez mais frequentes, mas é somente na atualidade que isso ocorre.

Outra preocupação em relação aos jogos eletrônicos são o uso de mensagens subliminares, mensagens mostradas na tela do game (de forma escrita ou não) que geralmente passam despercebidas de forma consciente, porém, a mensagem atinge outra parte do cérebro humano subconsciente.

A mensagem subliminar é aquela que trabalha com o subconsciente das pessoas. A mensagem captada é assimilada sem nenhuma barreira consciente, assim, o indivíduo age não como se estivesse hipnotizado, pois ele não perde a consciência, mas sim, com tendências subjetivas para tomar certa atitude. É importante ressaltar que a mensagem subliminar trabalha unicamente com o subconsciente, portanto, qualquer impressão consciente que uma imagem provoca no indivíduo não pode ser considerada como mensagem subliminar.

São por esses e entre outros motivos que os jogos eletrônicos atuais, são os que mais sofrem com o cancelamento(não o cancelar de não ter o jogo lançado na data esperada) e sim deles não serem muito bem recebidos pelo público por conta de seus âmbito violento e com várias estimulações ao jogador a cometer esses atos de violência, sem muitas vezes achar que em vez de viver o mundo que conhecemos essas pessoas não distinguem o que é real e ficção e acabam cometendo crimes com base no jogo em questão.

2.3 Crimes cibernéticos

Quando falamos de crimes cibernéticos, surge a seguinte pergunta: “o que é crime cibernético afinal?”. Crime cibernético é uma atividade criminosa que tem como alvo ou faz uso de um computador, uma rede de computadores ou um dispositivo conectado em rede.

Não todos, mas a maioria dos crimes cibernéticos é cometida por cibercriminosos ou hackers que querem ganhar dinheiro. O crime cibernético é realizado por pessoas ou organizações.

Em números, o Brasil teve um aumento nos números de casos de cyber crimes onde esse número em 2020, o registro de denúncias anônimas contabilizou 156.692 casos, segundo os dados da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Crimes desse tipo são reconhecidos pela legislação brasileira desde 2012, e podem render até oito anos de reclusão para quem for julgado como cibercriminoso. A "Lei dos Crimes Cibernéticos" também classifica atos como invasão de computadores, violação da integridade de dados pessoais de terceiros e o ato de derrubar sites do ar como crimes. As penas variam de acordo com a gravidade da ação, compreendendo de três meses a um ano e multa para crimes mais leves e seis meses a dois anos de reclusão — inclusive com multa — nos casos mais graves.

2.3.1 Como os crimes cibernéticos são controlados no Brasil

No Brasil a lei 12.735/2012, aprovada em 2012, tipifica infrações envolvendo o uso de sistemas eletrônicos para o comprometimento e interceptação de dados em redes. Essa lei também é responsável por instituir a formação das delegacias especializadas em crimes cibernéticos. No ano de 2020 de acordo com pesquisa feita no site tectudo diz o seguinte que:

Em 2020, foram registradas 156.692 denúncias, um número bastante superior ao apresentado no ano de 2019, quando 75.428 casos foram contabilizados. Delitos relacionados à pornografia infantil caracterizam 98.244 denúncias, sendo o crime mais cometido. Infrações relacionadas a racismo e discriminação estão no segundo lugar dos casos registrados, de acordo com a Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, parceria da ONG Safernet e do Ministério Público Federal. Os crimes cibernéticos de natureza financeira — como invasão de computadores, roubo de senhas e dados bancários, além de golpes gerais de extorsão — também aumentaram, e grande parte das ações tiram proveito da pandemia. Em 2020, houve registros do aumento em 41.000% de sites com termos relacionados a "coronavírus" e a "Covid" em seu domínio.

Com as leis vigentes, pode-se esperar uma queda nesses números, porém ainda sim precisam de mais força para agir.

2.3.2 Artigos de combate aos cibercrimes

Por conta desses ataques, foram lançadas leis contra esses crimes e alguma delas são como a Lei Nº 12.737/2012, que foi acrescentada ao Código Penal e passou a tipificar delitos especificamente virtuais. Já a Lei Nº 12.735/2012, isto é, um pouco anterior, foca nas condutas por meio de sistemas eletrônicos e/ou digitais, ou seja, praticadas contra sistemas informatizados.

Atualmente o chamado Marco Civil da Internet, criado em de 2014 (Lei Nº 12.965/2014), estipula e regula direitos e deveres dos internautas, com a intenção de proteger informações pessoais e dados privados dos usuários.

Com isso, ainda temos um vasto caminho a percorrer até o problema de os cibercrimes serem totalmente controlados. Na seara dos jogos eletrônicos, não adianta simplesmente os juristas brasileiros bloquearem ou até mesmo banirem esses jogos violentos do território se a população é bastante acostumada com esse tipo de jogo e que não cairia tão bem e poderia causar mais desgosto e sobre a política que o país vem vivendo nos últimos tempos.

Porém, surge a pergunta, e nos jogos eletrônicos, estes possuem formas de controlar os crimes praticados contra os jogadores e jogadoras mesmo estando de certa forma “online” e “invisível” na rede? De certa forma existe, porém, as desenvolvedoras não fazem pois o grande número de pessoas que assistem as transmissões dos campeonatos não se importa muito com o que acontece com os jogadores ou jogadoras dentro ou fora dele.

2.3.3 crimes cibernéticos na pandemia

Durante a pandemia de covid 19 que assolou o mundo muitas pessoas ficaram isoladas em casa e por consequência de não saírem de casa para irem as compras, muitas pessoas decidiram fazer isso de forma online, porém acabaram por cair em mais golpes do que deveria.

Apesar de todo esse cenário existem alguns meios para se prevenir e não ser mais uma vítima: instalação de antivírus e mantendo a atualização em dias, utilizar senhas fortes, evitar de abrir algum anexo ou e-mail suspeito; nunca passar senhas ou login particulares seja de qualquer tipo de conta por e-mail; não baixar ou fazer download de links, softwares desconhecidos, esses são apenas as principais prevenções, mesmo assim, ainda corremos o risco de ser hackeados.

Esse medo só cresce por conta da má gestão que os governos dos estados e até do país não liga para a sua segurança online e quando ocorre esse tipo de crime, eles não sabem ao certo o que fazer.

De acordo com o valor econômico, o Brasil atingiu uma marca no ano de 2021 dentre os países da américa latina e caribe, mostrando que nem todos os países estão seguros em relação aos crimes cibernéticos.

Em 2021, o Brasil atingiu a marca do segundo lugar entre os países que mais sofreram ataques virtuais criminosos na América Latina e Caribe, de acordo com levantamento feito pela Fortinet Threat Intelligence Insider Latin America, ganhando uma posição desde o início da pandemia de Covid-19. Por aqui, foram registrados 88,5 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos no ano passado, um aumento de mais de 950% com relação a 2020.

Com o crescimento desse tipo penal cibernético, o mundo globalizado buscou uma solução com objetivo de proteger o usuário da rede mundial de computadores, empresas especializadas em oferecer seguro contra tais delitos estão no mercado oferecendo tais serviços.

Nota-se que o crescimento dos números das empresas que preocupadas com essas ações criminosas, buscam proteger seus dados sigilosos de tais ataques, intensificando a corrida pelo Seguro Cibernético, sendo está a mais nova e emergente modalidade do segmento, vem fazendo com que a procura por seguros tenha um aumento de 40% no primeiro trimestre deste ano.

3 CONCLUSÃO

Neste artigo, foi debatido como os jogos eletrônicos, os crimes cibernéticos e o cyberbullying, afeta nosso dia a dia, porém surgem as perguntas, nos jogos eletrônicos competitivos, é possível controlar o ódio distribuído pela torcida? Como prevenir os crimes realizados de modo online? E ainda surgem mais conforme foi sendo discutido o assunto. A resposta para essas perguntas se baseia mais no jeito como a lei trata essas questões, por exemplo a primeira pergunta sobre torcidas de jogos online, não existe lei que ampare as pessoas que sofrem com ataques de ódio, ameaças e entre outras coisas, por isso para que esses jogadores mantenham a saúde mental em dia, as torcidas devem ser orientadas pelas próprias organizações e também pelos próprios organizadores dos campeonatos e pelos próprios jogadores (a). Já a outra pergunta, a resposta para ela é um pouco mais complicada pois envolve a segurança particular da vítima na internet e como o código penal abrange esses crimes em seu conteúdo e como discutido no texto, o próprio CP não possui em seu conteúdo leis que sejam específicas para crimes realizados de forma online. Uma solução que abrange as duas perguntas de uma só vez e a criação de uma lei específica para esses crimes praticados tanto na via dos jogos eletrônicos quanto na via dos crimes praticados de forma online. Assim, podemos proteger muitas pessoas que sofrem com isso diariamente e não tem uma proteção na base legal do direito brasileiro.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daiana Calixto de. Cyberbullying: uma abordagem sobre os reflexos da violência nas redes Sociais. / Daiana Calixto de Almeida. 2014.

BATISTA, Mônica de Lourdes Souza; QUINTÃO, Patrícia Lima; LIMA, Sérgio Muinhos Barroso. Um Estudo sobre a Influência dos Jogos Eletrônicos sobre os Usuários. Um Estudo sobre a Influência dos Jogos Eletrônicos sobre os Usuários, [S. l.], p. 1-11. Acessado em 28 set. 2022

BLUME, Bruno. Bullying: o que é? Disponível em: <<https://www.politize.com.br/bullying-o-que-e/>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

FEDERAL, Governo. Governo Federal lança Plano Tático de Combate a Crimes Cibernéticos. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2022/03/governo-federallanca-plano-tatico-de-combate-a-crimes-ciberneticos>>. Acessado em 26 mai. 2022.

GARRETT, Filipe. Crimes cibernéticos: entenda o que são e como denunciar. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/08/crimes-ciberneticos-entenda-o-que-sao-e-comodenunciar>>. Acessado em 26 mai. 2022

MAIS de 70% dos brasileiros jogam jogos eletrônicos, aponta pesquisa nacional. [S. l.], 30 jun. 2020. Disponível em: <https://jornalibia.com.br/noticias/economia/gente-negocios/mais-de-70-dos-brasileiros-jogam-jogos-eletronicos-aponta-pesquisa-nacional/>. Acesso em: 28 set. 2022

MARCOS, João Ferreira Araujo; jogos eletrônicos: influências positivas e negativas dos games em meio a sociedade. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/jogos-eletronicos-influencias-positivas-e-negativas-dos-games-em-meio-a-sociedade>. Acessado em 28 set. 2022

NOVAIS, Guilherme. Violência e toxicidade nos jogos eletrônicos: o que pensa a comunidade gamer? Disponível em: <<https://guinovais.medium.com/viol%C3%Aancia-e-toxicidade-nos-jogoseletr%C3%B4nicos-o-que-pensa-a-comunidade-gamer>>. Acessado em: 08 jun. 2022

PORFÍRIO, Francisco. Cyberbullying. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/cyberbullying>>. Acessado em 25 mai. 2022.

VEJA. Crianças: vício em jogos danifica o cérebro tanto quanto álcool e drogas Leia mais em: <https://veja.abril.com.br/saude/criancas-vicio-em-jogos-danifica-o-cerebro-tanto-quanto-alcool-e-drogas/>. Crianças: vício em jogos danifica o cérebro tanto quanto álcool e drogas Leia mais em: <https://veja.abril.com.br/saude/criancas-vicio-em-jogos-danifica-o-cerebro-tanto-quanto-alcool-e-drogas/>, [S. l.], p. 1, 28 set. 2022

O CAMINHO DA REGULAMENTAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS: O IMPACTO DO PROJETO DE LEI 4.401/2021 COM SUA APROVAÇÃO NO SENADO.

JULIA SABRINA BEZERRA DA SILVA:

Acadêmica de Direito pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie

KARINA BONETTI BADAWI

(orientadora)

Resumo: O presente artigo tem como principal fundamento apresentar as propostas da Lei 4.401/2021 que trata sobre o mercado de ativos de criptomoedas e sua regulamentação, por conseguinte analisar as concepções jurídicas feitas na lei que agora se encontra no senado, se justifica em como traçar considerações sobre como em âmbito internacional tais parâmetros se desenvolvem e como a consonância com esse cenário pode apresentar um caminho assertivo para o desenvolvimento da citada regulamentação. Esse artigo desenvolve uma abordagem ampla sobre determinado tema, a partir de diferentes perspectivas teóricas, se embasando em referencial bibliográfico.

Palavras chave: Criptomoedas, Regulamentação, Projeto de Lei.

Sumário: Introdução, 1. A Lei 4.401/2021 e Sua Mais Recente Posição 1.1 Os Ativos de Criptomoedas Como Criadores de Fato Jurídico, 2. A Regulamentação e a Segurança Jurídica, 3. A Regulamentação em Outros Países, Conclusão.

INTRODUÇÃO

As Criptomoedas foram em um passado não tão distante um conceito distópico, hoje em dia, sua usabilidade no nosso cotidiano já é uma realidade, conseqüentemente, tais mudanças geram efeitos sobre como realizamos negócios jurídicos, e assim surge a necessidade da devida regulamentação.

Podemos medir o avanço sobre esse tema por números percebidos no mercado virtual, atualmente, segundo dados do Índice Global de Adoção de Criptomoedas 2022 da Chainalysis, apontou que o Brasil é a sétima economia mundial com a maior adoção de criptomoedas, liderando o setor na América Latina e despontando como um dos mercados destaque das moedas digitais descentralizadas.

Se faz importante, colocarmos aqui, um breve resumo do que são as moedas digitais; na prática, são apenas registros de um bloco de um banco de dados distribuído, ao mover um valor de um endereço para o outro, estamos apenas dizendo que determinado endereço passou a ter um valor menor no seu registro, e outro, um valor maior.

1. A LEI 4.401/2021 E SUA MAIS RECENTE POSIÇÃO

É cediço que há uma falta de normas vigentes que acompanhem a contemporaneidade nesse cenário, contudo a lei mais recente aprovada no senado versa justamente sobre a regulamentação do mercado nacional de criptomoedas e com ela a proposta de trazer diretrizes sobre prestação de serviços de ativos virtuais.

Dentre os pontos abordados, o primeiro deles é a definição de ativos digitais que segue sendo a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com o propósito de investimento.

Em 26 de outubro, a referida proposta de lei teve um marco significativo seguindo com a aprovação de seu substitutivo na casa revisora.

A PL 4401 foi devolvida à Câmara dos Deputados para apuração das edições propostas na casa legislativa e depois seguirá para sanção presidencial, se não houver intercorrências.

Os Projetos de Lei propõem uma regulação, hoje inexistente, ao mercado de criptoativos, que vem apresentando crescimento relevante no volume de recursos financeiros negociados no país. Assim, trazem princípios mínimos a serem observados nesse mercado, atribuindo a ente do governo federal a regulação e supervisão das operações com criptoativos e das instituições intermediadoras, chamadas de Exchanges. Por isso, desde já entendemos que a matéria trazida pelas proposições é meritória.

É importante salientar que a falta de regulamentação dos criptoativos e a privacidade ofertada pela criptografia por meio da tecnologia blockchain têm cada vez mais chamado a atenção de criminosos, que recebem dinheiro de suas vítimas por meio da rede de negociação desses ativos.

1.1 OS ATIVOS DE CRIPTOMOEDAS COMO CRIADORES DE FATO JURÍDICO

Os fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam, nessa dinâmica podemos apresentar o esse conceito nas palavras de Santoro Passarelli;

(...) “são fatos jurídicos os produzem um evento jurídico que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou, também, na substituição duma relação nova a uma relação preexistente, e, ainda, na qualificação duma pessoa duma coisa o de um fato.” (PASSARELLI, 2005)

Segundo Cury, essa relação com moedas privativas não é nova, ao longo da história já ocorreu essa atuação simultânea com moedas oficiais.

(...) “por exemplo, temos o rublo evanescente, que nada mais foi do que a utilização de quesitos comerciais para o abatimento de dívidas particulares sem o emprego de moeda nacional, ou seja, moedas privativas, que ocorreu na Ucrânia e na Rússia”.(CURRY, 2020)

A internacionalização desses conceitos estão presentes para abraçar de certa forma a globalização dos ativos de "cryptocurrency", neste sentido, ações foram e estão sendo desenvolvidas com o objetivo de harmonizar as normas, principalmente no que se relaciona a livre movimentação de recursos e diminuição de barreiras comerciais.

Ainda, em parecer apresentado na câmara, na tramitação da comentada lei o Senador Flávio Arns ressalta o volume expressivo de recursos que são negociados em operações com cripto ativos, sem existir a regulamentação específica para as empresas que negociam, fazem a intermediação ou custódia de cripto ativos. Segundo o autor, a falta de regulamentação e fiscalização desse novo e crescente setor representa sérios riscos aos investidores e à higidez da ordem econômico-financeira, diante da possibilidade de uso de tais ativos virtuais para o financiamento de atividades ilegais diversas, tais como lavagem de dinheiro, evasão de divisas e tráfico de entorpecentes, ou mesmo para a obtenção de ganhos ilícitos em detrimento da coletividade, como a criação de pirâmides financeiras e outros mecanismos fraudulentos.

Considerando o narrado até o momento, a relevância da proposta normativa também se dá ao preconizar que as prestadoras de serviços de ativos virtuais dependerão de prévia autorização de órgão a ser indicado pelo executivo federal para atuarem no País.

Ainda, o texto final dispõe em seu artigo 4º dispõe suas diretrizes, dada sua importância, cumpre se a necessidade de reproduzi lo;

(...) Art. 4º A prestação de serviço de ativos virtuais deve observar as seguintes

diretrizes, segundo parâmetros a serem estabelecidos pelo órgão ou pela entidade da

Administração Pública federal definido em ato do Poder Executivo.”(BRASIL, 2022)

Sobre os incisos, vale citarmos sobre o assunto que a principal diferença entre as “transações financeiras comuns e as transações com criptomoedas está justamente relacionada ao seu aspecto de transparência, como todas as transações são públicas, existe a garantia de que a autoridade financeira não vai “fabricar” dinheiro ou papéis que valem dinheiro, como é caso de títulos de dívida criados por alguns países para tentar aumentar suas reservas, garantindo o pagamento de juros após um determinado tempo, Com as criptomoedas, ao nomear uma entidade financeira centralizadora, se define melhor o valor real do ativo”. (NASCIMENTO, 2022)

(...) I – livre iniciativa e livre concorrência;

II – controle e manutenção de forma segregada dos recursos aportados pelos clientes;

III – boas práticas de governança, transparência nas operações e abordagem baseada em riscos;

IV – segurança da informação e proteção de dados pessoais;

V – proteção e defesa de consumidores e usuários;

VI – proteção à poupança popular;

VII – solidez e eficiência das operações;(BRASIL,2022)

Em relação ao último inciso do artigo que versa sobre lavagem de dinheiro vale destacar: "as moedas soberanas, fixadas pelo Estado, baseiam-se na noção de valor, tendo por base o curso legal, isso decorre da confiança, por intermédio do estado, em determinado meio de pagamento".(CURY, 2020).

(...) "VIII – prevenção à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores e combate à atuação de organizações criminosas, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa, em alinhamento com os padrões internacionais."(BRASIL, 2022)

Cury também assevera, que uma vez que a falta de regulamentação acerca do tema, vem causando insegurança jurídica nas instituições financeiras e na sociedade em geral, ademais as consequências jurídicas para quem realiza o mau uso da criptomoeda ainda se apresenta como novidade para os profissionais da área.

O citado autor também apresenta curioso caso que nos apresenta de exemplificação para ilícitos neste meio, "um sítio eletrônico chamado Silk Road que funcionou até outubro de 2013, foi desenhado de permitir que usuários ao redor do mundo comprassem e vendessem drogas ilegais e outro produtos ilícitos anonimamente, causando insegurança jurídica, o superintendente do financial services do Estado de Nova York a publicar em 2014 o *Bit License* que se trata de uma licença que as *Bitcoins Exchanges*, casas de câmbio de bitcoin para poderem atuar no estado, e assim cumprir a finalidade de colocar amarras regulatórias".(CURY, 2020)

Importante ressaltar que responsabilidade jurídica pelo ato ilícito aludido nos artigos, "o ato ilícito gerador da obrigação de indenizar integra o universo dos fatos jurídicos, que engloba todos os fenômenos capazes de gerar efeitos no plano do direito. Dentre esses eventos jurídicos, há os que provêm de força da natureza (fatos jurídicos, em sentido estrito) e os que se apresentam como produto da vontade, ou seja, do comportamento voluntário do homem (atos jurídicos em sentido lato). É como ato decorrente do querer do agente que se estabelece a situação propiciadora da configuração do ato ilícito que, por sua vez, irá gerar o efeito jurídico que lhe é próprio: a obrigação de indenizar o dano, que a conduta, presidida pela vontade, acarretou a outrem."(HUMBERTO, 2022)

Na redação o projeto de lei também apresenta nos artigos 8 e 9 e preconizam;

(...) “Art. 8º As instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil poderão prestar exclusivamente o serviço de ativos virtuais, ou cumulá-lo com outras atividades, na forma da regulamentação a ser editada por órgão ou entidade da Administração Pública Federal indicada em ato do Poder Executivo Federal.

Art. 9º O órgão ou a entidade da Administração Pública Federal de que trata o caput do art. 2º desta Lei estabelecerá condições e prazos, não inferiores a 6 (seis) meses, para adequação das prestadoras de serviços de ativos virtuais que estiverem em atividade às disposições desta Lei e às normas por ele estabelecidas.” (BRASIL, 2022)

Embora reconhecido como inovador na incorporação de novas tecnologias, o sistema bancário é conservador enquanto se trata da adoção de novos modelos de negócio.

2. A REGULAMENTAÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA

Nessa vertente, podemos sinalizar que esse movimento regulatório se manifesta em escala global; e que, estar consciente dessa onda é uma estratégia resolutória para os presentes e futuros conflitos.

Consubstancial citarmos que nos Estados Unidos o senador Bill Hagerty está endossando “O Digital Trading Clarity” que visa fornecer clareza regulatória em torno de duas preocupações principais que assolam os estabelecimentos de exchanges de criptomoedas; sendo a classificação de passivos e ativos digitais, os relacionando com as leis de valores mobiliários existentes.

O senador deixa claro que a legislação, quando aprovada, não apenas forneceria “certeza muito necessária aos negócios de criptomoedas, mas também melhoraria o crescimento e a liquidez dos mercados de criptomoedas dos EUA”. (SARKAR, 2022)

Ao expressarmos o caso, falamos em declaração de vontade, onde estamos utilizando essa expressão como uma espécie de manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos.

O importante na caracterização do negócio é salientar que, “se, em primeiro lugar, ele é um ato cercado de circunstâncias que fazem com que socialmente ele seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos, em segundo lugar, a correspondência, entre os efeitos atribuídos pelo direito”. (AZEVEDO, 2002)

Se faz primordial citar a importância do conceito de liquidez, a liquidez do mercado de criptomoedas é afetada e influenciada pelos denominadores a seguir; Volume de negócios: Este é um fator importante que determina a liquidez do mercado. O volume de negociação de moedas trocadas em um período de 24 horas no mercado pelos vendedores e compradores determina a liquidez do mercado.

Na temática, tudo que acontece no mundo, ou seja, todos os fatos, dentre os quais se incluem os atos, se apresentam revestindo, sempre, certa forma, qualquer que seja. A simples circunstância de se tornar realidade concreta no mundo importa, necessariamente, ter uma forma. A vontade, também, ao exteriorizar-se toma forma, consubstanciando-se em simples manifestações, que se revelam através de mero comportamento das pessoas, embora concludente, ou em declarações, que se constituem em manifestações qualificadas de vontade". (MELLO, 2022)

Para exemplificar o contexto, temos na jurisprudência recortada abaixo, o caso de declaração anual sobre o imposto de renda, se fazendo necessário assim a normatização desse cenário aqui desenredado.

AGRAVO DE PETIÇÃO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. CRIPTOMOEDAS. A posse de **criptomoedas** deve ser informada na Declaração Anual de Imposto de Renda, sendo certo que foram realizadas pesquisas junto ao Infojud e juntadas as declarações existentes em nome dos executados. Desse modo, a expedição de ofício à Receita Federal mostra-se medida inócua, razão pela qual mantenho o indeferimento.

As situações que se encontram fora do campo de aplicabilidade da norma-regra devem ser apreciadas com extrema cautela, devendo ser respeitada a delimitação de incidência estabelecida pela vontade do legislador, sob pena de se violar a separação harmônica dos poderes constituídos do Estado.

3. A REGULAMENTAÇÃO EM OUTROS PAÍSES

O crescimento econômico e o desenvolvimento social são pilares que dependem do intercâmbio das Nações para serem alcançados em níveis satisfatórios.

Em 2019, O governo da Suíça também aprovou uma moção que orientava o Conselho Federal a adaptar as disposições existentes para incluir as criptomoedas, assim em 2020, o parlamento aprovou a chamada "Blockchain Act" definindo ainda mais as legalidades da troca de criptomoedas e da execução de exchanges de criptomoedas na Lei Suíça.

Vejamos que no Canadá, ainda que a as moedas de crypto não sejam consideradas por força de lei como economicamente vinculadas e reconhecidas, aguardando decreto que se presta a regulamentar seu valor, o país se encontra proativo nesse assunto, visto que a nação está prestes a ser o primeiro país a aprovar a BITCOIN como exchange-traded fund (ETF), ou fundo de investimento negociado.

Em contrapartida, a China colocou uma proibição sobre a mineração de Bitcoin em maio de 2021, forçando várias operações que estavam funcionando no momento ao término, ou a sua realocação jurisdicional a locais com a regulamentação mais favorável.

CONCLUSÃO

Para o Direito as melhorias práticas são baseadas no entendimento dos processos pelas quais elas possam ser atingidas, de certo é necessário que o Estado, agente diretamente responsável pela inovação reúna as condições para que ela ocorra.

Em face dos desafios sociais que cada vez mais se apresentam, da crescente busca de ações governamentais que se traduzem em efetivas prestações positivas e ao poder constituído judiciário a árdua tarefa de estabelecer os limites de exercício da autonomia de vontade privada, a fim de assegurar decisões com o mínimo de previsibilidade.

Faz-se necessário a criação de normas que tratem sobre o processo de integração econômico com as tecnologias já disponíveis e produzindo relações de troca, de modo a favorecer a eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias.

Relacionar esse desenvolvimento social, tecnológico, financeiro e conseqüentemente jurídico é um papel relevante para uma prestação jurídica efetiva e para o progresso como um todo, o que é inescapável para qualquer sociedade em desenvolvimento e a sua não observância é marca de verdadeiro retrocesso.

REFERÊNCIAS

FEDERAL, Senado. **PARECER Nº 127, DE 2022 – PLEN/SF**. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9137452&ts=1653562813617&disposition=inline>. Acesso em: 10 out. 2022.

GEORGE, Kevin. **Cryptocurrency Regulations Around the World**. Disponível em:

<https://www.investopedia.com/cryptocurrency-regulations-around-the-world-5202122>. Acesso em: 10 out. 2022.

SALGADO, Por Alamiro Velludo Salvador Netto e Amanda Bessoni Boudoux. **Proposta de regular ativos virtuais no contexto de prevenção à lavagem de dinheiro**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2022-abr-14/opiniao-regular-ativos-virtuais-prevencao-lavagem-dinheiro#:~:text=As%20pessoas%20jur%C3%ADdicas%20que%20prestam%20servi%C3%A7os%20de%20ativos,por%20um%20emissor%20ou%20venda%20de%20ativos%20virtuais..> Acesso em: 10 out. 2022.

SARKAR, Arijit. **Projeto de lei do senador dos EUA busca amortecer as exchanges de criptomoedas das ações de fiscalização da SEC**. Disponível em:

<https://cointelegraph.com.br/news/us-senator-bill-seeks-to-cushion-crypto-exchanges-from-security-enforcement-actions>. Acesso em: 07 out. 2022.

NASCIMENTO, Leonardo B G.; MIRA, José E D.; BISON, Thaís; et al. **Criptomoedas e Blockchain: Grupo A**, 2022. E-book. ISBN 9786556900094. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556900094/>. Acesso em: 04 out. 2022.

OUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria C.; MOUALLEM, Pedro Salomon B. **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. Editora Blucher, 2017. E-book. ISBN 9788580392821.

Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788580392821/>. Acesso em: 10 out. 2022.

NICOCELI, Artur. **Conheça 6 projetos de lei criados para regulamentar criptomoedas no Brasil**. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/10/conheca-6-projetos-de-lei-criados-para-regulamentar-criptomoedas-no-brasil/>. Acesso em: 10 out. 2022.

MASSALLI, Fábio. **Senado aprova regulamentação do mercado de criptomoedas**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2022-04/senado-aprova-regulamentacao-do-mercado-de-criptomoedas>. Acesso em: 10 out. 2022.

BERTOLUCCI, Gustavo. **Brasil se torna 7º maior mercado de criptomoedas, diz Chainalysis**. Disponível em: <https://livecoins.com.br/brasil-se-torna-7o-maior-mercado-de-criptomoedas-diz-chainalysis/#:~:text=Dados%20recentes%20apontam%20que%20o%20Brasil%20%C3%A9%20a,um%20dos%20mercados%20destaque%20das%20moedas%20digitais%20descentralizadas..> Acesso em: 10 out. 2022.

CURY, Rogério. **Direito Penal Econômico**. [Digite o Local da Editora]: Grupo Almedina (Portugal), 2020. E-book. ISBN 9786556270531. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270531/>. Acesso em: 27 out. 2022.

NASCIMENTO, Leonardo B G.; MIRA, José E D.; BISON, Thaís; et al. **Criptomoedas e Blockchain**. [Digite o Local da Editora]: Grupo A, 2022. E-book. ISBN 9786556900094. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556900094/>. Acesso em: 27 out. 2022.

MELLO, Marcos Bernardes D. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620261. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620261/>. Acesso em: 28 out. 2022.

JR., Humberto T. **Negócio Jurídico**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992835. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992835/>. Acesso em: 28 out. 2022.

AZEVEDO, Antônio Junqueira D. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2002. E-book. ISBN 9788553615629. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615629/>. Acesso em: 28 out. 2022.

APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE ÀS MEDIDAS LEGAIS DE ISOLAMENTO E QUARENTENA ADOTADAS PARA CONTROLE DA COVID-19

MYLLENY RODRIGUES DA COSTA SILVA:
Graduanda do Curso de Direito pelo ICEV.

BERTO IGOR CABALLERO CUELLAR⁶⁰

(orientador)

RESUMO: A COVID-19 consiste em uma patologia infectocontagiosa provocada por um tipo de coronavírus denominado SARS-CoV-2 que fez várias vítimas em grande parte do mundo. O Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública por meio da edição do Decreto Legislativo nº 6/2020 e foi publicada a Lei nº 13.979, no dia 6 de fevereiro de 2020. Tal Lei trouxe algumas medidas a serem adotadas no país para enfrentar a emergência que restringiram o direito de liberdade de locomoção como o isolamento social e a quarentena. Essas providências provocam grande impacto no direito de ir e vir dos indivíduos, bem como uma mudança no funcionamento da sociedade e na situação econômica do país. O objetivo geral foi aplicar o Teste da Proporcionalidade às medidas legais de isolamento e quarentena adotadas para controle da COVID-19 entre 2020 e 2021, especificamente averiguando se tais condutas foram adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, tendo como hipótese que as referidas providências cumprem todos os requisitos do exame da proporcionalidade. A partir das investigações e estudos das referências bibliográficas, conclui-se que as medidas de isolamento e quarentena atenderam todas as etapas do teste da proporcionalidade.

Palavras-chave: Covid-19. Proporcionalidade. Teste. Isolamento. Quarentena.

ABSTRACT: COVID-19 is an infectious disease caused by a type of coronavirus called SARS-CoV-2 that has claimed several victims in much of the world. The National Congress recognized the state of public calamity through the enactment of Legislative Decree No. 6/2020 and Law No. 13,979 was published on February 6, 2020. This Law brought some measures to be adopted in the country to face the emergency that restricted the right to freedom of movement such as social isolation and quarantine. These measures have a great impact on individuals' right to come and go, as well as a change in the functioning of society and the country's economic situation. The general objective was to apply the Proportionality Test to the legal isolation and quarantine measures adopted to control COVID-19 between 2020 and 2021, specifically verifying whether such conducts were adequate, necessary and proportional in the strict sense. The methodology adopted was the bibliographic review, with the hypothesis that the aforementioned measures meet all the requirements of the proportionality examination. From the investigations and studies of the

⁶⁰ Doutorando em Direito pelo IDP. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Advogado. Professor da Universidade Federal do Piauí e da Escola de Direito Aplicado do ICEV.

bibliographic references, it is concluded that the isolation and quarantine measures met all stages of the proportionality test.

Keywords: Covid-19. Proportionality. Test. Isolation. Quarantine.

1 INTRODUÇÃO

A COVID-19 consiste em uma patologia infectocontagiosa provocada por um tipo de coronavírus denominado SARS-CoV-2. Essa enfermidade surgiu na cidade de Wuhan, na China. Devido ao seu caráter altamente transmissível, propagou-se rapidamente por diversos continentes e fez várias vítimas em grande parte do mundo (FAGUNDES; DUARTE, 2022).

Ele se alastra por meio de gotículas respiratórias e aerossóis que as pessoas contaminadas expõem ao tossir, respirar, espirrar ou falar. Além disso, essa doença atinge o sistema respiratório, podendo gerar os seguintes sintomas: dispneia, febre, dor, náuseas, fadiga muscular, vômitos, diarreia e outros (FAGUNDES; DUARTE, 2022).

A maioria dos indivíduos acometidos pela moléstia são pacientes sintomáticos, mas há casos de enfermos assintomáticos. Aqueles que são sintomáticos manifestam quadros leves a moderados, não sendo necessário tratamento hospitalar (FAGUNDES; DUARTE, 2022).

No entanto, alguns indivíduos como idosos e pessoas com condições metabólicas subjacentes, como diabetes mellitus, hipertensão e hiperlipidemia, apresentam risco maior de mortalidade e podem desenvolver um estado grave diante da doença, sendo imprescindíveis cuidados médico-hospitalares especializados (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021; STASI et al, 2020).

Para se ter uma dimensão da problemática, as estimativas da Organização Mundial da Saúde evidenciaram que até 6 de junho de 2022 foram registrados 529.410.287 casos no mundo, com indicador de 6.296.771 óbitos relacionados à enfermidade (BRASIL, 2022).

Diante disso, a Organização Mundial de Saúde estabeleceu as medidas com maior eficácia para controle da pandemia em uma declaração traduzida pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) (2021). Entre as medidas contidas em sua orientação pode-se citar: restrições para sair de casa, cancelamento de eventos de massa e restrições para reuniões, fechamento de comércio, distanciamento social, entre outros.

No Brasil, o primeiro caso de COVID-19 noticiado ocorreu em 26 de fevereiro de 2020 e, conforme dados apresentados pelas Secretarias Estaduais ao Ministério da Saúde, de 26 de fevereiro de 2020 a 18 de junho de 2022, foram confirmados 31.693.502 casos de pessoas infectadas e 669.010 óbitos, demonstrando a incidência de 14844,4, mortalidade de 317,4 e letalidade de 2,1% (BRASIL, 2022).

Em razão de todo o exposto, o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública por meio da edição do Decreto Legislativo nº 6/2020. Além disso, com o objetivo de

controlar a propagação do vírus, foi publicada a Lei nº 13.979 no dia 6 de fevereiro de 2020, tramitada em regime de urgência, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Tal norma, que ficou conhecida como Lei da quarentena, trouxe algumas medidas a serem adotadas no país para enfrentar a emergência em virtude da doença que restringem o direito de locomoção como o isolamento e a quarentena. Em seu art. 3º, a Lei autorizou o Poder Executivo, em todos os âmbitos, a determinar essas e outras providências.

Essas medidas de prevenção da COVID-19 provocam grande impacto no direito de ir e vir dos indivíduos, além de gerarem uma mudança no funcionamento da sociedade e na situação econômica do país. Em razão disso, é muito importante analisar a proporcionalidade das providências aplicadas eis que ocasionaram as mencionadas interferências.

O presente trabalho científico tem como objetivo geral aplicar o Teste da Proporcionalidade às medidas legais de isolamento e quarentena adotadas para controle da COVID-19 entre 2020 e 2021, especificamente averiguando se tais condutas foram adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Ademais, com este artigo científico tem-se o escopo de contribuir para os estudos acerca do tema.

A metodologia de pesquisa será realizada por meio de uma revisão bibliográfica. A divisão deste estudo de conclusão de curso foi organizada em capítulos, estabelecendo uma correlação entre os assuntos utilizando as bibliografias referenciadas.

A problemática abordada no presente trabalho acadêmico envolve o seguinte questionamento a respeito do tema objeto de estudo: as medidas legais de isolamento e quarentena adotadas para controle da COVID-19 atendem aos requisitos do Teste da Proporcionalidade?

A autora do artigo tem como hipótese que tais medidas aplicadas cumprem todos os preceitos do Teste da Proporcionalidade, ou seja, que são adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, de modo que o direito à saúde prevalece no sopesamento ou ponderação.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade possui natureza jurídica de princípio. Paulo Bonavides (2002) conceitua princípios como uma representação dos valores máximos que servem como norte para o ordenamento jurídico vigente, constituindo norma fundamental orientadora.

José Afonso da Silva (2005, p. 91) traz o seguinte conceito de norma:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à

obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

De acordo com Robert Alexy (2015, p. 86-87), norma é uma regra ou um princípio, sendo que princípios são: “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Dessa forma, segundo o jurista alemão, consiste em um comando em que seu grau de cumprimento é determinado pela sua possibilidade jurídica de ser aplicado em relação a outros princípios e regras que fazem oposição, e possibilidade real diante de uma determinada situação fática (ALEXY, 2015).

O princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da vedação de arbítrio ou proibição de excesso, consiste em uma norma que estabelece a necessidade de as leis e os atos administrativos estarem de acordo com os preceitos da justiça e da razão (MARQUES, 2009).

No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.031/DF, a Ministra Cármen Lúcia, que na ocasião foi a relatora, em seu voto trouxe o seguinte conceito esclarecedor do princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade, capaz de integrar juridicamente situação que envolva direitos fundamentais conflitantes, incide quando houver medida concreta destinada a efetivar uma finalidade. Referido princípio se desdobra em subprincípios pelos quais se revelam o princípio da adequação determinando que se observe, na espécie em exame, se a medida restritiva do direito fundamental é idônea a atingir a finalidade pretendida com a restrição; o princípio da necessidade, pelo qual, entre vários meios apropriados para a obtenção da finalidade objetivada, deve-se escolher o meio mais eficaz e menos gravoso ao direito restringido; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual se deve atentar à justa medida entre a restrição e a finalidade dos princípios conflitantes (BRASIL, 2020, p. 16).

Historicamente, o surgimento do princípio da proporcionalidade remete ao momento pós Segunda Guerra Mundial. Diante das atrocidades e crueldades executadas pela ideologia extremista e totalitária nazista, a proporcionalidade veio como um instrumento utilizado para reagir às prefaladas barbaridades, impondo limites ao Poder Público do Estado Alemão que violou a garantia dos direitos dos indivíduos (MARQUES, 2009).

O referido princípio tem origem no Direito Penal, o qual trouxe a máxima de que as sanções penais cominadas e aplicadas devem estabelecer uma relação de proporcionalidade com a gravidade das infrações cometidas, devendo ser imposto o meio adequado e necessário para proteger o bem jurídico violado (MARQUES, 2009).

Em âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 29 estabelece os seguintes pontos:

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas (BRASIL, 2013, p. 23).

Ademais, o art. 30 do mesmo diploma que versa sobre direitos humanos tem a seguinte redação:

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos (BRASIL, 2013, p. 23).

As disposições presentes nos artigos mencionados da Declaração Universal dos Direitos Humanos são imprescindíveis e contribuem para a construção da relevância do princípio da proporcionalidade na medida em que busca assegurar os direitos e liberdades estabelecidos nela e a justiça social.

Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 50) explica o seguinte sobre do que se trata a proporcionalidade:

É um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.

O princípio da proporcionalidade não está previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um princípio implícito no texto constitucional. Existem alguns dispositivos e fundamentos constitucionais que fazem referência à ideia proposta pelo referido princípio. Entre os artigos que podem ser mencionados, tem-se o art. 37, o art. 5º, II e o art. 84, IV do diploma constitucional.

Nesse sentido, Paulo Bonavides (2002, p. 434) explica que:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em nível infraconstitucional trouxe expressamente o princípio da proporcionalidade em seu art. 2º entre os princípios que a Administração Pública deverá obedecer (BRASIL, 1999).

Outrossim, o art. 2º, parágrafo único, VI da mencionada Lei dispõe que:

Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (BRASIL, 1999).

Portanto, é evidente a importância que esse princípio possui para nortear a atuação do Estado ao estabelecer medidas para garantir os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, devendo cumprir seu papel social de forma eficiente, proporcional e sem excessos.

Gilmar Mendes (2012), expondo o direito comparado, explica as disposições do direito constitucional alemão sobre o princípio da proporcionalidade. Conforme a legislação constitucional alemã, a aplicação dele abrange a análise da necessidade e da adequação da medida legal, sendo adequada quando da sua aplicação pode ser alcançado o objetivo desejado, e necessária se não existe outra providência que proporcione maior eficácia e menos restrição aos direitos fundamentais em questão (MENDES, 2012).

O princípio da proporcionalidade é utilizado com frequência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme vários precedentes da Suprema Corte, sendo de suma importância para a resolução de várias situações. No julgamento do HC nº 124.306/RJ, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação aplicando o postulado da proporcionalidade (BRASIL, 2016).

Ao discorrer sobre a problemática a ser apreciada pela Suprema Corte, em seu voto-vista, Barroso afirmou que: "O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida" (BRASIL, 2016, p. 8).

Ademais, expõe a subdivisão da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Adequação é o subprincípio responsável por verificar se a medida aplicada possui idoneidade para alcançar a finalidade almejada (BRASIL, 2016).

A necessidade traz a ideia de que não devem ocorrer excessos. De acordo com Dirley da Cunha Júnior (2009, p.52), através do subprincípio da necessidade “impõe-se que a administração pública adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos dos administrados”.

A proporcionalidade em sentido estrito se constitui no exame da diligência aplicada com o objetivo de, nos termos do voto proferido por Luís Roberto Barroso, determinar: “Se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde” (BRASIL, 2016, p. 8). Ou seja, é uma análise de ganhos e sacrifícios.

Outro precedente que envolveu a aplicação da proporcionalidade e suas fases foi o julgamento da ADPF nº 101/DF que trouxe a discussão sobre numerosas decisões judiciais autorizando importação de pneus usados, contrariando Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex) e da Secretaria de Comércio Exterior (Secex), Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e Decretos Federais que, expressamente, vedam a importação de bens de consumo usados (BRASIL, 2009).

Conforme o voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, realizando um juízo de ponderação entre valores, a Suprema Corte brasileira ao julgar estabeleceu que: “há de se ter em conta que o preço industrial a menor não poderia se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente” (BRASIL, 2009, p. 72).

Ou seja, no caso concreto apreciado, os princípios do meio ambiente economicamente equilibrado e da saúde prevaleceram na ponderação diante dos prejuízos à saúde e ao meio ambiente, constatados nos dados apresentados na petição inicial da referida ADPF (BRASIL, 2009).

Outro julgado do Supremo Tribunal Federal foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.031/DF onde questionou-se a constitucionalidade do art. 8º da Lei nº 10.209/2001, que instituiu o vale-pedágio obrigatório sobre o transporte rodoviário de carga (BRASIL, 2020).

Na Lei objeto de julgamento, há a previsão, em seu art. 8º, de uma indenização em quantia equivalente a duas vezes o valor do frete devido ao transportador quando não ocorrer a antecipação do vale-pedágio obrigatório pelo embarcador (BRASIL, 2020).

Nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia, a autora da ação argumentou que a norma impugnada configuraria contrariedade ao art. 1º, caput, e ao art. 5º, LIV da Constituição Federal e que a medida constitui ofensa à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito (BRASIL, 2020).

Ao realizar o controle de constitucionalidade da norma questionada, a Ministra tratou em seu voto sobre a importância do princípio da proporcionalidade como parâmetro constitucional, afirmando o seguinte:

O exame da norma impugnada, tendo como parâmetro constitucional o princípio da proporcionalidade, torna indispensável a conceituação e o

campo de incidência desse princípio como critério válido para o exercício do controle abstrato e concentrado das normas (BRASIL, 2020, p. 16).

Dando continuidade ao seu voto, discorrendo sobre a proporcionalidade do caso concreto objeto de julgamento, Cármen Lúcia explica que o referido princípio possui duas faces: uma de proteção positiva e outra de proteção de omissões estatais (BRASIL, 2020).

Na primeira face, a inconstitucionalidade de casos envolvendo a aplicação da proporcionalidade pode ser ocasionada por uma conduta excessiva do Estado por meio de ato contrário à razoabilidade, configurando uma desproporcionalidade entre os meios e as finalidades (BRASIL, 2020).

Na outra face, a inconstitucionalidade refere-se a uma garantia insuficiente do direito fundamental ou princípio a partir do momento em que o Estado em sua atuação, que deve ser voltada para a eficiência e razoabilidade, não utiliza sanções penais ou administrativas para protegê-los (BRASIL, 2020).

A Ministra da Suprema Corte brasileira também trouxe em sua exposição o seguinte detalhe relacionado ao princípio da proporcionalidade que é muito importante:

A atividade legislativa sujeita-se à estrita observância de diretriz fundamental que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, está direcionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais (BRASIL, 2020, p. 18).

Por fim, ao proferir sua posição sobre o caso, a jurista afirmou que não identificou normas constitucionais em conflito para que seja necessária a ponderação com base na proporcionalidade, convertendo o julgamento da medida cautelar em definitivo de mérito para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, julgando-a improcedente para declarar constitucional o art. 8º da Lei nº 10.209/2001 (BRASIL, 2020).

Com isso, fica claro que é imprescindível que exista efetivamente uma colisão entre princípios ou direitos para que seja aplicado o princípio da proporcionalidade. Configurando o referido conflito, será feita a averiguação de qual deles prevalecerá no sopesamento a partir da análise de seus pesos na situação fática objeto de discussão.

3 MEDIDAS LEGAIS DE ISOLAMENTO E QUARENTENA

A Lei nº 13.979/2020 define em seu art. 2º conceitua isolamento e quarentena, diferenciando-os. O inciso I do referido dispositivo legal define isolamento como: "Separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou

encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus.”

Ademais, o inciso II do mencionado artigo estabelece que quarentena é o seguinte:

Restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020).

A partir desses conceitos legais e dos efeitos concretos que provocaram, infere-se que essas medidas geraram restrição e grande interferência na liberdade das pessoas, nos comportamentos e hábitos da sociedade, e na economia do Brasil (FAGUNDES; DUARTE, 2022).

Com a adoção dessas medidas ocorreu a suspensão de aulas presenciais nas escolas e universidades, tendo sido adotado o modelo de ensino remoto. Além disto, houve o fechamento do comércio envolvendo atividades não essenciais e de áreas públicas para lazer, entre outros (FAGUNDES; DUARTE, 2022). Por isso, é importante averiguar se o que foi aplicado pelo Poder Público está dentro dos ditames da proporcionalidade.

4 TESTE DA PROPORCIONALIDADE

O Teste da Proporcionalidade consiste em um método utilizado com o objetivo de analisar se uma medida estatal possui compatibilidade com a Constituição Federal e os direitos fundamentais. Esse teste surgiu a partir da chamada “Lei do Sopesamento” idealizada por Robert Alexy (ALEXY, 2015).

Em sua doutrina, Alexy estabelece esse conceito sobre do que se trata o teste da proporcionalidade: “O exame da proporcionalidade caracteriza-se como um núcleo essencial para a ocorrência da otimização diante dos conflitos entre princípios no caso concreto, sendo, portanto, um próprio mandamento de ponderação” (ALEXY, 2008, p. 156).

O referido exame possui três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Na fase da adequação busca-se verificar se a medida estatal é adequada para o objetivo que o Estado busca promover, se há uma relação de adequação entre a finalidade buscada pelo Estado e a medida estatal (GUERRA, 2007; MALTA, 2016).

Na fase da necessidade analisa-se se a medida é imprescindível ao objetivo almejado. A medida estatal será considerada necessária se for provado que não existe outra medida disponível além dela que possa ser aplicada de modo que garanta o interesse do Estado, interferindo menos no direito fundamental ou princípio (GUERRA, 2007; MALTA, 2016).

Por fim, na fase da proporcionalidade em sentido estrito realiza-se o sopesamento ou ponderação examinando a interferência no direito fundamental ou princípio, o peso dos direitos ou princípios e o grau de certeza da interferência (GUERRA, 2007; MALTA, 2016).

4.1 NECESSIDADE

Tendo em vista o caráter altamente transmissível do vírus, não havia outra medida disponível que interferisse menos no direito fundamental para garantir a contenção da doença e o direito à saúde de todos, finalidade buscada pelo Estado. Embora tenha sido uma ordem que restringiu o direito de liberdade de locomoção, produziu impacto relevante para o controle da taxa de mortalidade no país (SCHIRATO, 2020).

Somado a isso, a retirada do caráter compulsório do isolamento e da quarentena, ou a adoção de outras imposições como concessão de benefícios ou isenções fiscais para aqueles que cumprirem, envolveriam maiores custos ao erário e interferências em outros direitos fundamentais (SCHIRATO, 2020).

Além disso, não adotar ou tornar discricionário o cumprimento dessas medidas geraria um colapso no sistema de saúde. Isso porque poderia provocar um contágio desenfreado ainda maior da doença e, conseqüentemente, aumentar a necessidade de leitos e de cilindros de oxigênio nos hospitais, recursos que se demonstraram insuficientes durante a crise viral, agravando a situação do país.

Um exemplo que evidenciou a insuficiência de recursos para lidar com a pandemia foi o caso que ocorreu em Manaus no dia 14 de janeiro de 2021. Instaurou-se um cenário caótico no sistema de saúde em razão da falta de oxigênio nos hospitais (GLOBO NOTÍCIAS, 2022).

Durante dois dias, as unidades de saúde enfrentaram a escassez de insumos desencadeada pela superlotação quando ocorreu a denominada “segunda onda da COVID-19” (GLOBO NOTÍCIAS, 2022). Portanto, caso não fossem aplicadas medidas de isolamento e quarentena com caráter obrigatório, a insuficiência de recursos no país seria ainda maior.

4.2 ADEQUAÇÃO

Com a imposição dessas medidas, o Estado tem o objetivo de proteger o direito à saúde, bem jurídico de grande importância que repercute em outros como a vida e abrange a dignidade da pessoa humana, essa que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

É evidente que há uma relação de adequação entre a finalidade almejada pelo Estado e as medidas estatais, pois com essas providências foi possível controlar a taxa de contágio da doença viral, e, conseqüentemente, preservando a saúde dos indivíduos brasileiros.

Um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu a problemática objeto deste estudo, foi a Reclamação nº 40.786/CE. Conforme o descrito na decisão pela Ministra Cármen Lúcia, o reclamante impetrou mandado de segurança coletivo contra um ato praticado pelo Governador do Estado do Ceará, o qual instituiu a política de isolamento social rígido como medida para enfrentar a pandemia provocada pela COVID-19, através do Decreto Estadual nº 33.574/2020 (BRASIL, 2020).

O impetrante alegou que a autoridade coatora realizou ato ilegal por violar o direito à liberdade e a garantia do exercício de atividade econômica. Argumentou também que o Decreto contraria a Lei nº 13.979/2020, a qual determina que as medidas restritivas necessárias para enfrentar a emergência de saúde pública devem ter evidências científicas e decorrer de análises sobre as informações estratégicas em saúde, sendo que deve ocorrer limitações no tempo e no espaço dessas providências ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública (BRASIL, 2020).

Em razão disso, o autor da ação argumenta que o diploma normativo objeto da impugnação editado pelo Governador está despido de embasamento científico. Além de ter sido questionada a eficácia da medida afirmando que não modifica a situação de propagação da moléstia viral, que excede as necessidades para combater a doença (BRASIL, 2020).

Com isso, a Ministra Cármen Lúcia explica na referida decisão:

A decisão reclamada não expõe contrariedade ao decidido por este Supremo Tribunal nas decisões apontadas como paradigmas de confronto. Nelas se reafirma a autonomia dos Estados e Municípios para adotar medidas locais de combate à pandemia provocada pela Covid-19, respaldadas em critérios técnico-científicos (BRASIL, 2020, p. 9).

Na ocasião, a Ministra mencionou outro caso paradigma que foi a ADI nº 6.341/DF. Conforme o exposto no Acórdão:

O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde (BRASIL, 2020, p. 2).

Diante disso, as medidas de isolamento e de quarentena adotadas encontram-se na recomendação elaborada pela Organização Mundial da Saúde, conforme documento traduzido pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) (2021). Outrossim, o Estado tem o dever de proteger a saúde dos indivíduos. Portanto, as providências de isolamento e quarentena são adequadas como meio de controle do alastramento do vírus, protegendo a saúde e, conseqüentemente, a vida da população.

4.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Essa fase do exame da proporcionalidade realiza um sopesamento a partir de direitos ou princípios em conflito. Gilmar Mendes (2012) esclarece sobre do que se trata uma colisão de direitos fundamentais. O Ministro explica que tal embate ocorre quando é possível verificar conflito em virtude do exercício de direitos individuais pertencentes a um titular ou de bens jurídicos da coletividade, atingindo diretamente a área de salvaguarda do direito.

Ademais, Gilmar Mendes (2012, p. 343) expõe que:

A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade.

Dando continuidade, o jurista elucida que o conflito entre direitos fundamentais em sentido estrito pode fazer referência a direitos fundamentais idênticos ou diferentes. Já as colisões em sentido amplo são aquelas que compreendem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes (MENDES, 2012).

Outrossim, explicita que há quatro tipos básicos de embates entre direitos fundamentais em sentido estrito: colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa, colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção, colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito e colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático (MENDES, 2012).

As medidas legais de isolamento e quarentena geraram um conflito entre dois direitos fundamentais: o direito de liberdade de locomoção e o direito à saúde. O direito de locomoção está previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal de 1988 que dispõe da seguinte forma: "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

Entretanto, o direito de ir e vir não é absoluto, pois o ordenamento jurídico brasileiro prevê hipóteses em que pode ser imposta limitação àquele. Exemplo disso encontra-se no art. 302 do Código de Processo Penal que prevê a prisão em flagrante delito (BRASIL, 1941).

Outra situação que enseja restrição ao direito de ir e vir é no caso de ser decretado o Estado de sítio, nos termos do art. 137 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (BRASIL, 1988).

Como limite ao direito de liberdade de locomoção, há a prisão civil em caso de descumprimento involuntário e inescusável de pagamento de pensão alimentícia, conforme o art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988 que dispõe o seguinte: "não haverá prisão civil por dívida, salvo

a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988).

A Constituição Imperial brasileira de 1824, dispôs pela primeira vez sobre o direito à saúde em seu art. 179, XXXI, a qual garantiu os socorros públicos (BRASIL, 1824). Ademais, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934, em seu art. 10, II, dispôs que compete concorrentemente à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência públicas (BRASIL, 1934).

Com a Constituição da República Federativa do Brasil, que teve sua promulgação em 1988, elevou o direito à saúde ao patamar de direito fundamental, incluindo-o capítulo referente aos direitos sociais e no título VIII que trata da ordem social (BRASIL, 1988).

O direito à saúde encontra-se positivado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo competência comum dos entes federativos cuidar da saúde e assistência pública, conforme o art. 23, II, da Carta Magna, e o Estado tem o dever de garantir os meios para preservar a saúde de todos.

O art. 196 da Constituição consagrou a proteção da saúde, enfatizando o dever do Estado em garanti-la, nos seguintes termos:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Tendo em vista que o conflito no caso concreto, alvo do presente estudo científico, envolve direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes, trata-se de uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo de acordo com a classificação de colisões em sentido estrito e em sentido amplo (MENDES, 2012).

Robert Alexy (2015, p. 89) explica de forma clara sobre do que se trata colisão entre princípios e como resolver o conflito:

(...) quando dois princípios entram em colisão, tal como é o caso quando, segundo um princípio, algo está proibido e, segundo outro, está permitido -, um dos princípios tem que ceder ante o outro. Porém, isto não significa declarar inválido o princípio afastado, nem que, no princípio afastado, se deva introduzir uma cláusula de exceção. Mas propriamente, o que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que predomina o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se concluem na dimensão da validade; a colisão de princípios - como somente podem entrar em colisão

princípios válidos - tem lugar mais adiante do que o da dimensão da validade: na dimensão do peso.

Ademais, para Robert Alexy, a ponderação ou sopesamento opera-se em três planos. Primeiro deve ser definida a intensidade da intervenção nos direitos fundamentais ou princípios. Em segundo plano, busca-se identificar a importância dos fundamentos que justificam tal interferência. Por fim, é efetuada a ponderação em sentido estrito (GUERRA, 2007).

Alexy explica que a proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulada a partir da denominada "Lei do Sopesamento". De acordo com ela, "quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção" (MENDES, 2012, p. 810).

José Afonso da Silva (2005, p. 163) traz um conceito de direitos fundamentais, estabelecendo que eles designam:

No nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (SILVA, 2005, p. 163; MENDES, 2012, p. 211).

Quanto à indisponibilidade apontada como caracterizadora dos direitos fundamentais, de acordo com Gilmar Mendes (2012), em virtude da inviabilidade de renunciar de forma irrevogável aos direitos fundamentais, não há impedimento para que seja aplicada restrição a determinados direitos fundamentais em favor da finalidade pretendida pela ordem constitucional.

Como exemplo, o autor apresenta o caso da liberdade de expressão durante o exercício de trabalho ou profissão (MENDES, 2012). A liberdade de expressão encontra-se positivada no art. 5º, IV e IX, da Constituição de 1988. O inciso IV determina que: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (BRASIL, 1988).

Entretanto, ao exercer trabalho ou profissão, o trabalhador tem a restrição de não divulgar os segredos obtidos em virtude da função executada, sendo crime a violação do segredo profissional sem justa causa, nos termos do art. 154 do Código Penal, *in verbis*:

Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis (BRASIL, 1940).

Os direitos fundamentais estão positivados na Carta Magna, caracterizando a chamada constitucionalização dos direitos fundamentais. Isso faz com que esses sejam parâmetros que devem ser observados por todos os Poderes da Federação, em todas as esferas (MENDES, 2012).

Além disso, tal constitucionalização não deve ser interpretada de modo que os direitos fundamentais sejam considerados apenas limitações aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não podendo aqueles sofrerem supressão, nem alteração pela atuação desses (MENDES, 2012).

Reforçando tal ideia, Gilmar Mendes (2012, p. 218-219) explica que:

Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.

O Poder Legislativo encontra-se vinculado aos direitos fundamentais de modo que, ainda que possa existir autorização constitucional para impor restrições a determinados direitos, deve ser preservado o núcleo essencial do direito assegurado (MENDES, 2012).

Caso sejam criadas circunstâncias que não respeitem a razoabilidade e a proporcionalidade de forma que o direito previsto não tenha como ser exercido, são ilegítimas. Os Poderes Executivo e Judiciário também estão intrinsecamente relacionados com os direitos fundamentais (MENDES, 2012).

A Administração Pública em sua atuação deve respeitar e aplicar medidas para concretizar os direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, de modo que os atos que forem realizados com violação àqueles tornam-se nulos (MENDES, 2012).

Além disso, pelo princípio da autotutela, a Administração Pública possui o poder-dever de exercer controle e fiscalização sobre os seus próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos, nos termos das Súmulas nº 473 e nº 346 do Supremo Tribunal Federal.

Gilmar Mendes (2012, p. 221), dando continuidade à explicação da vinculação existente os direitos fundamentais e a Administração, esclarece o seguinte:

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

Como anteriormente exposto, o Poder Judiciário, evidentemente, também está intimamente relacionado com os direitos fundamentais, tendo o dever de defender direitos que foram violados ou que estão sofrendo ameaça de serem infringidos (MENDES, 2012). Corroborando com o exposto, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal institui que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL 1988).

Portanto, o Poder Público brasileiro ao aplicar as medidas de isolamento e quarentena para controle da pandemia gerada pela COVID-19, estava cumprindo com o dever de preservar o direito à saúde em virtude da vinculação com os direitos fundamentais. Embora tenha restringido o direito à liberdade de locomoção, não criou tais circunstâncias de maneira desarrazoada.

Somado a isso, buscando garantir maior efetividade aos direitos fundamentais, o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, determina que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Importante ressaltar que o dispositivo constitucional faz referência tanto aos direitos e garantias individuais quanto aos direitos sociais, isto é, abrange os direitos fundamentais em geral (MENDES, 2012).

Gilmar Mendes (2012), continuando a discorrer sobre os direitos fundamentais, explica que eles possuem duas dimensões: objetiva e subjetiva. Sobre a dimensão subjetiva explica a ideia a seguir:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências — em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas (MENDES, 2012, p. 242-243).

Já quanto a dimensão objetiva refere-se ao fato de os direitos fundamentais serem verdadeiros princípios norteadores da ordem constitucional brasileira, servindo de limite e parâmetro para as ações do Estado. Além disso, fazem parte do núcleo essencial de um Estado Democrático de Direito (MENDES, 2012).

Consequentemente, é atribuído ao Estado o dever de garantir que os direitos fundamentais sejam protegidos contra ofensas e violações, devendo, ainda, segundo Gilmar Mendes (2012, p. 244): “adotar medidas — até mesmo de ordem penal — que protejam efetivamente os direitos fundamentais”.

Gilmar Mendes (2012, p. 214) ao descrever e argumentar sobre as características dos direitos fundamentais amplamente difundidas, afirmou o seguinte sobre a ideia de que direitos fundamentais são absolutos:

Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.

Alexandre de Moraes (2004, p. 63), ministro do Supremo Tribunal Federal, ensina que: “os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, vez que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna”.

Dessa forma, o direito à liberdade de locomoção é limitado pelo direito à saúde, pois o Estado não pode dispor livremente da saúde dos indivíduos, que abrange o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. O direito à vida encontra-se positivado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, sendo, nos termos do dispositivo legal, inviolável (BRASIL, 1988).

Portanto, embora tenha ocorrido uma forte interferência e restrição no direito de liberdade de locomoção da população, os princípios que a justificam possuem grande relevância, conforme pode-se extrair, inclusive, do próprio texto constitucional brasileiro.

5 CONCLUSÃO

A COVID-19 é uma doença viral, com origem em Wuhan, na China, que gerou um cenário caótico mundial, tendo se propagado por diversos continentes, provocando mortes e muitas sequelas na saúde dos indivíduos ao redor do mundo (FAGUNDES; DUARTE, 2022).

Em razão disso, a Organização Mundial de Saúde editou um documento traduzido pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) (2021), estabelecendo as medidas com maior eficácia para controle da pandemia. Entre essas providências pode-se citar: restrições para sair de casa, cancelamento de eventos de massa e restrições para reuniões, fechamento de comércio, distanciamento social, entre outros.

Em razão disso, no Brasil, o Congresso Nacional editou diplomas normativos para regular a situação, tendo aplicado, entre outras medidas, o isolamento e a quarentena como instrumentos para conter os efeitos catastróficos da pandemia provocada pela COVID-19.

Tais providências geraram grandes impactos na liberdade da população, na economia do Brasil, na educação, entre outros setores. Com isso, é evidente a importância do tema do presente trabalho científico, que teve como objetivo aplicar o teste da proporcionalidade, teoria desenvolvida pelo filósofo Robert Alexy, a essas medidas visto que provocaram grande interferência em direitos fundamentais.

A revisão bibliográfica foi a metodologia adotada. A organização do presente artigo científico deu-se por meio de capítulos e foi estabelecida a devida correlação entre os assuntos abordados, utilizando as bibliografias citadas nas referências bibliográficas.

A investigação objeto desse artigo teve como problema de pesquisa investigar se as medidas legais de isolamento e quarentena adotadas durante a pandemia ocasionada pela COVID-19 atenderam aos requisitos do Teste da Proporcionalidade proposto por Robert Alexy, buscando averiguar especificamente se foram necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito.

A partir do que foi apresentado no presente trabalho científico, a hipótese da autora foi confirmada, sendo as referidas providências adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, de forma que o direito à saúde prevalece na ponderação em relação ao direito à liberdade de locomoção.

Por meio desta revisão, conclui-se que o isolamento e a quarentena foram medidas necessárias, pois, em virtude do caráter altamente transmissível do vírus, não havia outra providência que provocasse menor interferência no direito à liberdade de locomoção, sendo, ademais, recomendadas pela Organização Mundial da Saúde, conforme documento traduzido pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) (2021).

Além disso, são providências adequadas uma vez que elas relacionam-se diretamente com as finalidades almejadas pelo Estado brasileiro: controle do contágio pela doença viral, redução das mortes e, conseqüentemente, preservação da saúde dos brasileiros. Outrossim, é dever do Estado garanti-la por meio de políticas sociais e econômicas, conforme o art. 196 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, são diligências proporcionais em sentido estrito. Ao realizar o sopesamento, tendo em vista o conflito entre o direito à saúde e o direito à liberdade de ir e vir, a saúde prevaleceu na análise dos pesos e das interferências deles no caso concreto.

Isso ocorreu porque a restrição da liberdade em relação à proteção da saúde é compensada, justificada por princípios de grande relevância. Somado a isso, o direito à saúde abrange o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, não podendo o Estado dispor deles.

Ante o exposto nos capítulos anteriores, também é evidente a importância que o princípio da proporcionalidade tem para a resolução de casos concretos que apresentam grande interferência em direitos fundamentais ou princípios e conflitos entre eles.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução por Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 369-384, abr.-jun. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14. out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14.out.2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29. out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 28. out. 2022.

BRASIL. **Direitos Humanos: atos internacionais e normas correlatas**. 4.ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, p. 23. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19. Secretaria Extraordinária de Enfrentamento à COVID-19 Secovid**. 12ª edição. Brasília. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.031/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 27/03/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752467725>>. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 15/04/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 24/06/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09/08/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 40786/CE**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 29/05/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343219369&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. Podium. 2009.

FAGUNDES, Gabriel Lima Miranda Gonçalves; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades Duarte. A proporcionalidade das medidas de contenção da pandemia de covid-19: análise empírica sobre o brasil. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, n. 66, p. 64-90, jan.-mar. 2022.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **RPGE**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 25-41, jan.-jun. 2007.

Há um ano, Manaus enfrentava caos por falta de oxigênio nos hospitais; veja FOTOS. Globo notícias, Manaus, 14 de jan. de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/01/14/ha-um-ano-manaus-enfrentava-caos-por-falta-de-oxigenio-nos-hospitais-veja-fotos.ghtml>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. A ponderação principiológica de Robert Alexy na construção da argumentação das decisões judiciais. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1-18, jul.-dez. 2016.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. Princípio da proporcionalidade e seus fundamentos. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2009. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em 21 out. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Considerações sobre a implementação e o ajuste de medidas de saúde pública e sociais no contexto da COVID-19: Orientação provisória 14 de junho de 2021. OPAS, 2021. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54663/OPASWBRAPHECOVID-19210063_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 4 out. 2022.

PACHECO, Kárenn Larisse Santos; DA CRUZ, Rafaela Rodrigues Moreira. A tutela do direito social à saúde durante a pandemia de COVID-19. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-GO**. 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de polícia em tempos de pandemia: proporcionalidade nas restrições impostas ao direito de ir e vir? uma abordagem interdisciplinar. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 14, p. 1-16, jul.-ago., 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; JAQUES, Abner da Silva. COVID-19 e direitos fundamentais: a ponderação como técnica de proteção da ordem jurídico-social. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, v. 5, n. 62, p. 462-488, 2021.

STASI, C.; FALLANI, S.; VOLLER, F.; SILVESTRI, C. Treatment for COVID-19: An overview. *European journal of pharmacology*, online, v. 889, 173644, dez/2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ejphar.2020.173644>. Acesso em: 25 set. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Coronavirus disease (COVID-19). 2021. Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1>. Acesso em: 25 set. 2022.

A PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO ÂMBITO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

BEATRICE MIGLIORANZA EVANGELISTA:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O presente estudo tem como principal objetivo, analisar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança no âmbito do reconhecimento da paternidade socioafetiva. E especificamente, descrever a relevância no ordenamento jurídico da garantia da filiação socioafetiva; identificar o modelo de estrutura familiar justificado pelo resguardo do melhor interesse do menor; e pontuar a importância da manutenção ao afeto e carinho familiar frente os laços consanguíneos e sua aplicabilidade na lei e jurisprudência. A metodologia de pesquisa aplicada ao estudo trata-se da abordagem dedutiva, na qual, se extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”. A filiação socioafetiva consiste na filiação, ou seja, a relação estabelecida entre pais e filhos, baseada em laços de afetividade, não havendo hereditariedade. Logo, o princípio do melhor interesse da criança passou a ser núcleo de afetividade, amor, companheirismo e assim perdeu sua função econômica. É, entretanto um princípio bem relativo, o que é melhor para a criança, visto que, cuidar do interesse do menor é cuidar da sua formação moral, social e psíquica, ou seja, buscar investigar a situação do menor garantindo o seu real bem-estar. Quando se respeita o direito de paternidade, seja ele biológico ou afetivo, torna-se plenamente viável a existência de ambos os tipos de vínculo, permitindo que os vínculos originários do mundo de fato sejam reconhecidos na esfera jurídica. Assim, conclui-se que o direito de família deve ter como fundamento do princípio do melhor interesse.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação Socioafetiva. Paternidade. Princípio do Melhor Interesse.

ABSTRACT: The main objective of this study is to analyze the application of the principle of the best interest of the child in the context of the recognition of socio-affective paternity. And specifically, to describe the relevance in the legal system of the guarantee of socio-affective affiliation; identify the model of family structure justified by the protection of the best interests of the minor; and to point out the importance of maintaining family affection and affection in the face of blood ties and its applicability in law and jurisprudence. The research methodology applied to the study is the deductive approach, in which knowledge is extracted from general premises applicable to “concrete hypotheses”. Socio-affective affiliation consists of filiation, that is, the relationship established between parents and children, based on bonds of affection, without heredity. Soon, the principle of the best interests of the child became the nucleus of affection, love, companionship and thus lost its economic function. It is, however, a very relative principle, which is best for the child, since taking care of the minor's interests is taking care of their moral, social and psychic formation, that is, seeking to investigate the minor's situation, guaranteeing their real well-being. be. When the right of paternity, whether biological or affective, is respected, the existence of both types of bond becomes fully viable, allowing bonds originating in the world to be recognized in the legal sphere. Thus, it is concluded that family law must be based on the principle of the best interest.

KEYWORDS: Socio-affective Affiliation. Paternity. Best Interest Principle.

1 INTRODUÇÃO

O afeto familiar é protegido pela Constituição Federal de 1988, sendo um direito fundamental, bem como é protegido pelo Código Civil em diversos de seus institutos (BRASIL; 1988; BRASIL; 2002). Por ser agasalhado pela Carta Magna, o afeto é considerado como direito constitucional de eficácia horizontal, suscetível de ser invocado ao Estado em face de outrem.

Nesse sentido, Granato (2014) afirma que, o afeto é o sentimento maior que garante o agrupamento humano por um laço mais forte do que uma simples conjunção de interesses e assim dá consistência aos demais direitos humanos da família. Sendo, um manto de ternura e carinho, de dedicação e empenho, mas também de responsabilidade para com quem se cativa (GRANATO, 2014).

De tal forma, a paternidade socioafetiva trata-se do reconhecimento jurídico com base no afeto, sem que haja vínculo de sangue entre as pessoas, ou seja, quando um homem e/ou uma mulher cria um filho como seu, mesmo não sendo o pai ou mãe biológica da criança ou adolescente.

Partindo a premissa têm-se a seguinte indagação: "Como o reconhecimento da paternidade socioafetiva está condicionado à observância do melhor interesse da criança?".

Compreender sobre as diferentes estruturas familiares adotadas no ordenamento jurídico brasileiro é um fator fundamental para identificar a filiação socioafetiva como alternativa de atingir o melhor interesse do menor. Considerando que, a filiação socioafetiva, no entanto, corresponde a fatos óbvios e deriva de direitos de filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família para cumprir suas funções sociais fez com que as verdades biológicas passassem a ter um papel secundário. Logo, revela-se a constância social da relação entre pais e filhos, mostrando que a existência de uma relação pai-filho não é um simples fato biológico ou presunção legal, mas fruto da convivência afetiva.

A temática justifica-se pela relevância acadêmica e social, visto que, com o advento da Constituição Federal de 1988 houve o reconhecimento declarado da filiação socioafetiva independentemente da paternidade/maternidade biológica da criança ou adolescente. Este vínculo afetivo, caracterizado pelo relevante valor jurídico, tem assolado diversos núcleos familiares, pela conjectura dessa "responsabilidade extramatrimonial".

Ainda nesses parâmetros, é notado que, a relações geradas pela filiação socioafetiva tendem a ser tão relevantes, fortes e concretas, como aquelas já estabelecidas pela condição sanguínea entre pais e filhos, afinal, busca-se, com este diferente núcleo familiar, ponderar e assegurar o melhor interesse do menor. Assim, diante do neoconstitucionalismo e da irradiação de suas normas sobre o direito de família, houve a despatrimonialização da família, ou seja, o rompimento com uma tradição que apenas enxergava a família sob o viés patrimonial, reconhecendo que o afeto, carinho e solidariedade recíproca no seio da família são mais valiosos ao menor do que somente o pagamento de alimentos pelos genitores.

Além disso, o que se pondera é que, se tratando do reconhecimento ser realizado com um menor, o abandono possui um valor jurídico, pois viola o direito fundamental ao afeto e o poder judiciário tem reconhecido e resguardando o melhor interesse do menor ao considerar a filiação socioafetiva como instrumento adequado de poder familiar.

Portanto, o presente estudo tem como principal objetivo, analisar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança no âmbito do reconhecimento da paternidade socioafetiva. E especificamente, descrever a relevância no ordenamento jurídico da garantia da filiação socioafetiva; identificar o modelo de estrutura familiar justificado pelo resguardo do melhor interesse do menor; e pontuar a importância da manutenção ao afeto e carinho familiar frente os laços consanguíneos e sua aplicabilidade na lei e jurisprudência.

A metodologia de pesquisa aplicada ao estudo trata-se da abordagem dedutiva, na qual, parte da opinião geral para alcançar percepção particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas” (MARCONI; LAKATOS, 2019). Tomando ainda por referência, pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões, etc.).

2 CONCEITUANDO FAMÍLIA

O poder familiar não possui conceituação no código civil (BRASIL, 2022) por se tratar de um vocábulo bem amplo, que cabe inúmeros sentidos e formas de interpretá-lo, é difícil conceituar de forma simples, tendo em vista a constante evolução social.

Assim, “o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem” (GRISARD FILHO, 2009, p. 37), portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.

Ocorre que o conceito de família tem diversos aspectos, resultando de alta significação psicológica, sociológica e jurídica. No entanto os psicanalistas trazem a seguinte observação:

Entre todos os grupos humanos a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna (GRISARD FILHO, 2009, p. 39).

Já, quanto ao aspecto sociológico, vale ressaltar sobre a impossibilidade da delimitação de um conceito único de família, nos seguintes termos:

De acordo com Vasconcellos (2014, p.19), em uma definição sociológica, a família contém uma categoria específica de “relações sociais reconhecidas e, portanto, institucional”. Nesse conceito, a família “não necessariamente atende a uma definição legal estrita”.

No mesmo sentido, pode-se interpretar que a família é “um grupo fechado de pessoas, composto pelos genitores e filhos, podendo haver a inclusão de outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só economia” (PEREIRA, 2010, p.14) Todavia, um dos seus principais alicerces são os vínculos, o afeto propriamente caracterizado, como entende parte da doutrina ao

destacar que “é formada por duas estruturas: os vínculos e os grupos, sendo que é a partir desses vínculos que surgem os grupos” (FIUZA, 2008, p. 35).

A sociedade do século XXI é uma sociedade diversificada, muito complexa, e diferenciada; está em evidência que para haver uma formação de família não é preciso ter exclusivamente homem e mulher, pai e mãe, mas apenas pessoas com um único objetivo de conjugar suas vidas intimamente, por um afeto que as uni. Barros (2002, p. 09), chega a afirmar que:

O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir família, Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente [...] (BARROS, 2002, p.09).

Cada estrutura familiar se apresenta de uma forma distinta, tem cada uma sua individualidade não se trata de um grupo igualitário, mas sim, distinto. A estrutura familiar se apresenta de um modo distinto, e são essas variantes que fazem o indivíduo decidir o modelo familiar que lhe parecer mais coerente com suas escolhas e ideologia, sendo um aspecto central e adequação com “o LAR: lugar de afeto e respeito entre seus membros” (DIAS, 2016, p. 33).

O direito de família está obrigatoriamente relacionado ao afeto familiar, pois a base do afeto familiar é o vínculo de parentesco, que é a materialização da família, tornando esse vínculo irrefutável. As famílias são fortalecidas quando o amor fala por elas. Dias (2016, p. 72) afirma que “o atual princípio norteador do direito de família é o princípio da emoção, porque a emoção tem valor jurídico”. Isso se reflete nas muitas decisões em que os critérios emocionais ficam lado a lado com os critérios biológicos.

Logo, a característica principal e fundamental da família agora passa a ser o afeto. Dessa forma, leva-se em consideração o seu fundamento, devendo ter um único objetivo, a plena realização do ser humano, a fim de consumir o bem-estar de seus membros.

2.1 Filiação

A filiação é um instituto do direito de família que trata das relações entre pais e filhos, ou seja, entre ascendentes e descendentes, o que, assim como o instituto da família, sofreu modificações e possui hoje um sentido mais amplo, incluindo filhos adotados, gerados por inseminação artificial, afetivos e etc.

Anteriormente a Constituição Federal de 1988, havia distinção entre filhos legítimos, concebidos

no casamento, ilegítimos, concebidos fora do casamento e adotados. Os dois últimos não eram reconhecidos como filhos e por isso, tinham direitos diferentes dos outros. Não tinham, por exemplo, direitos sucessórios e alimentares (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Essa situação fazia com que, em prol do matrimônio, os filhos não fossem reconhecidos e sofressem discriminação, ou seja, os filhos eram responsabilizados pelos atos dos pais, de certa forma, culpados por não serem legítimos. Os filhos ilegítimos não tinham direito a identidade, a alimentos, herança, simplesmente em razão da forma que foram concebidos, o que, entretanto, não foi causada por eles e assim, prejudicava-se o filho, o menor que necessita de proteção e auxílio e beneficiava-se o pai, que não sofria as devidas consequências de seus atos (DIAS, 2016).

Tais regras foram mudando aos poucos, com novas leis e princípios, por exemplo, a possibilidade de dissolução do casamento e a lei do divórcio (DIAS, 2016), mas foi a Constituição Federal de 1988 que colocou fim a isso e estabeleceu a igualdade entre os filhos, através do art. 227, § 6º, já mencionado, sendo preceito da Convenção de Interamericana de Direitos Humanos. A ideia de que eram apenas filhos os concebidos matrimonialmente eram nitidamente patrimonialista e retrógrada, visando a manutenção dos bens entre a família "moralmente" estabelecida (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Segundo Venosa (2002), o Código Civil focava-se na família legítima, baseada no casamento, pois a família era tipicamente matrimonializada, patriarcal e biológica, entretanto novos preceitos surgiram na família e assim, definindo igualdade na filiação, princípio constitucional do direito de família e previsto no artigo 1596 do atual Código Civil, vide abaixo.

LEI Nº 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002 - Institui o Código Civil.

Das Relações de Parentesco

Art. 1.596. 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 (BRASIL, 2002, NÃO PAGINADO).

Filiação, segundo Lôbo (2012, p.101), é "a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por inseminação artificial heteróloga". Pode ser biológica ou não, mas sem nenhum tipo de discriminação, tornou-se um conceito único sem demais distinções.

De modo simplificado e biologicamente falando, é a descendência direta em primeiro grau, entretanto, é mais adequado dizer que é a relação jurídica entre pais e filhos, que gera a maternidade e paternidade. Não está restrita a transmissão genética, pois o nascimento do filho não necessariamente coincide com a relação jurídica, pode haver o laço biológico sem o vínculo jurídico e da mesma forma, o contrário. Para tanto, utiliza-se a presunção de paternidade e o reconhecimento judicial ou voluntário.

Ainda que tenha sido estabelecida a igualdade entre os filhos, o Código Civil ainda define a presunção de paternidade aos filhos de pais casados e a não presunção em caso contrário. O meio para se reconhecer os filhos fora do casamento é através da voluntariedade ou ação judicial.

2.2 Paternidade

Com a promulgação da ordem constitucional em 1988, a família passou a ser responsável pelo desenvolvimento de seus membros, pois o afeto familiar está extremamente relacionado às relações familiares (BRASIL, 1988). Portanto, a relação entre pai e filho não se limita mais à sua origem biológica, pois passou-se a ter a relação socioemocional reconhecida como base para o desenvolvimento e formação da personalidade da criança. Nesse sentido, é importante enfatizar que uma vida familiar saudável pode garantir que os filhos sejam moral, mental e fisicamente saudáveis (PETRUCCI; BORSA; KOLLER, 2016).

O artigo 227 da Constituição Federal, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), atribui aos pais e responsáveis o dever geral de cuidado, criação e convivência familiar de seus filhos, bem como de preservá-los de negligências, discriminação, violência, entre outros. Assim, não há como obrigar um pai a amar um filho, mas a legislação lhe assegura um direito de ser cuidado. Os responsáveis que negligenciam ou são omissos quanto ao dever geral de cuidado podem responder judicialmente por terem causado danos morais a seus próprios filhos.

Apesar da relevância do instituto da filiação socioafetiva no direito brasileiro percebe-se que esta noção exerce apenas um papel secundário, haja vista o tratamento legislativo apresentar lacunas, pois “a paternidade em que se fundamenta o direito positivo não alcança a realidade de diversos núcleos familiares.” (DELINSKI, 2003, p. 81).

Portanto, uma vez inserido no sistema, a noção de filiação socioafetiva faria cessar a presunção pater is est, determinando uma paternidade diversa, baseada no afeto (BOEIRA, 1999).

3 RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A afetividade é um ato de livre vontade, construído na convivência familiar e no exercício das funções parentais, é um princípio do direito de família constitucional, conforme artigos 226 e 227 da Constituição Federal, em que os laços afetivos, psicológicos, pessoais e emocionais valem mais que apenas a hereditariedade. A família é o ambiente de sua efetivação e instrumento de realização pessoal e da dignidade da pessoa humana.

Considerando que, as relações de parentalidade podem ser consideradas construções sociais, atravessadas por questões de gênero e de poder, sendo entendidas socialmente sob os conceitos de paternidade e maternidade, para o exercício saudável da parentalidade, é necessária uma relação potencializada entre pais e filhos no sentido de fornecer espaço de participação familiar à prole, através de relações compreensivas e do exercício construtivo e equilibrado da parentalidade (SCHOLZ et al., 2015; SANTOS et al., 2022).

A filiação socioafetiva consiste na filiação, ou seja, a relação estabelecida entre pais e filhos, baseada em laços de afetividade, não havendo hereditariedade. Farias (2016, p. 35) define: “pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (função)”. Ser mãe ou pai consiste em uma função protetora, assistencial, educacional e etc. que não precisa partir necessariamente de uma pessoa com os mesmos genes, pois é uma função de livre decisão e repleta de sentimentos pessoais.

Do ponto de vista psicológico, a capacidade dos pais em exercer a parentalidade segura e responsável passa pelas condições de atender às necessidades de seus filhos e promover seu desenvolvimento sem provocar prejuízos. Contudo, a filiação socioafetiva se caracteriza pela posse de estado de filho, que consiste num ato de vontade que estabelece os laços afetivos. A posse de estado é quando a situação jurídica não condiz com a verdade real, de modo que na filiação, acredita-se que uma pessoa é pai/mãe da outra ainda que juridicamente não seja, mas é através dessa posse que se cria os laços e se efetiva a paternidade afetiva (DIAS, 2016).

Em relação a posse do estado de filho, ela corresponde à “relação de afeto, íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social, entre homem e uma criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina” (TARTUCE, 2017, p. 53).

Assim sendo, o oficial de registro deve estar atento à comprovação da posse do estado de filho, mais especificamente, no tocante aos elementos do tratamento e da fama que, aliados ao requisito da manifestação de vontade, caracterizam a filiação socioafetiva.

Conforme Pereira e Alarcão (2015), a capacidade parental diz respeito ao que é possível ao prestador de cuidados fazer e refere-se à estrutura que permitirá (ou dificultará) a atualização e desenvolvimento das competências parentais, tais como: a vinculação, a empatia, os modelos de cuidado e capacidade de participar da vida comunitária, remetendo a uma dimensão evolutiva. Nesse contexto, tanto o pai quanto a mãe possuem responsabilidade afetiva com o filho, sendo passíveis de regulação e avaliação posterior ao desenvolvimento.

3.1 O pluralismo familiar e o princípio do melhor interesse do menor

A Constituição Federal revolucionou o direito de família, pois ampliou o conceito de família e assim, permitiu o reconhecimento de novas entidades familiares, o que na verdade já era presente na realidade brasileira. Passou a proteger qualquer manifestação afetiva e não apenas a família formada pelo casamento (FARIAS, 2016).

Essa revolução se deu pelo fato da CF/88 não elencar mais apenas a família formada por matrimônio, mas também pela união estável e monoparentais, conforme artigo 226, §§3º e 4º, sendo estes apenas exemplos, o que dá abertura para novas famílias. Há estudos que demonstram que mais de um quarto da sociedade brasileira vive em uma família monoparental, chefiada por mulheres solteiras, viúvas ou separadas. É necessário hoje uma nova visão sobre o modelo de estrutura da entidade familiar (CARVALHO, 2015).

O princípio do pluralismo das entidades familiares quer o respeito e reconhecimento das diversas possibilidades de arranjos familiares sem nenhum tipo discriminação visto que a família é instrumento de desenvolvimento humano que não pode ser moldado de forma engessada e sofrer repressões (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Logo, em respeito a esse princípio é que as leis, a jurisprudência e a sociedade devem respeitar e acolher as diversidades familiares.

O princípio do melhor interesse da criança surgiu com a evolução da família, que mudou de estrutura e passou a ser núcleo de afetividade, amor, companheirismo e assim perdeu sua função econômica. Tornou-se ambiente de valorização e dignidade do homem, o que deu abertura para a que os direitos do menor ganhassem destaque (PEREIRA, 2006).

A criança e ao adolescente encontram em situação de fragilidade, pois estão em processo de amadurecimento e formação e por isso o direito tem o dever de protegê-los, razão da existência desse princípio. É, entretanto um princípio bem relativo, o que é melhor para a criança pode variar e os princípios são geralmente abrangentes e circunstanciais, logo é melhor analisado em situações concretas que podem mudar a ideia de melhor (PEREIRA, 2006).

Esse princípio é resguardado pela Constituição Federal em seu art. 227, pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), especialmente em seus art. 3º, 4º e 6º e pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Estabelecem no geral, a proteção à criança e o adolescente, a prioridade de seus interesses, a garantia de seus direitos e necessidades básicas e o dever dos pais, da família, da sociedade, do Estado perante eles. Interessante citar que o princípio do melhor interesse da criança ilumina a investigação das paternidades e as filiações socioafetivas e assim, outros institutos também (LÔBO, 2012).

Cuidar do interesse do menor é cuidar da sua formação moral, social e psíquica, ou seja, utilizar esse princípio em todas as áreas e aspectos da vida do menor e buscar investigar a situação do menor garantindo o seu real bem-estar.

4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA FRENTE A PRIMAZIA DO AFETO E CARINHO DO MENOR

De acordo com Oliveira (2018, p. 24) a “paternidade socioafetiva, é a prova da força que o afeto tem na vida dos indivíduos, é o vínculo gerado entre pai e filho, independente da consanguinidade”. Tal afirmativa se torna evidente quando se confirmou a constituição de uma família, desde que houvesse afeto, não importa de onde viesse ou de que forma pudesse ser constituída.

Ainda de acordo com o Oliveira (2018), o afeto surge como um novo paradigma no direito de família por estar intimamente relacionada aos fundamentos do núcleo familiar. Para as famílias, a relação pais-filhos também passou a ser vista na perspectiva do afeto familiar, resultando na despaternização da relação pais-filhos, que extrapola o código genético. A relação pais-filhos não é apenas um fato natural, mas também uma cultura, como o ditado popular “o pai é quem cria” (OLIVEIRA, 2018).

Em outros termos, o pai afetivo é aquele que educa, cuida, dá amor, está presente na vida da criança, assume responsabilidades, atua efetivamente com a figura paterna, é o pai que a criança vê a imagem da confiança, especialmente a imagem do amor. Em outras palavras, a relação afetiva pais-filhos é a relação que a vida cotidiana estabelece com a criança de forma cultural e psicológica.

O pai afetivo é aquele que ocupa na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor...ao filho, expõe o fato íntimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos inclusive naqueles em que se torna a lição de casa ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam. Em

suma, com base em tudo o que vimos anteriormente, entendemos que a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas (NOGUEIRA, 2015, p. 119).

A filiação afetiva é regulamentada implicitamente pela Constituição Federal e pelo Código Civil e na Constituição Federal de 1988, no artigo 226, § 6 que afirma que todos os filhos, independentemente de sua origem, são iguais, mesmo na Carta Magna há outras cláusulas que se referem ao afeto, como o § 226, § 3, 4 e 7. O Código Civil, em seu artigo 1.593, regulamenta o parentesco afetivo, a relação de parentesco é natural ou civil, conforme seja consanguínea ou de outras origens (BRASIL, 2002).

No entanto, é importante destacar que no Código Civil de 2002 existem outras referências relacionadas às relações socioemocionais pais-filhos, a saber:

- a) Art. 1.593: Descreve o parentesco como natural ou civil, pois é resultado de consanguinidade ou outras origens. Portanto, o relacionamento de parentesco primário é configurado como um relacionamento pai (ou mãe) filho. Ao contrário dos persistentes equívocos da jurisprudência, inclusive do STJ, a norma é inclusiva na medida em que não atribui a primazia da origem biológica à paternidade de qualquer origem adotada com igual dignidade.
- b) Art. 1.593: Reproduz a regra constitucional de que os filhos são iguais independentemente de serem de antigas relações jurídicas, ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. A Seção 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação, inaugurando um paradigma de abertura e inclusão.
- c) Art. 1597: Reconhecimento de relação por inseminação artificial heteróloga, ou seja, o uso de sêmen de outro homem, desde que obtida autorização prévia do marido da mãe. A origem da criança, em relação ao pai, é parcialmente biológica, pois o pai é inteiramente um parceiro emocional e nunca pode ser contrariado por uma investigação mais aprofundada da relação pai-filho.
- d) Art. 1.605: Se houver provas do estado de filiação, ou quando for feita uma presunção com base em fatos comprovados, e devotos do estado de pertença. As possibilidades para a segunda hipótese são amplas, pois em cada caso ficam de fora outras provas da situação factual. Na experiência do Brasil, tanto os filhos adotivos quanto as adoções de fato, também conhecidas como adoções à brasileira, são feitas por meio de declarações falsas ao estado dependente sem seguir o processo judicial. dados públicos.
- e) Art. 1614: ambas normas mostram que reconhecer a subordinação não é uma imposição da natureza ou teste de laboratório, pois concedem a liberdade de rejeitá-la. A primeira norma torna a validade do reconhecimento dependente do consentimento do filho mais velho, e se não o fizer, mesmo biológico, não será reconhecido. A segunda regra permite

que os filhos menores contestem o reconhecimento da paternidade dentro de quatro anos após atingirem a idade adulta. Se o filho não quiser o pai biológico, e o registro não for promovido após seu nascimento, poderá ser recusado o exercício de sua liberdade e autonomia. Portanto, os registros de nascimento manterão apenas o nome da mãe. Portanto, fica claro que este artigo não se aplica ao pai registrado cujo filho foi concebido em união estável ou união estável, uma vez que a declaração ao registro público de nascimento não atende ao conceito estrito de teste de paternidade.

Conforme descrito por Lôbo (2017), o Brasil avançou muito nas doutrinas jurídicas especializadas denominadas paternidade socioemocional, entendida como parte integrante da vida familiar, independentemente de serem filhos consaguíneos ou não. Porém, essa questão deve ser vista sob dois aspectos: um, é a integração final dos indivíduos no grupo social familiar; outros, a relação afetiva baseada no tempo entre quem assume a paternidade e o filho.

Destarte, a conexão socioemocional é vista como uma construção da realidade factual; o pai não é apenas aquele que transmite a carga genética, ele é quem exerce esse papel no cotidiano. A respeito disso:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. **3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.** 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. 5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica. 7. Recurso especial provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 1087163 RJ 2008/0189743-0) **(grifo nosso)**.

De acordo com o supracitado Recurso Especial nº 1087163/2008, a filiação não é apenas uma razão para fornecer alimentos ou compartilhar itens genéticos. Trata da formação de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na vida familiar da infância e adolescência.

Portanto, a relação pais-filhos é um direito e uma obrigação, que se baseia na relação afetiva e assume a obrigação de cumprir os direitos básicos dos indivíduos, quais sejam vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e vida familiar (artigo 227 da Constituição). É o pai que assume essas responsabilidades, mesmo que não seja pai.

5 O ABANDONO AFETIVO, SEUS RESULTADOS E IMPLICAÇÕES PARA O MENOR

É imprescindível o reconhecimento de que a dor do abandono possui sim valor jurídico, sendo essa uma violação do direito fundamental ao afeto que nasce no seio da família e no texto da Constituição Federal, de modo que a indiferença afetiva gera dano que merece ser reconhecido e mensurado economicamente.

Conforme Arbex (2016), o abandono emocional ou afetivo resulta da omissão de um dos progenitores no cumprimento dos deveres de ordem moral gerados pelo poder familiar, nomeadamente o afeto familiar, a assistência moral, a educação e a atenção.

Até pouco tempo atrás, quando ocorria a separação do casal, a única obrigação do genitor era de pagar alimentos, permanecendo desonerado de todo e qualquer dever em relação ao filho.

Conforme Dill e Calderan (2011), em circunstâncias normais, o abandono afetivo ocorre com a separação dos pais. Pois, na maioria dos casos, a guarda do filho é concedida à mãe. Assim, o genitor se ausenta, de maneira que não cumpre com seus deveres e obrigações em relação à criança. Todavia, o dever dos sem tutela não se limita à alimentação, mas sim ajudar as crianças a formarem a sua personalidade e a se desenvolverem, pois têm os pais como referência e modelo.

Nesse caso, a psicologia e a psicanálise explicam que o abandono emocional, ou seja, a falta de afeto, amor e cuidado, pode fazer com que as crianças apresentem sintomas de baixa autoestima, rejeição, dano psicológico e saúde física (DAMIANI; COLOSSI, 2015).

O artigo 227 da Constituição Federal, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), atribui aos pais e responsáveis o dever geral de cuidado, criação e convivência familiar de seus filhos, bem como de preservá-los de negligências, discriminação, violência, entre outros. Assim, não há como obrigar um pai a amar um filho, mas a legislação lhe assegura um direito de ser cuidado. Os responsáveis que negligenciam ou são omissos quanto ao dever geral de cuidado podem responder judicialmente por terem causado danos morais a seus próprios filhos.

Considerando então que, as relações de parentalidade podem ser consideradas construções sociais, atravessadas por questões de gênero e de poder, sendo entendidas socialmente sob os conceitos de paternidade e maternidade, para o exercício saudável da parentalidade, é necessária uma relação potencializada entre pais e filhos no sentido de fornecer espaço de participação familiar à prole, através

de relações compreensivas e do exercício construtivo e equilibrado da parentalidade (SCHOLZ et al., 2015; SANTOS et al., 2019).

O primeiro passo a favor da elaboração da responsabilidade civil paterna pelo abandono afetivo aconteceu quando nasceu a possibilidade de se identificar a verdade biológica por meio do exame de DNA, de modo que a perversa alegação de que a genitora teria uma vida sexual promiscua, deixou de levar à improcedência da ação investigatória de paternidade.

Ainda, o Poder Judiciário despertou-se para critérios psicossociais que trouxeram à prova de que é indispensável a presença de ambos os genitores para o saudável crescimento do filho, sobretudo, em razão do poder afetivo em que a criança sente dos pais, mesmo que não biológicos.

A fim de ilustrar esse entendimento Calderón (2013, p. 328) expõe que um dos temas mais palpitantes e polêmicos no Direito de Família brasileiro, na atualidade, diz respeito à temática da possível reparação civil nos casos do denominado abandono afetivo.

Não é possível afirmar, no atual estágio, que exista um entendimento pacificado sobre o tema, tendo em vista decisões de diversas ordens que seguem sendo proferidas e os distintos entendimentos externados sobre o assunto. No quadro atual de complexidade das relações familiares e diversidade de decisões sobre situações aparentemente similares, influenciadas pelas peculiaridades do caso concreto em pauta, quiçá não se chegue a um lugar comum sobre a questão (ao menos em um período próximo). (CALDERÓN, 2013, p. 194)

O Superior Tribunal de Justiça inclusive já entende que é passivo de reparação civil o genitor ou responsável pelo menor que praticar abandono afetivo, conferindo ao afeto o valor jurídico relevante garantido constitucionalmente. A polemica, mas acertiva decisão, provocou debates no Supremo Tribunal Federal, onde o Min. Fachin (2014, p. 7) realizou as seguintes ponderações:

O tema resulta controvertido até não mais poder; parece-nos ser um passo à frente, possível dentro do atual 'estado da arte' do Direito Brasileiro, chancelar a reparação por abandono afetivo; contudo, questões correlatas, como os equivalentes funcionais, os parâmetros indenizatórios, o sentido e o alcance da própria formação da identidade como direito integrante da personalidade, imaterial e intangível por natureza, fazem nascer problemas complexos e merecer dita reflexão. Será a 'ética da responsabilidade' e não a 'ética da convicção' que dará em breve responder a essa questão (FACHIN, 2014, p.7).

Dessa maneira, subentende-se que a simplicidade e aplicação fria da lei não pode mais ser parâmetro e aceito pelos operadores de direito, muito mais que um princípio, o afeto torna-se um verdadeiro laço formador de núcleos familiares. Fato é que o STJ inovou na forma de interpretar o direito de família, conferindo maior responsabilidade aos genitores e responsáveis a fim de assegurar o melhor interesse do menor.

Noutro giro, os tribunais pátrios, seguindo o mesmo entendimento do STJ resolveram aplicar a interpretação da importância do afeto no seio familiar.

Ao julgar a Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286 (SÃO PAULO, 2012), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, validou o reconhecimento da multiparentalidade no âmbito materno, ressaltando a memória da mãe biológica que já havia falecido ao mesmo tempo que reconheceu a importância do afeto presente entre a madrasta e o filho.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (BRASÍLIA, 2013), ao decidir no Recurso Especial nº 1.167.993/RS e no Recurso Especial nº 1.274.240/SC, sobre a manutenção e validação da paternidade socioafetiva, sobrepondo-a à paternidade biológica, destacando que em cada caso concreto deve ser realizada uma análise minuciosa:

De acordo com Paiano (2017), PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Civil AC 0077173102/RS. 2018, a inseminação heteróloga, realizada por casais homossexuais também pode ensejar a multiparentalidade, como decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da APC 0077173102/RS (PORTO ALEGRE, 2018).

Entretanto, de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, é preciso que o melhor interesse da criança e do adolescente seja observado e assegurado para só assim ser possível reconhecer a multiparentalidade, caso haja a real vontade e desejo das duas partes, como se observa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRAJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENCIAL DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPÓSICÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (ADI n. 4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionado à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. [...] 5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, [...] 7. Ressalva-se, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido (BRASÍLIA, 2018, online).

Em uma publicação realizada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (BRASÍLIA, 2018)

determinou que o reconhecimento da multiparentalidade está diretamente ligado ao desejo da criança, o Tribunal esclarece ser necessária a prevalência do melhor interesse da criança, e assim, é possível manter somente a filiação socioafetiva no registro de nascimento do menor se o pai biológico não tem interesse em cuidar da criança.

Vale destacar ainda que o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898060/SC, criou o Tema de Repercussão Geral nº 622, que tratou de reconhecer a multiparentalidade, onde, no julgado, ficou decidido que a paternidade mesmo que não declarada em registro, não é impeditivo para o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseando-se na origem biológica, e com efeitos jurídicos próprios. Ou seja, é uma evidente superação das limitações jurídicas para o desenvolvimento das famílias pautadas no afeto.

Com toda a análise jurisprudencial realizada no presente, é possível concluir que a multiparentalidade surgiu das decisões dos Tribunais Superiores, que reconheceram a possibilidade de coexistência da parentalidade biológica e socioafetiva. De acordo com Schuh (2006), a descrição do abandono emocional é recente e dificilmente foi escrita a esse respeito, se é que foi feita alguma. Nessas circunstâncias, ao analisar o caso e formar uma condenação, o juiz deve considerar, entre outras premissas, a capacidade litigiosa do demandante, sua vida familiar e se seus pais participaram ou participaram dela. Rezende et al. (2021) afirma que tendo em conta as responsabilidades tutelares dos pais para com os filhos, o abandono emocional na relação de responsabilidade civil dos pais para com os filhos é regulamentado pelo Estado.

Portanto, o abandono emocional traduz-se na violação deste tipo de responsabilidade parental, que pode causar danos e prejuízos aos filhos que são objetos da guarda dos pais. Esse dano tem contornos morais, psicológicos e emocionais, e afeta a formação da dignidade e da personalidade das crianças e adolescentes como seres humanos. O ato de abandono é a conduta consciente dos pais ao amplo dever de cuidar, sendo de responsabilidade subjetiva do sujeito que causou o dano.

6 CONCLUSÃO

Como demonstrado, a família é a base do desenvolvimento e evolução humana. Sendo a família um instrumento de desenvolvimento humano e sociológico. Assim, os laços de sangue, tão comuns no passado para delimitar o vínculo familiar, passaram a serem subjetivos, passando a ser considerado então, o vínculo ao nível emocional. Neste estudo, as relações socioemocionais pais-filhos foram abordados de forma geral, considerando que, é uma relação construída por laços que se desenvolvem entre pai e filho, mesmo sem herança genético-biológica. Essa conexão cria parentesco socioemocional, que faz com que haja o reconhecimento paternal com o filho.

O parentesco socioemocional continuará a ser reconhecido no contexto dos chamados direitos da criança. Ainda que não se baseie na realidade natural ou biológica, a posse estatal cimenta as relações parentais e tem relevância jurídica para todos os efeitos jurídicos no âmbito do direito civil. Uma vez que, não há distinção entre as crianças, sejam biológicas, adotivas, socioemocionais ou causadas por reprodução assistida. Assim, a devoção à emoção como direito fundamental reduz a resistência ao reconhecimento da igualdade entre pertencimento biológico e socioemocional.

Quando se respeita o direito de paternidade, seja ele biológico ou afetivo, torna-se plenamente

viável a existência de ambos os tipos de vínculo, permitindo que os vínculos originários do mundo de fato sejam reconhecidos na esfera jurídica. Com tal decisão, não é mais possível exonerar ambos os pais de sua responsabilidade de cuidar adequadamente de seus filhos, seja emocional ou financeiramente. Portanto, embora existam algumas lacunas na lei sobre o assunto, a doutrina e a jurisprudência vêm se aprimorando continuamente no reconhecimento desse tipo de relação pais-filhos, garantindo a transferência de bens para aqueles que efetivamente satisfazem os requisitos estatais de posse de seus filhos, direitos, bens e obrigações. Assim, conclui-se que o direito de família não pode aparecer apenas em modelos já padronizados, mas deve ser analisado caso a caso e, sobretudo, como fundamento do princípio do melhor interesse.

7 REFERÊNCIAS

ARBEX, Maria Luisa Portocarrero Castex. **O abandono afetivo nas relações familiares: uma visão da psicologia jurídica**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

BARROS, Sérgio Resende. O direito ao afeto. **Revista Jurídica Del Rey**, ano IV, p.35, 2002.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade - Posse de Estado de Filho - Paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso: 28 ago 2022.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasil, 1990.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça STJ - **Recurso Especial: REsp 1674849/RS 2016/0221386-0. 2018**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574626052/recurso-especial-resp-1674849-rs-2016-0221386-0>.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça STJ. **REsp nº 833.712/RS**. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ: 04.06.2007. REsp nº 1.167.993/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 18.12.2012.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DAMIANI, Camila Ceron; COLOSSI, Patrícia Manozzo. A ausência física e afetiva do pai na percepção dos filhos adultos. **Pensando fam. [online]**. v.19, n.2, p. 86-101, 2015.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias: de Acordo com o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais– 11 Edição – 2016.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Um país sem jurisprudência**. Revista Brasileira de Direito de Família. ed. 11, mai 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática (com comentários à Nova Lei da Adoção – Lei 12.010/09)** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil** / Paulo Lôbo. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância**. Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

OLIVEIRA FILHO, B. M. D. **Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estáveis e entidades familiares**. São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Barbara de Paula Mendes. **A Impossibilidade da desconstituição da Paternidade Socioafetiva**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito “Prof.º Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia-MG, 2018.

PEREIRA, C. M. D. S. **Direito de família**, Rio de Janeiro, 2010.

PEREIRA, Dora; ALARCÃO, Madalena. **Guia de Avaliação das Capacidades Parentais: Estudo de Validade Ecológica**. Psicologia: Teoria e Pesquisa, v. 31, n. 2, p. 203-212, abr-Jun 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PETRUCCI, Giovanna Wanderley; BORSA, Juliane Callegaro; KOLLER, Sílvia Helena. A Família e a escola no desenvolvimento socioemocional na infância. **Temas psicol. [online]**, v.24, n.2, p. 391-402, 2016.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: **Apelação Civil AC 0077173102/RS. 2018**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578092009/apelacao-civel-ac-7007717310-2-rs>.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: **Apelação Civil AC 0077173102/RS. 2018**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578092009/apelacao-civel-ac-70077173102-rs>. Acesso em: 16 ago 2022.

SANTOS, Priscila Alves dos; MOTA, Cristina Portela da; MOUTA, Ricardo José de Oliveira; SILVA, Jorge Luiz Lima da; ARAÚJO, Jéssica dos Santos; SANTOS, Daiana Alves de. A paternidade na contemporaneidade: uma revisão integrativa. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 3, e54111326824, 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: **Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286. 2012**. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp>.

SCHOLZ, Ana Luíza Tomazetti et al. O exercício da parentalidade no contexto atual e o lugar da criança como protagonista. **Estud. psicanal.**, Belo Horizonte, n. 44, p. 15-22, dez. 2015.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 35, abril/maio 2006, p. 66.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5 : Direito de Família / Flávio Tartuce. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJ-SP. **Apelação Cível: AC 0006422-26.2011.8.26.0286**. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. DJ:14/08/2012. JusBrasil, 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/912809193/apelacao-civel-ac-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286>>. Acesso em: 15 ago 2022.

VASCONCELLOS, Ana Carolina Esteves. **A Evolução do Conceito de Família na Pós Modernidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”. Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: POSSIBILIDADE DA INCLUSÃO DOS NOMES DOS PAIS NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO E SEUS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

THAYNARA TELES XAVIER:
graduanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – UNIRG.

GLEIDY BRAGA RIBEIRO⁶¹

(orientadora)

Resumo: O presente trabalho visa examinar a possibilidade da família socioafetiva incluir seus respectivos nomes no registro de nascimento assim como discorrer acerca dos Direitos sucessórios. Devido a evolução da sociedade, o conceito de família foi mudando ao longo do tempo, sendo reconhecida nas relações afetivas entre seus membros e consequentemente gerando efeitos jurídicos, com relação a sucessão. O grande avanço foi a partir do Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça em 14 de novembro de 2017 que tratou acerca do reconhecimento voluntário e a averbação da maternidade e paternidade socioafetiva. Assim, esse estudo baseia-se através de pesquisa bibliográfica em doutrinas, nas leis brasileiras e jurisprudências de Tribunais Superiores para o desenvolvimento da temática abordada.

Palavras-chave: Socioafetiva. Família. Sucessão. Direito. Inclusão.

Abstract: The present work aims to examine the possibility of socio-affective family to include their respective names in the birth register as well as discuss about the rights of succession. Due the evolution of society, the concept of family has been changing over time, being recognized in the affective relationships between its members and consequently generating legal effects, with respect to succession. The great advance was from the Provision 63 of the National Council of Justice on November 14, 2017, which dealt with the voluntary recognition and registration of maternity and paternity socio-affective. Thus, this study aims to expose through the study of doctrine, law and jurisprudence of Superior Courts.

Keywords: Socio-affective. Family. Succession. Right. Inclusion.

Sumário: Introdução 1. Conceito de Paternidade Socioafetiva 1.1 Elementos constitutivos e requisitos do reconhecimento 1.2 Reconhecimento socioafetivo na adoção a brasileira. 1.3 Direito do duplo reconhecimento 1.4 Direito sucessório na filiação socioafetiva. Conclusão.

Introdução

O reconhecimento de paternidade socioafetiva é o meio pelo qual a criança e o adulto há o vínculo socioafetivo considerando assim pai e/ou mãe e filho. Sendo assim, o pai e/ou mãe que

⁶¹ Mestre em Desenvolvimento Regional e Doutoranda em Direito Constitucional.

estabeleceu com a criança laços de afeto a partir do Provimento 63 do CNJ, pode se dirigir ao Cartório e declarar voluntariamente que é pai e/ou mãe socioafetiva mesmo que conste no registro de nascimento da criança os pais biológicos.

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa voltada ao sistema judiciário brasileiro, trazendo como tema o reconhecimento de paternidade socioafetiva, procedimento contemplado e inserido pelo Provimento 63 e atualizado pelo Provimento nº 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça, na Seção II, entre os artigos 10 e 15. Tal procedimento tem como finalidade principal o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Registro de Nascimento.

Segundo os mencionados dispositivos, dispõe acerca dos procedimentos e requisitos necessários para realizar o ato de averbação da paternidade socioafetiva no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Sendo assim, Fachim (2003, p. 235) explica sobre a afetividade:

A ideia de afeição, hoje, se apresenta como valor informativo da posse do estado de filho. A noção de posse de estado de filho é algo que se constrói,, faz nascer a verdade sociológica da filiação, que se revela em uma aparência qualificada.

(...)

Nesse sentido, quando se trata do valor jurídico da afeição refere-se a uma projeção que desborda da moldura do sistema clássico.

Acrescenta Madaleno (2009, p. 65):

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, ente os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal (STF) já vêm reconhecendo os efeitos da paternidade socioafetiva, sendo um deles o direito sucessório que é quando se transfere do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento.

No art. 227, § 6º da Constituição Federal, está prevista o princípio da igualdade que todos os filhos serão tratados da mesma forma, observando também que os filhos afetivos têm igualdade jurídica a partir da análise do princípio da afetividade, possuindo os mesmos direitos e qualificações que os filhos consanguíneos quando se trata de Direito Sucessório, não havendo distinção entre os filhos.

O presente artigo foi elaborado com base em doutrinas, nas leis brasileiras e de jurisprudências de Tribunais Superiores em relação a paternidade socioafetiva e seus efeitos jurídicos sucessórios, sendo assim uma pesquisa bibliográfica.

1. Conceito de Paternidade Socioafetiva

Ao longo do tempo, o conceito de família foi ampliado, e com o advento da Constituição Federal de 1988 assim como o Código Civil de 2022, tendo grande impacto na questão da filiação. De modo que, a paternidade socioafetiva é um novo modelo de família que se resume aos princípios da afetividade, igualdade e dignidade da pessoa humana, não baseando somente nos laços sanguíneos biológicos.

Assim, conforme Dimas Messias de Carvalho consiste a socioafetividade:

em criar-se o vínculo de parentesco não pelo sangue ou procriação, mas pelo afeto, pelos cuidados, pelo sentimento paterno-filial, pelo ato de vontade e escolha pelo amor. Vincula-se à filiação e conseqüentemente ao parentesco pela convivência e não biologicamente, constituindo e materializando-se no afeto.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2021, p. 74) explica que o princípio da afetividade fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.

A afetividade é um fator importante quando se trata de paternidade socioafetiva, devendo sempre permanecer o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme preceitua Rodrigo da Cunha Pereira (2005, pgs. 128/129):

O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor.(...) Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética.

Este princípio está previsto no caput do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, sendo reconhecidos direitos fundamentais para a criança e adolescente e conforme o caso concreto fazer a devida aplicação desse direito constitucional. Segundo Adréa Rodrigues Amin (2010, p. 28) entende por

melhor interesse como “o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e da juventude”.

Deste modo, tem-se que a paternidade socioafetiva exige uma relação de amor, afeto e cuidado na relação paterno-filial, extraindo também direitos e deveres desse relacionamento. Todavia, para a configuração de paternidade socioafetiva, há seus elementos constitutivos e os requisitos do reconhecimento garantindo a dignidade da pessoa humana.

1.1 Elementos constitutivos e requisitos do reconhecimento

Como mencionado, a paternidade socioafetiva possui elementos constitutivos para o devido reconhecimento, havendo três que são essenciais para a existência sendo eles: o laço da afetividade, vínculo afetivo e o tempo de convivência, Cassettari (2014).

Ao se tratar de filiação socioafetiva, é de extrema importância indicar as duas formas para esse reconhecimento, considerados pela legislação vigente, que são os judiciais e os extrajudiciais. O primeiro, é aquele em que é ajuizado uma ação de paternidade socioafetiva para reconhecer judicialmente o vínculo de afeto entre duas pessoas devendo esta relação ser pública, consolidada e duradoura comprovada principalmente, por meio de provas documentais e testemunhais. O segundo, é o extrajudicial, sendo feito diretamente no Cartório de Registro Civil de forma voluntária.

O Enunciado nº 21 do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM prevê que:

O reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva de pessoa que não possua parentalidade registral estabelecida poderá ser realizado diretamente no ofício de registro civil, desde que não haja demanda em curso e independentemente de homologação judicial.

Já o Provimento do Conselho Nacional de Justiça de nº 63/2017 com redação alterada pelo Provimento nº 83/2019 dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro A perante os oficiais, prevendo os seguintes requisitos para o reconhecimento extrajudicial:

- Requerente deve ter acima de 18 (dezoito) anos de idade, sendo 16 (dezesseis) anos mais velho que o filho a ser reconhecido;
- Acima de 12 (doze) anos de idade até 18 (dezoito) anos de idade para ser autorizado perante os oficiais de registro civil deve ter o consentimento tanto da mãe quanto do pai;
- Demonstrar vínculo socioafetivo;
- Não ser irmãos, nem ascendentes (pais, avós, bisavós, etc.);

- Preenchimento da declaração de desconhecimento da existência de discussão judicial pelo requerente;
- Caso esteja preenchido todos os requisitos, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer; e
- Após o parecer favorável do Ministério Público, o registrador efetivará o registro de paternidade ou maternidade socioafetiva.

Portanto, há também os impedimentos para o não reconhecimento extrajudicial, sendo os seguintes impedimentos: suspeita de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho (art. 12 do Provimento 63 do CNJ) e existência de discussão judicial (art. 13 do Provimento 63 do CNJ).

1.2 Reconhecimento socioafetivo na adoção à brasileira

A adoção à brasileira é uma modalidade ilegal de constituição de família, em que os pais biológicos entregam a criança para uma família conhecida ou não por eles para criar, educar e registrar como se fossem seus filhos biológicos, sendo conceituado por Eduardo Luiz Santos Cabette e Raphaela Lopes Rodrigues:

A adoção à brasileira, também conhecida como adoção ilegal caracteriza-se quando a genitora ou a família biológica simplesmente entrega a criança a um indivíduo estranho, onde este muito provavelmente registrará a criança como filho próprio, sem sequer ter passado por um processo judicial de adoção. (CABETTE e RODRIGUES, 2019, p.1).

Nesta linha de pensar, Maria Antonieta Pisano Motta (2005, p. 255) complementa:

registrar o filho de outra pessoa como sendo próprio sem passar pelos trâmites adotivos legais, o que, além de constituir crime de falsidade ideológica punível por lei, de fato expõe os pais adotivos à ausência de proteção legal no caso de os pais biológicos desejarem ter seu filho de volta.

Assim pode-se mencionar o disposto no Código Penal, caput do artigo 242 do Capítulo II, Dos Crimes Contra o estado de Filiação, dispõe que:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Apesar da adoção à brasileira ser considerada crime conforme o artigo anteriormente citado, os Tribunais Superiores têm o entendimento majoritário de que a adoção à brasileira está caracterizada como paternidade socioafetiva pois a relação paterno-filial se consolidou através do tempo.

Sobre o assunto, os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça têm o entendimento de que quem adota à brasileira tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto, sendo que nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode se valer de eventual ação anulatória postulando desconstituir o registro civil.

Nesse diapasão, mesmo sendo uma prática criminosa no Brasil, a adoção à brasileira ainda é corriqueira, se consolidando a posse do estado de filiação, o laço da afetividade, vínculo afetivo e o tempo de convivência familiar.

Diante dos elementos constitutivos da paternidade socioafetiva, a adoção à brasileira poderá ser considerada socioafetiva, acarretando diversos efeitos jurídicos, como o direito de sucessão em que veremos posteriormente.

1.3 Direito Do Duplo Reconhecimento

A dupla paternidade no registro de nascimento é a possibilidade do duplo registro de filiação da criança conter os nomes de dois pais ou duas mães na certidão de nascimento.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família em seus enunciados de nº 09 e 29 dispõe que a multiparentalidade gera efeitos jurídicos e havendo o reconhecimento da multiparentalidade, é possível a cumulação da parentalidade socioafetiva e da biológica no registro civil.

De acordo com Gonçalves (2017, p. 398), a dupla paternidade “consiste no fato de o filho possuir dois pais ou mães reconhecidas pelo direito, o biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva.”

De acordo com a Apelação Cível nº 1.0024.14.275943-0/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais da Comarca De Belo Horizonte, por entendimento majoritário manteve a sentença de que a criança terá dupla paternidade na certidão no caso em que o pai biológico reivindicava a retirada do nome do pai socioafetivo da certidão, sendo que a exclusão da paternidade registral, poderá ocasionar danos irreversíveis ao menor, e a improcedência do pedido de reconhecimento da paternidade em relação ao pai biológico fere seu direito de pai que busca desde os primeiros dias de vida do menor.

O Provimento nº63 de 14 de novembro de 2017, regulamenta a autorização para os oficiais de cartório para incluir extrajudicialmente o nome dos pais socioafetivos na certidão de nascimento sem precisar, portanto, de decisão judicial para a inclusão no campo de filiação.

No que se refere ao reconhecimento extrajudicial da dupla paternidade, o artigo 14 do referido Provimento, em que somente poderá ser realizado de forma unilateral, não implicando o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo da filiação no assento de nascimento. (BRASIL, 2017)

Diante disso, gerou muitas dúvidas acerca da dupla paternidade com o termo unilateral expresso no caput do artigo anteriormente citado. Dessa forma, a Corregedoria Geral de Justiça do CNJ incluiu pelo Provimento nº 83, dois parágrafos, sendo eles:

§ 1ª Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno.

§ 2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.

Neste viés, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos é observado na multiparentalidade decorrendo assim de efeitos jurídicos em razão do reconhecimento, concedendo aos filhos sem qualquer tipo de discriminação ao direito de sucessão com base no artigo 227, § 6º da Constituição Federal em consonância com o artigo 1.596 do Código Civil Brasileiro.

1.4 Direito Sucessório na filiação socioafetiva

A filiação socioafetiva no direito sucessório, como anteriormente citado decorre de todos os direitos e deveres inerentes a autoridade parental de acordo com o Enunciado 6 da Resolução do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Nas palavras de Binder, citado por Orlando Gomes (2002, p. 25), direito sucessório é “a parte especial do direito civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte”.

No mesmo sentido, Plácido (2014, pág. 1340) que conceitua:

sucedor por linha significa vir a uma sucessão ou herdar, não por jure próprio nem por jure representativos, mas sim em razão de parentesco ascendente, ou de linha ascendente, que coloca a pessoa em posição de herdar, desde que faltem descendentes

Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico acerca do direito sucessório na filiação socioafetiva, o Código Civil através do artigo 1593 prevê a não diferenciação dos filhos, independentemente do vínculo sanguíneo estabelecendo que o afeto entre pais e filhos atinjam igual valor jurídico em razão da busca pela dignidade da pessoa humana e da família.

Conforme acima citado, os herdeiros socioafetivos tem igualdade no direito sucessório dos herdeiros consanguíneos, como podemos observar Acórdão nº 895903 do Tribunal de Justiça do Distrito – 1ª Turma Cível, em que foi configurado o vínculo socioafetivo entre as partes, que se tratavam mutuamente como pai e filho, prevalecendo o entendimento fixado na sentença quanto à declaração do vínculo paterno-filial assim como foi resguardado os direitos sucessórios.

O filho socioafetivo a partir do reconhecimento será considerado herdeiro necessário, tendo igualdade de direitos no que tange o nosso ordenamento jurídico.

Para as relações de sucessão, o filho socioafetivo será herdeiro necessário, ou seja, possuem direito à parte legítima da herança (equivalente a 50% dos bens), tanto dos pais biológicos quanto dos pais socioafetivos, configurando a multi heranças. No mesmo sentido, desdobra-se para o ramo previdenciário, a possibilidade de se pleitear pensões por morte de ambos os pais. Em se tratando de direito de família, a multiparentalidade traz um dinamismo mais complexo, no caso concreto a discussão versará sobre a guarda da criança, a visitação, o convívio pleno com ambos os pais e o direito à alimentos sob o binômio possibilidade e necessidade. (ALQUEZAR pág. 11, 2021).

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou na Repercussão Geral nº 622 que tem como título a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, declarando em sua tese que: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.” (BRASIL, 2016)

Conclui-se que o direito sucessório no âmbito da paternidade socioafetiva está em consonância com o princípio da igualdade da filiação, previsto no artigo 227, § 6º e do direito de herança previsto no artigo 5º, inciso XXX ambos da Constituição Federal de 1988, aplicando subsidiariamente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Conclusão

O presente trabalho tratou-se de pesquisar sobre a possibilidade da inclusão dos nomes dos pais na certidão de nascimento e seus efeitos no direito sucessório. Para o seu desenvolvimento, o trabalho foi dividido em cinco capítulos, tratando entre eles o conceito, elementos constitutivos e requisitos para o reconhecimento, o reconhecimento socioafetivo na adoção à brasileira, o direito do duplo reconhecimento e por último o direito sucessório na filiação socioafetiva.

Constatou-se que a socioafetividade está relacionada inteiramente ao afeto, carinho, cuidado e proteção, caracterizando assim uma família não baseada somente nos laços sanguíneos biológicos.

Posto isso, convém salientar que os objetivos deste estudo foram alcançados através de doutrina e jurisprudência consagrando a afetividade com base nos princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade entre os filhos.

Por fim, observa-se a importância de uma legislação específica em relação aos direitos da filiação socioafetiva, pois de acordo com os artigos 226 e 227 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade tendo especial proteção do Estado sendo um dever da família, da sociedade e do Estado

assegurar 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.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04/11/2022.

ALQUEZAR, Natalye Regiane, Parâmetros legais e sociais da família socioafetiva, IBDFAM, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1648/Par%C3%A2metros+legais+e+sociais+da+fam%C3%ADlia+socioafetiva>. Acesso: 31/10/2022.

AMIN, Andréia Rodrigues; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord.) Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03/10/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 895903. Apelação Cível 20110210037040. Órgão julgador: 1ª Turma Cível. Relator: Romulo de Araujo Mendes. Data de julgamento: 16. 09. 2015. Data da publicação: 06.10.2015.. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2015/informativo-de-jurisprudencia-n-316/paternidade-socioafetiva-2013-reconhecimento-201cpost-mortem201d>. Acesso em: 30/10/2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; RODRIGUES, Raphaela Lopes. Adoção à brasileira: crime ou causa nobre?. [S.l.]. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/661836186/adocao-a-brasileira-crime-ou-causa-nobre>. Acesso em: 03/10/2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das famílias. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 557.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014. pg.29-34

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimentos Nº 63 de 14/11/2017 e Nº 83 de 14/08/2019 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 12/09/2022.

DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Pgs. 128/129.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias, 14ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª. ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. Enunciados do IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 04/11/2022.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11/01/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12/09/2022.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.65.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Adoção Pronta X Adoção pelo Cadastro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Grandes Temas da Atualidade. Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 255

STJ mantém decisão sobre caso de adoção à brasileira julgado na Paraíba. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/imported_13521/. Acesso em: 02/11/2022

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tema 622 - Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 18/10/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Criança terá dupla paternidade em registro. Pai biológico reivindicava retirada do nome do pai socioafetivo. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/crianca-tera-dupla-paternidade-em-registro.htm#>. Acesso em: 02/11/2022

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS TJ-DF- Apelação Cível. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/240324998>. Acesso em: 31/10/2022

OS ELEMENTOS DA LEI NATURAL E POLÍTICA DE THOMAS HOBBS EM UMA ANÁLISE PARADIGMÁTICA COM A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS: O RETORNO AO ESTADO NATURAL DO HOMEM?

MARIA EDUARDA MOREIRA DE MEDEIROS:

Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito – EPD/SP. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Membro da Comissão de Seguridade Social da OAB/PE. Membro da Associação dos Advogados Previdenciaristas de Pernambuco – AAPREV. Advogada no Coelho e Dalle Advogados.

Resumo: A globalização é marcada pelo esmaecimento da soberania estatal, diante do poder de organizações econômicas transnacionais, verificando o declínio da capacidade estatal de engendrar políticas sociais de amparo ao obreiro. A Reforma Trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/2017 ampliou a flexibilização das normas trabalhistas, diante da autonomia da vontade e o negociado sobre o legislado foi a expressão máxima dessa autonomia. Desta forma, o estado natural de Hobbes volta à tona, na medida em que prevalece a vontade das partes, ou melhor dizendo na realidade, prevalece a vontade da parte hiper suficiente da relação, ressaltando o medo, a insegurança e a luta dos homens subordinados?

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Reforma Trabalhista. Thomas Hobbes. Estado Natural. Princípio da Proteção.

Abstract: Globalization is marked by the fading of state sovereignty, in the face of the power of transnational economic organizations, verifying the decline of the state's capacity to engender social policies to support the worker. The Labor Reform introduced by Law nº 13.467/2017 expanded the flexibility of labor standards, given the autonomy of the will and the negotiated over the legislated was the maximum expression of this autonomy. In this way, the natural state of Hobbes comes back to the fore, insofar as the will of the parties prevails, or rather, in reality, the will of the hyper-sufficient part of the relationship prevails, highlighting the fear, insecurity and struggle of subordinate men?

Keywords: Autonomy of the will. Labor Reform. Thomas Hobbes. Natural State. Protection Principle.

1.Introdução

O trabalho e as relações dele advindas sofreram inúmeras transformações ao longo da história, tanto econômica quanto social, causando modificações no direito do trabalho, em especial.

A fim de alcançar um equilíbrio e uma igualdade na relação entre o empregado e o empregador, viu-se a necessidade de uma intervenção estatal para garantir os direitos dos trabalhadores, ganhando

o direito do trabalho um caráter protecionista, visando a igualdade das relações de trabalho e garantia dos direitos fundamentais do trabalhador. Para Hobbes, a intervenção do Estado evita a luta entre os homens e garante a paz social.

A Revolução Industrial pode ser citada como um movimento que deu origem a fortes mudanças nas relações de trabalho, pois foi um período de grande desigualdade social, onde os trabalhadores lutavam por melhores condições de trabalho, uma vez que eram submetidos a condições degradantes de labor e estavam totalmente submetidos ao poder dos empregadores, os donos dos meios de produção, que detinham o poder econômico e diretivo.

No entanto, a globalização é marcada pelo esmaecimento da soberania estatal, diante do poder de organizações econômicas transnacionais, verificando o declínio da capacidade estatal de engendrar políticas sociais de amparo ao obreiro.

Se faz necessária uma análise sobre as mudanças advindas com a Reforma Trabalhista, regulamentada pela Lei nº 13.467/2017, principalmente no que tange à prevalência da autonomia da vontade, com expressão máxima no negociado sobre o legislado, que se traduz em uma flexibilização dos direitos trabalhistas.

Desta forma, o corpo político de Hobbes volta a ceder espaço ao estado natural do homem, na medida em que prevalece a vontade das partes?

Em um primeiro momento será sintetizada a obra *Os Elementos da Lei Natural e Política* de Thomas Hobbes, definindo estado de natureza do homem e a sua passagem necessária ao corpo político. Em um segundo momento busca-se analisar a dicotomia entre o princípio da proteção ao trabalhador e a autonomia da vontade das partes na Reforma Trabalhista, especialmente no que tange à valorização do negociado sobre o legislado, que trouxe tendências de flexibilização dos direitos trabalhistas. A valorização do negociado sobre o legislado na Reforma Trabalhista seria o retorno para o estado natural do homem?

O método de abordagem utilizado é o dedutivo, pois o trabalho parte da ideia geral do pensamento hobbesiano até estabelecer uma análise com o direito do trabalho atual. O estudo desenvolve-se a partir da pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, artigos científicos, internet, etc. Assim, a reflexão do tema mostra-se necessária para pensar quais os limites e critérios para a aplicação da prevalência da autonomia da vontade nas relações trabalhistas.

***2.Os Elementos da Lei Natural e Política* de Thomas Hobbes.**

2.1 O estado de natureza e o conflito entre os homens.

Ao dispor sobre o estado de natureza, Hobbes afirma que todos possuem quaisquer direitos que julguem ser necessários para a autopreservação e, diante do cenário de conflito entre os homens, procura entender por qual meio o homem poderá atingir essa finalidade.

O direito natural não impede que o homem realize tudo o que deseje e, são nas satisfações dos desejos, que os homens tendem a entrar em conflito. Hobbes concebe que os homens, no estado natural, são uma ameaça constante aos outros, assim definindo o estado de natureza humana como estado de guerra:

Considerando então a ofensividade da natureza dos homens uns com os outros, deve-se acrescentar um direito de todos os homens a todas as coisas, segundo o qual um homem invade com direito, e outro homem com direito resiste, e os homens vivem assim em perpétua difidência, e estudam como devem se preocupar uns com os outros. O estado dos homens em sua liberdade natural é o estado de guerra.⁶²

É cediço que todos os homens são iguais. Contudo, com as paixões, os medos, as competições e as glórias, tendem a entrar em conflito uns com os outros e é por isso que os homens vivem em constante aflição, com medo de ser atacado por sua própria espécie. Com isso, percebe-se que há um sentimento de disputa entre todos os homens que levam a um medo recíproco no estado de natureza. Para Hobbes, o homem, no intuito de preservar a si mesmo, concebe uma imagem ameaçadora do outro, construindo uma concepção de futuro desagradável.

O ponto de atenção é que o homem cria uma imagem distorcida da potência de si e daquilo que o outro poderá fazer que afeta, de alguma forma, a honra humana, sem qualquer base no real. Desta forma, o conflito surge como consequência das diversas crenças sobre as potências, de acordo com os meios que podem ser usados para a autopreservação.

E não se reflete apenas sobre os interesses individuais, mas sim sobre o conflito de crenças que envolvem a potência. Os homens acreditam que é razoável entrar em conflito com o outro de forma preventiva para que seus desejos não sejam tolhidos na busca da satisfação dos interesses particulares. Desta forma, o estado de natureza humana é a de garantir a autopreservação, porque o outro representa uma ameaça à potência.

Esse estado é facilmente definido pelo entendimento hobbesiano de que *o homem é o lobo do homem*.

2.2 O corpo político e o poder absoluto do soberano.

De proêmio, importante ressaltar que o estado de natureza conflituoso do homem não deixa de existir no estado civil, pois o mesmo homem que vive sob as leis naturais, vive em sociedade. Ou seja, a natureza humana não muda em decorrência do fator tempo, espaço ou vida social.

Mas, como sair desse estado de natureza dotado de plena insegurança para os homens?

⁶² HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político*. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 96. (Col. Fundamentos do direito).

Para Hobbes, viver em constante caos não é racional. No estado de natureza é possível que os homens empreguem qualquer meio que julgar necessário para se preservar, inclusive, praticar crimes. Viver nesse estado por acreditar que é livre para exercer quaisquer direitos é um atentado contra si, na medida em que os homens, ao buscarem satisfazer seus desejos, se tornam inimigos da sua própria espécie. O estado de natureza é o homem sem a lei civil, mas não sem desejos. E contra o desejo de se viver nesse estado, Hobbes escreve:

[...], aquele portanto que deseja viver num estado tal como é o estado de liberdade e direitos de todos sobre tudo (*all to all*), contradiz a si mesmo. Pois todo homem, pela necessidade natural, deseja o seu próprio bem, ao qual aquele estado é contrário, no qual supomos haver disputa entre os homens que por natureza são iguais e aptos a se destruírem uns aos outros.⁶³

Desta forma, os homens se submetem às leis da natureza para buscar a paz e, conseqüentemente, a sua felicidade. É pela lei, por um ordenamento racional, que o homem se aproxima da paz e do prazer da vida.

A razão não é menos da natureza humana do que a paixão, e ela é a mesma em todos os homens, porque todos os homens concordam na vontade de serem dirigidos e governados no caminho para aquilo que eles desejam alcançar, a saber, o seu próprio bem, o qual é obra da razão. Não pode haver, portanto, outra lei de natureza além da razão, nem outros preceitos da lei natural (natural law) do que aqueles que declaram para nós os caminhos para a paz onde esta pode ser obtida, e os caminhos para a defesa onde não se puder obtê-la.⁶⁴

Reconhecer de forma racional que os homens vivem em um estado de insegurança e de medo é o primeiro passo para a necessidade de se constituir um corpo político. Em conjunto, as leis são postas em uma convenção que não é duradoura porque o homem é capaz de infringir a lei, voltando ao estado de guerra. A competição e o medo são justificativos racionais para a constituição desse corpo político.

A pressão combinada de competição, medo e glória leva à guerra de todos contra todos, e a uma vida de pobreza, solidão, desagradável, bruta e curta.

⁶³ HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político*. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 96. (Col. Fundamentos do direito).

⁶⁴ HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político*. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 100. (Col. Fundamentos do direito).

Para escapar dessa condição, os homens devem erigir instituições que façam cumprir as normas de conduta que garantam a paz.⁶⁵

Desta forma, Hobbes entende que a convenção não é suficiente para os homens garantirem a paz. É necessário um poder comum constituído em um corpo político, conforme sublinha:

Portanto, mantém-se ainda que o consenso, pelo qual eu entendo a concorrência da vontade de muitos homens para uma ação, não é segurança suficiente para a sua paz comum, sem que se levante algum poder comum, por cujo temor eles possam ser compelidos tanto a manter a paz entre eles quanto a reunir suas forças conjuntamente contra um inimigo comum. E que isso pode ser feito, não existe maneira imaginável senão unicamente pela união, que é definida – no capítulo XII, seção 8 – como sendo o envolvimento ou a inclusão das vontades de muitos na vontade de um homem, ou na vontade da maioria numa quantidade de homens, ou seja, na vontade de um homem, ou de um conselho (council).⁶⁶

Significa que o homem deve transferir seus direitos a um outro homem, soberano, que deve proteger os súditos. Assim, o poder soberano é dotado de poder político e jurídico, podendo estabelecer leis para garantir o caminho para a paz dos homens. E, para ser eficiente, Hobbes afirma que o poder deve ser absoluto.

Hobbes insiste que, sendo constituído o poder soberano, não significa dizer que os homens perderão seus direitos garantidos desde o estado de natureza. O homem abdica da sua liberdade de exercer a sua potência de agir como bem entender para ter garantida a sua segurança e a sua paz.

A comodidade da vida consiste em liberdade e riqueza. Por liberdade eu quero dizer que não existe proibição sem necessidade de alguma coisa para um homem, que seria legítimo para ele na lei de natureza; ou seja, que não existe restrição da liberdade natural, senão naquilo que é necessário para o bem da república, e que os homens bem intencionados possam não cair no perigo das leis, como em armadilhas, antes que sejam alertados. Diz respeito também a esta liberdade que um homem possa ter uma passagem cômoda de um lugar a outro, e não ser aprisionado ou confinado com a dificuldade de caminhos e falta de meios para transporte de coisas necessárias. Quanto à riqueza do povo,

⁶⁵ RYAN, Alan. Hobbes's political philosophy. In: SORELL, Tom (Org.). The Cambridge companion to Hobbes. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 222.

ela consiste em três coisas, a boa ordenação do tráfico, a obtenção de trabalho, e a proibição de consumo supérfluo.⁶⁷

Nota-se que, quando da criação do poder soberano, o súdito não perde o seu direito à alimentação, à propriedade e ao trabalho. O súdito não fica à completa mercê do soberano no sentido de que ele possa sem justa causa impedi-lo de obter o necessário para a sua subsistência. Embora possa teoricamente fazê-lo, essa atitude seria insana porque o direito à vida é um valor inalienável e, por essa razão, o estado de guerra poderia ressurgir a qualquer momento. É esperado que o soberano deve agir pautado por princípios razoáveis com a finalidade de garantir a segurança, principalmente, a dos súditos.

No entanto, neste ponto, é importante colocar em questionamento a seguinte premissa: o homem possui a liberdade para agir desde que seja nos limites da sujeição política e jurídica ao poder soberano. Pois, Hobbes sugere a intervenção do poder soberano nas ações e direitos do homem.

3.A visão de Hobbes imbricada no direito do trabalho: dicotomia entre o princípio da proteção ao trabalhador e a autonomia da vontade das partes.

É cediço que o direito do trabalho nasce de forma intervencionista, sob o caráter protecionista do Estado para garantir direitos mínimos dos hipossuficientes. E, para Hobbes, a intervenção do Estado evita a luta entre os homens e garante a paz social.

Nesse norte, Arnaldo Sussekind ensina:

"(...) o Estado estabelece barreiras à liberdade contratual, em nome do interesse coletivo e da Justiça Social, a fim de impor a observância de inúmeros preceitos de amparo ao trabalhador, que constituem o conteúdo institucional do contrato de trabalho. Outrossim, a par das normas imperativas de proteção ao trabalho, o Estado cria instituições de direito público, que interferem nos diversos aspectos que precedem, correspondem ou sucedem às relações de trabalho; fiscaliza a execução dos contratos e das normas institucionais que lhes aderem; institui penalidades para a infração dessas normas e reconhece a eficácia jurídica das convenções coletivas de trabalho, cujas normas complementam os contratos individuais de trabalho. O direito passou a tratar desigualmente pessoas com forças desiguais, o que é de justiça e equidade. As

⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político*. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 207. (Col. Fundamentos do direito).

normas de natureza privada floresceram com o liberalismo e as de natureza pública predominam com a socialização do direito".**68**

No entanto, o trabalho e as relações dele advindas sofreram inúmeras transformações econômicas e sociais ao longo da história, causando modificações no direito do trabalho, em especial.

A Revolução Industrial pode ser citada como um movimento que deu origem a fortes mudanças nas relações de trabalho, pois foi um período de grande desigualdade social, onde os trabalhadores lutavam por melhores condições de trabalho, uma vez que era submetidos a condições degradantes de labor e estavam totalmente submetidos ao poder dos empregadores, os donos dos meios de produção, que detinham o poder econômico e diretivo.

Assim, a fim de alcançar um equilíbrio e uma igualdade na relação entre o empregado e o empregador, viu-se a necessidade de uma intervenção estatal para garantir os direitos dos trabalhadores, ganhando o direito do trabalho um caráter protecionista, visando a igualdade das relações de trabalho e garantia dos direitos fundamentais do trabalhador. Assim, o princípio de maior relevância na estrutura do direito do trabalho é o princípio da proteção do trabalhador, parte hipossuficiente na relação.

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite:

O princípio da proteção processual, portanto, deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para efetivar os direitos materiais reconhecidos pelo Direito do Trabalho, sendo esse ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.**69**

O princípio da proteção surgiu com o escopo de conferir ao trabalhador, considerado o polo mais fraco da relação laboral, isto é, parte hipossuficiente, uma superioridade jurídica, lhe garantindo direitos mínimos a fim de equilibrar a relação entre empregado e empregador, uma vez que em comparação a este, o obreiro está em desvantagem de poder socioeconômico.**70**

O princípio da proteção ao trabalhador, com caráter intervencionista, nos remete ao estado soberano de Hobbes. Mas, será que com a autonomia da vontade, prevalente na legislação trabalhista atual, voltamos ao estado natural do homem, livre para estipular os seus direitos e em luta constante contra o outro?

68 SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2002. vol. I. p. 117-118.

69 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 108.

70 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 192-193.

Carla Romar explica que o impacto à regra da proteção ao trabalhador, após a Reforma Trabalhista, se dá em razão da ampliação da autonomia individual e da validação das pactuações decorrentes de acordo direto entre empregado e empregador, sendo essas negociações consideradas válidas em relação aos direitos indicados no artigo 611-A da CLT⁷¹.

Ainda, afirma que a Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017 ampliou a flexibilização no Brasil, afirmando a autonomia da vontade coletiva e restringindo a intervenção da Justiça do Trabalho na negociação coletiva (art. 8º, § 3º, e art. 611-A, § 1º, CLT), prevendo expressamente a prevalência do negociado sobre a lei em relação às matérias que enumera (art. 611-A, CLT) e reconhecendo que as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho (art. 620, CLT)⁷².

Vólia Bonfim elucida que, com a Lei nº 13.467/2017, houve a inversão nos princípios do Direito do Trabalho, supressão de regras favoráveis ao trabalhador, posto que prioriza a norma menos favorável ao empregado, valoriza a livre autonomia da vontade, prevê a prevalência no negociado ao legislado para reduzir e comprimir direitos trabalhistas, valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste e exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito do trabalho. Ainda, afirma que liberdade e a autonomia na declaração de vontade do trabalhador antes, durante e depois da vigência da relação de emprego é o fio condutor da validade dos ajustes efetuados entre empregado e patrão. A Lei nº 13.467/2017 prestigia a negociação individual e coletiva entre as partes sobre os direitos previstos em lei, permitindo que o negociado prevaleça sobre o legislado, pois parte da falsa premissa de que o trabalhador quer livremente abrir mão de seus direitos, ignorando sua vulnerabilidade jurídica. Também autoriza renúncia de direito e torna disponíveis direitos que deveriam ser indisponíveis.⁷³

É incontroverso que as inovações trazidas pela Reforma Trabalhista aumentaram consideravelmente a autonomia da vontade, ainda que o trabalhador seja prejudicado em eventual direito acordado, em uma clara dicotomia com o princípio da proteção do trabalhador.

Neste cenário constata-se uma mudança no eixo do direito do trabalho, que, paulatinamente, abandona a antiga convicção, apregoada por Hobbes, de monopólio estatal (entrega a um poder soberano como princípio coordenador e protetor de toda a comunidade) para a valorização da autonomia privada coletiva.

A visão hobbesiana de direito do trabalho como fonte exclusiva do Estado paternalista e totalizante não se encaixa atualmente, em que a conservação do posto de trabalho e a dignidade do

⁷¹ ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo, SP. Saraiva Educação, 2018, p. 68.

⁷² ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo, SP. Saraiva Educação, 2018, p. 118.

⁷³ CASSAR, Vólia Bonfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. *Revista Magister de direito do trabalho*. V.14, n. 79, p. 5-20. Jul/ago, 2017.

trabalhador são parâmetros a serem buscados pela negociação coletiva, sem perder de vista os direitos mínimos delineados na legislação laboral.

A globalização é marcada pelo esmaecimento da soberania estatal, diante do poder de organizações econômicas transnacionais, verificando o declínio da capacidade estatal de engendrar políticas sociais de amparo ao obreiro. Desta forma, o estado natural de Hobbes volta à tona, na medida em que prevalece a vontade das partes, ou melhor dizendo na realidade, prevalece a vontade da parte hiper suficiente da relação, ressaltando o medo, a insegurança e a luta dos homens subordinados.

É necessária uma reflexão acerca das mudanças advindas com a Reforma Trabalhista, regulamentada pela Lei nº 13.467/2017, especialmente no que tange a prevalência da autonomia da vontade, prevalecendo o negociado sobre o legislado.

4.A valorização do negociado sobre o legislado na Reforma Trabalhista: o retorno para o estado natural do homem?

Atualmente, o mundo passa por uma crise nas relações de trabalho, crise provocada pelas mudanças geradas pelo processo de globalização, robótica, desemprego em massa e a mundialização da economia.⁷⁴

Historicamente, a flexibilização começou a ser permitida a partir da Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, VI, XIII e XIV, onde permitiu que algumas de suas normas fossem flexibilizadas, especificamente, por meio de negociação coletiva, redução salarial, compensação de jornada de trabalho e fixação de jornada diferenciada para os turnos ininterruptos de revezamento.

No âmbito da proteção coletiva do trabalhador, a Constituição Federal previu o princípio da liberdade sindical, estabelecendo que aos sindicatos cabe a defesa da categoria profissional que representa, lhe atribuindo poder de igual em semelhança de poder com o empregador. Foi vedado ao Poder Público a interferência na organização sindical.

Doravante, houve o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho, cujo artigo 7º, inciso XXVI da CF/88 dispõe que "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;".

Portanto, percebe-se que a Constituição Federal pressupõe que a vontade das partes na relação é o que define as condições do trabalho, atribuindo às negociações coletivas força de lei, sem qualquer intervenção de terceiro. O reconhecimento das negociações coletivas atribuiu uma maior igualdade entre os empregados, permitindo a composição de direitos de forma mais justa. No entanto,

⁷⁴ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho: de acordo com Reforma Trabalhista Lei13.467/2017. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 35.

permitiu a flexibilização de normas trabalhistas como por exemplo a irredutibilidade do salário, salvo disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Ou seja, a Lei 13.467/2017 alterou diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, trazendo uma nova configuração para as relações de trabalho que permitem a flexibilização da proteção dos direitos trabalhistas e da natureza de indisponibilidade desses direitos.

O artigo 611-A é a expressão da definição de que o negociado prevalece sobre o legislado:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a *Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015*;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Percebe-se que o artigo acima transcrito traz uma maior flexibilização dos direitos trabalhistas que podem ser modificados via negociação coletiva, até mesmo em sobreposição à lei. Pela simples leitura dos incisos, constata-se que os interesses do trabalhador podem ser colocados em xeque, pois as flexibilizações impostas não limitam a atuação empresarial, que detém do poder econômico e diretivo, ressaltando o medo, a insegurança e a luta dos homens subordinados.

Direitos constitucionalmente assegurados podem ser suprimidos. Como por exemplo o intervalo intrajornada. O intervalo é uma forma de assegurar o descanso do obreiro, solução que visa afastar a fadiga e a possibilidade de acidentes de trabalho, e por isso nos trabalhos diários superiores a 6 horas, o intervalo intrajornada mínimo é de 1 hora. O objetivo principal do intervalo intrajornada consistia na proteção da saúde e segurança do trabalhador durante a sua jornada de trabalho. Sobre esse enfoque, o intervalo está diretamente ligado à proteção da pessoa humana, garantia expressamente prevista na Constituição Federal.

No entanto, por meio do inciso III do artigo 611-A, será viável, por meio de negociação coletiva, a redução desse intervalo para 30 minutos em jornadas superiores a 6 horas diárias, comprometendo o direito de desconexão do obreiro cuja finalidade é a recuperação física e mental despendidas com o labor.

O próprio TST já tinha formulado a Súmula nº 437⁷⁵ afirmando não ser possível a redução do intervalo intrajornada pois haveria a ofensa à saúde, higiene e segurança do trabalho. Neste sentido, a

75 Súmula nº 437 do TST

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inenunciável à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e

redução ou a supressão do intervalo intrajornada consistiria em ofensa à uma norma de ordem pública, irrenunciável em sua origem.

Afirmar que o intervalo intrajornada não consiste em uma regra de proteção à saúde e à segurança no trabalho torna-se absolutamente ilógica e desarrazoada.

Outro exemplo, a possibilidade de redução do salário abaixo do mínimo legal, com a redução dos ganhos mensais e consequente redução do FGTS, 13º salário, entre outros benefícios. Só basta que o Sindicato dos trabalhadores aceite essa condição, de maneira a ferir a dignidade do trabalhador.

No mesmo sentido, se tem o enquadramento do grau de insalubridade e a prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. A Norma Regulamentadora NR-15 traz os limites de tolerância à exposição ao grau de insalubridade de um empregado, visto que prejudicial à saúde. No entanto, por meio dos incisos XII e XIII, os direitos dos trabalhadores em relação ao percentual ganho à título de adicional de insalubridade pode ser reduzido, além de ofender a saúde do empregado pela exposição maior em ambientes nocivos, submetendo-o a condições degradantes. Esses incisos contrariam o parágrafo único do artigo 611-B que proíbe a negociação coletiva sobre direitos que visam à segurança, higidez e saúde do trabalhador.

Como já destacado, as questões ligadas à saúde do empregado são de indisponibilidade absoluta e não podem ser renunciadas, principalmente via negociação coletiva. Afinal, estão “imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional”⁷⁶.

As possibilidades de negociações inseridas no artigo 611-A da CLT ferem a dignidade da pessoa humana. Segundo Noemia Reis Martins de Mendonça:

É visível que direitos trabalhistas podem ser profundamente afetados nas futuras negociações ou acordos, pois os incisos do artigo 611-A trata de pontos sensíveis para os trabalhadores, tais como: jornada de trabalho, intervalo de descanso, regime de trabalho, insalubridade, descanso semanal, remuneração entre outros. Assim, ao analisar de forma global o presente artigo, concluímos que este vem a ferir, na sua essência, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, o caput, inicialmente, nos remete a entender que apenas o princípio da legalidade ou da reserva legal está sendo afrontado, mas, ao nos

alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

76 DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 138. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewizrbOHq4v0AhULqpUCHZY3BEQQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D3215998&usg=AOvVaw3RkCl3SvtWLKLNz9OUeIU> Acesso em: 08 de novembro de 2021.

deslocarmos para os incisos do artigo encontramos as mais variadas possibilidades de transgressões ao trabalhador.**77**

A Reforma Trabalhista deu destaque ao princípio da intervenção mínima do Estado na autonomia da vontade, enfraquecendo o princípio da proteção. Verifica-se essa premissa por meio do parágrafo 3º do artigo 8º:

Art. 8º [...]

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (BRASIL. Lei nº 13.467, 2017).

Para Vólia Bonfim, o artigo 8º, parágrafo 3º da CLT, acrescido pela Lei nº 13.467/2017, dificultou ao máximo a intervenção do Judiciário na análise das cláusulas contidas nas convenções e acordos coletivos, limitando as hipóteses de nulidade. Adotou como o princípio a intervenção mínima (do Judiciário) na autonomia da vontade coletiva, dando maior segurança às convenções coletivas e acordos coletivos e liberdade (poder) aos seres coletivos. Isto está refletido tanto no parágrafo 3º do artigo 8º, como no artigo 611-A da CLT. A verdadeira intenção do parágrafo 3º do artigo 8º da CLT foi a de impedir ou dificultar, ao máximo, o Judiciário de declarar a nulidade de cláusula redutora de direitos trabalhistas contidas nas normas coletivas, dando maior segurança à flexibilização.**78**

Ainda, reafirmando que o acordado deve prevalecer sobre o legislado, tem o artigo 620 da CLT, que assim afirma "As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho" (BRASIL. Lei nº 13.467, 2017). Ainda que o acordado seja prejudicial ao trabalhador, infringindo leis e garantias constitucionais, o acordo prevalecerá.

77 MENDONÇA, Noemia Reis Martins de. A (in) constitucionalidade do art. 611-A da "Reforma Trabalhista" dentro da perspectiva do Princípio da Legalidade. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61801/a-in-constitucionalidade-do-art-611-a-da-reforma-trabalhista-dentro-da-perspectiva-do-principio-da-legalidade> Acesso em: 05 de novembro de 2021.

78 CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização por norma coletiva e prevalência do negociado sobre o legislado. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, p. 78. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20TRT1/Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20por%20norma%20coletiva%20e%20preval%C3%Aancia%20do%20negociado%20sobre%20o%20legislado-%2077-86.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2021

É diante deste cenário que se ressalta a volta ao estado de natureza hobbesiano, sem intervenção do Estado na garantia dos direitos dos homens. O interesse da parte hiper suficiente da relação prevalece, flexibilizando direitos trabalhistas mínimos.

A ideia de que as normas coletivas têm limitações quando desejarem reduzir ou suprimir direitos dos trabalhadores é falaciosa. Não importa se os direitos trabalhistas têm indisponibilidade absoluta ou relativa, não importa a redação do artigo 611-B (que aponta os direitos que não podem ser negociados ou reduzidos coletivamente), pois o artigo 611-A, ao trazer a expressão “entre outros”, amplia ao máximo a flexibilização dos direitos trabalhistas, trazendo um rol de direitos de forma meramente exemplificativa, trazendo insegurança aos trabalhadores.

A prevalência do negociado sobre o legislado enfraquece o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas, assim como derruba o princípio da prevalência da norma mais favorável. Torna os direitos trabalhistas menos públicos e mais privados, transformando a maioria daqueles contidos na CLT, que não se encontram na Constituição Federal (CF), em direitos disponíveis.⁷⁹

Hobbes proclama que os três motores da discórdia entre os seres humanos são: a concorrência, que provoca as agressões pelo lucro; a desconfiança, que faz com que os homens entrem em conflito para alcançar a segurança; e a vanglória, que os torna inimigo pela rivalidade de reputação.

Essa situação natural de Hobbes coincide com a realidade, um estado de perpétua luta, de guerra de todos contra todos, no mundo globalizado. Os trabalhadores estão sujeitos a todo tipo de exploração pelo poder econômico, de forma semelhante ao estado natural de Hobbes.

Na visão desse autor, o Estado, por meio do seu poder soberano, obriga o cumprimento das leis civis, que servem para controlar as ações dos homens, com o objetivo de assegurar a paz e a segurança. Afirma que para evitar que os homens voltem ao estado natural, é necessário um Estado civil com poder soberano capaz de obrigar os homens a cumprirem seus pactos, na forma da lei que previamente estabeleceu, punindo os súditos que tenham comportamentos errôneos, mesmo que seja necessário o uso da espada, da coerção, do castigo, ou da força.

Com a autonomia da vontade e, principalmente, com a prevalência do negociado sobre o legislado, o corpo político de Hobbes perde força e expressividade no mundo contemporâneo. Os homens vivem ainda mais com medo, com insegurança, em constante conflito uns com os outros, do que em paz.

79 79 CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização por norma coletiva e prevalência do negociado sobre o legislado. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, p. 80. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20TRT1/Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20por%20norma%20coletiva%20e%20preval%C3%Aancia%20do%20negociado%20sobre%20o%20legislado-%2077-86.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2021

A flexibilização dos direitos trabalhistas é uma expressão de que o homem está retornando ao estado natural. O homem exerce o seu direito de agir do modo que lhe convier para seu próprio bem e vivem em uma constante discórdia, em conflitos, intrigas, guerras, causadas pela ambição do lucro e pelos desejos de segurança e de glória.

A própria Constituição Federal pressupõe que a vontade das partes na relação é o que define as condições do trabalho, atribuindo às negociações coletivas força de lei, sem qualquer intervenção de terceiro.

Portanto, é possível observar o retorno do homem ao estado natural, na medida em que se pode observar o medo e a insegurança, principalmente com a flexibilização dos seus direitos trabalhistas. O princípio da proteção ao trabalhador, com intervenção estatal, perdeu força dando lugar à autonomia da vontade das partes. Ou seja, o corpo político de Hobbes volta a ceder espaço ao estado natural do homem.

5. Conclusão

Para Hobbes, os homens, no estado de natureza, são governados pelo instinto da autoconservação e encontram-se em estado de igualdade, de modo que possuem semelhantes direitos sobre todas as coisas e os mesmos meios para obtê-las, resultando em perpétua situação de rivalidade. Nesse estado, os homens vivem em uma constante discórdia, em conflitos, intrigas, guerras, causadas pela ambição do lucro e pelos desejos de segurança e de glória.

Com medo e desejando sair dessa condição, os homens se submetem a um poder soberano. Ou seja, os sujeitos que viviam em guerra constante no estado de natureza, através do medo, passam para o estado político hobbesiano, pela criação do estado soberano.

Significa que o homem deve transferir seus direitos a um outro homem, soberano, que deve proteger os súditos. Assim, o poder soberano absoluto é dotado de poder político e jurídico, podendo estabelecer leis para garantir o caminho para a paz dos homens.

É cediço que o direito do trabalho nasce de forma intervencionista, sob o caráter protecionista do Estado para garantir direitos mínimos dos hipossuficientes. Viu-se a necessidade de uma intervenção estatal para garantir os direitos dos trabalhadores, ganhando o direito do trabalho um caráter protecionista, visando a igualdade das relações de trabalho e garantia dos direitos fundamentais do trabalhador. Assim, o princípio de maior relevância na estrutura do direito do trabalho é o princípio da proteção do trabalhador.

O princípio da proteção ao trabalhador, com caráter intervencionista, nos remete ao estado soberano de Hobbes.

No entanto, o impacto à regra da proteção ao trabalhador, após a Reforma Trabalhista, se dá em razão da ampliação da autonomia individual e da validação das pactuações decorrentes de acordo direto entre empregado e empregador. Neste cenário constata-se uma mudança no eixo do direito do

trabalho, que, paulatinamente, abandona a antiga convicção, apregoada por Hobbes, de monopólio estatal (entrega a um poder soberano como princípio coordenador e protetor de toda a comunidade) para a valorização da autonomia privada coletiva.

A visão hobbesiana de direito do trabalho como fonte exclusiva do Estado paternalista e totalizante não se encaixa atualmente, em que a conservação do posto de trabalho e a dignidade do trabalhador são parâmetros a serem buscados pela negociação coletiva, sem perder de vista os direitos mínimos delineados na legislação laboral.

A globalização é marcada pelo esmaecimento da soberania estatal, diante do poder de organizações econômicas transnacionais, verificando o declínio da capacidade estatal de engendrar políticas sociais de amparo ao obreiro. Desta forma, o estado natural de Hobbes volta à tona, na medida em que prevalece a vontade das partes, ainda que direito trabalhistas sejam flexibilizados.

6. Referências

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: Acesso em: 08 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017a. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, 14 jul. 2017. Disponível em: Acesso em: 08 de novembro de 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização por norma coletiva e prevalência do negociado sobre o legislado. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20TRT1/Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20por%20norma%20coletiva%20e%20preval%C3%Aancia%20do%20negociado%20sobre%20o%20legislado-%2077-86.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2021

CASSAR, Vólia Bonfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. Revista Magister de direito do trabalho. V.14, n. 79. Jul/ago, 2017.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho: de acordo com Reforma Trabalhista Lei13.467/2017. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

COSTA, Natasha Mirella Melo; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Flexibilização das normas trabalhistas e seus aspectos positivos e negativos. In: Revista Aporia Jurídica (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 6ª Edição. Vol. 1 (jul/dez-2016).

DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 138 . Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwizrbOHq4v0AhULqpUCHZY3BEQQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D3215998&usg=AOvVaw3RkCl3SvtWKLNGz9OUeIU> Acesso em: 08 de novembro de 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIAS, Marcela Abreu; FRANCO, Ângela Barbosa. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE SEUS PRECEITOS PARA SE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA. ANAIS SIMPAC, v. 10, n. 1, 2019.

DINAMARCO, Cândido. Instituições de direito processual civil, v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARMENDIA ARIGÓN, M. Ordem Pública e Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr, 2004.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. A noção de ordem pública social. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, v. 3, 2020.

GARMENDIA, Mario. Orden público y Derecho del Trabajo, 2. ed. La Ley Uruguay: 2016.

HOBBS, Thomas. Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002

LANFRANCHI, César. La noción de orden público en Derecho del Trabajo, en rev. argentina Derecho del Trabajo, T. XX, Buenos Aires, 1960.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDONÇA, Noemia Reis Martins de. A (in) constitucionalidade do art. 611-A da "Reforma Trabalhista" dentro da perspectiva do Princípio da Legalidade. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61801/a-in-constitucionalidade-do-art-611-a-da-reforma-trabalhista-dentro-da-perspectiva-do-principio-da-legalidade> Acesso em: 05 de novembro de 2021.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Competência ambiental para a negociação coletiva: pressupostos para o desenvolvimento humano e para a ressignificação do direito do trabalho. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 2, 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo, SP. Saraiva Educação, 2018.

RYAN, Alan. Hobbes's political philosophy. In: SORELL, Tom (Org.). *The Cambridge companion to Hobbes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SUPIOT, A. *El derecho del trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. vol. I.

A ANÁLISE DO TEMA 958 DO STF E SUA APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO REGULADAS PELA CLT

VITÓRIA FERNANDES CORREIA DE CASTRO:

Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Tocantins. Advogada pós graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal do Tocantins.

GUSTAVO HENRIQUE FRANCISCO DA SILVA PEREIRA⁸⁰

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa analisar o Tema 958 do Supremo Tribunal Federal, o qual determinou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei do Piso (Lei 11.738/2008), em sua garantia de um terço da carga horária do magistério público para atividades extraclasse. Em face disto, o magistério particular, regulado pela Consolidação das Leis Trabalhistas, e também pela Lei de Diretrizes e Bases, aplicável à toda classe, não se viu amparado por esta garantia constitucional, que visa maior divisão e adequação do tempo dos professores para realização de elaboração de aulas, provas, trabalhos e atividades aplicadas em sala de aula. Através da análise da discussão do Tema 958, das Leis supramencionadas, e, principalmente, do artigo 8º da CLT, procura o presente trabalho verificar a possibilidade da aplicação desta garantia de 1/3 da carga horária para atividades extraclasse, chamada de hora-atividade, também aos profissionais do magistério classicista, pois se resta evidente que as atividades exercidas por profissionais públicos e privados desta área, são de igual valor e de igual grau de dificuldade.

Palavras-chaves: Tema 958 do STF. Lei do Piso. Magistério particular. Hora-atividade. Atividades extraclasse.

ABSTRACT: This article aims to analyze Theme 958 of the Federal Supreme Court, which determined the constitutionality of article 2 of the Floor Law (Law 11.738/2008), in its guarantee of one third of the public teaching hours for extracurricular activities. In view of this, the private teaching profession, regulated by the Consolidation of Labor Laws, and also by the Law of Directives and Bases, applicable to the whole class, was not supported by this constitutional guarantee, which aims at greater division and adequacy of teachers' time to perform of elaboration of classes, tests, works and activities applied in the classroom. Through the analysis of the discussion of Theme 958, of the aforementioned Laws, and, mainly, of article 8 of the CLT, the present work seeks to verify the possibility of applying this guarantee of 1/3 of the workload for extracurricular activities, called activity hour, also to professionals of the classicist teaching profession, as it is evident that the activities performed by public and private professionals in this area are of equal value and of equal degree of difficulty.

Keywords: Theme 958 of the STF. Floor Law. Private teaching. Activity time. Extra-class activitie

⁸⁰ Advogado, especialista em Direito e Processo do Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo irá ser discutido o papel do magistério, seja ele público ou privado, conjuntamente com suas funções principais, e suas necessidades. Além disso, também será abordada a carga horária dessa profissão, regulada pela Lei de Diretrizes e Bases e também pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

Além disso, se iniciará uma discussão de como a Lei do Piso, promulgada no ano de 2018, afetou o judiciário e os profissionais da educação, com sua reserva da hora-atividade, de 1/3 da carga horária da profissão, para atividades extraclasse, atividades essas que, conforme será demonstrado, são necessárias e exercidas por todo e qualquer profissional dessa área.

A discussão acerca da constitucionalidade dessa reserva de 1/3 da carga horária foi discutida através do Tema de Repercussão Geral 958, do Supremo Tribunal Federal, tendo sido, após longo debate e julgamento, definida como constitucional, o que garante aos professores regulamentados pelo regime estatutário a divisão da carga-horária, para atividades de elaboração de aulas, correção de provas, trabalhos, e etc.

Em decorrência disto, pretende-se averiguar, principalmente, através de um método de pesquisa dialético, como essa discussão pode afetar também os professores celetistas, através da análise do exercício da profissão e do direito do trabalho em si, que, através do artigo 8º da CLT, permite aplicações analógicas, do direito comum, o que pode deixar um vácuo para o direito trabalhista, e para a aplicação do Tema 958 do STF.

2. DESENVOLVIMENTO

Primordialmente se faz mister destacar o papel do aprendizado e como a figura do professor, dentro das escolas e na sociedade em si, colaboram para o crescimento da população em geral.

É papel das instituições “capacitar os jovens a adquirir o conhecimento que, para a maioria deles, não pode ser adquirido em casa ou em sua comunidade, e para adultos, em seus locais de trabalho” (YOUNG, 2007 p. 1294).

Neste viés, a figura do magistério, dos professores em si, seja da educação básica, ou da superior, é de verdadeiro protagonismo para seus educandos, essa missão, para Guillot (2008) são ligadas ao instruir (saberes), o educar (valores) e o formar (inserção profissional), que de forma geral resumem as ações do cotidiano escolar.

Desta forma, se faz eminente e necessário que o saber que o professor leva para a escola, e para seus alunos, seja vindo de um processo de transformação, adaptando-se a realidade vivida naquele momento, não podendo ficar tão distante do conhecimento original/científico e não pode se vulgarizar a ponto de tornar-se um conhecimento cotidiano. (LEITE, 2007).

Diante de um papel não somente de transmissor de conhecimentos específicos, mas também de conhecimentos da sociedade, da adaptação em si, a figura dos educadores precisa estar em constante

avanço, buscando se atualizar constantemente tanto no que se diz respeito à sociedade, quanto nas didáticas que se mostram mais efetivas para o real aprendizado.

Neste sentido, o Brasil se viu, diante dos avanços históricos e culturais, obrigado a garantir ao magistério direitos para que estes profissionais pudessem exercer a profissão de forma digna.

A Consolidação das Leis Trabalhistas os abrange, para professores da rede privada, em seus arts. 317 a 323, mas cabe aqui discorrer, em primeiro lugar, sobre a Lei de Diretrizes e Bases, de nº 9.394/96, que regulamenta o sistema educacional brasileiro tanto público, quanto privado.

A Lei de Diretrizes e Bases, Lei n 9.394/96, regula, em seu artigo 24, inciso I, sobre a carga horária anual da educação básica, nos níveis fundamentais e médio, veja-se:

Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

I – a carga horária mínima anual será de oitocentas horas para o ensino fundamental e para o ensino médio, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver;

Também dispõe, em seu artigo 52, sobre a carga horária de professores de instituições pluridisciplinares:

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por:

I – produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;

II – um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

III – um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

Diante disso, as instituições de ensino público e privado devem seguir estes ditames, cabendo a cada estado ou município, por meio de seu estatuto, regular os direitos de seus professores da rede pública.

No ano de 2008 foi promulgada a conhecida Lei do Piso, Lei nº 11.738/2008, regulamentando o piso salarial dos profissionais do magistério público, garantindo também a hora-atividade a estes profissionais:

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista

no art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional.

§ 3º Os vencimentos iniciais referentes às demais jornadas de trabalho serão, no mínimo, proporcionais ao valor mencionado no caput deste artigo.

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

§ 5º As disposições relativas ao piso salarial de que trata esta Lei serão aplicadas a todas as aposentadorias e pensões dos profissionais do magistério público da educação básica alcançadas pelo Art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005.

Passado o aspecto geral e do magistério público, cabe alinhar que, quanto a rede privada, a CLT garante aos seus professores, direitos relativos à carga horária, sua remuneração, além de vedação de trabalho aos domingos, cabendo elencar aqui os artigos que dizem respeito a carga horária dos professores celetistas, de acordo com a Lei 13.467/2017:

Art. 318. O professor poderá lecionar em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente, assegurado e não computado o intervalo para refeição.

Art. 319 - Aos professores é vedado, aos domingos, a regência de aulas e o trabalho em exames.

(...)

Art. 322 - No período de exames e no de férias escolares, é assegurado aos professores o pagamento, na mesma periodicidade contratual, da remuneração por eles percebida, na conformidade dos horários, durante o período de aulas.

§ 1º - Não se exigirá dos professores, no período de exames, a prestação de mais de 8 (oito) horas de trabalho diário, salvo mediante o pagamento complementar de cada hora excedente pelo preço correspondente ao de uma aula.

§ 2º No período de férias, não se poderá exigir dos professores outro serviço senão o relacionado com a realização de exames.

(...)

Assim, o que se verifica é que a garantia aos professores celetistas, no que diz respeito a carga horária, se baseia nesta regra de que, se o professor ministrar mais de quatro hora-aulas, consecutivas, fará jus ao adicional de hora-extra de 50%.

Nessa esteira, esclarece PRUNES (2010, p. 320):

“O legislador, ao estabelecer o número de aulas ministradas pelos professores, limitou-se em quatro consecutivas ou seis intercaladas, evitando assim o desgaste físico e intelectual decorrente de excesso sobre estes limites. Note-se que isto é uma vedação legal, mas é bastante comum a ultrapassagem dessa quantidade de horas-aula, o que – no mínimo – deve ser remunerada com a taxa de extraordinariedade. Esta passagem legal se refere – exclusivamente – a aulas num mesmo estabelecimento”.

Nesse diapasão, a Orientação Jurisprudencial 393, da SDI-I, do TST, prevê que: “A contraprestação mensal devida ao professor, que trabalha no limite máximo da jornada prevista no art. 318 da CLT, é de um salário mínimo integral, não se cogitando do pagamento proporcional em relação à jornada prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal”.

Também se mostra oportuno alinhar sobre a Súmula 351 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual alude que o docente que exerce atividade mensal por hora-aula ministrada terá direito a auferir um acréscimo de um sexto em relação ao repouso semanal remunerado, que é um período de quatro semanas e meia.

Neste sentido, cabe alinhar que essa hora-extra não é devida quando o professor necessita de tempo para elaboração de planos de aula, correção de provas, e etc., quando o professor se encontra a disposição da instituição, quando participa de reuniões ou cursos fora do horário de aula, é que se verifica o ensejo dessa remuneração por hora-extra.

Portanto, o que se nota é, que por mais que exista a Lei de Diretrizes e Bases, o magistério celetista não se vê amparado por essa garantia de divisão de carga horária remunerada, de 1/3 da

carga horária, para que o professor possa planejar suas aulas, corrigir provas e elaborar trabalhos que contribuam e melhorem o ensino brasileiro.

Neste viés, verifica-se que aos professores celetistas vários direitos são garantidos, sobre sua carga horária, hora-extra, remuneração. Todavia, a estes não é garantida a hora-atividade, regulamentada somente na Lei do Piso supracitada, válida para o magistério público, que foi estabelecida para atividades extraclasse, de elaboração de aulas, atividades, e principalmente para o aprimoramento da didática e conhecimento do profissional do magistério.

Diante dessa análise, cabe então a discussão sobre o tema 958 do Supremo Tribunal Federal, que consiste na discussão sobre a legalidade do §4, do art. 2º, da Lei do Piso (Lei 11.738/2008), dispositivo este que veio para regulamentar o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, e também para implantar a mencionada hora-atividade.

O Recurso Extraordinário de número 936790, interposto pelo Estado de Santa Catarina, gerou o tema 958, de repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal. O cinge da questão girava em torno da inconstitucionalidade da reserva de 1/3 da hora-atividade dos professores regulados pelo regime estatutário, para atividades extraclasse, por alegada usurpação da competência do Chefe do Poder Executivo.

Com origem no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Recurso Extraordinário conta com data de protocolo de 04/12/2015, e em 19 de agosto de 2017 foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

A repercussão geral da matéria foi reconhecida à unanimidade. Faz-se necessário reproduzir a ementa do julgamento:

“MAGISTÉRIO PÚBLICO – JORNADA DE TRABALHO – ARTIGO 2º, § 4º, DA LEI Nº 11.738/2008 – CONSTITUCIONALIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à validade do § 4º do artigo 2º da Lei nº 11.738/2008, em face da Constituição Federal, considerada a ausência de vinculação dos demais Tribunais ao que decidido no exame da ação direta nº 4.167, relator o ministro Joaquim Barbosa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de agosto de 2011.” (RE 936790 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18.08.2017).

Deste modo, o Tribunal Pleno, em 29 de maio de 2020, que contava com o ministro Marco Aurélio como Relator, julgou o mérito de tema com repercussão geral, veja-se:

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 958 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Luiz Fux e Gilmar Mendes. Foi fixada a seguinte tese: É constitucional a norma geral federal que reserva fração mínima de um terço da carga horária dos

professores da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. O Ministro Alexandre de Moraes negou provimento ao recurso extraordinário fixando tese diversa. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Weber Luiz de Oliveira, Procurador do Estado de Santa Catarina; pelo amicus curiae Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Nei Fernando Marques Brum, Procurador do Estado; e, pelo amicus curiae Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Rio Grande do Norte - SINTE, o Dr. Cláudio Santos da Silva. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 22.5.2020 a 28.5.2020.

Cabe, assim, breve discussão sobre as causas da instauração deste tema, com repercussão geral, todas elas girando em torno do não respeito aos ditames da Lei do Piso, e, principalmente, da garantia a hora-atividade extraclasse.

Em 2012 foi instituído o parecer CNE nº 18/12 que visa normatizar a implantação desse dispositivo legal no território brasileiro. Shiroma e Evangelista (2015, p. 327) confirmam esse cenário ao afirmarem que:

Segundo dados da Confederação Nacional de Trabalhadores em Educação (CNTE) de 2013, a Lei Nacional do Piso do Magistério, Lei 11.738, de 16 de julho de 2008 (BRASIL, 2008), não é respeitada por sete estados e outros 14 não a cumprem integralmente, o que inclui a não concessão de hora atividade, que deve representar no mínimo um terço da jornada de trabalho do professor.

Muitos gestores públicos alegavam suposta inviabilidade econômica de implantação da lei, comprometendo-se, assim, a valorização da categoria do magistério. Além disso, a hora atividade foi implantada para incentivo a docência e a profissionalização crescente da categoria.

A implantação dessa hora fora da sala de aula, foi incentivada e pautada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, entendendo-se por atividade extra aula tempo para planejamentos, formação continuada, avaliação, e etc. Conforme afirma Scholochuski (2017, p. 17544), *"A hora-atividade não deve ser vista como um benefício para os professores e professoras, ao contrário, ela é um mecanismo das políticas educacionais para melhorar a qualidade de ensino ofertado à população"*

O parecer do CNB/CEB de nº 9/2012, o qual normatizou a implantação da Hora atividade, aduz que:

O trabalho do professor vai muito além de ministrar aulas. Para que sua atuação tenha mais qualidade, o professor precisa, além de uma consistente formação inicial, qualificar-se permanentemente e cumprir tarefas que envolvem a melhor preparação de suas atividades em sala de aula, bem como tempo, e tranquilidade para avaliar corretamente a aprendizagem e o desenvolvimento de seus estudantes. (BRASIL, 2012)

Em seu voto, o Senhor Ministro Edson Fachin aduz sobre sua opinião jurídica pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei do Piso, opinião esta que cinge pela valorização das atividades extraclasse:

Afinal, nos termos do art. 2º, § 4º da Lei 11.738/2008, a norma geral fixa fração máxima de dois terços a ser atendida para o tempo dedicado às atividades de docência. Os entes federados, portanto, podem dispor de outra forma, por exemplo, é possível que o professor dedique 60% (sessenta por cento) de sua jornada à sala de aula e 40% (quarenta por cento) às atividades de apoio, dentro da autorização legal.

Em meu sentir, portanto, a distribuição da carga horária da jornada dos professores operada pela lei federal não viola o pacto federativo. Despiciendo ressaltar que a autonomia dos entes federados encontra-se jungida pelo texto constitucional. Ademais, não há óbice para que as unidades, no legítimo exercício de suas competências, estipulem os meios de controle da divisão da jornada, conforme atividades de coordenação e supervisão de ensino, encontros entre docentes e destes com as famílias, entre outras medidas.

Por tal razão, rejeito também a alegação de vício de iniciativa (art. 61, § 1º, II, 'c', CRFB), eis que não houve tratamento legislativo da jornada dos servidores da educação, mas medida que visa a assegurar equivalência entre jornada e piso salarial, bem como garantir, ainda que minimamente, valorização e retribuição do tempo dedicado à preparação de aulas, correção de provas, relacionamento entre professores, alunos e famílias.

Diante, portanto, da incontroversa constitucionalidade da hora-atividade, já regulamentada em lei, cabe a discussão da possibilidade de analogia entre professores regulados pelo regime público, celetista, e aqueles regulados pela CLT, quanto a aplicação da mencionada lei e seus parâmetros, no que diz respeito a essa garantia de 1/3 da carga horária para atividades extraclasse.

Conforme alinhavado, ao professor celetista há a garantia da hora-extra em casos em que o profissional do magistério esteja à disposição da instituição que o emprega, não se enquadrando nessa possibilidade, às horas destinadas a elaboração das aulas, trabalhos, correções de atividade, e etc.

Os requisitos para o exercício do magistério são, basicamente, como explorados, para os professores da rede pública e privada, a carga horária definida pela Lei de Diretrizes e Bases, também, cabendo aos estatutos e às instituições de ensino privada organizarem a carga horária de seus profissionais de acordo com esses ditames.

Diante da igualdade de requisitos para exercício da profissão, da necessidade eminente de carga horária para elaboração de aulas, correções de provas e trabalhos, para todo e qualquer professor, e da relutância dos empregadores, desde os primórdios, em garantir um exercício digno

das profissões, esse direito regulado somente ao magistério público se mostra por vezes absurdo e controverso.

Desta forma, em face do exposto, a discussão cabível gira em torno da ausência de garantia dessa hora-atividade, discutida e definida como constitucional, para os professores celetistas. Por mais que, no direito do trabalho, exista a possibilidade de estabelecimento de normas por meio de acordos coletivos, o que se nota, da discussão do Tema 958 do Supremo Tribunal Federal, é a ausência do cumprimento da Lei 11.738/2008, por parte dos empregadores.

O art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas elenca as possibilidades de aplicações analógicas e de súmulas e outros enunciados, no direito do trabalho, veja-se:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Desta análise denota-se que o mencionado artigo 8º se mostra abrangente quanto à aplicação subsidiária do direito comum, e mais “receoso” quanto às vedações das súmulas e outros enunciados do TST e TRTs do país afora, todavia, o que se observa do direito trabalhista brasileiro, é a aplicação e busca constante de cumprimento aos princípios norteadores desse ramo, veja-se o pensamento de González (2017, p. 250-251):

O primeiro parágrafo repete em parte a redação do antigo parágrafo único, suprimindo a previsão de compatibilidade com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Ainda que tenha sido suprimida essa previsão da lei, o fato é que os princípios fundamentais do direito do trabalho não deixam de existir e sua aplicação não deixa de ser exigível pelo simples fato de ter sido retirada do dispositivo a menção à compatibilidade.

(...)

A observância dos princípios é inerente à interpretação e aplicação da Lei nos termos dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ou seja, o direito comum segue sendo fonte do direito do trabalho, como sempre foi, e sua aplicação permanece subsidiária (na falta de norma própria do direito do trabalho que regule a questão) e deverá ser compatível com os princípios peculiares ao direito do trabalho, sob pena de se perder a coerência técnica desse ramo do direito.

O direito do trabalho existe como ramo autônomo do direito ao menos desde o início do século XX, de modo que não é possível uma lei retirar a autonomia intelectual de um ramo científico, a ponto de impedir que seus operadores utilizem os princípios que lhe são próprios para a sua interpretação, especialmente diante das previsões constitucionais e em tratados internacionais de que o Estado brasileiro é parte.

Assim, o que se verifica é que quaisquer das fontes subsidiárias do Direito do Trabalho não podem contrapor-se aos seus princípios e metodologia, que giram, basicamente, em torno da proteção à classe trabalhadora.

Deste modo, muitos doutrinadores aludem que o art. 8º da CLT não terá forças para inibir a produção de súmulas e orientações jurisprudenciais, nem para arrefecer as ações anulatórias de cláusula de norma coletiva, pois a aplicação dos princípios deste ramo se mostra abrangente e protecionista.

Neste sentido, pode-se resgatar o seguinte excerto de Garcia (2017, p. 32-33):

Entretanto, cabe registrar não só a existência do poder normativo da Justiça do Trabalho no âmbito dos dissídios coletivos (artigo 114, §§ 2º e 3º, da Constituição da República), mas principalmente que o Direito não é sinônimo de lei, a ela não se reduzindo, por englobar as vertentes social (fatos), axiológica (valores) e normativa. Além disso, a jurisprudência interpreta e aplica o sistema jurídico, o qual, mesmo no aspecto normativo, é formado de regras e princípios, presentes nas esferas constitucional e infraconstitucional, internacional e interna, não se restringindo às leis. A decisão judicial é considerada a norma jurídica individual, que rege o caso concreto, sendo obrigatória para as partes. Assim, deve-se reconhecer a função da jurisprudência de ajustar a ordem jurídica em consonância com a evolução social.

O mesmo autor aduz sobre a necessidade da uniformização e integridade na construção da jurisprudência dos Tribunais:

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC).

(...)

Exige-se da jurisprudência a integridade, de modo que as decisões dos juízes e tribunais estejam em consonância com o sistema jurídico, construído, de forma harmônica, de regras e princípios, no qual merecem destaque os preceitos constitucionais.

Assim, voltando-se à discussão deste presente artigo, a lei do piso, mesmo que criada para a atividade do magistério público, poderá, pois visa atender a direitos tangentes à constituição e os princípios trabalhistas, ser abrangida ao privado, veja-se o entendimento de DELGADO (2017. p. 107):

Não cabe ao Poder Judiciário, evidentemente, em sua dinâmica interpretativa, diminuir, de maneira arbitrária, irracional e inadequada, direitos previstos em lei; nem cabe a ele, e maneira irracional, arbitrária e inadequada, criar obrigações não previstas em lei. Isso não quer dizer, é claro, que não deva exercer a sua função judicial, mediante o manjo ponderado e razoável das técnicas científicas da Hermenêutica Jurídica, tais como os métodos de interpretação denominados de lógico-racional, sistemático e teleológico, cumprindo também, no que for pertinente, as denominadas interpretações extensivas, restritivas e/ou literais.

Mesmo que não se possa fazer uma comparação entre o regime estatutário e celetista, o cerne da questão é o exercício do magistério, que não possui diferenças para aqueles ou estes, cabendo elencar que o artigo 8º da CLT não é totalmente restrito ao dispor sobre a aplicação analógica no direito do trabalho.

Conforme abordado, interpretações extensivas têm sido adotadas em casos em que se verifica a constitucionalidade e, principalmente, proteção aos trabalhadores. Assim, se comprovada a necessidade desta reserva a todo o magistério, que, conforme exposto, é latente, magistrados podem vir a aplicar para instituições privadas, que não façam acordo coletivo, a garantia da hora-atividade regulada na Lei 11.738/2008, como forma de garantia de direitos constitucionais e atendimento à princípios do próprio direito do trabalho.

3. CONCLUSÃO

A discussão do Tema 958 do Supremo Tribunal Federal, com suas nuances sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 11.738/2008, trouxe para âmbito nacional a validade da garantia da hora-atividade ao magistério, ou seja, 1/3 da carga horária regulada pela Lei de Diretrizes e Bases, deve ser garantida para atividades extraclasse, como elaboração de aulas, provas, correções, e etc.

Todavia, a supramencionada lei abrange somente o magistério público, que, precipuamente, exerce as mesmas funções do magistério privado, regulado pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

A partir desta análise, extrai-se do presente artigo que, diante da garantia “unilateral” da hora-atividade, que foi discutida pelo STF, tendo em vista a quantidade de demandas de profissionais

públicos que visavam garantir seu direito regulado pela Lei 11.738/2008, uma discussão poderá vir à tona, de forma crescente e eminente.

Se o magistério é exercido de forma “igual” entre servidores públicos e privados, que, em sua grande parte, elaboram provas, corrigem trabalhos e preparam aulas em seu tempo de descanso, surge o questionamento do porquê a garantia de que esse tempo de descanso seja totalmente para lazer e recuperação da mente, ser somente aos servidores públicos.

Desta forma, diante dos princípios protecionistas, voltados à garantia dos direitos aos trabalhadores, e visando também cumprimento à constituição federal, a discussão poderá ser suscitada, baseando-se no artigo 8º da própria CLT, que permite aplicações analógicas, sumulares e de entendimentos de tribunais que não contrariem à lei, mesmo que essa lei possua abrangência restrita, muito se vê sobre a amplitude e, sobretudo, magnitude, dos princípios garantidores de igualdade entre todos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

YOUNG, Michael. Para que servem as escolas? In: Educação e Sociedade. Campinas. Vol 08. N 101, p. 1287-1302 set/dez. 2007

GUILLOT, Gerard. O resgate da autoridade em educação. Porto Alegre, RS: Armet, 2008.

LEITE, Miriam Soares. Recontextualização e Transposição Didática - Introdução à leitura de Basil Bernstein e Yves Chevallard. Araraquara, SP: Junqueira & Marin, 2007

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529732/lei_de_diretrizes_e_bases_1ed.pdf. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. Lei 11.738 de 16 de julho de 2008. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2008/lei/11738.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.738%2C%20DE%2016%20DE%20JULHO%20DE%202008.&text=Regulamenta%20a%20al%C3%A7%C3%A3o%20b%C3%A1sica. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1. Acesso em 11 out. 2022.

SCHOLOCHUSCKI, Virginia do Carmo Pabst. O papel do pedagogo na organização da hora-atividade das escolas estaduais do município de Almirante Tamandaré – PR. Disponível em: <https://periodicos.unemat.br/index.php/recs/article/view/8634/6906>. Acesso em 05 out. 2022.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Parecer nº 9/2012. Assunto: Implantação da Lei nº 11.738/2008, que institui o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da Educação Básica. Disponível em:

http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10578-pceb009-12&category_slug=abril-2012-pdf&Itemid=30192. Acesso em 04 out. 2022.

GONZÁLEZ, Ana Lúcia Stumpf. Do Processo do Trabalho, p. 249-280, in: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. Reforma Trabalhista Interpretada – Lei nº 13.467/2017. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

SHIROMA, Eneida Oto; EVANGELISTA, Olinda. Formação humana ou produção de resultados? Trabalho docente na encruzilhada. Disponível em: <file:///C:/Users/Escritorio/Downloads/2730-5699-2-PB.pdf>. Acesso em 05 out. 2022.

PRUNES, José Luiz Ferreira. CLT Comentada. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor Recurso Extraordinário 936.790, Santa Catarina, de 29 de maio de 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343863629&ext=.pdf>. Acesso em 04 out. 2022.

A NOVA ERA DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL INFORMÁTICO E A UTILIZAÇÃO DE ASSISTENTES VIRTUAIS COMO MEIO DE PROVA

MARIANNA PONTES PORTELA DOS SANTOS:

Graduanda em Direito da Universidade Estadual do Maranhão

RESUMO: Sabe-se que o Direito deve acompanhar as mudanças sociais, como exemplo das inovações tecnológicas advindas com a nova era digital. Diante disso, tem-se a necessidade de modernizar os institutos jurídicos brasileiros, sobretudo, o Direito Penal, por ser um instrumento de promoção de segurança a sociedade. Com isso, objetivo principal deste trabalho de conclusão de curso foi, através da análise do Código de Processo Penal, da Lei brasileira e das Doutrinas Penais, refletir sobre as mudanças comportamentais da sociedade, a sua evolução tecnológica e verificar o uso de assistentes virtuais como meio de prova no Brasil, refletindo a possibilidade e como ocorre essa inserção no Direito Penal e Processual Penal. Além disso, visa-se debater acerca da origem do Direito Penal, penas, encarceramento, arcaísmo preventivo do Direito Penal e necessidade de modernização do mesmo, de modo que seja refletido sobre a possibilidade de inserção de assistente virtual como meio de prova.

Palavras-chave: Direito Penal. Assistente virtual. Meio de Prova. Modernização. Tecnologia. Era digital.

ABSTRACT: It is known that the Law must accompany social changes, as an example of technological innovations arising from the new digital age. Therefore, there is a need to modernize Brazilian legal institutes, above all, Criminal Law, as it is an instrument to promote security to society. Thus, the main objective of this course completion work was, through the analysis of the Code of Criminal Procedure, Brazilian Law and Penal Doctrines, to reflect on the behavioral changes in society, its technological evolution and to verify the use of virtual assistants as means of evidence in Brazil, reflecting the possibility and how this insertion occurs in Criminal Law and Criminal Procedure. In addition, the aim is to debate about the origin of Criminal Law, penalties, incarceration, preventive archaism of Criminal Law and the need to modernize it, in order to reflect on the possibility of inserting a virtual assistant as a means of proof.

Keywords: Criminal Law. Virtual Assistant. Means of Evidence. Modernization. Technology. Digital age..

1 INTRODUÇÃO

Afirma-se que o Direito Penal, como instrumento de proteção e efetivação da Lei penal na sociedade, deve desenvolver, corriqueiramente, mecanismos que acompanhem as mudanças ocorridas na contemporaneidade. Um exemplo disso, foi a chegada das tecnologias, que revolucionou todo o aparato normativo e de aplicabilidade do Direito.

Do mesmo modo, a prática de investigação criminal tem sido diretamente afetada pela tecnologia. A difusão de equipamentos conectados à internet e o surgimento de várias tecnologias de vigilância, a rotina das autoridades investigativas passou a englobar, além de novas fontes de provas,

mas também novos aspectos relativos à possibilidade de consecução e uso para fins de instrução pessoal.

No século da conectividade excessiva, os impactos da revolução tecnológica atingem toda a sociedade, bem como a esfera jurídica. Neste contexto, o progresso tecnológico da informação e comunicação e a o desenvolvimento das capacidades referentes ao armazenamento, acesso e exploração de dados influenciam o Direito Penal, sobretudo, pela reestruturação das dimensões da investigação criminal.

O cometimento de práticas lesivas aos direitos fundamentais de usuários da internet cresceu paralelamente ao seu avanço. O surgimento de novas modalidades com o próprio meio virtual, a internet ampliou também as consequências de ilícitos anteriores mesmo à popularização da internet. Sabotagens e manipulação a sistemas de computadores são as primeiras evidências dos crimes informáticos, modalidade criminosa iniciada na década de 1960.

No Direito Penal, um dos pilares fundamentais para o bom andamento processual é a garantia do contraditório e da ampla defesa, estas que garantem o curso do processo através do inquérito policial, fases investigativas e manifestação das partes. Com o advento de um grande arcabouço tecnológico, muito se discute atualmente acerca da utilização de assistentes virtuais como meio de prova.

No Brasil, há uma distinção entre o acesso das comunicações armazenadas e em fluxo. Esta é exercida mediante interceptação, em que a autoridade possui acesso instantâneo à comunicação. No que tange aos assistentes virtuais, tais instrumentos possuem a inteligência artificial que, muitas vezes, interagem com os seres humanos em conversações, vídeos e cumprimento de tarefas. Por conta disso, cresce o debate acerca do uso de tais mecanismos como meio de prova em processos penais. Entretanto, sabe-se que o arcaísmo e atraso do judiciário brasileiro impede que jurados possuam conhecimento suficiente sobre assistentes virtuais, como a Alexa, do Google Home da Siri e da Internet das Coisas, de suas capacidades e do acionamento do sistema. Assim, necessitam de esclarecimentos didáticos, que permitirão considerar se tais sistemas podem fundar provas legítimas para condenar ou inocentar o réu.

Com isso, o presente estudo possui o objetivo de discutir acerca do Direito Penal inserido na nova realidade digital, bem como a possibilidade da utilização de assistentes virtuais como meio de prova. Além disso, deve ser abordado sobre o surgimento, características e precariedade do sistema penal atual, como forma de inserir uma discussão acerca da urgência em modernizar esse instituto.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO PENAL

2.1 A PRECARIEDADE CAUSADA PELA AUSÊNCIA DE MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O encarceramento, até o século XVIII, tinha por finalidade evitar a fuga do réu. De acordo com Carvalho Filho (2002, p. 21), a punição não se limitava a supressão da liberdade, compreendia ainda a tortura, de forma sórdida e desumana. Conforme Carvalho Filho (2002, p. 21), após esse período, a

essência do encarceramento se altera, tornando-se a base do sistema punitivo. Em sua obra intitulada *Vida e História*, Gregório Marañón declara que “sin libertad, la vida toda no vale la pena de ser vivida”.

O sistema penal faz-se necessário em função da condição humana, pela exigência de um ordenamento coercitivo que endosse a harmonia e o bem-estar em sociedade. Refere-se a uma obrigação do próprio relacionamento, característico do contrato social (Canto, 2000, p. 12).

Os sistemas penais são originários dos Estados Unidos. A pena privativa de liberdade é subdividida em três sistemas, o Pensilvânico, o Auburniano e o Progressivo, cada qual com suas especificidades. Esses sistemas se desenvolveram no decorrer do tempo, de modo a se adequar em determinadas regiões, relacionando-se com as transformações sociais, jurídicas e fundamentais. Atualmente, o Sistema Penal Brasileiro adota o sistema progressivo, resultado de um intenso progresso, executado na imposição de penas privativas de liberdade do indivíduo (ASSIS, 2021).

Contudo, a privação da liberdade como método de punição pela prática de atos delituosos aparenta ser uma concepção tão antiga quanto a existência humana. De fato, a partir da análise da história da humanidade, verifica-se a sociedade nunca se abdicou de aplicar medidas restritivas de liberdade pela, sejam como penas em sua essência ou como dispositivo para execução de outras punições (BORGES, 2018).

É imperioso afirmar que durante a Antiguidade e boa parte da Idade Média, a atual do Direito Penal compreendia um papel secundário. A sanção penal era atribuída à pena de morte, às penas físicas (tortura, mutilações e amputações de membros), ao trabalho compulsório e a outras formas ultrajantes. Contudo, a restrição à liberdade não se ausentou durante esse período da história, cumpria, porém, dupla função. Primeiramente, como mecanismo necessário para garantir a execução de outras penalidades.

Sob outra perspectiva, era aplicada como meio de viabilizar a flagelação do apenado, durante a fase probatória de um julgamento, com o intuito de expor a “veracidade” dos fatos apurados. A princípio, a aplicação de medidas restritivas de liberdades no período em questão consistia em atar ou acorrentar o réu pelos membros superiores, inferiores ou pelo pescoço. Posteriormente, verifica-se a incorporação da prática de encarceramento. Todavia, a partir do século XVI, são observadas, paulatinamente, severas transformações nos métodos punitivos. As penas corporais deram lugar a outros métodos punitivos, resultando na adoção da “prisão-sanção” como principal modalidade de punição, em detrimento, inclusive, de outras formas utilizadas no período (NUCCI, 2017).

Nesse sentido, entende-se que, atualmente, o Direito Penal e o sistema punitivo prisional representam, majoritariamente, um martírio, em que os indivíduos estão sujeitos a aflição e à tortura. Diante desse cenário, origina-se uma estrutura social com algumas peculiaridades, como a corrupção, extorsão e comércio clandestino. Usualmente, o condenado é forçado ao encarceramento em condições desumanas, sórdidas, deterioradas e superlotadas, carecendo até mesmo de espaço físico para repouso. De fato, esta relação à parte do mundo exterior, de tão bestial, extingue a dignidade e honra que o

apenado ainda possuía antes dessa convivência. O Estado, que deveria reintegrar o detento à sociedade por meio do cumprimento da pena, fornecendo-o habilidades sociais, profissionais e morais para esse propósito, age de maneira oposta, desamparando-o e omitindo-se de sua responsabilidade, segregando-o da sociedade (NUCCI, 2017).

Com base nesse contexto, de total desprezo dos direitos do homem e a ausência de modernização da Lei Penal, deduz-se que o encarceramento não logra real êxito, desaprovando socialmente o indivíduo, operando como um mecanismo de reprodução da carreira delituosa, além de promover a destituição da personalidade. Verifica-se que o desprezo ao detento impacta não apenas os seus direitos, mas também insultam a sua humanidade, reduzindo-os a seres irrelevantes, panorama este que requer modificações.

O principal imbróglio do sistema Penal contemporâneo repousa nos altos índices de criminalidade, visto que a constante revisão de leis por parte dos legisladores não reduz significativamente criminalidade no Brasil; concebe-se que a legislação não é capaz de coagir o infrator. Atualmente, julga-se que a forma mais sensata de resolução da criminalidade será a cativando as crianças, por meio do investimento em educação e qualificação dos jovens, de modo a reverter o cenário atual (ASSIS, 2021).

O Brasil é signatário de diversos tratados pertinentes aos direitos humanos, tais como: o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Apesar de recluso, o detento é membro integrante da sociedade e, portanto, usufrui dos direitos previstos nos acordos convencionados pelo Estado (BORGES, 2018).

Somado a esse fato, a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso XLIX, do Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos que “[...] é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, endossando a garantia a dignidade do preso, assim como outros direitos. tais como:

Art. 5º [...]

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;

[...]

e) cruéis;

XLVIII – A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

[...]

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (Brasil, CF, 1988).

Portanto, para se concentrar nesse tema, faz-se necessário, primeiramente, enfatizar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios de maior relevância para o Direito Penal. O princípio em epígrafe está prescrito na Constituição Federal de 1988 e veta a aplicação de penas cruéis a qualquer indivíduo, no artigo 5º, inciso XLVII.

A humanização e modernização da execução penal tem recebido especial destaque no desdobramento do Direito Penal. As penas de morte e corporais, gradativamente, dão lugar às penas privativas de liberdade e estas às penas alternativas. O Estado Democrático de Direito veta a institucionalização, aplicação ou execução de pena, assim como de qualquer outra deliberação que venha a violar a integridade física e moral do Homem. Manifesta-se como princípio mantenedor da ordem pública em restritiva da Lei Penal, uma legítima garantia da dignidade humana, intimamente ligada aos princípios da igualdade e da culpabilidade (Lopes, 2009, p. 102).

Os dados oficiais são autoexplicativos. Atualmente, enquanto o panorama mundial questiona e debate a inconsistência da aplicação de sanções restritivas de liberdade e adotam planos para redução da população prisional, o Brasil segue na contramão. A população carcerária cresce desenfreadamente, sem indícios de tendência contrária.

Grande parte das prisões tem um caráter claramente racista e de discriminação social, atingindo, principalmente, os mais jovens. A insuficiência de vagas é evidente, as condições carcerárias são conflitantes com qualquer expectativa de recuperação ou reintegração social do detento. Em alguns estabelecimentos prisionais, são aglomerados como animais, sem espaço físico necessário para repouso. Direitos básicos inerentes a todos os seres humanos são ostensivamente violados. No encarceramento não há estudo e, em geral, não há ocupação profissional (NUCCI, 2017).

Ainda que constitucionalmente expreso, a efetividade da assistência jurídica é malograda, ainda que se apresente como de fundamental importância para os presidiários. Considerando que grande parte dos detentos não dispõem de recursos para contratação de advogados particulares, verifica-se um grande empecilho no acesso à Justiça. Apesar do direito a assistência jurídica íntegra e gratuita, há uma enorme demanda, ao passo que não há defensores públicos suficientes para supri-la. Assim, os presos são forçados a se responsabilizarem pelo pagamento dos honorários de advogados particulares, ainda que não possuam condições para tal. Não são raros os casos de detentos que permanecem no encarceramento por um maior que determinado pelo Poder Judiciário. O déficit no número de defensores públicos é, atualmente, um dos impasses dos presídios.

No que se refere a ocupação profissional, até junho de 2013, somente 22% dos presidiários do sistema carcerário brasileiro estavam comprometidos com algum ofício, entre trabalhos internos e externos. A partir dos dados, constata-se que 119.474 detentos exercendo atividades laborais, divididos em 94.812 ocupando-se em trabalhos internos (17,6%) enquanto 24.662 se dedicam a trabalhos externos (4,6%). Desse modo, para cada 1.000 reclusos, 222 se encontram em uma ocupação profissional.

3 O DIREITO PENAL E OS CRIMES VIRTUAIS

Este capítulo se dedica a tratar sobre os crimes virtuais impróprios, haja vista a observação de que o uso da internet como recurso, com a oportunidade do anonimato, que estimula a violação das regras, tem-se um crescimento expressivo na ocorrência destes. Destacam-se os crimes de ódio; invasão da privacidade e intimidade, passível de gerar, ou não, uma nova conduta lesiva contra a honra; estelionato, pedofilia, etc.

A internet permite um universo fantasioso em que os indivíduos reduzem as distâncias físicas, conectando os indivíduos mais distantes como se próximos estivessem. A efetiva inserção e participação da pessoa no meio digital requer que o Estado fomente a tutela de seus direitos e garantias fundamentais, impedindo que novas tecnologias atuem como ferramentas para transgressão desses direitos.

3.1 CRIMES CONTRA A HONRA

A honra é um direito fundamental, estabelecido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. No cotidiano jurídico pátrio, os crimes contra a honra são recorrentes. A honra constitui direito da personalidade com previsão constitucional, requerendo a proteção da dignidade pessoal e reputação do indivíduo. A doutrina brasileira entende que a honra se classifica em objetiva e subjetiva. Aquela diz respeito à reputação e a boa fama que o indivíduo goza na convivência do seu meio social, este, à dignidade e o decoro pessoal da vítima, o juízo que cada um tem de si mesmo (BARROSO, 2016).

Na visão de Alves (2014), a honra objetiva pode ser denominada ainda de objetivo jurídico, isto é, a reputação ou imagem que o indivíduo possui perante outros, enquanto a honra subjetiva, objetivo material. Na legislação penal específica aos crimes contra a honra, tem-se a calúnia, difamação e injúria. Distinguem-se, na legislação, o tipo penal e as penas, conforme observa-se:

Calúnia Art. 138 Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Difamação Art. 139 Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Injúria

Art. 140 Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa (BRASIL, 1940, online)

Por calúnia, entende-se a atribuição falsa de fato definido como crime a alguém. Difamação é atribuir a alguém um fato não criminoso, contudo, lesivo a sua reputação, enquanto injúria, distinta as outras condutas de "atribuição", define-se pela determinação de qualidades negativas ou defeitos.

Crespo (2018) leciona que a calúnia e a difamação contêm uma conduta específica de atribuir a alguém um fato concreto e ofensivo, obrigatoriamente falso e entendido como crime, no caso da calúnia, critérios dispensados na difamação. A injúria, no que lhe tange, refere-se à uma atribuição genérica, uma má qualidade, um defeito ou algo que deprecie a vítima. As primeiras requerem que a atribuição desonrosa chegue até o terceiro, sendo dispensado na última.

A calúnia, com pena mais grave, é passível de ocorrência na hipótese de o fato criminoso nunca ter ocorrido ou, do contrário, não cometida pelo indivíduo apontado. Caluniar é manchar a reputação do indivíduo no meio em que convive, havendo vontade específica de macular a imagem de alguém (*animus diffamandi*), presumindo-se o dolo, concretizando-se quando do alcance da false imputação ao conhecimento de terceiro (FIORILLO, 2016). O Código Penal Brasileiro permite, no § 3º, a chamada exceção da verdade, que se caracteriza pela prova da verdade da imputação, gerando atipicidade na conduta (a conduta expressa diz imputar falsamente):

Exceção da verdade § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível (BRASIL, 1940, online). (Grifo nosso).

Considerando-se a tipificação da exceção, determinada no Código Penal Brasileiro, nota-se que a própria lei permite casos para tal exceção, isto é, se o fato criminoso for verídico, afasta-se o tipo penal. Na injúria, contrariamente aos anteriores, a honra subjetiva do ofendido constitui o direito protegido, tipificado como ofender por ação ou omissão, certo indivíduo, ofendendo-lhe sua dignidade não havendo, em regra, atribuições de fatos específicos, mas a definição negativa da vítima. Constitui insulto que difama a honra subjetiva de outrem, possível de atingir sua dignidade, maculando sua reputação, por vontade específica (*animus diffamandi*), quando do alcance do insulto à ciência do ofendido, independentemente o conhecimento de terceiros, afastando-se a possibilidade de exceção da verdade (BARROSO, 2016).

As várias alternativas de utilização dos computadores e recursos online impuseram ao Estado a constatação de que não estava devidamente qualificado para julgar e punir usuários potencialmente criminosos, cujas práticas afetam a honra, a lisura e a dignidade de terceiros. O debate do tema traz consigo a discussão da liberdade de expressão, fundamentada no respeito à autonomia e dignidade humana sendo, portanto, indispensável o respeito aos direitos fundamentais dos demais (FIORILLO, 2016).

As ferramentas digitais situam a liberdade de expressão em um novo patamar, destacando-se, positivamente, o aumento das oportunidades de participação social, e interação cultural, aumento o acesso à uma legítima democracia. O conceito da liberdade de expressão se funda em meio para consecução de respostas apropriadas para os problemas da sociedade, mediante o livre debate de ideias contrárias em que preponderarão as melhoras (ALVES, 2014).

A divergência entre a liberdade de expressão do indivíduo, tutela constitucionalmente, e as práticas que afetam a honra, subjetiva ou objetiva, das vítimas, é potencial. Entende-se que a liberdade de expressão não pode ser livremente realizada, sendo preciso atentar-se ao direito de se expressar com o direito dos demais, devendo os transgressores responder por suas imodações. Contudo, nem sempre as práticas cometidas na internet são penalizadas, por dificuldade de comprovar o real transgressor, devido ao anonimato, ou pelo despreparo do Estado para intervir nestes casos (JESUS, 2016).

Usualmente, as práticas são motivadas puramente por ódio, ausente de filtros sociais. Um caso notável foi o da jornalista Maria Júlia Coutinho em 2015, alvo de vários comentários racistas por apenas ter publicado uma foto sua em uma rede social. Consequentemente, outro crime que vem a surgir, relacionado aos anteriores, é a ameaça, crime contra a liberdade individual estabelecido no artigo 147 do Código Penal. A análise do crime de ameaça exige considerar a individualidade da vítima. Assim, fatores como raça, sexo, idade, cor, orientação sexual, entre outros, devem ser verificados no caso concreto para julgar se houve ou não a conduta, tipificado como a promessa de lesar injustamente alguém (BARROSO, 2016).

3.2 CRIMES DE INVASÃO A PRIVACIDADE E INTIMIDADE

Os direitos à privacidade e à intimidade são garantias constitucionais, estabelecidos no artigo 5º, inciso X, da Magna Carta, integrando o rol de direitos fundamentais. Introduzido pela Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, denominada ainda de Lei Carolina Dieckmann, tem-se a previsão legal do artigo 154-A o Código Penal acerca da invasão de equipamento informático, in verbis:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (BRASIL, 1940, online).

A intimidade, privacidade e o direito ao sigilo em dados armazenados em dispositivo informático constituem os objetos jurídicos tutelados, sendo o núcleo essencial da primeira porção do tipo penal o verbo "invadir", isto é, adentrar digitalmente sem autorização expressa ou tácita do titular do equipamento, dispensando a existência de alteração, consecução ou destruição de dados ou informações. A segunda figura do tipo configurado pelo verbo "instalar" e se caracteriza como a simples implantação de vulnerabilidade, dispensando a obtenção efetiva da vantagem ilícita, sendo, assim, crime formal (CRESPO, 2018).

A atriz Carolina Dieckmann teve seu computador invadido e seus arquivos pessoais distribuídos, tais como fotos íntimas vazadas na internet. O objeto jurídico do crime tipificado no artigo 154-A é a privacidade individual e/ou profissional contida em equipamento informático, sendo penalizada a prática de invasão de equipamento informático de terceiro, através da violação de seus mecanismos de segurança ou introdução de meio de vulnerabilidade (ALVES, 2014).

O legislador instituiu no parágrafo 3º uma qualificadora relevante ao crime, que se relaciona de forma direta com a devassa de intimidade da vítima. Neste caso, a devassa incorre em consecução de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, informações sigilosas, dentre outros, elevando a pena para seis meses a dois anos, com a ressalva de sua não incidência em caso de crime mais grave praticado. Neste contexto, o parágrafo 4º indicava uma fundamental majorante do crime, relacionada à qualificadora anterior, fixando o aumento da pena na hipótese de divulgação, negociação ou transferência a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações adquiridas em um a dois terços” (SIQUEIRA, 2017).

3.3 CRIMES CONTRA A INVOLABILIDADE AO PATRIMONIO (ESTELIONATO)

O estelionato é outro crime com aumento de ocorrência a partir do advento e expansão dos meios de comunicação. Este crime é bastante frequente quando se refere a inviolabilidade de patrimônio, porém, notabilizou-se com os golpes digitais. O Código Penal, em seu artigo 171, prevê que a obtenção de vantagem ilícita, para si ou para outro, em prejuízo de terceiros, induzindo ou mantendo alguém em erro, através de meio fraudulento, ou qualquer outro artifício ardil.

O crime ocorre com a consecução da vantagem ilícita indevida, em prejuízo de terceiros, ao incitar ou manter alguém em erro. A doutrina debate sobre a distinção entre fraudes civil e penal. Independentemente do tipo, fraude é fraude, tido como ato malicioso, de má-fé, com o intuito de conseguir vantagem indevida, gerando prejuízo a terceiros. O Código Penal tentou penalizar a “astúcia” daquele que pretende usurpar a vítima de seu patrimônio, obrigando-o a entregá-lo de forma espontânea (BARROSO, 2016).

Como supracitado, a popularização e disseminação da fraude se intensificou através do uso de recursos digitais, equipamentos tecnológicos e da internet, capaz de reproduzir uma mensagem não identificada, uma comunicação falsa de uma instituição legítima e reputada, como uma operadora de crédito, visando incitar o destinatário-vítima a compartilhar dados, como senhas, informações pessoais e financeiras. O estelionato praticado em ambiente virtual se adequa plenamente ao tipo penal previsto no artigo 171 do Código Penal, possibilitando sua aplicação sem maiores ressalvas.

3.4 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL ENVOLVENDO MENORES

A questão da liberdade sexual é de extrema importância, sobretudo envolvendo menores de idade. No Estatuto da Criança e do Adolescente está contida a tipificação dos crimes contra crianças e adolescentes, visando a previsão de várias condutas possíveis de serem consumadas. Contrastando-se das condutas discorridas anteriormente, estas, usualmente, ocorrem em sigilo. A troca de informações

e mensagens instantânea é facilitada por alguns aplicativos móveis, induzindo vários usuários ao compartilhamento de informações sem notar que estão praticando, necessariamente, uma conduta criminosa.

Ademais, uma questão que não será abordada nesse estudo, mas que digna de destaque, é a deep web. Desconhecida por maior parte das pessoas que utilizam a internet, a divisão possibilita a prática ilícitas mediante sites considerados “invisíveis”, em razão de não constarem nos mecanismos de buscas tradicionais, como Google e Bing. Nesta, são encontradas várias ilícitudes, como o tráfico de entorpecentes, pessoas, de órgãos, pornografia infantil, entre outras. O artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus artigos subsequentes descrevem as condutas ilícitas envolvendo criança e adolescente, in verbis:

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa (BRASIL, 1990, online).

As condutas mais sensíveis no meio eletrônico são as previstas nos artigos 241-A e 241-B do ECA. O primeiro dispõe sobre a censura às ilícitudes de troca de qualquer processo de divulgação de figuras de sexo aberto ou pornografia de que participem menores. O segundo, penaliza quem adquire, por qualquer meio, possui ou armazena arquivos ou fotos de qualquer natureza havendo sexo aberto ou manifestação de pornografia envolvendo menores (ALVES, 2014). No tocante à prática do crime em meio eletrônico, a jurisprudência é rigorosa na penalização, considerando, ainda, que os crimes praticados na internet possuem cunho transnacional / internacional. Em destaque, decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

HABEAS CORPUS Nº 413.069 - SP (2017/0208680-6) RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO PACIENTE: MICHAEL LEME DE QUEIROZ DECISÃO Cuida-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MICHAEL LEME DE QUEIROZ, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (APC n. 2016.61.14.002516-6). Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática dos crimes do arts. 241-A e 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente c.c. art. 69 do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por sua vez, negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial, conforme ementa a seguir transcrita: DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL APELAÇÕES CRIMINAIS. PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL. LEI 8.069/90. ARTIGOS 241-A E 241-B. PROGRAMA DE COMPARTILHAMENTO DE DADOS. USO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. DOLO CARACTERIZADO NO

COMPARTILHAMENTO DOS ARQUIVOS ILÍCITOS. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS. ABSORÇÃO. INOCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. ALTERAÇÕES. 1. Réu flagrado em posse de acervo de fotografias e vídeos de pornografia infantojuvenil, acervo este armazenado digitalmente em discos rígidos de sua propriedade. Teria, ainda, compartilhado arquivo do mesmo teor anteriormente. [...] Em outros termos: ao disponibilizar arquivos de conteúdo pornográfico infanto-juvenil em servidor mundialmente acessível, o que há é a disponibilização/divulgação de pornografia infanto-juvenil além das fronteiras nacionais, o que torna claro seu caráter transnacional. [...] 3. Por sua vez, a constatação da internacionalidade do delito demandaria apenas que a publicação do material pornográfico tivesse sido feita em "ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet" e que "o material pornográfico, envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu" [...] Publique-se. Intime-se. Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2018. (STJ - HC: 413069 SP 2017/0208680-6, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Publicação: DJ 28/02/2018) (grifos nossos).

As condutas dispostas nos artigos tidos como crime possuem a capacidade de tutelar a dignidade e liberdade sexual de crianças e adolescentes. Constituem crimes dolosos, requerendo o dano potencial, dispensando dano maternal efetivo para serem praticados. A expansão de aplicativos como o *Whatsapp* tornou mais frequente a conduta tipificada no artigo 241-B (JESUS, 2016).

A introdução dos tipos penais dispostos nesse artigo facilitou a penalização do agente que armazena imagens de crianças e/ou adolescentes envolvidos em pornografia. A foto, vídeo ou imagem contendo pornografia ou sexo explicitando envolvendo menores constitui o objeto material, enquanto o objeto jurídico consiste na tutela à formação moral do menor. Nas palavras de Barroso (2016):

A maneira pela qual o autor do crime adquire, possui ou armazena o material é livre, valendo-se o tipo da e pressão "por qualquer meio" Comumente, com o avanço da tecnologia e da difusão dos computadores pessoais, dá-se a obtenção de extenso número de fotos e vídeos pela Internet, guardando-se o material no disco rígido do computador, em disquetes, DVDs, CDs, pen drives, entre outros.

4 O DIREITO PENAL NA ERA DIGITAL

A prática de investigação criminal tem sido diretamente afetada pela tecnologia. A difusão de equipamentos conectados à internet e o surgimento de várias tecnologias de vigilância, a rotina das

autoridades investigativas passou a englobar, além de novas fontes de provas, mas também novos aspectos relativos à possibilidade de consecução e uso para fins de instrução pessoal (JESUS, 2016).

Quando se trata de Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Virtual, os operadores do Direito, usualmente, concentram-se nos pontos legalistas do tema, esquivando de ponderar sobre os aplicadores das normas no cotidiano das ruas, isto é, os agentes das forças de segurança. Este é um ponto relevante, pois as polícias, especialmente a militar, constituem agências de segurança mais produtivas estatais (BARROSO, 2016).

Dentre os indivíduos privados de liberdade no Brasil, é estimado que 90% tenham sido presos em flagrância pelas polícias militares. Portanto, as Polícias Federal e Civil, estas concebidas para investigações criminais, produção de provas e encaminhamento destas para análise do Ministério Público, possuem função secundária no exercício de sua função. Ademais, que são presos apenas acusados de crimes de menor gravidade e complexidade, como o pequeno comércio ilícito de entorpecentes, não investigando as grandes redes criminosas, cada vez mais consolidadas (ALVES, 2014).

No século da conectividade excessiva, os impactos da revolução tecnológica atingem toda a sociedade, bem como a esfera jurídica. Neste contexto, o progresso tecnológico da informação e comunicação e a o desenvolvimento das capacidades referentes ao armazenamento, acesso e exploração de dados influenciam o Direito Penal, sobretudo, pela reestruturação das dimensões da investigação criminal. Ante maiores possibilidades intrusivas de persecução penal, é imperioso o equilíbrio das garantias fundamentais dos indivíduos sob investigação com as novas fontes probatórias, regulamentando suas formas de consecução e uso para fins de instrução penal (CRESPO, 2018).

Quanto à proteção de dados pessoais em razão da investigação criminal, tem-se o acesso às informações contidas em telefones apreendidos. Este ponto se torna mais crítico à medida que os aplicativos de trocas de mensagens em celulares se multiplicam, promovendo análises nos Tribunais quanto a (i)licitude da coleta de dados contidos no celular sem devida autorização judicial. O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em Habeas Corpus nº 89.981/MG, indicou seu julgamento quanto provas adquiridas pela polícia a partir da apreensão do aparelho telefônico do acusado em flagrância. As autoridades, destituídas de autorização judicial para quebra do sigilo dos dados armazenados no celular, acessaram mensagens enviadas pelo aplicativo Whatsapp do réu para obtenção de provas (SIQUEIRA, 2017). A Corte Suprema, então, posicionou-se no seguinte sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

{...} Contudo, embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra

sigilo telefônico por meio de interceptação ou de acesso a mensagens de texto armazenadas, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, houve sim violação dos dados armazenados no celular de um dos acusados.

De fato, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

(RHC 89.981/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017)

A decisão, apropriadamente, considerou os direitos à privacidade e à proteção de dados e embasou a imprescindibilidade de devida autorização judicial para coleta de dados armazenados no celular. Ademais, ante a invasão do conteúdo do celular, foi estabelecido a remoção dos autos das provas assim obtidas, bem como as derivadas (FIORILLO, 2016).

4.1 AS REDES SOCIAIS E OS CONFLITOS DECORRENTES DO USO DA INTERNET

A popularização da internet a tornou o principal meio de comunicação utilizado atualmente. A partir de sua expansão, as formas de interação social se alteraram. Nas palavras de CRESPO (2018):

O advento da Internet trouxe diversas mudanças para a sociedade. Entre essas mudanças, temos algumas fundamentais. A mais significativa é a possibilidade de expressão e sociabilização através das ferramentas de comunicação mediada pelo computador. Essas ferramentas proporcionaram, assim que atores pudessem construir-se, interagir e comunicar com outro [...].

Nota-se que o advento das redes sociais, permitindo o compartilhamento de informações instantâneo através do meio digital, constitui um dos principais aspectos para reformulação dos padrões de sociabilidade contemporâneos. A tendência se iniciou com o correio eletrônico, ou e-mail, a forma de interação inicial em rede, que permite o envio e recebimento de mensagens. Posteriormente, surgiram novas formas de interação com maior dinamicidade e popularidade. Comunicação instantânea com pessoas de vários locais, sendo esta nova forma de relacionamento designada sites de redes sociais, ou apenas redes sociais, tornando-se a principal forma de comunicação dos usuários da internet, com um alcance global (FIORILLO, 2016).

As redes sociais podem ser conceituadas como sistemas que possibilitam a criação de um personagem mediante perfil ou página pessoal, a interação por meio de comentários e a exposição pública da rede social de cada personagem. A evolução da internet possibilitou o advento das redes

sociais, pois o espaço digital foi se ramificando, podendo-se considerar o fruto do progresso na estrutura dos recursos de comunicação em rede. O marco desse progresso consiste no desenvolvimento de recursos elaborados para a criação de perfis virtuais para sua descrição e criação de comunicação para aquisição e troca de informações, pela companhia América Online (BARROSO, 2016).

Posteriormente, a mesma empresa desenvolveu um sistema de mensagens instantâneas, denominados chats. Na década de 1990, ocorreram os estágios iniciais do que hoje é conhecido como redes sociais, com a apresentação do GeoCities, que visava o fornecimento de recursos para a criação de páginas na web. Assim, os serviços foram otimizados e se popularizaram. Nos anos 2000 surgiram o Fotolog, serviços de publicação de fotos com comentários, e Friendster, primeiro serviço intitulado rede social, cujo principal objetivo era formar vínculos de amizade no meio digital (JESUS, 2016).

Atualmente, existem diversas redes sociais dedicadas a contatos profissionais, tal como o LinkedIn, conhecer novas pessoas e amizades, tais como MySpace e Facebook. Ademais, há os diários virtuais, como o Twitter, publicação de fotos e vídeos, como o Vine e Instagram, serviços de verificação de lugares e check-in, Foursquare. Em suma, existe uma variedade de redes sociais nas quais são trocadas uma infinidade de informações que atingem públicos de todos os gêneros e idades, sobretudo os adolescentes (SIQUEIRA, 2017).

As redes sociais se tornaram um universo à parte da realidade, devido ao grande volume de informações, criando o denominado mundo virtual, em que indivíduos de qualquer lugar mantêm contato com outros dispensando a necessidade de sair de casa. Os usuários desse meio de comunicação podem interpretar qualquer personalidade, tendo como consequência a exposição de pessoas que utilizam a internet e os perigos inerentes deste meio de comunicação (CRESPO, 2018).

As redes sociais, enquanto ferramentas usadas para comunicação em rede, possibilitam a expansão das relações sociais, discussão de temas, divulgação de informações, criar amizades etc. Por outro lado, tornou-se manifesta a exposição das pessoas, considerando-se o contingente de usuários que utilizam a web para fins condenáveis. A utilização de perfis fakes, ou falsos, e vírus, com o intuito de adquirir informações, representa uma ameaça aos utilizadores da internet. Nesse diapasão, entende-se que cabe ao Estado a administração adequada dos conflitos daí advindos, mediante edição de normas legais (ALVES, 2014).

O cometimento de práticas lesivas aos direitos fundamentais de usuários da internet cresceu paralelamente ao seu avanço. O surgimento de novas modalidades com o próprio meio virtual, a internet ampliou também as consequências de ilícitos anteriores mesmo à popularização da internet. Sabotagens e manipulação a sistemas de computadores são as primeiras evidências dos crimes informáticos, modalidade criminosa iniciada na década de 1960.

Na década posterior, a literatura adotou o termo hacker para caracterizar o indivíduo com grau de conhecimento avançado na área da informática e que por vezes age como criminoso virtual, devassando redes, furtando ou alterados dados armazenados em sistemas. Cabe destacar que termo para criminosos virtuais está superada pelos profissionais atuantes na informática, segundo os quais, os hackers atualmente não prejudicam ninguém, apenas desejam provar que são bons na área de

tecnologia. Assim, os criminosos virtuais passaram a ser denominados de crackers, estes, sim, utilizam-se de sua habilidade na área tecnológica para cometer algum ilícito. Nesse sentido, esclarece Jesus (2016):

Hacker White-hat: Seria o —hacker do bemll, chamado de —hacker chapéu branco. É aquela pessoa que se destaca nas empresas e instituições por ter um conhecimento mais elevado que seus colegas, devido ao autodidatismo e a paixão pelo que faz. Não chega a invadir sistemas e causar estragos, exceto ao realizar testes de intrusão. Resumindo: tem um vasto conhecimento, mas não usa de forma banal e irresponsável [...] Hacker Black-Hat: —Hacker do Malll ou —chapéu negro. Esse, sim, usa seus conhecimentos para roubar senhas, documentos, causar danos ou mesmo realizar espionagem industrial. Geralmente, tem seus alvos bem definidos e podem passar semanas antes de conseguir acesso onde deseja, se o sistema for bem protegido.

Por outro lado, grande parte dos usuários da internet não possuem conhecimento dos hackers e crackers, portanto, estes se tornam vulneráveis em razão da disparidade de conhecimentos e habilidades computacionais. A prática de ilícitos pode correr de várias formas e quanto maior o progresso tecnológico, maiores são as chances de se cometer tais delitos no ambiente digital.

Os cavalos de troia infectam os computadores através de mensagens eletrônicas maliciosas ou jogos, executando instrução nas máquinas ou extraindo dados. Os programas espões, spywares, controlam atividades de um sistema computacional e direcionam as informações obtidas para terceiros. Os worms podem se proliferar automaticamente e corromper totalmente o sistema do computador. Esses artifícios computacionais podem trazer perigos aos usuários, expondo informações privadas para fins indevidos por criminosos. Deste modo, com o aumento de ferramentas maliciosas na internet, utilizadas para a consumação de atos ilícitos, sentiu-se a necessidade de uma resposta jurídica que permitisse a tutela dos direitos das pessoas que utilizam a internet (BARROSO, 2016).

A ausência de legislação específica à tutela de usuários da internet promoveu o crescimento de práticas ilícitas. Além dos meios de transgressão de direitos surgidos com a própria internet, várias outras ilicitudes têm sua difusão facilitada pela web (SIQUEIRA, 2017).

A título de exemplo, tem-se a espionagem e consecução de dados sem autorização; o bullying digital, práticas contra a moral da pessoa, como humilhação, preconceito e homofobia; pornografia infantil, quando um usuário tenta se aproveitar do meio digital para aliciamento de menores; pirataria, com o download de conteúdos posteriormente negociados indevidamente, visto que os detentores dos direitos autorais não recebem sua parcela da venda.

5 O USO DE ASSISTENTES VIRTUAIS COMO MEIO DE PROVA

A Assistente Virtual, nada mais é do que um software que responde (interage) a comando de voz ou texto, as mais conhecidas são a Siri da Apple, a Alexa da Amazon, a Cortana da Microsoft, o

Google Assistant, entre outros. Todas elas foram desenvolvidas na área da Inteligência Artificial (IA). Na maioria das vezes a definição de Inteligência Artificial, vem atrelada diretamente a robótica, logo já se passa a imagem de um robô com aspecto humano realizando tarefas necessárias de inteligência e tomando decisões por si mesmo. Contudo Inteligência Artificial vai muito além, estando presente no cotidiano da maioria das pessoas.

O termo nasceu no ano de 1956 com John McCarthy, quando o mesmo afirmou que um programa de computador que conseguisse realizar tarefas ligado a inteligência de seres humanos, este poderia ser considerado uma IA, ou seja, não bastava ser uma máquina, mas sim realizar atividades que até então somente o ser humano e sua capacidade cognitiva conseguia realizar

A redação constitucional assegura o direito de ação, além disso, o próprio Estado é o titular *ius puniendi*, concretizando-se com a garantia jurisdicional de que a lei não afastará da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. No Título VII do Código de Processo Penal, nos artigos 155 a 250, são apresentados os meios probatórios existentes não taxativamente, constituindo meios adequados para a formação direta ou indireta da verdade real, sendo, assim, regulados legalmente para gerar efeitos no âmbito do processo (JESUS, 2016).

O primeiro requisito, objeto da prova, é o fato a se comprovar e, quanto a ele, as provas são diretas ou indiretas. Relacionam-se às primeiras, direta e imediatamente ao fato a ser comprovado. As segundas se referem a outro(s) fato(s) que se relacionam ao fato a ser comprovado. Constituem provas indiretas as presunções e indícios (CRESPO, 2018).

A assistente virtual Alexa possui milhões de usuários no mundo. Esta vem instalada no dispositivo Echo, da Amazon, sendo capaz de executar atividades a partir de um comando de voz. Porém, a Alexa pode ainda ser assistente policial, em investigações criminais, e da promotoria, em juízo, como prova documental ou testemunha. Contrariamente aos cônjuges e parentes que coabitam com o réu e são legalmente vetados de testemunhar, a Alexa coabita com o réu, mas não é vetada de testemunhar, a não ser que o Código de Processo Civil seja editado para incluir dispositivos da Internet das Coisas.

Todavia, enquanto prova documental, a Alexa poderá configurar novo participante nos julgamentos, fato já ocorrido nos Estados Unidos, em ao menos dois casos. Em um deles, James Andrew Bates foi acusado de assassinar Victor Collins, pois a Alexa o situou dentro do imóvel no momento do crime. Em outra, a Alexa auxiliou os promotores a acusar Adam Crespo de matar a namorada, em um caso em que o réu declarou se tratar de morte acidental.

A função prevista para a Alexa nos julgamentos pode ser estendida para outros equipamentos eletrônicos, inclusive os que estão vigiando o imóvel, uma vez conectados à Internet das Coisas. A Siri, o Google Home, sistemas de iluminação e segurança, todos podem atuar como “vigias” silenciosas dentro de casa, bem como o GPS, a tornezeleira eletrônica e as câmeras de segurança fazem nas ruas (BARROSO, 2016).

O Echo associa uma diversidade de equipamentos inteligentes de automação residencial. Desse modo, as informações contidas nos aparelhos são de grande valia para a polícia e os promotores durante a acusação. A título de exemplo, no caso em que Víctor Collins foi encontrado sem vida em uma banheira, informações valiosas foram obtidas pela polícia e promotoria através do medidor inteligente de utilização de água da residência. A ativação da Echo é realizada pelo termo padrão Alexa, embora seja possível que os usuários a alterem. O dispositivo, ao ser acionado, obedece a comandos, tais como manipulação das luzes, reprodução de músicas, informar a temperatura ou mesmo fornecer uma receita (FIORILLO, 2016).

Os comandos ou perguntas dos usuários são encaminhados a servidores virtuais da Amazon, em que as palavras gravadas são submetidas a um sistema de reconhecimento de voz por redes neurais. Assim, a resposta do usuário é retornada mediante o Echo. Em suma, trata-se de uma simulação, por computação, do cérebro humano. Visto que o dispositivo não possui armazenamento suficiente em disco rígido para gravar os dados, a Amazon realiza este papel. Contudo, os dados não são facilmente cedidos pela Amazon aos investigadores ou promotores, em virtude da privacidade dos proprietários dos equipamentos. A consecução apenas se torna possível mediante ordem judicial ou mandado de busca.

Tais aspectos são complexos para leigos em tecnologias que frequentemente, compõem o júri. Deste modo, os jurados não possuem conhecimento suficiente do funcionamento a Alexa, do Google Home da Siri e da Internet das Coisas, de suas capacidades e do acionamento do sistema. Assim, necessitam de esclarecimentos didáticos, que permitirão considerar se tais sistemas podem fundar provas legítimas para condenar ou inocentar o réu (CRESPO, 2018).

Portanto, importante que seja incluído nos julgamentos um novo profissional, para prestar tais explicações e garantir aos jurados que a interpretação as informações que a corte possui é apropriada. Este profissional será perito em tecnologia de ativação por voz e/ou em ciência da computação conforme o Expert Institute. Possivelmente, o perito precisará expedir um certificado de autenticidade das informações, para o magistrado considerar a questão da admissibilidade da prova. Ao promotor, concernirá definir a fiabilidade da prova, de uma óptica da ciência da computação, caso de fato surja algum fato que auxilia na elucidação do crime, leciona o Expert Institute.

Em julgamentos que encerram provas obtidas por dispositivos eletrônicas, há mais um aspecto a ser considerar pelos advogados de defesa. Visto que esses equipamentos executam diversas funções, possíveis de rastrear e monitorar a vida dentro da residência, os advogados podem questionar quanto à violação de privacidade. Deve-se considerar que a sociedade se encaminha, gradualmente, para cenário descrito na obra de George Orwell, 1984, que idealizou a figura do "Big Brother", que monitora a todos em prol de um regime totalitário (ALVES, 2014).

Diversos jornais veicularam que a assistente virtual Alexa, da Amazon, ativada por comando de voz, poderia testemunhar um crime. O crime em questão aconteceu na Flórida, em julho, em que Silvia Galva foi morta por um ferimento de lança no peito durante um desentendimento com seu parceiro,

Adam Crespo. A polícia, que tem Adam como principal suspeito, não conseguia provar a autoria do crime, utilizando então de mandado para obtenção das gravações de áudios contidas no dispositivo Echo situados no local do crime.

Visto que o acionamento da Alexa se dá por meio da voz, a polícia espera que o dispositivo tenha sido ativado durante a discussão. Assim, as gravações do Echo poderiam auxiliar no esclarecimento dos fatos, pois Adam afirma que Silvia foi atingida de forma acidental. As gravações foram fornecidas à polícia pela Amazon, porém, o conteúdo ainda está sendo analisado.

Muitos entendem o uso das gravações decorrentes de dispositivos móveis, como o Amazon Echo, como uma inovação, que ainda será difundida no âmbito nacional. Contudo, o judiciário há muito envia mandados para empresas como Microsoft e Whatsapp, requerendo conteúdos armazenados ou ainda interceptação das comunicações. Devido à crescente quantidade de utilizadores dessas nova ferramentas, a investigação criminal baseando em atividades executadas nesses equipamentos tende a crescer (JESUS, 2016).

No Brasil, há uma distinção entre o acesso das comunicações armazenadas e em fluxo. Esta é exercida mediante interceptação, em que a autoridade possui acesso instantâneo à comunicação. Aquele, refere-se ao acesso a uma comunicação já ocorrida, e que pode estar armazenada pela empresa fornecedora do serviço, como no caso americano, em que os servidores da Amazon armazenaram as gravações.

Isto posto, visando investigação criminal ou instrução de processo penal, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade das comunicações, exceto por ordem judicial. Isso significa que o requerimento das gravações não pode ser realizado diretamente pelo delegado de polícia, exigindo mandado de justiça. Embora a Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, em seu artigo 2º, conceder ao delegado em seu poder de polícia, a alternativa de solicitar informações e documentos para averiguação de fatos, caso as informações se relacionarem à intimidade ou privacidade, a Constituição e os artigos 7º e 10 do Marco Civil a Internet garantem a sua inviolabilidade, repisando a imprescindibilidade da ordem de justiça. Todavia, a lei não estabelece parâmetros formais e materiais para requerimento da quebra de sigilo.

Ademais, deve-se observar as diretrizes da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a exemplo do artigo 26 da Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1993, o artigo 24 da Resolução nº 426, de 09 de dezembro de 2005, os artigos 89 e 90 da Resolução nº 477, de 07 de agosto de 2007 e o artigo 52 da Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013. Estas, em suma, ratificam o dever de sigilo e confidencialidade das fornecedoras do serviço de telecomunicação e definem os recursos que as empresas devem fornecer à autoridade na hipótese de quebra do sigilo por ordem de justiça ou outro caso expresso em lei (CRESPO, 2018).

Por fim, destaca-se que a conjuntura em tela não seria regulamentada pela Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, visto que se refere à uma exceção descrita no artigo 4º, em que há atividade de investigação de violação penal. Assim, constata-se que a ordem jurídica pátria já tem regulamentado o acesso às comunicações telefônicas e telemáticas,

impondo limites ao acesso por parte da autoridade policial. Embora o crescimento da diversificação desse mercado, as normas vigentes podem nortear o modo como aplica-las.

Tendo em vista tamanha importância da inteligência Artificial, diferentes países já discutem como poderia ser aplicada uma regulamentação efetiva que levasse a confiabilidade da população por inteira na nova tecnologia impulsionando o sistema para todos. Porém, os legisladores encontram dificuldade justamente naquilo que faz da IA tão única: sua diversidade, tendo em vista que o seu campo de utilização é multidisciplinar é necessário que as respostas sejam mais abrangentes e com respostas específicas de determinadas áreas.

Em 2019, a Comissão Europeia se embasou nos direitos fundamentais e nos princípios éticos para publicar um comunicado elaborado pelo grupo independente da comissão, o *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, o qual informava sete diretrizes obrigatórias nas inteligências artificiais para que fossem confiáveis: agência e supervisão humana, robustez técnica e segurança, privacidade e governança de dados, transparência, diversidade (não discriminação e justiça), bem-estar social e ambiental, responsabilização.

A Comissão Europeia deixa claro que pretende incentivar a utilização e evolução da IA, desde que a mesma seja ética e confiável, sendo assim, sempre deve ser medido os riscos referentes a inteligência e o que ela ameaça, buscando pela proteção da segurança, do direito do consumidor e direitos fundamentais de quem irá utiliza-la.

6 CONCLUSÃO

Assim como visto no decorrer do presente estudo, quando se trata de Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Virtual, os operadores do Direito, usualmente, concentram-se nos pontos legalistas do tema, esquivando de ponderar sobre os aplicadores das normas no cotidiano das ruas, isto é, os agentes das forças de segurança. O cometimento de práticas lesivas aos direitos fundamentais de usuários da internet cresceu paralelamente ao seu avanço. O surgimento de novas modalidades com o próprio meio virtual, a internet ampliou também as consequências de ilícitos anteriores mesmo à popularização da internet.

Visto que o acionamento da Alexa se dá por acionamento de voz, a polícia espera que o dispositivo tenha sido ativado durante a discussão. Assim, as gravações do Echo poderiam auxiliar no esclarecimento dos fatos, pois Adam afirma que Silvia foi atingida de forma acidental. As gravações foram fornecidas à polícia pela Amazon, porém, o conteúdo ainda está sendo analisado.

A função prevista para a Alexa nos julgamentos pode ser estendida para outros equipamentos eletrônicos, inclusive os que estão vigiando o imóvel, uma vez conectados à Internet das Coisas. A Siri, o Google Home, sistemas de iluminação e segurança, todos podem atuar como “vigias” silenciosas dentro de casa, bem como o GPS, a tornozeleira eletrônica e as câmeras de segurança fazem nas ruas

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Antonio. **O Ativismo Popular nas Redes Sociais Pela Internet e o Marco Constitucional da Multidão, no Estado Democrático de Direito: uma discussão prévia sobre participação popular e liberdade de expressão no Brasil, pósmanifestações de junho de 2013.** Revista Direitos Emergentes da Sociedade Global, Santa Maria, v. 3, n. 1, p. 16-49, jan.jun/2014.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro.** Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 25 maio. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Estado, Sociedade e Direito: Diagnósticos E Propostas para o Brasil.** In: XXII Conferência Nacional dos Advogados. Rio de Janeiro, 2016.

BORGES, Carlos Augusto. **O sistema progressivo na execução da pena e a realidade carcerária.** 2018.

BRASIL, CP [1940]. **Código Penal [1940].** Saraiva 2013.

CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 33, set 2016.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente.** (2000). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC).

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão.** São Paulo: Publifolha, 2002.

CASTRO, Tony Gean Barbosa de. **O tratamento da tortura no direito internacional e no direito interno: criminalização e a jurisprudência brasileira na dimensão da justiça reparadora.** Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/>. Acesso em: 30 maio. 2020.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais.** São Paulo: Saraiva, 2018. (CRESPO, 2018)

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Prefácio da 1. ed. Italiana, Noberto Bobbio. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no Meio Ambiente Digital.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Traduzido por Raquel Ramallete; 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999 – pdf.

JESUS, Damasio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de Crimes Informáticos.** São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, R. **Prisões femininas: um espaço diferente?** In: ROVINSKI, S. L.; CRUZ, R. M. (Orgs). **Psicologia Jurídica: Perspectivas teóricas e processos de intervenção.** São Paulo: Vetor, 2009.

MARCÃO, Renato. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14^a ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso? Método APAC**. São Paulo: Paulinas, 2001.

PIOVESAN, Flavia. **Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana**, 2012.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SIQUEIRA, Marcela Scheuer et al. **Crimes virtuais e a legislação brasileira**. (Re)Pensando o Direito – Rev. do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. v. 7, n. 13, 2017.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ASSÉDIO ELEITORAL: O VOTO DE CABRESTO DO SÉCULO XXI

LUIZ GUSTAVO DE CASTRO ROCHA:
Graduando de Direito da FASEC.

LILIANE DE MOURA BORGES⁸¹

(orientadora)

RESUMO: O assédio eleitoral se dá através da coação de alguém para que se posicione politicamente a favor de outrem. Pelo medo de perder o emprego ou por motivos religiosos, muitas pessoas não reagem ao assédio. Essa situação notada no último pleito trouxe preocupação mundial, já que durante o período das eleições houve a utilização de meios de coerção, isto é, no local de trabalho ou em templos religiosos, a fim de que se beneficie determinado candidato. O presente trabalho é um estudo bibliográfico e documental de diplomas legislativos nacionais e jurisprudência pátria. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa quanto a abordagem do seu objeto, utilizando como método hipotético-dedutivo.

Palavras-Chave: Coação; Disputa eleitoral; Liberdade de expressão; Voto de cabresto.

1 INTRODUÇÃO

A história das eleições no Brasil é abundante, desde o período colonial existem registros da realização de eleições para escolha de pessoas para ocupar alguns cargos municipais e administrativos. O sistema eleitoral brasileiro enfrentou mudanças significativas no decorrer da história.

A história política do Brasil se divide em várias etapas, desde o famoso “grito de Independência” até as eleições de 2022. Necessário se faz retornar ao passado para se compreender os acontecimentos atuais.

Na época do Brasil República, principalmente nas regiões interiores, o coronel, figura que sucedeu os Senhores de Engenho, detinham o poder econômico e social, dessa forma, utilizava-se desse poder para eleger os candidatos que apoiava, obrigando todos aqueles que trabalhavam para ele a votar no seu candidato, era o chamado “Voto de cabresto”.

Atualmente, o país ainda vivencia o “voto de cabresto” de forma modernizada, com a utilização de redes sociais, disseminação de Fake News e assédio eleitoral dentro do ambiente de trabalho e religioso. As questões políticas, de forma inevitável, são centro de discussões em todos os locais da sociedade, e na esfera de trabalho não é distinto.

No ano de 2022, houve crescimento das denúncias envolvendo o assédio eleitoral praticado dentro de empresas pelos empregadores contra seus empregados. No presente sistema político

⁸¹ Mestre em Ciências Ambientais e Saúde pela PUC GO, Especialista em Direito do Consumidor, Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo – FASEC

eleitoral brasileiro, é difícil controlar o voto das pessoas, devido ao uso da urna eletrônica, entretanto, outros mecanismos de coação são utilizados.

Em lugares do interior, ainda se utiliza métodos para garantir o voto de cabresto, como exemplo: anotar as secções em que há eleitores de determinada família ou localidade e posteriormente conferir se a votação do candidato constitui o esperado dos eleitores, que recebem em troca de seu voto, dinheiro, lote ou qualquer tipo de benfeitoria pessoal ou familiar.

Esse trabalho se dividirá em cinco capítulos, o primeiro é a introdução onde será apresentado de forma resumido os demais itens do artigo científico.

O segundo capítulo trará uma análise histórica do processo eleitoral brasileiro até a chegada aos dias atuais, passando pela promulgação da Magna Carta de 88.

O terceiro capítulo, apresentará o tema central da presente pesquisa, qual seja, o assédio eleitoral e suas nuances, sendo esse o voto de cabresto dos tempos modernos, bem como também analisará como ocorre o assédio eleitoral e quais medidas devem ser tomadas para evitar tal prática

No quarto capítulo, será feita uma análise do posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral e seus julgados sobre o tema do assédio eleitoral, principalmente nas eleições de 2022.

No quinto capítulo será apresentado as conclusões sobre a temática, e suas consequências danosas para a vida em sociedade e para a Democracia de uma forma geral.

2 BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO

O sistema eleitoral brasileiro da atualidade foi elaborado no ano de 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal. O voto passou a ser o principal instrumento de efetivação do regime democrático no Brasil, onde o eleitor escolhe os representantes que irão tomar decisões que objetivam garantir o bem estar social e a manutenção das instituições.

2.1 Processo Eleitoral no Período Imperial

Em 07 de setembro de 1822 fora proclamada a independência política brasileira do Reino de Portugal. O período imperial, que durou até o ano de 1889, foi marcado pela aristocratização política e o sufrágio censitário, que trazia restrições ao exercício dos direitos políticos aos possuidores de um maior poder econômico.

Durante o período imperial, as colônias de Portugal eram regulamentadas pela Ordenações do Reino, tratava-se de um conjunto de normas que guiavam a sociedade política. A que teve maior durabilidade foram as Ordenações Filipinas, que teve robustez durante toda a época colonial brasileira.

As Ordenações Filipinas traziam uma classificação específica sobre as eleições dos vários cargos para administração de vilas e cidades. Os chamados “cargos de governança” das vilas eram preenchidos através de eleições, para a função de juiz ordinário, vereador e procurador.

Os juízes eram responsáveis pelo julgamento dos pequenos delitos e resolução de conflitos, os vereadores se responsabilizavam pela manutenção da localidade, enquanto os procuradores eram tesoureiros e cumpriam determinações dos vereadores.

Conforme Nicolau (2012), as eleições ocorriam a cada três anos e os mandados duravam apenas um ano, e eram feitas de forma indireta: os chamados “homens bons” e o “povo” eram os eleitores, e elegiam os juízes, vereadores e procuradores.

A expressão “homens bons” era utilizada para designar os membros da elite local. O homem bom precisava preencher certos requisitos: ter mais de 25 anos, ser católico, casado ou emancipado, ser proprietário de terra e não possuir “impureza de sangue”. Não é tão claro o que as Ordenações designavam como “povo”, mas pode se deduzir que fossem os homens livres que não pertencessem à categoria dos homens bons. Apenas os homens bons eram elegíveis para ocupar os postos da administração local (NICOLAU, 2012, p.6).

O processo eleitoral da época era feito da seguinte forma: no dia das eleições, os “homens bons” e o “povo” se juntavam. O juiz mais velho fazia um passeio pelo recinto junto com escrivão, e este pedia que cada um dos presentes elegesse em segredo o nome de seis eleitores, onde os seis nomes mais anotados pelo escrivão eram designados como eleitores.

Após esse processo, o juiz fazia uma lista de nomes para a ocupação dos cargos municipais, de forma sigilosa. Cada lista era colocada em um pelouro que ficava dentro de um cofre, onde cada ano, era aberto e permitia que os nomes da lista fossem destinados a cumprir seus mandatos.

A primeira eleição de abrangência nacional ocorreu em 1821, quando foram eleitos representantes brasileiros das Cortes de Lisboa. O sistema de votação era o indireto, em quatro níveis e todos utilizavam-se da regra de maioria simples. No ano de 1822, foram convocadas eleições para escolher os representantes das províncias que seriam os responsáveis para elaborar uma Constituição para o Reino do Brasil, onde os cidadãos das paróquias escolhiam os eleitores que iriam eleger os deputados (NICOLAU, 2012).

Em resumo, durante esse período foram cinco sistemas eleitorais utilizados, o primeiro, já comentado, no ano de 1824, atingindo eleições para nove legislaturas para a Câmara dos Deputados. A segunda, no ano de 1855, também já comentada, onde as províncias passaram a ser divididas em distritos, onde a representação cabia a um representante eleito pela maioria absoluta (NICOLAU, 2012).

A terceira, no ano de 1860, o sistema de distrito com representante uno foi substituído por um sistema onde cada distrito elegia três representantes. Após 15 anos em vigor, no ano de 1875 o terceiro regime eleitoral foi extinto, as províncias voltaram a ser a base eleitoral. No novo sistema, cada eleitor

votava em dois terços do número de representantes das províncias na Câmara dos Deputados, onde os mais votados eram eleitos.

Por fim, com a Lei Saraiva, no ano de 1881, foi extinto o voto indireto e todos os representantes passaram a ser eleitos de modo direto pelos votantes. O sistema de distritos com apenas um representante voltou a vigorar e bem como a forma de escolha pela maioria absoluta. O sufrágio censitário foi mantido pela nova lei, conhecida como a última e finalíssima lei eleitoral do Império do Brasil.

2.2 Processo Eleitoral na República Velha

Conforme Neto (2009), com o fim do período imperial e a proclamação da República, no ano de 1889, houve uma mudança de governo, contudo, não houve a instauração de um regime político democrático e livre das influências de poder econômico. O processo eleitoral continuou a ser viciado pelas fraudes, e serviam para legitimar o controle das elites.

Conforme o professor Martinho (2006), as manobras de fraudes ocorriam em todas as etapas do processo eleitoral, se iniciando no alistamento dos eleitores, na votação, apuração de votos e a aclamação dos eleitos. As essenciais ferramentas de fraude eleitoral eram o bico de pena e a degolação.

Ainda de acordo com o professor, a eleição a bico de pena era dada na forma de contrafação das atas feitas pela Mesa Eleitora, que apurava os votos. Era inventado nomes, utilizavam-se nomes de pessoas já falecidas etc., apenas para conseguir a maioria dos votos para determinado candidato.

A prática da degola, de acordo com Neto (2009), foi realizada no período das primeiras décadas da república, tal prática foi criada juntamente com a Comissão Verificadora de Poderes, cujo objetivo era colaborar para a eleição dos candidatos apontados pelos coronéis, fazendo com que os candidatos vitoriosos não chegassem ao poder simplesmente por não terem sido indicado pela elite.

Martinho (2006), ressalta que os eleitores votavam de forma facultativa e só eram considerados eleitores os de sexo masculino, com idade acima de 21 anos e alfabetizados. A população analfabeta, que representava 50%, era proibida de votar, de acordo com o decreto nº 06 de 1889.

Conforme ensina Ferreira (2001), o presidente da república e o vice eram escolhidos em pleito diferentes, pela maioria absoluta dos votos. Caso não ocorresse, o Congresso escolheria entre os dois com mais votos nas urnas e o mandato era de 04 anos e não possuía reeleição. Também eram eleitos três senadores por estado com mandato de 09 anos, e os deputados eram eleitos com mandato de 03 anos.

Foram utilizados dois sistemas eleitorais para a eleição da Câmara dos Deputados, o primeiro era a repetição do sistema vigente nos últimos anos do Império, instituído pela Lei Saraiva, conforme mencionado anteriormente. O segundo sistema entrou em vigor no ano de 1892 e separou os estados

federados em distritos, onde o votante poderia exercer seu direito votando em dois nomes e eram eleitos os três candidatos com mais votos em cada distrito (FERREIRA, 2001).

O segundo sistema durou até o ano de 1904, quando foi instaurada a Lei Rosa e Silva, que passou a designar que cada distrito seria encarregado pela eleição de cinco representantes da Câmara dos Deputados, era autorizado e aceito, votar em até quatro nomes, valendo o voto cumulativo. Esse sistema eleitoral durou até o fim da República Velha. (FERREIRA, 2001).

2.3 Era Vargas

De acordo com Zulini e Paolo (2020), no ano de 1930, no cenário de crise mundial devido à quebra da bolsa de valores de Nova York, após a chamada “República café-com-leite”, chegou ao poder Getúlio Vargas, nesse primeiro momento, seu governo durou de 1930 à 1937.

Diversos avanços democráticos ocorreram durante o governo getulista, dentre eles a formação da Justiça Eleitoral, a instituição do voto feminino e o primeiro Código Eleitoral brasileiro.

Com a instituição do Código Eleitoral, se estabeleceram penas para os eleitores que não fizessem o alistamento obrigatório, também aplicou um novo sistema eleitoral, que abarcava o sistema proporcional e o majoritário, visando a representação das minorias (ZULINI; PAOLO, 2020).

Através do novo sistema eleitoral, de acordo com Nicolau (2012), os nomes dos candidatos eram impressos ou datilografados em uma cédula, era possível votar em diversos nomes, mesmo não sendo do mesmo partido, quantos fossem as cadeiras do Estado na Câmara dos Deputados, somados mais um.

Os votos dados aos candidatos que encabeçavam cada cédula eram somados para se obter a votação final de cada partido. Calculava-se o quociente eleitoral (número de eleitores que compareceram dividido pelo número de cadeiras a serem ocupadas). Cada partido elegia tantas cadeiras quantas vezes atingisse o quociente eleitoral e os candidatos mais votados de cada partido eram eleitos. Como eram computados os votos para os nomes que não encabeçavam a lista de cada cédula? Eles eram somados e os nomes mais votados (portanto, um sistema majoritário) ficavam com as cadeiras não ocupadas depois da distribuição pelo quociente. Essa segunda parte da distribuição de cadeiras recebia o nome de segundo turno. Esse sistema foi utilizado nas eleições de 1933 (constituinte) e 1934 (Câmara dos Deputados). (NICOLAU, 2012, p. 40).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1934, foi diminuído a idade para o alistamento eleitoral, saindo de 21 para os 18 anos. Entretanto, no ano de 1937, mesmo com diversos avanços democráticos, Getúlio Vargas instituiu um regime autocrático, instituindo uma nova Constituição e dando fim à democracia, implementando o chamado “Estado Novo”, que suspendeu as eleições no país de 1937 a 1945, que dentre outras coisas decretou o fim dos partidos políticos e da Justiça Eleitoral.

Devido ao declínio do Estado Novo, no ano de 1945 a democracia começa a renascer no Brasil. Surge então a Lei Agamenon, que restituiu alguns progressos que haviam sido abolidos durante a segunda era Vargas. Os preceitos eleitorais retornaram e foi reintroduzida a Justiça Eleitoral, retornando o sufrágio universal e o voto obrigatório, direto e secreto.

2.4 Redemocratização e a Constituição de 1946

No ano de 1946 é promulgada uma nova Constituição no Brasil, onde retornam todos os princípios democráticos e sociais, fazendo surgir recentes e atuais partidos políticos de caráter nacional. Embora tenha havido a redemocratização, no ano de 1950, Getúlio Vargas é eleito de forma democrática como presidente da república.

O clima político era péssimo, e o governo tinha vários partidos opositores, a União Democrática Nacional, Partido dos Trabalhadores Brasileiros e o Partido Social Democrático lideravam esse bloco, e fizeram de tudo para depor o então presidente, que em 24 de agosto de 1954, se suicida, adiando por 10 anos o golpe militar que acabaria ocorrendo no ano de 1964.

No ano de 1955, segundo Nicolau (2012), o ex-governador de Minas Gerais, Juscelino Kubitschek é eleito presidente da República, e novamente os partidos opositores tentam evitar a posse, sem sucesso.

O governo durou 05 anos e teve destaque na área administrativa e principalmente pela construção da nova capital do país, Brasília, inaugurada em 1960.

Posterior a isto, o ex-prefeito de São Paulo, Jânio Quadros, se elege presidente, entretanto, sete meses após sua posse, ele renuncia, o que gerou diversas movimentações políticas opositoras e de setores militares que não desejavam que o vice-presidente, João Goulart, tomasse posse.

2.5 Regime Militar e o Fim da Democracia

Conforme leciona Araújo e Silva (2013), para compreender o golpe militar de 1964 é necessário observar os ocorridos que antecederam o golpe, foram anos de grande inquietação política. Com a renúncia do Presidente Jânio Quadros, o vice, João Goulart chegou à Presidência da República, importante salientar que ambos representavam partidos políticos opostos, já que anteriormente, a legislação brasileira permitia que o eleitor votasse no candidato a presidente de uma chapa e o no candidato a vice-presidente de outra.

Dessa forma, a população brasileira elegeu a dupla "JAN-JAN", que reunia Jânio Quadros indicado por uma coligação de pequenos partidos liderada pela União Democrática Nacional (UDN) e João Goulart apresentado pela coligação Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e Partido Social Democrático (PSD). Essa improvável composição durou pouco tempo: Jânio foi empossado em 31 de

janeiro de 1961 e renunciou em agosto do mesmo ano. (ARAUJO; SILVA, 2013, p. 11).

Com a renúncia de Jânio, o cenário político brasileiro mudou. O que era garantido pela constituição, qual seja, a ascensão de João Goulart à Presidência, foi vetado pelos ministros militares.

Dessa forma, houve a modificação do regime presidencialista para o parlamentarista, onde Goulart tomaria posse, mas teria menos poder, como uma solução para resolver o problema criado pelo veto. Goulart assumiu a presidência no ano de 1961 e no ano de 1963 houve um plebiscito popular que reestabeleceu o regime presidencialista no país.

Com a posse de Goulart, grupos nacionalistas e de esquerda passaram a colocar em pauta reformas estruturais, como a fiscal, administrativa, universitária e a agrária. O debate político era grande e atingia até o campo das artes. O governo de Goulart foi de intensa polarização social e radicalização política (ARAUJO; SILVA, 2013).

No ano de 1964, o governo encontrava-se estagnado, já que os grupos de direita alertavam que as reformas propostas tinham como objetivo instalar o comunismo no Brasil. O Congresso Nacional, conservador em sua maioria, não aprovava o plano de reforma agrária sem a devida indenização aos proprietários da terra; os grupos de esquerda exigiam a realização da reforma sem recuar e sem acordo, o que culminou aos setores militares a articulação para destituir o então presidente.

Foi diante desse cenário caótico político, e a grande radicalização entre esquerda e direita, que foi realizado o comício de 1964, na Estação Ferroviária Central do Brasil no Rio de Janeiro, definido como o estopim para o golpe militar.

O comício foi coordenado pelo Comando Geral dos Trabalhadores e teve apoio de Goulart, que por sua vez discursou sobre a necessidade de mudanças estruturais para diminuição da desigualdade no Brasil.

O então presidente se mostrou comprometido em realizar a reforma agrária, que tinha como primeiro ato o decreto da Superintendência da Política da Reforma Agrária, que facilitava a desapropriação de terra nos limites das rodovias e ferrovias federais. O pronunciamento de Goulart causou grande abalo nos grupos conservadores que já desejavam destituir o governo.

Grupos de direita temiam a radicalização e do suposto “perigo comunista”, o que levou diversas pessoas às ruas nas famosas “Marchas da Família com Deus pela Liberdade”, organizadas por clérigos e realizadas em diversas cidades do país, e em algumas tinham o apoio de seus governantes. Dessa forma, com o apoio da classe média, fizeram crescer na população o temor de que as medidas nacionalistas e progressivas de Goulart crescessem.

De acordo com Martinho (2006), a eclosão do golpe civil-militar se deu após a conhecida como “Revolta dos Marinheiros”, onde centenas de marinheiros comemoravam o segundo aniversário da

Associação de Marinheiros e Fuzileiros Navais e exigiam o reconhecimento da mesma, a reestruturação do regulamento disciplinar da Marinha, dentre outras pautas.

O ministro da Marinha fez o envio de fuzileiros para coibir o ato e estes aderiram ao movimento. O presidente Goulart ficou ao lado dos marinheiros, negociou o fim da rebelião e anistiou os manifestantes. Tal fato gerou incomodo na alta oficialidade que passou a acusar o governo de incentivar a indisciplina e o não cumprimento da hierarquia das Forças Armadas.

No dia 31 de março de 1964, tanques de guerra do Exército se dirigiram para o Rio de Janeiro para a derrubada do presidente Goulart, que deixou o cargo sem muita resistência e se dirigiu para o Rio Grande do Sul, fato este que fora usado como argumento pelo senador Auro de Moura Andrade, chefe do Congresso Nacional, afirmar a vacância do cargo de Presidente da República.

Então, no dia 03 de abril de 1964, o general Castelo Branco se tornou o novo Presidente da República, finalizando o golpe militar, que foi festejado por diversos setores civis sociais.

A classe média pediu e estimulou o golpe militar com o argumento de evitar a ameaça do crescimento da esquerda no governo, bem como para controlar a instabilidade econômica que se iniciava.

Segundo Moraes e Silva (2019), nos anos de 1964 a 1985, o Brasil experimentou a terrível ditadura militar comandada pelas forças armadas, onde diversos direitos fundamentais foram violados, qualquer ato de protesto ou ideia que fosse contra o regime era reprimido com extrema violência.

Durante esse período, foram restringidos o direito ao voto, a participação popular, a liberdade de pensamento e expressão etc., embasados na Doutrina da Segurança Nacional, que funcionava como suposto marco legal para dar garantias jurídicas a ascensão da repressão, o primeiro ato institucional da Ditadura Militar no Brasil ficou conhecido por AI-1.

Dentre outras coisas, o Ato Institucional nº 1 limitou os poderes do Congresso Nacional, e em seu artigo 10º autorizava a cassação de mandatos legislativos federais, estaduais e municipais bem como a cessação dos direitos e garantias políticas por 10 anos.

Em seguida, o Governo Militar fechou o Congresso Nacional, as repressões aumentaram, e imputaram a censura da imprensa, suspensão dos direitos individuais e políticos, liberdade de expressão e de reunião e da garantia de *habeas corpus*, além disso, instituíram a pena de morte e a prisão perpétua. A repressão chegou em seu mais alto grau após a publicação do Ato Institucional nº 5 em dezembro de 1968 (MORAES; SILVA, 2019).

Durante o período do regime militar, o poder Executivo ganhou força, sendo atribuído a ele a incumbência de legislar em prejuízo dos demais poderes estabelecidos pela Constituição de 1946, o que garantia a permanência dos militares no poder (MORAES; SILVA, 2019).

Com base no entendimento do doutrinador Crestani (2011), a Política de Segurança Nacional tinha como propósito garantir a manutenção dos objetivos nacionais através de diretrizes governamentais de controle de cada setor político e da sociedade civil.

Os anos de ditadura foram marcados pelas punições e violências praticadas pelo Estado, através da repressão e vigilância constante, onde o Estado buscava coibir quaisquer movimentos contrários ao regime militar instituído.

2.2 Nova Democracia e a Constituição de 1988

Conforme Nicolau (2012), após o fim da ditadura no ano de 1985, deu-se início a chamada “Nova República”, e trouxe de volta a democracia. Foi editada a Emenda Constitucional nº 25, instituindo várias mudanças políticas no país, foi reestabelecido as eleições diretas para presidente através do conjunto de maioria absoluta em dois turnos.

Foi permitido eleições para prefeitos das capitais, dos demais municípios, bem como para o cargo de vereador. Também foi permitida a retomada das coligações e a proibição das sublegendas. Foi possível a representação do DF no congresso, houve ainda a abolição da fidelidade partidária, a autorização do direito de voto aos analfabetos e, ao final do ano de 1987, foi realizada uma Assembleia Nacional Constituinte a fim de dar luz a uma nova Constituição no país, instituindo o Estado Democrático de Direito. (NICOLAU, 2012).

No dia 05 de outubro, em uma sessão realizada no plenário da Câmara dos Deputados, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, baseada nos princípios da cidadania, soberania popular, igualdade, dignidade da pessoa humana e do pluralismo político.

Com a Magna Carta, diversos avanços na sociedade brasileira aconteceram, como a liberdade de imprensa e de expressão, que possibilitou a divulgação e a reflexão sobre diversos fatores políticos.

A Constituição de 88 trouxe consciência política e social ao cidadão, onde o povo brasileiro passou a caminhar guiado por um regime político democrático.

3 ASSÉDIO ELEITORAL

Como mencionado anteriormente, na época do período imperial e até os dias atuais, em algumas regiões, a política ainda é regida pelo coronelismo, que é uma permuta de proveitos entre o poder público e os chefes econômicos de determinada localidade.

De acordo com Santos e Capparelli (2009), os chefes econômicos utilizavam da dependência dos trabalhadores para coagi-los a votar naquele político que representava o chefe. Os votos por coação são chamados de “voto de cabresto”, termo que surgiu na época do império, onde os chefes econômicos eram predominantemente donos de terra e tinham trabalhadores rurais, eram os ditos coronéis, que ainda utilizavam do trabalho escravo ou análogo ao escravo, e que se aliavam politicamente à representantes políticos que protegiam seus ideais (SANTOS; CAPPARELLI, 2009).

Conforme Pereira (2018), naquela época, havia grande fragilidade no sistema eleitoral, por consequência, grande manipulação de votos e diversas fraudes. As fraudes e os votos de cabresto ocorriam da seguinte forma: o sistema de votação era através de cédulas, os coronéis davam aos eleitores o papel com o nome do candidato que deveria ser votado e observavam se o eleitor realmente votava, não deixando opção contrária, diante da fragilidade e dependência econômica dos eleitores.

A coação e abuso de poder político da época do Coronelismo trouxeram consequências a política brasileira da época e ainda têm reflexos na conjuntura política moderna.

O direito ao voto é assegurado pela Magna Carta em seu art. 14. "à soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei [...]". (BRASIL, 1988).

Mesmo assim, ainda há nos dias atuais a coação de políticos e grandes empresários para garantir votos. Como não há a possibilidade de vigiar o momento da votação, os candidatos modernizaram a forma de garantir os "votos de cabresto", oferecendo dinheiro, cestas básicas, materiais de construção, cargos públicos e etc. (PEREIRA, 2018).

Com a redemocratização instaurada pela Constituição de 1988, o Brasil passou a tratar com mais importância a corrupção eleitoral ao prever, na Lei das Eleições, a cassação dos direitos políticos e a inelegibilidade por até 8 (oito) anos, além de pena pecuniária e cassação do mandato eletivo, entretanto, políticos e chefes econômicos ainda conseguem coagir e abusar de seu poder de autoridade ou econômico para garantir votos.

De acordo com Sepúlveda (2018), o exagero de poder econômico e da posição social são fatores que contribuem para a coação e assédio eleitoral. O trabalhador, assim como todo cidadão brasileiro, tem que ter efetivada a sua garantia constitucional de exercer seu voto direto e secreto.

O assédio eleitoral no âmbito empresarial é uma nova modalidade do voto de cabresto, a figura dos coronéis é substituída pelo dono da empresa. O assédio eleitoral é o abuso de poder empresarial ou de um líder religioso, através da coação, intimidação ou ameaça, para que os empregados votem em determinado candidato político que o empregador deseja (SEPUVELDA, 2018).

Os empregadores chegam a oferecer salário extra, gratificações, bonificações e utilizam até de ameaça de demissão ou corte de bonificações para conseguir o voto dos empregados em um candidato escolhido pela empresa. Também é caracterizado como assédio eleitoral no trabalho qualquer oferta feita pelo empregador ao funcionário (SEPUVELDA, 2018). A legislação eleitoral - Lei nº 4.737/1965 é a utilizada para responsabilizar os casos confirmados de assédio eleitoral.

Em relação ao assédio eleitoral ligado à religiosidade, por ser um tema novo, ainda não há posicionamento legislativo. O que se observa nos dias atuais, é a utilização de igrejas e templos, abusando da fé daqueles que frequentam esses lugares, para a eleição de representantes preferidos

pela denominação religiosa, ou seja, tal utilização acaba por desequilibrar o processo eleitoral, favorecendo os candidatos apoiados por essas instituições.

Importante mencionar que o Brasil é um Estado laico, com diversas denominações religiosas, sendo assim, política e a religião, em teoria, não deveriam interferir uma na outra.

De acordo com Calheiros e Brasil (2020), o assédio eleitoral no âmbito religioso está relacionado à ética cristã, já que muitos candidatos, conscientes do poder religioso na vida de muitas pessoas, utilizam-se da fé e da religiosidade acentuada para conseguir votos através de práticas totalmente desconexas com os preceitos morais.

Líderes religiosos utilizam-se de seu “poder” junto aos seus fiéis, para conseguir grande mobilização de pessoas a favor do candidato que escolheram, afirmando aos fiéis que aquele que não votar no candidato de Deus, não é um verdadeiro fiel (CALHEIROS, BRASIL, 2020).

Dessa forma, é necessário que haja interpretações jurídicas e legislativa a fim de garantir a laicidade do Estado brasileiro, para que se afaste dos líderes religiosos a intervenção no âmbito eleitoral, pois estes abusam de suas posições e da fé dos cidadãos, para angariar votos para determinado candidato.

É papel do Estado garantir uma eleição legítima e longe de influências de poderes econômicos ou religiosos.

3.1 O Assédio Eleitoral Trabalhista nas Eleições 2022

De acordo com dados do Ministério Público do Trabalho - MPT (2022), no ano de 2022, as denúncias de assédio eleitoral, durante o segundo turno, chegaram a quase 30 vezes à mais do máximo apontado até o primeiro turno, uma alta de 2.932%, sendo oito vezes superior do que o apontado durante o período eleitoral do ano de 2018.

Ainda de acordo com dados do MPT referente ao pleito de 2022, a região Sudeste é a que menciona o maior número de denúncias, sendo uma máxima de 765, o Sul possui 501 denúncias e o Nordeste 294. A quantidade de empresas denunciadas por assédio eleitoral subiu de 52 para 1.388 no segundo turno.

No Tocantins, o Ministério Público do Trabalho – MPT, recebeu 54 denúncias de assédio eleitoral até o dia 28 de outubro de 2022, o Estado, apoiado com a procuradoria da instituição, é o líder em número de acontecimentos na região norte do País.

Tendo em vista o número elevado de denúncias de assédio eleitoral, o MPT, através de recomendação nº 01/2022 promoveu a adoção de medidas extrajudiciais e judiciais a fim de mitigar as práticas de assédio eleitoral. Dentre as medidas, estão as empresas e empregadores devem se abster de conceder ou realizar concessão de benefício e vantagem em troca de voto.

Por fim, advertiu que o não cumprimento das recomendações trará consequências administrativa e judiciais cabíveis, aplicadas pelo Ministério Público do Trabalho - MPT, interessado na defesa do regime democrático, na defesa da ordem jurídica, dos interesses individuais indispensáveis e sociais, sem perda da apuração da responsabilidade criminal pelos órgãos competentes.

4 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Não há posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral sobre assédio eleitoral no ambiente de trabalho ou abuso de poder religioso para fins eleitorais. Entretanto, há decisões de Tribunais Regionais Eleitorais, reconhecendo, no âmbito religioso, que um líder religioso não pode pedir voto.

ELEIÇÕES 2016. AGRAVOS REGIMENTAIS EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO PROLATADO PELO TRE DE GOIÁS ATÉ O JULGAMENTO DO MANDAMUS PELO TSE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE CONCEDEU A MEDIDA LIMINAR. MANUTENÇÃO DO DECISUM IMPUGNADO. AGRAVOS REGIMENTAIS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Juízo Eleitoral julgou procedente o pedido formulado na AIJE movida pelo MPE para cassar o mandato eletivo de VALDEMIR SOUTO DE SOUZA (Processo 681-45) por abuso do poder religioso, captação ilícita de sufrágio, condicionando a execução da sentença ao seu trânsito em julgado. 2. O TRE de Goiás, ao julgar recursos interpostos, deu provimento ao Recurso Eleitoral interposto de forma autônoma por ELIAS ALVES DA SILVA, assistente simples do MPE, para decotar da sentença o comando que condicionou a destituição do mandato eletivo ao trânsito em julgado do decisum, e desproveu o Recurso Eleitoral interposto por VALDEMIR SOUTO DE SOUZA, mantendo, nesse ponto, a sentença de cassação do supracitado mandato. 3. Na espécie, o mandamus se insurge contra ato do TRE de Goiás prolatado naqueles autos. 4. O Mandado de Segurança visa a proteger direito líquido e certo de ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública, sendo pacífica a jurisprudência do TSE de que, somente em casos de decisão judicial teratológica ou manifestamente ilegal, admite-se concessão de liminar para suspender a execução de acórdão regional. 5. A espécie recomenda seja concedida a medida precária e efêmera, tendo em vista que estão presentes, cumulativamente, os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora, à vista da possível lesão irreparável ou de difícil reparação. 6. Do cotejo entre as razões dos Agravos Regimentais interpostos e a fundamentação da decisão agravada, depreende-se que não foi atacado especificamente o fundamento desta, a qual consignou estar caracterizada a fumaça do bom direito –consubstanciada em que não se aplica à Justiça Eleitoral o art.121, parág. único do CPC/15, o qual dispõe que, sendo revel ou, de qualquer outro modo, omissivo o assistido, o assistente será

considerado seu substituto processual, descabendo reconhecer poderes autônomos ao assistente simples (Precedentes: AgR–AI 68–38/GO, Rel. Min. ADMAR GONZAGA, DJe 10.11.2017, e AgR–AI 284–38/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 19.4.2018) –, o que atrai, assim, a aplicação do enunciado 26 da Súmula do TSE, segundo o qual é inadmissível o recurso que deixa de impugnar especificamente fundamento da decisão recorrida que é, por si só, suficiente para a manutenção desta. 7. Esta Corte Superior tem assentado que o princípio da dialeticidade recursal impõe ao recorrente o ônus de evidenciar os motivos de fato e de direito capazes de infirmar todos os fundamentos do decismum que se pretende modificar, sob pena de vê-lo mantido por seus próprios fundamentos (AgR–AI 231–75/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 2.8.2016). 8. Agravos Regimentais aos quais se nega provimento. (Mandado de Segurança nº 060025303, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE -Diário de justiça eletrônico, Tomo 104, Data:28/05/2018)

Mesmo que não haja muitas definições jurisprudenciais sobre o tema, o TSE emitiu comunicados oficiais fortalecendo que é delito muito grave qualquer forma de ameaça, imposição a trabalhadores para votar em candidatos escolhidos pelo empregador, reforçando que as ocorrências de assédio eleitoral precisam ser denunciadas ao MPT ou pelo aplicativo “Pardal”.

O TSE veiculou em emissoras de rádio e televisão uma mensagem de esclarecimento sobre o valor e o destaque do combate ao assédio eleitoral, reforçando que é crime qualquer forma de coação a trabalhadores ou trabalhadoras a votarem no candidato escolhido pelo empregador.

O posicionamento do TSE é de suma importância para mostrar aos cidadãos que estes não podem se tornar vítimas e reféns de seus empregadores e líderes religiosos.

As formas do “voto de cabresto” foram modernizadas, sendo praticadas de maneira diferente das conhecidas no passado, mas até este momento está presente na sociedade brasileira. O acesso à informação, principalmente as informações veiculadas em emissoras de TV e rádios, são importantes armas que dão a população maior esclarecimento sobre as novas modalidades de assédio/crimes eleitorais que são praticados contra os eleitores brasileiros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O voto direto e secreto é importante para a manutenção da democracia na sociedade brasileira, pois ele expressa a vontade soberana da nação na escolha de seus governantes.

O presente artigo demonstrou como as práticas dos chamados “votos de cabresto”, tão presentes na época do coronelismo se modernizaram, ganhando novas nuances. As influências desse práticas nas eleições desestruturaram os sistemas sociais e democráticos, facilitando a manutenção dos grupos privilegiados seja na área política ou econômica.

A captação ilícita, por diferentes modos, seja ele econômico ou religioso, ferem o direito constitucional à liberdade de voto e é um atentado à democracia.

O voto deve ser uma escolha livre do cidadão, sem a interferência de terceiros. As práticas utilizadas atualmente buscam atingir o mesmo objetivo do passado, qual seja, a manutenção das estruturas de poder.

A modernização dos votos de cabresto traz uma reflexão acerca dos governantes e do tipo de eleição que existe no país. É necessário que haja atenção ao cumprimento do disposto em Lei e uma devida fiscalização, para que não se repita a história de instabilidade de direitos sociais e políticos, e possa garantir a perpetuação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da. Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho - 1. ed. - Rio de Janeiro: Ponteio, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/l12965.htm.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <https://mpt.mp.br/>. Acesso em: 15 de out. de 2022.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. RECOMENDAÇÃO 01/2022. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/noticias/outrasprovidencias_11539-2022_gerado-em-26-08-2022-12h34min35s.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. Mensagem do TSE reforça que é crime qualquer forma de coação a trabalhadores para votar em candidatos. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/mensagem-do-tse-reforca-que-e-crime-qualquer-forma-de-coacao-a-trabalhadores-para-votar-em-candidatos>. Acesso em: 15 de out. de 2022.

CALHEIROS, Iara Loureto; BRASIL, Sílvia Fernando de. O abuso de poder religioso nas eleições. Boletim de Conjuntura. Ano II, vol. 1, n. 2, Boa Vista, 2020.

CRESTANI, Leandro Araújo. O surgimento do inimigo interno: Ditadura Militar no Brasil (1964 a 1985). Revista História em Reflexão: Vol. 5 n. 9 – UFGD - Dourados jan/jun 2011

CUTRIM, M.R. S.- Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral? Portal Eletrônico JusBrasil [2011]. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em 02/09/2022

GOMES, Jairo José. Direito Eleitoral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ÍCARO, Pedro. Hoje a eleição se passa dentro do segredo da urna. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/05/4925857-hoje-a-eleicao-se-passadentro-do-segredo-da-urna-afirma-bia-kicis.html>.

MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes (org.) Democracia e Ditadura no Brasil. Rio de Janeiro: Eduerj, 2006.

MATOS, Mafalda, O Direito Premial no Combate ao Crime de Corrupção, Dissertação de Mestrado em Forense, sob a Orientação do Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013

MORAES, T; SILVA, E. Operação Araguaia: os arquivos secretos da guerrilha. Geração Editorial, 2019

NETO, Jaime Barreiros. Histórico do processo eleitoral brasileiro e retrospectiva das eleições. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2162, 2 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12872>. Acesso em: 21 out. 2022.

NICOLAU, Jairo. Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais. Editora Zahar/RJ, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 203-220.

SANTOS, Suzy; CAPPARELLI, Sérgio. Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito in: BRITTOS, Valério Cruz; BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (Org.) Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia. 1 ed. São Paulo : Paulus, 2005, v.1, p. 77101.

SEPULVEDA, Luciano; et.al. Compra de Votos: Uma Nova Modalidade do “Voto de Cabresto” na Atualidade Política Brasileira. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 03, Ed. 07, Vol. 04, pp. 20-30, Julho de 2018. ISSN:2448-0959

SILVA, A.A.; ASSUNÇÃO, M. C. M. - Abuso do poder religioso nas eleições: desincompatibilização de sacerdotes e pastores. Portal Eletrônico Jus [2013]. Disponível em: <www.jus.com.br>.

ZULINI, Jaqueline Porto; RICCI, Paolo. O Código Eleitoral de 1932 e as eleições da Era Vargas: um passo na direção da democracia? Estudos Históricos (Rio de Janeiro) [online]. 2020, v. 33, n. 71 [Acessado 21 Outubro 2022] , pp. 600-623. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S2178-14942020000300009>>. Epub 14 Set 2020. ISSN 2178-1494. <https://doi.org/10.1590/S2178-14942020000300009>.

DIREITO A EDUCAÇÃO E OS REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19

BRENDA DE SOUSA FIGUEIREDO:
graduanda do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi – UnirG

ALCIVANDO FERREIRA DE SOUSA⁸²

(orientador)

RESUMO: No final do ano de 2019 surgiram os primeiros casos de infectados pelo vírus do Covid-19, sendo declarado surto emergencial de saúde pública em âmbito Internacional e, posteriormente, como pandemia, em 2020. Inúmeros países decretaram estado de calamidade, e começaram a implementar medidas de isolamento social, a fim de conter o avanço da doença, o que trouxe impactos desmedidos nas áreas de sociais, culturais e políticas de todo o mundo. No Brasil, Escolas e Universidades foram compelidas a paralisarem suas aulas presenciais, resultando em inúmeros desafios para os estudantes, gestores e demais atores da área da educação, o que colocou milhões de crianças e adolescentes em circunstâncias vulneráveis. O Direito à Educação é considerado pela Constituição Federal de 1988 um direito fundamental social, sendo dever do Estado a garantia deste de maneira gratuita e facilitada a todos. Apesar disso, a Educação passa por grandes desafios desde seus primórdios, retrocedendo fortemente no cenário pandêmico. Desta forma, a pesquisa tem por objetivo evidenciar o direito à educação como direito fundamental; analisar os impactos causado pela pandemia ao Direito à Educação; dispor sobre os desafios impostos aos estudantes e gestores na área de educação no Brasil; questionando a forma que o Estadobrasileiro vem negligenciando estedireito.

Palavras-chave: Direito à Educação; Pandemia; Covid-19; Direitos Fundamentais; Educação.

ABSTRACT: At the end of 2019, the first cases of people infected with the Covid-19 virus appeared, and an emergency public health outbreak was declared internationally and, later, as a pandemic, in 2020. Numerous countries declared calamity state, and began to implement social isolation measures, in order to contain the spread of the disease, which has brought disproportionate impacts in the social, cultural and political areas around the world. In Brazil, schools and colleges were compelled to suspend their classroom classes, resulting in numerous challenges for students, educational managers and other professions in education, which put millions of children and teenagers in vulnerable circumstances. The Right to Education is considered by the 1988 Brazilian Federal Constitution as a fundamental social right, and it is the duty of the State to guarantee this, free of charge and facilitated to all. Despite this, Education has been facing great challenges since its beginnings, regressing strongly in the pandemic scenario. In this way, this paper aims to: highlight the right to education as a fundamental right; analyze the impacts caused by the pandemic on the Right to Education; present the challenges imposed on students and educational

⁸² Prof. Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UnirG

managers in Brazilian education; questioning the way in which the Brazilian State has been neglecting this right.

Keywords: Right to education; Pandemic; Covid-19; Fundamental rights; Education.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 representa um marco para os direitos humanos e as garantias fundamentais, estando incluídos ao rol, os direitos sociais, consagrando, por conseguinte, o direito à educação, como obrigação do Estado e direito de todos os homens. Compreende-se que este direito é essencial, e de relevância indiscutível, tornando-se uma condição necessária para desenvolvimento do indivíduo e a habilitação deste para o exercício de sua cidadania. Sendo responsabilidade do Ente Público a sua regulamentação, fiscalização e controle, para que a educação seja impulsionada de forma ampla e viável, possibilitando condições de acesso a todos.

No entanto, apesar de ser um dos direitos fundamentais, que por sua natureza são indissociáveis, o Direito à Educação, que já estava comprometido anteriormente, foi profundamente atingido pela pandemia do Covid-19. Assim como as áreas sociais, econômicas, políticas e culturais, as redes de ensino também não estavam preparadas para as medidas drásticas que vieram a ser tomadas durante a pandemia e a imposição do isolamento social.

As escolas foram obrigadas a paralisar suas aulas presenciais e adotar o ensino de forma remota, o que trouxe inúmeros desafios para os estudantes, gestores e demais atores da área da educação, principalmente no que tange as Escolas e Universidades Públicas, as quais sofrem grande precariedade em sua infraestrutura. Segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, 2020) o fechamento das escolas e Universidades ocasionou um impacto na vida de 90% dos estudantes do mundo. O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 2020) declarou também, que mais de 5 milhões de crianças e adolescentes entre 6 e 17 anos ficaram sem acesso à educação no Brasil.

A desigualdade social existente no Brasil perdura de maneira a regredir mais ainda este cenário, vez que a falta de acesso à tecnologia e comunicação impossibilita o alcance dos mais vulneráveis à Educação Básica. O que agravou a evasão e o abandono escolar, em destaque entre os cidadãos hipossuficientes, que não capazes nem mesmo de manterem sua subsistência. Julgando-se que o direito a educação, garantido na Constituição e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) como direito público subjetivo, está sendo lesado, tornando-se necessário que o Estado exerça sua função como garantidor do controle social.

Deste modo, o presente estudo busca analisar o direito à educação como direito fundamental; discorrer sobre o cenário educacional brasileiro; evidenciar os impactos da pandemia perante a efetiva garantia do direito a educação; dispor sobre os desafios no contexto da pandemia e a desigualdade educacional; além de questionar a forma que o Estado brasileiro vem negligenciando este direito; e ainda, apresentar as ações governamentais implementadas durante a pandemia.

1. DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A educação no Brasil iniciou-se com as primeiras relações Estatais, no período colonial, considerando-se o ensino, um processo sistematizado de transmissão de conhecimentos, utilizado como promoção da crença cristã entre os nativos, em meados de 1549, sendo posteriormente, em 1759, instituído o ensino laico e público. Em 1772, houve a implantação do Ensino Público oficial no Brasil, vindo depois, na Constituição de 1824, o princípio da liberdade de ensino, sem restrições, e a intenção de instrução primária gratuita a todos os cidadãos. No entanto, a educação se manteve de maneira secundária por séculos, sendo fundada a primeira universidade brasileira apenas em 1909.

No início da Era Vargas, a partir de 1930, surgem as reformas educacionais mais modernas, com o Decreto 19.402, de 14 de novembro de 1930, que criou o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública. Mais tarde, o Decreto 19.850, de 11 de abril de 1931, organizou o Conselho Nacional de Educação, e a Constituição de 1934, lhe deu o encargo de criar o Plano Nacional de Educação.

Pode-se dizer que tanto a constituição de 1934, como o manifesto de 1932, traçaram pela primeira vez as vertentes principais de uma política educacional brasileira. Apesar disso, apenas em 1961, foi aprovada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, passando por mudanças significativas futuramente.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a educação passou a ser um direito-dever, sendo o Estado responsabilizado pela garantia da oferta de vagas, e a família incumbida de matricular os dependentes na escola. Sendo posteriormente, a Educação Básica implementada no ano de 1996, a partir da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), de nº 9.394.

1.1 Do Direito à Educação como Direito Fundamental

No ano de 1979, o jurista francês Karel Vasak, propôs uma divisão dos direitos humanos em três gerações, inspirado nos ideais da Revolução Francesa, sendo a primeira geração, liberdade; a segunda, igualdade; e terceira geração, fraternidade. Os Direitos de primeira geração estão relacionados ao Estado Liberal, defendendo a ideia de liberdade individual de direitos civis e políticos. Os de segunda geração, estão ligados ao conceito de igualdade, exigindo a garantia de direitos sociais, econômicos e culturais por parte do Estado. Já a terceira geração, engloba os direitos difusos norteados pelo ideal de fraternidade e solidariedade, defendendo os direitos coletivos. A Constituição Federal de 1988 é referência para os direitos humanos e as garantias fundamentais, vez que, trouxe por objetivo propiciar aos brasileiros condições mínimas para o pleno gozo de seus direitos. Encontrando-se o rol dos direitos sociais, que promovem também, o direito à educação, trazido na Carta Magna do Brasil, em seu artigo 6º:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

O artigo 205, da Constituição, estabeleceu que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A regulamentação deste direito, foi um marco também, através do artigo 208 da Lei Maior, que dispõe:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; [...].”

Se tratando das Normas Jurídicas Infraconstitucionais, a Lei 9.394/1996, citada anteriormente, estabeleceu as Diretrizes e Bases da educação nacional (LDB), e a Lei 13.005/2014 criou o Plano Nacional de Educação (PNE), definindo metas e estratégias para a política pública. Sendo os Direitos Sociais, defendidos pelos Direitos e Garantias Fundamentais, os quais exigem ao Estado prestações em busca de efetividade destes. Estando o Direito à Educação, definido como um direito constitucional fundamental social, por ser essencial à dignidade da pessoa humana, e por se tratar de um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável.

2. DA PANDEMIA DO COVID-19

Em dezembro de 2019, o primeiro caso de contaminação pelo coronavírus (Covid-19) foi detectado em Wuhan, na China. O vírus se alastrou rapidamente, e em 20 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou surto emergencial de saúde pública de âmbito Internacional e, como pandemia, em 11 de março de 2020. Diante deste cenário, diversos países começaram a decretar estado de calamidade e implementar medidas de distanciamento social, a fim de conter a disseminação do vírus.

No Brasil, o primeiro caso foi registrado no dia 26 de fevereiro de 2020, em São Paulo. Em março de 2020, o Governo Federal e o Congresso Nacional deliberaram o Decreto Legislativo 6/2020⁶⁴, que reconheceu o estado de calamidade pública. Medidas iniciais de isolamento foram adotadas a partir de março, mas apenas em 20 de abril de 2020, foi decretado *Lockdown*, em parte dos estados brasileiros.

Devido à falta de controle e atuação do Governo Federal Brasileiro perante os Estados, Municípios e União, e a incapacidade do ente público em lidar com os problemas trazidos pela pandemia, foram encontradas divergências quanto a política de combate ao vírus entre os governos municipais, estaduais e distrital, tendo posteriormente, governadores e prefeitos,

autonomia e competência reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, para estabelecerem suas próprias medidas de isolamento.

A propagação do vírus e a ineficiência do Estado, causaram um cenário calamitoso que assolou as áreas sociais, econômicas, políticas, educacionais e culturais de todo o país. Contando atualmente, com mais de 30 milhões de contaminados, e 680 mil mortos (Secretarias Estaduais de Saúde, 2022) em decorrência do vírus.

2.1 Dos reflexos da Pandemia no Direito à Educação

Em 17 de março, o Governo Federal publicou a Portaria 343/2020. A qual, autoriza em caráter excepcional, a substituição das disciplinas presenciais por aulas que utilizem meios e tecnologias das disciplinas presenciais no âmbito do Ensino Superior. Dispondo em seu artigo 1º, o Ministro da Educação:

[...] em caráter excepcional, a substituição das disciplinas presenciais, em andamento, por aulas que utilizem meios e tecnologias de informação e comunicação, nos limites estabelecidos pela legislação em vigor, por instituição de educação superior integrante do sistema federal de ensino, de que trata o art. 2º do Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017. § 1º O período de autorização de que trata o caput será de até trinta dias, prorrogáveis, a depender de orientação do Ministério da Saúde e dos órgãos de saúde estaduais, municipais e distrital. § 2º Será de responsabilidade das instituições a definição das disciplinas que poderão ser substituídas, a disponibilização de ferramentas aos alunos que permitam o acompanhamento dos conteúdos ofertados bem como a realização de avaliações durante o período da autorização de que trata o caput. § 3º Fica vedada a aplicação da substituição de que trata o caput aos cursos de Medicina bem como às práticas profissionais de estágios e de laboratório dos demais cursos. § 4º As instituições que optarem pela substituição de aulas deverão comunicar ao Ministério da Educação tal providência no período de até quinze dias. (BRASIL, 2020).

Escolas e Universidades em todo o país foram obrigadas a adotarem o ensino de forma remota, ou EAD (ensino à distância), como alternativa diante do fechamento de suas unidades, totalizando em 99,3% das escolas brasileiras com as atividades presenciais suspensas, segundo o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep, 2021).

De acordo com pesquisa do Instituto Península, 88% dos professores nunca tinham dado aula à distância e 83,4% se sentiam despreparados para ensinar à distância (Instituto Península, 2020). Desta forma, as Instituições de ensino não estavam instruídas para o ensino remoto, principalmente por não possuírem infraestrutura tecnológica de qualidade.

A realidade do Brasil é altamente marcada pela desigualdade social, sendo a tecnologia e a comunicação de difícil alcance por grande parte da população brasileira, contando com aproximadamente 40 milhões de brasileiros sem acesso à rede de internet (IBGE, 2019). O que dificulta mais ainda o acesso à Educação, principalmente entre os cidadãos hipossuficientes, agravando o déficit de aprendizagem e o aumento do abandono e da evasão escolar, desde o início da pandemia.

Conforme dados da Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura), os reflexos da pandemia na Educação impactaram os estudos de mais de 1,5 bilhão de estudantes em 188 países. De acordo com a Unicef, estima-se que 5 milhões de crianças e adolescentes entre 6 e 17 anos ficaram sem acesso à educação no Brasil (fora da escola ou sem atividades escolares) até novembro de 2020, correspondendo a 13,9% dessa parcela da população (Unicef, 2020).

As mudanças na educação de 2020 permaneceram em 2021. No entanto, especialmente no segundo semestre de 2021, com a redução de número de contaminados e mortos pelo coronavírus, e com o avanço da vacinação, possibilitou-se em primeiro momento a adoção de um ensino híbrido.

Apesar disso, a evasão escolar teve evidência neste momento. A segunda etapa do Censo Escolar da Educação Básica 2021, divulgado, em maio de 2022, pelo Inep (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), que a taxa de abandono escolar do ensino médio na rede pública passou de 2,3% em 2020, para 5%, em 2021, e no ensino fundamental, subiu de 1%, em 2020, para 1,2%, em 2021. A região Norte do país foi a mais afetada pelo abandono escolar, acumulando entre seus estados, uma taxa de 10,1% de abandono no ensino médio, e 2,5% no ensino fundamental. Constatou-se também, que nos anos finais do ensino fundamental, os índices de aprovação caíram em todas as sedes educacionais da rede pública. Em 2020, essa taxa foi de 97,8%. No ano passado, as aprovações diminuíram para 95,7%. No ensino médio, a taxa de aprovação caiu de 95% para 90,8% em relação ao ano de 2020 (INEP, 2022).

Contados dois anos de pandemia, mais de 80% das redes municipais de educação contam com aulas totalmente presenciais, e mais de 90% destas, oferecem atividades presenciais cinco vezes por semana. De acordo com a sétima onda da pesquisa realizada pela União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime), com apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

Contudo, em Setembro deste ano, a UNICEF, divulgou pesquisa realizada juntamente com o IPEC (Inteligência em pesquisa e consultoria), apontando alerta de evasão escolar entre crianças e adolescentes de 11 a 19 anos, contando atualmente com cerca de dois milhões de pessoas. Dentre os que se encontram distantes das redes de ensino, metade (48%) afirmam que deixaram de estudar por necessitarem de trabalhar fora; 30% dizem que saíram por não conseguirem acompanhar as explicações ou atividades; 29% afirmam que desistiram, pois a escola não havia retomado atividades presenciais; e 28% dizem que tinham que cuidar de familiares. Além disso, problemas como falta de transporte (18%), gravidez (14%), desafios por ter alguma deficiência (9%), racismo (6%), entre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo fora realizado durante o ano de 2022, apresentando ao longos capítulos, dados e análises de pesquisas atuais, através de sites; publicações periódicas; materiais digitais em plataformas oficiais do governo e instituições; além de documentos disponibilizados por repartições públicas.

O direito à educação está constituído entre os direitos sociais, regulamentados na Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo considerado um direito fundamental, essencial à dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável, necessário para desenvolvimento do indivíduo e a habilitação deste para o exercício de sua cidadania.

É certo que compete ao Estado a garantia dos direitos e deveres dos cidadãos, sendo este legalmente obrigado, através da Constituição e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), a exercer a propagação da Educação de maneira gratuita e eficaz, tendo como obrigação facilitar o acesso a todos os estudantes do Brasil.

Contudo, apesar de ser um dos direitos fundamentais, o Direito à Educação, que já estava comprometido anteriormente, foi profundamente atingido pela pandemia do Covid-19. A imposição do isolamento social, e adoção do ensino remoto nas instituições de ensino do Brasil, impactaram este direito de maneira a dificultar o acesso à educação e retardar a formação estudantil e curricular dos estudantes em todo o país.

Através do estudo, foi possível constatar que as iniciativas governamentais apresentadas perante o cenário pandêmico, não só não avançaram na garantia do direito à educação, como retrocederam. As regulamentações promulgadas pelo governo federal mostram seus efeitos contraproducentes, por serem normas jurídicas impraticáveis no contexto da educação brasileira, agravando mais ainda as desigualdades sociais já existentes no Brasil, ocasionando a regressão da garantia do direito à educação e a fragilidade da educação pública.

De acordo com portal do Governo Federal, em "monitoramento dos gastos da União com combate à COVID-19", foi constatado que apenas cerca de 1%, dos 740 bilhões de reais, gastos com o combate à pandemia, até dezembro de 2021, foram destinados ao Ministério da Educação. Demonstrando a falta de empenho do Ente Federal em relação à urgência que a Educação se encontra, sem cumprir as medidas que precisavam ser tomadas para amenizar os efeitos pandêmicos no meio educacional.

O direito ao ensino gratuito e de qualidade foram afetados de maneira direta, vez que, com a suspensão das aulas presenciais, os alunos apresentaram baixo progresso no aprendizado, sendo apontado em pesquisas perdas de proficiência e sérios prejuízos aos estudantes. A desigualdade social, e a fome, que acomete grande parte da população, dificultam o acesso integral a educação, aumentando as taxas de abandono escolar gradativamente entre os mais necessitados. Este

aumento é uma alerta quanto a ineficácia do Ente Público como garantidor do direito, por meio do qual crianças e adolescentes constroem sua realidade e suas vivências sociais.

Garantir o direito à educação em um país desigual como o Brasil exige, antes de qualquer ação, políticas públicas que promovam ampla articulação entre os entes federativos, conforme claramente consagrado na Constituição Federal de 1988. É evidente a fragilidade estrutural do sistema de ensino brasileiro, lesando a concretização do direito fundamental à educação. Tornando a igualdade e a liberdade um instrumento cada vez mais distante da realidade de milhões de estudantes, e agravando problemas crônicos, como a desigualdade de acesso à escolarização, pelo desprovimento de atuações conjuntas dos atores governamentais e sociais em prol da educação, a fim de amenizar os efeitos pandêmicos.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Cássio Cavalcante. Direito educacional: interpretação do direito constitucional à educação. Belo Horizonte. Fórum, 2010.
- BRASIL. Constituição dos estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro, 1934.
- BRASIL. Constituição dos estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, 1946.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, 1824.
- BRASIL. Decreto Legislativo 6 de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm
- BRASIL, Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930. Rio de Janeiro, 1930. BRASIL, Decreto nº 19.850, de 11 de abril de 1931. Rio de Janeiro, 1931.
- BRASIL, Fundo das Nações Unidas para a Infância, UNICEF. 2022.
- BRASIL. Lei n. 4.024/1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 1961.
- BRASIL. Lei n. 9.394/1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 1996.
- BRASIL. Portaria nº 343 de março de 2020. Ministério da Educação. Gabinete do Ministro.
- INEP. Divulgados dados sobre impacto da pandemia na educação. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/censoescolar/divulgados-dados-sobre-impacto-da-pandemia-na-educacao>.
- JAKIMIU, Vanessa Campos. O Direito à Educação no contexto da Pandemia no Brasil. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/riae/article/view/51007>
- OLIVEIRA, ANA LUCIA BARBOSA. O direito a educação, sua efetividade em tempos de pandemia – Covid 18. Conteúdo Jurídico. Brasília. 25 fev 2021.
- PALMA FILHO, João Cardoso. Política Educacional Brasileira. São Paulo: CTE, 2005, p. 35.
- Undime e Consed. Desafios das Secretarias Municipais de Educação na oferta de atividades educacionais não presenciais. Disponível em: UNICEF. Cenário da Exclusão Escolar no Brasil: um alerta sobre os impactos da pandemia da COVID19 na Educação. Abril, 2021.

A PROIBIÇÃO DA EUTANÁSIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA REFLEXÃO CRÍTICA A CRIMINALIZAÇÃO

FERNANDA BARRETO BRAGA:

Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO Manaus.

Resumo: A eutanásia é a prática que consiste em provocar a morte de alguém antes do previsto por sua evolução natural da doença ao qual é portador. Seria uma espécie de ato misericordioso por parte do profissional de saúde, uma vez que o sofrimento em vida causado ao paciente pela enfermidade incurável seria muito grande. Atualmente, o Código Penal brasileiro não criminaliza diretamente a eutanásia, o que faz com que a conduta seja tipificada como homicídio privilegiado, aquele em que o autor do delito o faz por motivo de relevante valor social ou moral. Na prática, essa escolha jurídica faz com que o autor seja punido com um rigor legal menos severo que o autor de um homicídio simples, por exemplo, uma vez que as circunstâncias as quais o crime foi cometido seriam diferentes. Nesse diapasão, o presente trabalho tem por objetivo discutir a respeito da proibição da eutanásia no Brasil, os possíveis motivos pelos quais esta prática é condenada no ordenamento jurídico nacional, a legislação estrangeira a respeito da eutanásia e, por fim, tecer uma reflexão crítica a respeito do fato da criminalização atual. Após a pesquisa, verificou-se que no Brasil as principais razões pelas quais não se permite a eutanásia advém de motivos religiosos e conservadores. Também há uma colisão direta entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Essas convicções políticas e religiosas fazem com que seja conveniente manter a postura no debate com relação ao direito a vida prevalecer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que a vida daquela pessoa no estado de doença terminal já lhe cause muito sofrimento físico e psicológico. Nesse sentido, critica-se a criminalização da eutanásia, vez que o presente impasse jurídico prejudica a autonomia individual dos pacientes que possuem doenças terminais e causa sofrimento a estes, tendo em vista que o direito à vida deve ser diretamente atrelado a dignidade da pessoa humana.

Palavras - Chave: Eutanásia. Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Vida.

Abstract: Euthanasia is the practice that consists of causing the death of someone earlier than expected due to the natural evolution of the disease to which he is a carrier. It would be a kind of merciful act on the part of the health professional, since the suffering in life caused to the patient by the incurable disease would be very great. Currently, the Brazilian Penal Code does not directly criminalize euthanasia, which makes the conduct typified as privileged homicide, one in which the author of the crime does so for reasons of relevant social or moral value. In practice, this legal choice causes the perpetrator to be punished with a less severe legal rigor than the perpetrator of a simple homicide, for example, since the circumstances in which the crime was committed would be different. In this vein, the present work aims to discuss about the prohibition of euthanasia in Brazil, the possible reasons why this practice is condemned in the national legal system, the foreign legislation regarding euthanasia and, finally, weave a critical reflection on regarding the fact of current criminalization. After the research, it was found that

in Brazil the main reasons why euthanasia is not allowed come from religious and conservative reasons. There is also a direct collision between the constitutional principles of human dignity and the right to life. These political and religious convictions make it convenient to maintain the position in the debate regarding the right to life to prevail over the principle of human dignity, even though the life of that person in the state of terminal illness already causes him a lot of physical and psychological suffering. In this sense, the criminalization of euthanasia is criticized, since the present legal impasse harms the individual autonomy of patients who have terminal diseases and causes suffering to them, given that the right to life must be directly linked to the dignity of the human person.

Keywords: Euthanasia. Dignity of human person. Right to life.

INTRODUÇÃO

O ordenamento constitucional é grande defensor dos direitos e garantias individuais, entre elas o direito à vida, a liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Mas será que o direito à vida é absoluto?

Sabe-se que a própria ordem constitucional não possui nenhum direito absoluto, vez que as particularidades de cada caso alteram a conduta daquele que é acusado de cometer um delito.

No caso da eutanásia atualmente o Código Penal brasileiro não criminaliza diretamente, o que faz com que a conduta seja tipificada como homicídio privilegiado, que é aquele em que o autor do delito o faz por motivo de relevante valor social ou moral.

Na prática, essa escolha jurídica faz com que o autor seja punido com um rigor legal menos severo que o autor de um homicídio simples, por exemplo, uma vez que as circunstâncias as quais o crime foi cometido seriam diferentes.

Ou seja: ainda que o país proíba que os profissionais da saúde executem essa prática, a punição legal não tem tanto rigor quanto em outros casos em que ocorre a prática de tirar a vida de alguém.

Entende-se que a decisão pela eutanásia em pacientes terminais, por representar uma última autonomia de vontade, deve ser respeitada. Por isso, não faz sentido a atual criminalização deste procedimento, uma vez que a morte destes pacientes já é algo inevitável e esperado.

Apesar disso, a esse respeito cabe a análise legal do Legislativo e do Judiciário, que decidem sobre uma futura possibilidade ou não dessa liberação.

Por este motivo o presente trabalho tem por objetivo discutir a respeito da proibição da eutanásia no Brasil, os possíveis motivos pelos quais esta prática é condenada no ordenamento jurídico nacional, a legislação estrangeira a respeito da eutanásia e, por fim, tecer uma reflexão crítica a respeito do fato da criminalização atual.

1. Eutanásia: conceito e sua criminalização no Brasil

A eutanásia é um procedimento ainda descriminalizado por poucos países, devido ao debate que provoca moral, filosófico e religiosamente. Para Franco (2021, online), a eutanásia é aquela conduta em que se provoca a morte de uma pessoa antes do previsto pela evolução natural da natureza. Esta morte seria um ato misericordioso, uma vez que tem o condão de evitar que aquela pessoa sofra ainda mais devido ao fato de que sua doença não tem cura:

A eutanásia consiste em provocar a morte de uma pessoa antes do previsto pela evolução natural da doença, um ato misericordioso devido ao sofrimento advindo de uma doença incurável. A forma de causar a morte do paciente pode se dar de maneira ativa ou passiva, pode se dar de um jeito direto ou indireto, ou como um ato voluntário ou não voluntário do paciente.

Apesar de alguns países permitirem, este não é o atual caso do Brasil, uma vez que o país, por meio da Constituição da República, é regido por princípios que norteiam a elaboração e aplicação das leis – inclusive das leis penais.

Em seu artigo 5º, caput, a Constituição da República define que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

Dessa maneira, verifica-se que a Constituição defende o direito à vida por meio de um dos mais importantes títulos do diploma legal: dos direitos e garantias fundamentais.

A proteção ao direito à vida fez com que a legislação brasileira adotasse, dentro do Código Penal a criminalização dos crimes contra a vida, que vão dos artigos 121 a 148 do Código Penal e compreendem os crimes de homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e as modalidades de aborto.

Como é possível observar, não existe um tipo penal específico para “eutanásia”, uma vez que, como vimos, os crimes contra a vida são apenas os quatro descritos acima.

A eutanásia é definida por Guizzo (2017, p. 18) como a prática pela qual se reduz a vida de um enfermo incurável, de maneira controlada e assistida. A prática não se restringiria unicamente aos pacientes terminais, mas também os recém-nascidos com malformações congênitas, pacientes em estado vegetativo incurável e demais pacientes que apresentem condições semelhantes:

Segundo Goldim (2004, texto digital), a eutanásia ocorre: “[...] quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento. Neste último caso, a eutanásia seria justificada como uma forma de evitar um sofrimento acarretado por um longo período de doença.”.

Deste modo, entende-se que é a prática pela qual se reduz a vida de um enfermo incurável de maneira controlada e assistida por um médico. De acordo com Carvalho (2001), a eutanásia não se restringe aos casos de doentes terminais, englobando também os recém-nascidos com malformações congênitas, os pacientes em estado vegetativo irreversível, entre outros.

Ao presente trabalho interessa-nos a discussão a respeito do crime de homicídio, uma vez que atualmente a ordem jurídica considera a eutanásia como um tipo privilegiado de homicídio, por meio do parágrafo 1º do art. 121:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Segundo Pedrosa (2021, p. 91), o homicídio é um exemplo típico de crime contra a vida, cuja previsão se dá por meio do artigo 121 do Código Penal. Este crime, no entanto, pode ter várias nuances no decorrer de sua execução, e por este motivo estas circunstâncias também são consideradas por lei. Dessa maneira, o crime de homicídio se transforma em outra conduta delituosa – no caso em tela, um tipo de homicídio privilegiado:

Tão comum e frequente, o homicídio ganhou conceito que conseguiu extrapolar o setor jurídico e ganhar o domínio popular. Mesmo o leigo ou jejuno nas letras jurídicas sabe que o homicídio, conhecido no Brasil na forma popular de assassinato (o homicídio qualificado francês), se caracteriza pela eliminação ou destruição proposital da vida humana.

"Matar alguém" é o tipo básico e fundamental do crime, previsto no *art. 121, caput*, do CP. O delito, entretanto, pode apresentar, no ato do cometimento, variações, nuances, facetas e motivos diversos. Tais circunstâncias, uma vez consideradas pela lei, quando se acrescem ao exício praticado, adornam o crime, vestindo-o com peculiaridades que alteram sua fisionomia. Essas circunstâncias, consideradas explicitamente pelo diploma penal, podem ou não ocorrer, sem que o crime de homicídio perca sua configuração ou se transmude em outra figura delituosa. Portanto, a presença dessas circunstâncias somente tem o efeito de medir a temperatura do delito

e seu campo de influência fica restrito à mera quantificação da *sanctio juris*. Por isso, são *accidentalia delicti*, em contraposição às *essentialia* (v. n. 2.7).

Homicídio privilegiado é o homicídio a que se agregam circunstâncias acidentais que, previstas especificamente para a espécie criminosa, fazem decrescer a reprovabilidade do delito, ostentando o efeito de mitigar e abrandar a pena cominada ao tipo básico e fundamental.

Embasando a argumentação da doutrina, o artigo 59 do Código Penal traz que as circunstâncias entre as quais se foram utilizadas quando do cometimento do crime também serão consideradas para fins de fixação de pena,

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Dessa forma, apesar da proibição da conduta, o médico ou profissional da saúde que cometer o crime de eutanásia estaria amparado por algumas circunstâncias que permitiriam a diminuição de sua pena.

É útil também analisarmos a jurisprudência a esse respeito, uma vez que o ordenamento jurídico também se compõe das decisões judiciais a esse respeito, que auxiliam a nortear a interpretação das leis escritas.

2. A manifestação da jurisprudência sobre a eutanásia

A jurisprudência brasileira não analisa com muita frequência pedidos de eutanásia, uma vez que a interpretação atual é a de que a referida conduta vai de encontro ao direito à vida, defendido expressamente pela Constituição Federal.

Apesar disso, a presente pesquisa verificou interessante Mandado de Injunção que não teve julgamento de mérito julgado por conta da argumentação por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal de ausência de lacuna técnica, o que tornaria o instrumento do Mandado de Injunção inadequado a esse propósito.

Neste tópico, procuraremos analisar o resumo do teor dos argumentos os quais foram submetidos a análise perante o Supremo Tribunal Federal.

Se trata de um mandado de injunção, cujo autor argumentava que o direito à eutanásia era implícito na Constituição da República, advindo da combinação de diversos princípios, os quais serão mais bem trabalhados em momento oportuno.

Feita sua argumentação, o impetrante pleiteava um prazo razoável para análise por parte do Senado com relação à eutanásia no Brasil.

O texto analisado por esta pesquisa trata-se de Agravo Regimental no Mandado de Injunção, obtido através de uma busca no site de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal.

A fonte do texto ao qual se pretende analisar é o relatório contido no acórdão que nega provimento ao Mandado de Injunção devido ao argumento por parte dos ministros de falta de lacuna técnica.

O agravante impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar tendo por objetivo a viabilização do direito fundamental à morte digna por parte do impetrante – ou seja, seu objetivo era a legalização da eutanásia:

(...)

“Trata-se de mandado de injunção individual, com pedido liminar, impetrado por George Salomão Leite, tendo por objeto viabilizar o exercício do direito fundamental à morte digna por parte do impetrante.

Sustenta que o “direito fundamental à morte com dignidade encontra-se positivado de forma implícita na Constituição Federal, de modo a requerer um labor hermenêutico para aferir, inicialmente, sua existência, e por consequência, qual o conteúdo do bem jurídico.” (eDOC 1, p.2)

Sua argumentação se baseou no que defendeu como “direito fundamental a morte digna”, tendo sido conceituado pelo agravante como o direito a todo e qualquer ser humano que sofre de enfermidade grave ou incurável e que tenha consciência no momento de sua decisão da morte, desde que este desejo seja manifestado previamente por seu respectivo titular ou por alguém legalmente habilitado para tanto:

Conceitua o direito fundamental a morte digna como sendo (eDOC 1, p.2):

“o direito subjetivo público, assegurado a todo e qualquer ser humano que padece de uma enfermidade grave ou incurável, consistente em decidir o momento e a forma de sua morte, desde que manifestado previamente por seu respectivo titular ou, por alguém legalmente habilitado para tanto.”

Entre os elementos que apoiariam a tese do impetrante estão a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura, tratamento desumano ou degradante, o direito a liberdade e autonomia individual, o direito a integridade física, psíquica e mora, o direito a liberdade religiosa, o dever fundamental de solidariedade por parte de terceiros e o direito à vida. Argumentou que apesar de a Constituição Federal defender o direito à vida, existem exceções a este, como é o caso da decretação de pena capital para crimes de guerra em caso de guerra declarada:

Discorre acerca do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, buscando demonstrar que apesar de não se encontrar expressamente positivado no texto constitucional, o direito à morte digna decorre dos seguintes princípios constitucionais: 1. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 5º, III, CF); 1.1 Vedação de tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF); 2. Liberdade e autonomia individual (art. 5º, III, CF); 3. Integridade física (art. 5º, III, CF); 4. Integridade psíquica (art. 5º, X, CF); 5. Integridade moral (art. 5º, X, CF); 6. Liberdade religiosa (art. 5º, VI, CF); 7. Dever fundamental de solidariedade por parte de terceiros (art. 3º, I, CF) e; 8. Direito fundamental à vida (art. 5º, caput, CF).

Nesse sentido, articula com os citados princípios constitucionais, apontando o caráter relativo do direito fundamental à vida. Argumenta que (eDOC 1, p.20):

“(...) se a Constituição atribui ao Estado a faculdade de matar (e evidentemente esse ato é contrário à vontade do titular do direito fundamental a vida), mesmo que excepcionalmente, um sujeito que pode estar em pleno gozo de suas faculdades físicas e mentais, porque não permite ao indivíduo a faculdade de morrer para que se tenha paz e sossego, quando acometido por uma enfermidade grave ou incurável? A pergunta que se faz é a seguinte: porque não é dada a possibilidade de morrer, a alguém que padece de uma enfermidade grave ou incurável, cuja continuidade da vida apenas lhe trará mais sofrimentos e dores de toda ordem, mas é dada a possibilidade de matar alguém pela prática de um crime de guerra?

A tese principal, portanto, era a de que o direito fundamental à vida não era absoluto, como se comprova a partir da exceção contida no próprio artigo 5º - casos de guerra declarada. O impetrante argumentou que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu a respeito da flexibilização do direito à vida quando foi votada a ADPF n. 54, que tratava sobre a compatibilidade constitucional com a interrupção da gravidez de feto anencéfalo:

Percebam, ínclitos Ministros, que não é factível sustentar a idéia de absolutização do direito fundamental à vida humana quando, ao próprio Estado, é permitido suprimir uma vida com a pena capital, mesmo que excepcionalmente. E o que tem-se na presente demanda é, também, uma exceção, mas que busca a promoção da dignidade humana através do morrer.”

Cita trecho do voto do Min. Marco Aurélio, na ADPF nº 54, que tratava de compatibilidade com a atual Constituição da interrupção da gravidez de

feto anencéfalo ser conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, buscando comparar as duas situações. Questiona que “se não há mais vida em potencial, porque não permitir ao indivíduo uma morte segura, já certa, tal qual preconizado pelo Min. Marco Aurélio?” (eDOC 1, p.20)

A ideia defendida pelo impetrante é a de que no caso da compatibilidade da eutanásia com o texto constitucional, o procedimento ficaria condicionado à presença de elemento constitutivo que demonstrasse que existe enfermidade grave ou incurável. A referida permissão traria segurança jurídica aos pacientes e aos profissionais da saúde, sendo necessário o provimento do Mandado de Injunção mediante a omissão legislativa:

Esclarece que o exercício do direito à morte digna, caso declarado pelo STF, ficará condicionado à presença do elemento constitutivo do mesmo, que é o padecimento de enfermidade grave ou incurável.

Conclui sua argumentação consignando que (eDOC 1, p.26): “Os cidadãos brasileiros têm o direito, pois, de morrer com dignidade. Os médicos brasileiros têm o direito, também, de atuar de forma segura e previsível quanto aos cuidados dispensados aos pacientes, de sorte a não serem surpreendidos posteriormente com uma ação penal tipificando a respectiva conduta como ilícita. Portanto, a segurança jurídica visa propiciar tal estabilidade nas relações entre médicos e pacientes, relativos ao denominado processo de terminalidade vital. Por fim, faz-se necessário mais uma vez, para atestar a omissão legislativa, trazer à baila as palavras do eminente Min. Luís Roberto Barroso quando da entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo:

FOLHA – A Constituição brasileira permite a eutanásia e o suicídio assistido?

BARROSO – Eu acho. Mas essa é uma matéria sobre a qual o legislador ordinário deveria pronunciar-se. Não creio que haja impedimento constitucional. (negrito nosso)”

Assim, o impetrante requereu, em sede liminar, que se assegure o direito de decisão pela morte com dignidade. O impetrante afirmou que apesar de não estar acometido por enfermidade grave ou incurável (condição por ele defendida como estritamente necessária para a liberação do pedido de eutanásia), tal situação pode ocorrer devido à imprevisibilidade da vida e aponta que os efeitos do mandado de injunção poderiam ser ampliados a todos os jurisdicionados:

Requer, em sede liminar, que se assegure ao impetrante o direito de decidir pela morte com dignidade. Afirma que, apesar de não estar acometido de nenhuma enfermidade grave ou doença incurável, tal situação pode se

alterar diante da imprevisibilidade da vida e aponta a possibilidade de ampliação dos efeitos da decisão proferida em mandado de injunção individual a todos os jurisdicionados.

Argumentou que o perigo da demora, imprescindível a concessão de tutela provisória, resulta da possibilidade de acontecimentos que eventualmente atinjam a sua saúde, o que o colocaria em situação de terminalidade vital. Assim, na hipótese da concretização deste fato, o impetrante não poderia exercer o direito à morte digna que defende em sua tese:

No tocante ao perigo da demora do provimento, entende que este resulta “da possibilidade de acontecimentos que eventualmente atinja a saúde do impetrante, colocando-o em uma situação de terminalidade vital, de modo que, uma vez concretizada a hipótese fática sem a respectiva e prévia prestação jurisdicional, certamente o direito a morte digna não poderá ser exercido ante todo o iter que se deve seguir até a obtenção de uma tutela jurisdicional, que não mais poderá ser eficaz em face do eventual falecimento do impetrante.” (eDOC 1, p.28)

Ao final, requer a determinação de prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora ou, caso assim decida esta eg. Tribunal, que seja deferida a injunção no sentido de serem estabelecidas as condições em que se darão o exercício do direito fundamental à morte digna, na hipótese de não ser suprida a omissão impugnada dentro do prazo determinado, requerendo seja reconhecido, em definitivo, ao impetrante o direito fundamental a morte com dignidade.

(...)

Após a leitura do acórdão e da argumentação empregada, verifica-se que o principal motivo para o não provimento da demanda foi a alegação por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito da falta de ausência de lacuna técnica.

É que o entendimento dos magistrados se centrou no sentido de que o direito à morte digna argumentada pelo impetrante não é explicitamente previsto pela Constituição Federal, dessa forma não há que se falar em lacuna técnica.

A possibilidade de entrada de Mandado de Injunção, de acordo com a interpretação dos ministros, está condicionada à falta de um direito que se encontra expressamente positivado na Constituição da República – ou seja, se há uma margem para discussão a respeito da existência ou não do referido direito, o instrumento correto para a sua discussão não seria o Mandado de Injunção.

Em última análise, o Judiciário brasileiro parece não prover o pedido por uma questão maior: o intuito de manter a harmonia entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário no que diz respeito ao sistema de freios e contrapesos.

É que a competência para legislar a respeito do tema seria unicamente do Poder Legislativo, apesar de que a interpretação por parte do Poder Judiciário – no presente caso, do Supremo Tribunal Federal, que é a quem cabe a guarda da Constituição – de que é possível a eutanásia em alguns casos seria uma excelente maneira de demonstrar que a permissão desta conduta não feriria a cláusula pétrea contida no art. 5º, caput, uma vez que se trata unicamente de situação excepcional, como vimos no decorrer do texto.

Apesar da legislação brasileira e de sua jurisprudência ainda proibirem a eutanásia, alguns países a permitem desde que seguidas algumas exigências previamente estabelecidas, conforme veremos no tópico seguinte.

3. Eutanásia na legislação estrangeira

Por se tratar de um tema polêmico, a eutanásia não é unanimidade entre todos. Dessa maneira, a prática não é permitida em todos os países, uma vez que essas liberações legais dependem da legislação local e esta última se influencia por fatores como a cultura de um povo, por exemplo.

Apesar disso, alguns países da Europa já permitem que a prática da eutanásia seja feita de maneira legal. Há vários protocolos para que ocorra essa liberação, o que faz com que o Estado tente de todas as formas evitar que a eutanásia ocorra sem a total autonomia de vontade da parte que dela tem interesse.

Nesse sentido, o jornal Estado de Minas publicou matéria recente em que analisa a legislação europeia a respeito da possibilidade de eutanásia nestes países e a maneira que estes encontraram de permitir essa conduta.

Países como a Holanda, Bélgica, França, Luxemburgo, Suíça e Suécia permitem a eutanásia em alguns casos. A Holanda foi o primeiro país a autorizar, sob certas condições, a eutanásia a menores a partir de 12 anos e atualmente anunciou que planeja legalizar a eutanásia para crianças de 1 a 12 anos de idade com doenças terminais. Com relação à Bélgica, a possibilidade de ser feito o procedimento de eutanásia está condicionada a manifestação de vontade por meio de declaração antecipada, válida por 5 anos. Em Luxemburgo, a eutanásia é permitida apenas para idosos com doenças incuráveis:

Na Holanda, desde 2002, é permitido administrar um medicamento que cause a morte quando um paciente o solicita, com pleno conhecimento dos fatos, e se padecer de um sofrimento "insuportável e interminável" devido a uma doença diagnosticada como incurável. É necessária a opinião de um segundo médico.

A Holanda foi o primeiro país a autorizar, sob estritas condições, a eutanásia de menores a partir dos 12 anos. Em abril de 2020, o Supremo Tribunal

Federal autorizou a eutanásia de pessoas com demência avançada, embora sem capacidades de reiterar sua demanda.

Em outubro, a Holanda anunciou que planeja legalizar a eutanásia para crianças com doenças terminais de um a 12 anos de idade.

A Bélgica também descriminalizou a eutanásia em 2002 sob condições estritamente definidas por lei. O paciente pode manifestar sua vontade em uma "declaração antecipada", válida por cinco anos, ou solicitá-la explicitamente, se tiver capacidade para fazê-lo.

Em fevereiro de 2014, a Bélgica se tornou o primeiro país a autorizar a eutanásia sem limite de idade para crianças com "capacidade de discernimento" que sofrem de uma doença incurável.

Desde março de 2009, a eutanásia é autorizada em Luxemburgo sob certas condições para pacientes idosos com doenças incuráveis. (AS DIVERSAS... 2021)

Em Portugal e na Espanha é permitido que os pacientes recusem tratamento, o que varia entre um país e outro com relação a quando essa interrupção de tratamento seria válida. A Itália, por sua vez, permite o suicídio assistido feito em condições estritas, apesar de atualmente a lei italiana proibir essa conduta. A Suíça permite o suicídio assistido, a eutanásia indireta e a eutanásia passiva (esta última modalidade também permitida pela Suécia). Já a França permite que os pacientes incuráveis ou que tem muito sofrimento possam ser sedados profunda e continuamente até sua morte:

Na Espanha, os pacientes atualmente têm o direito de recusar tratamento. A Câmara dos Deputados votou em dezembro de 2020 em primeira leitura o projeto de lei que reconhece o direito à eutanásia sob estritas condições, finalmente aprovado nesta quinta pelo Senado.

Em Portugal, a interrupção do tratamento só é permitida em alguns casos desesperadores. No entanto, no final de janeiro de 2021, o Parlamento votou uma lei autorizando a "morte medicamente assistida", mas o Tribunal Constitucional pediu uma revisão do texto em meados de março. O Parlamento pode alterar a legislação antes de reapresentá-la.

Na Itália, o Tribunal Constitucional descriminalizou o suicídio assistido (o próprio indivíduo toma a dose letal) em setembro de 2019, em condições estritas, apesar da existência de uma lei que o proíbe.

A Suíça permite o suicídio assistido e tolera a eutanásia indireta (tratamento do sofrimento com efeitos colaterais que podem levar à morte) e a eutanásia passiva (interrupção do dispositivo médico de suporte à vida).

Em 2005, a França instituiu o direito de "deixar morrer", que privilegia os cuidados paliativos, e em 2016 autorizou a "sedação profunda e contínua até a morte", que consiste em colocar para dormir para sempre pacientes incuráveis ou que sofrem muito sofrimento.

Na Suécia, a eutanásia passiva é legal desde 2010. (AS DIVERSAS... 2021)

O Reino Unido permite que o tratamento médico seja interrompido em alguns casos, e as ações judiciais a respeito do suicídio compassivo – que ocorre quando alguém expressou claramente a sua intenção - tem sido cada vez menores. Na Hungria, Lituânia e Eslovênia a realidade é bastante parecida quanto as circunstâncias: os pacientes incuráveis podem recusar tratamento. A Dinamarca também permite que os pacientes declarem por escrito a rejeição à crueldade terapêutica. Por fim, a Letônia evita que se abram processos judiciais referentes a desconexão de pacientes em estado terminal, enquanto a Alemanha e a Áustria permitem a eutanásia passiva. É preciso ressaltar que, apesar dessa possibilidade, os dois países recentemente tiveram decisões judiciais que desfavoreceram essa prática:

No Reino Unido, a interrupção do tratamento em alguns casos foi autorizada em 2002. Desde 2010, as ações judiciais contra pessoas que ajudaram um parente a cometer suicídio compassivo, se ele expressou claramente sua intenção, tornaram-se cada vez menos sistemáticas.

Na Alemanha e na Áustria, a eutanásia passiva é tolerada se o paciente assim o desejar. Em fevereiro de 2020, o Tribunal Constitucional alemão censurou uma lei de 2015 que proibia a assistência ao suicídio "organizado" por médicos ou associações.

Na Áustria, o Tribunal Constitucional decidiu em dezembro que o país viola a lei fundamental se considerar o suicídio assistido um crime, razão pela qual pediu ao governo que legisle antes de 2021 para revogar essa proibição.

Na Dinamarca, desde 1992, todo cidadão pode declarar por escrito sua rejeição à crueldade terapêutica.

A eutanásia passiva é autorizada na Noruega, a pedido de um paciente em estado terminal ou de um parente, se o paciente estiver inconsciente.

Na Hungria, os pacientes de doenças incuráveis podem recusar tratamento, enquanto na Lituânia a interrupção do tratamento para pacientes incuráveis é autorizada, como na Eslovênia.

Na Letônia, não há ações judiciais contra médicos que desconectaram um paciente em estado terminal, para evitar sofrimento. (AS DIVERSAS... 2021)

Após a análise feita na legislação alienígena, verifica-se que a concessão do direito à morte com dignidade é feita a partir da reunião de alguns fatores considerados como imprescindíveis para a sua liberação.

Essa avaliação ocorre a partir da realidade de cada país, pois como se pode verificar, há países em que a possibilidade de eutanásia ocorre de maneira mais livre – ou seja, é possível em mais casos – e em outros países essa possibilidade ocorre apenas sob condições estritas.

Dessa forma, após a verificação dos pressupostos para a conduta na legislação internacional e a impossibilidade de aplicação da eutanásia no Brasil, cabe a reflexão a respeito da colisão do princípio da dignidade da pessoa humana e a defesa ao direito a vida.

4. A dignidade da pessoa humana versus a defesa do direito a vida: Uma reflexão crítica à criminalização da eutanásia

Passada a discussão a respeito da natureza jurídica da eutanásia, verifica-se um aparente conflito de normas constitucionais, que é uma das principais razões pelas quais essa conduta é tipificada como crime.

Após breve pesquisa na legislação, verifica-se que apesar de a Constituição da República defender a vida em seu artigo 5º, existe também a defesa a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, logo em seu artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (*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.

As normas constitucionais estão dispostas de maneira não necessariamente harmoniosa entre si, o que significa que alguns princípios podem colidir e será precisa a interpretação destas normas para a devida aplicação da lei.

A questão da eutanásia é um problema jurídico que coloca justamente duas disposições constitucionais em colisão: a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Segundo Andrade (2021, online), a eutanásia é alvo de veemente contestação, principalmente entre os setores conservadores da sociedade. Estes defensores da criminalização da eutanásia entendem que a prática não respeita a inviolabilidade do direito à vida, ferindo assim os direitos fundamentais e sendo inadmissível perante a Constituição Federal:

A eutanásia é alvo de veemente contestação, sobretudo entre os setores mais conservadores da sociedade. Alguns críticos argumentam que a prática não respeita a inviolabilidade do direito à vida, e que seria, portanto, uma ofensa aos direitos fundamentais e inadmissível à luz do diploma constitucional (TAVARES, 2006, p. 50).

Porto e Ferreira (2017, p.71) esclarecem que o fato de a morte ser um assunto assustador em diversas culturas é uma das causas do tabu sobre o tema da eutanásia. Dessa maneira, explica-se a defesa da vida ainda que ela deixe de valer a pena por conta da perda da dignidade:

A morte é um assunto assustador em muitas culturas. Não saber o que acontece de verdade depois do término da nossa presença mundana causa susto e medo, fazendo com que determinados assuntos virem tabu. O ser humano sempre temeu o desconhecido e, por esse motivo, criou-se uma cultura de manter a vida apesar de qualquer coisa, até quando ela deixa de valer à pena e sua dignidade é perdida.

Os defensores da descriminalização da eutanásia no Brasil argumentam que apesar de ser assegurado o direito à vida, é preciso que esta vida seja vivida com dignidade. Dessa forma, argumentam por uma releitura no direito à vida, considerando também a vontade do enfermo quando da realização da eutanásia. Esta seria um dos seus últimos desejos e poderia lhe assegurar dignidade, vez que se diminuiria a dor de alguém que está com uma doença terminal, por exemplo.

Segundo Vilela Junior e Santos (2020, p. 6) atualmente o Código de Ética Médica veda ao médico a abreviação da vida do paciente, ainda que a pedido deste ou a de seu representante legal. Isso significa dizer que o Código de Ética Médica brasileiro proíbe a realização de eutanásia, conforme se verifica no trecho abaixo descrito:

Há que se observar a presença de diretrizes a respeito da prática da eutanásia no atual Código de Ética Médica, onde consta "in verbis":

É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal

Diante do exposto, percebe-se que há um reforço do ideal contrário à prática da eutanásia no Código citado, onde se vê defeso tal ato, de modo que ao profissional da saúde resta apenas o manuseio de cuidados paliativos, ou seja, administrar medicamentos e ações a fim de diminuir as dores e sintomas do paciente, para que este sofra o menos possível. Entretanto, sem que tenha a possibilidade de optar pela abreviação de sua existência

Barbosa e Losurdo (2018, p.1) esclarecem que a eutanásia é tratada em legislações estrangeiras, porém este debate ainda não atingiu grande destaque dentro do legislativo e judiciário do Brasil. Os autores verificam, no decorrer de sua pesquisa, que há uma perceptível colisão de princípios constitucionais envolvidos no debate da eutanásia:

No Brasil o atual Código Penal não tipifica a prática da eutanásia, alocando a conduta no art. 121, §1º, homicídio privilegiado. A “morte piedosa” começa a ser tratada pelas legislações e jurisprudência estrangeiras sem que o debate atinja maior destaque nos âmbitos legislativo e judiciário brasileiro. Entre a garantia da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III/CF-88, e a proteção à vida, art. 5º, *caput*/CF-88, há uma nítida colisão de princípios. Tendo-se por base o direito comparado e por plano de fundo o julgamento da ADI 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e do Projeto de Lei nº 236/12 - Novo Código Penal -, o qual tipifica a prática da eutanásia, analisa-se a possibilidade de não imputação de pena ao agente da eutanásia frente à interpretação constitucional

Para Santos e Paganini (2022, p. 185), apesar da mudança do tempo e o avanço da medicina, ainda existem casos em que a morte é solução para cessar o sofrimento do paciente. O ordenamento jurídico, nesse sentido, se mostra conflituoso quanto a possibilidade de morte digna do enfermo, uma vez que não há atenção a este direito. Os autores defendem que, apesar da Constituição Federal defender com rigor o direito à vida, não há uma real preocupação com relação a maneira pela qual essa vida será vivida, ou seja, se será uma vida com dignidade:

Mesmo os tempos mudando e a medicina evoluída, ainda se chega a determinado ponto em que a morte se apresenta como solução para cessar o sofrimento do paciente. Diante disso, o nosso ordenamento jurídico se mostra em conflito com os direitos do enfermo, já que eles acabam gerando outro direito, no caso, o da morte digna. Por conseguinte, se de um lado está o direito à vida, do outro está o da vida com dignidade, ambas previstas na Constituição Federal de 1988. Entretanto, esse último direito ainda está sob a inexistência de uma norma reguladora. Salienta-se que nos dias atuais é possível perceber uma extrema proteção do direito à vida, mas, muitas vezes, a vida a ser protegida é indigna, ou seja, a pessoa está viva porque não tem a opção de cessar seu sofrimento.

A possível resolução desta controvérsia deve vir, inicialmente, por meio da ponderação das normas constitucionais. Segundo Guedes (2012, online), apesar de não ser desejada, a colisão entre normas constitucionais é perfeitamente possível, e trata-se de um dos mais graves problemas da teoria jurídica contemporânea. É que devido a própria característica das normas constitucionais, não seria possível uma solução absoluta em favor de uma norma ou em desfavor de outra norma constitucional:

A possibilidade de que normas constitucionais possam entrar em colisão tem conformado um dos mais graves problemas da contemporânea teoria jurídica. Como se sabe, normas constitucionais, especificamente as advindas do processo constituinte originário, não guardam hierarquia entre si (princípio da unidade da Constituição) e, portanto, não permitiriam, em caso de colisão, uma solução de precedência a priori ou absoluta em favor de uma ou de outra norma. Por sua vez, alegando ausência de racionalidade do método, muitos têm buscado evitar a ponderação de bens como forma de solucionar a colisão de normas constitucionais, nomeadamente entre direitos fundamentais, negando a existência da própria colisão.

Segundo o que pretendo demonstrar, negar a possibilidade de colisão e, por consequência, a ponderação entre normas constitucionais é, entretanto, um caminho intelectual que apenas se desenvolve ao custo de um resultado muito mais arbitrário do que os seus defensores admitem e, o que é pior, com um déficit de argumentação e fundamentação não presentes na ponderação que eles recusam, entretanto, por um suposto déficit de racionalidade

A esse respeito, cabe salientar que o caput do artigo 102 da Constituição da República deixa claro que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

Dessa maneira, é possível inferir que o Supremo Tribunal Federal poderia decidir a esse respeito, haja vista que a seus ministros cabe a última interpretação a respeito das normas constitucionais.

O saneamento do conflito entre os preceitos constitucionais do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir destes ministros, assim como do Poder Legislativo.

Infelizmente a mora legislativa ainda não apreciou projetos de lei que possibilitem a morte digna, o que pode ser explicado pela falta de interesse de grupos conservadores na sua regulação, por exemplo.

CONCLUSÃO

A eutanásia no Brasil é tema polêmico, uma vez que apesar do Estado ser laico, este é fortemente influenciado pelas religiões de cunho cristão, as quais valorizam a vida como o bem mais precioso que se tem – ainda que esta vida não seja digna, diga-se de passagem.

Sua regularização, até o momento, não é interessante para os grupos políticos vigentes. O Poder Judiciário também não se manifesta a respeito, tendo em vista, para além das alegações técnicas, a manutenção da harmonia entre os três poderes.

Ante o exposto, verificou-se que no Brasil as principais razões pelas quais não se permite a eutanásia advém de motivos religiosos e conservadores. Também há uma colisão direta entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Essas convicções políticas e religiosas fazem com que seja conveniente manter a postura no debate com relação ao direito a vida prevalecer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que a vida daquela pessoa no estado de doença terminal já lhe cause muito sofrimento físico e psicológico.

Nesse sentido, critica-se a criminalização da eutanásia, vez que o presente impasse jurídico prejudica a autonomia individual dos pacientes que possuem doenças terminais e causa sofrimento a estes, uma vez que o direito à vida deve ser diretamente atrelado a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; LOSURDO, Federico. **Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana**. Ver. Investig. Const. Ed 5, v. 2, Mai-Ago 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/rinc/a/MKcqnsGvQrkG3z5HSHRkLhF/?lang=pt>

ANDRADE, Otavio Morato de. **Status legal da eutanásia e ortotanásia no Brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81213/status-legal-da-eutanasia-e-ortotanasia-no-brasil>

LARA, Marcelo Bicalho. **Crítica à criminalização da eutanásia e do suicídio assistido no projeto de lei do Senado nº 236/12**. Brasil Escola. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/critica-criminalizacao-eutanasia-suicidio-assistido-no-projeto-lei-senado-23612.htm>

FRANCO, Sandra. **Eutanásia: a importância de discutir a morte com dignidade**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-21/franco-eutanasia-importancia-discutir-morte-dignidade>

VILELA JUNIOR, Pedro Amaral; SANTOS, Savio Gonçalves dos. **Eutanásia no Brasil e a dicotomia entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1623/1/2020.2%20-%20TCC%20Pedro%20Amaral%20Vilela%20Junior.pdf>

SANTOS, Aline Borges dos; PAGANINI, Juliana. **A eutanásia no Brasil: um estudo da (im)possibilidade de aplicação em pacientes com câncer, em fase terminal, tendo em vista o princípio da dignidade humana**. Revista Estado, Política e Direito: Políticas Públicas, Cidadania e Direitos Humanos, Volume IX. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/8230/1/A%20eutan%C3%A1sia%20no%20Brasil.pdf>

GUIZZO, Retieli. **A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1745/1/2017RetieliGuizzo.pdf>

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

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio Privilegiado**. Disponível em:
<https://vlex.com.br/vid/homicidio-privilegiado-695080933>

GUEDES, Néviton. **A ponderação e as colisões de normas constitucionais**. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais>

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

PORTO, Carolina Silva; FERREIRA, Clécia Lima. **Eutanásia no Direito Penal: os aspectos jurídicos do Homicídio Piedoso**. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/IF-dir_v.05_n.02.06.pdf

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (plenário). **AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 6.825 DISTRITO FEDERAL**. Agravo Regimental No Mandado De Injunção. Direito À Morte Digna. Inadequação Da Via Eleita. Ausência De Lacuna Técnica. Inexistência De Efetivo Impedimento Do Exercício Do Direito Alegado. Inadmissibilidade Do Writ. Desprovimento Do Agravo. Agravante: GEORGE SALOMAO LEITE. Agravados: SENADO FEDERAL, PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749934134> Acesso em 12 set 2022

AS DIVERSAS legislações na Europa sobre a eutanásia. **Estado de Minas**, Mar 2021. Disponível em:
https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/03/18/interna_internacional,1248030/as-diversas-legislacoes-na-europa-sobre-a-eutanasia.shtml Acesso em 11 set 2022

A APLICAÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA COMPRA DE PRODUTOS DIGITAIS

JOÃO ALVES DOS REIS NETO:
GRADUANDO EM DIREITO PELA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO
TOCANTINS

LUCIMARA ANDREIA MOREIRA RADDATZ

(orientadora)

RESUMO: O avanço tecnológico na sociedade permitiu que muitas atividades do cotidiano se moldassem ao processo evolutivo que a internet trouxe, havendo cada vez mais aquisições sendo feitas nos ambientes virtuais de comércios, conhecidos popularmente como *e-commerces*, e existe uma gama extensa de bens e serviços sendo ofertados para serem usufruídos digitalmente. Nesse sentido, as relações estabelecidas entre fornecedor e consumidor são alvos diários de estudos, uma vez que a legislação responsável por reger a relação de consumo pode, por vezes, encontrar-se um tanto quanto obsoleta, visto que o consumo de bens, serviços e conteúdos digitais é consideravelmente recente, em face do Código de Defesa do Consumidor, ou CDC, diploma legal de 1990 que passou por atualizações pontuais em 2013. O CDC assegura que o consumidor que realiza compras de qualquer natureza na internet possui 7 dias para exercer o chamado direito de arrependimento, ou direito de reflexão. Sob esse prisma, investiga-se no presente trabalho a aplicação do direito de arrependimento na aquisição de produtos digitais, ponderando principalmente sobre a eficácia da norma em vigência.

Palavras-chaves: Consumidor. Direito. Arrependimento. Fornecedor. Virtual.

ABSTRACT: Technological advances in society have allowed many daily activities to be shaped by the evolutionary process that internet has brought, with more and more acquisitions being made in virtual environments of commerce, popularly known as e-commerces, and there is an extensive range of assets and services being offered to be enjoyed digitally. In this regard, the relationships established between provider and consumer are daily targets of studies, since the legislation responsible for shield the consumption relationship can sometimes be somewhat obsolete, since the consumption of assets, services and digital content is considerably recent, in the light of the Consumer Defense Code, or CDC, a legal diploma from 1990 that underwent occasional updates in 2013. The CDC ensures that consumers who make purchases of any kind on the internet have 7 days to exercise their called the right of repentance, or the right of reflection. In this light, the present work investigates the application of the right of repentance in the acquisition of digital products, pondering mainly on the effectiveness of the norm in force.

Key-words: Consumer. Right. Retraction. Provider. Virtual.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO DO CONSUMIDOR E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 2.1 As relações de consumo frente ao direito brasileiro. 2.2 A relação consumerista na contemporaneidade. 3

DIREITO DE ARREPENDIMENTO ENVOLVENDO A COMPRA DE PRODUTOS DIGITAIS. 4 A PROTEÇÃO LEGAL AO CONSUMIDOR NA COMPRA DE PRODUTOS DIGITAIS NO BRASIL. 5 TENDÊNCIAS DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A evolução da internet conjuntamente à sua integração em praticamente todas as áreas da sociedade propicia que novas situações surjam e requeiram análise de casos concretos do dia a dia. Atualmente, pode-se afirmar que grande parte da população mundial se valeu da internet para efetuar alguma aquisição, fortalecendo os chamados *e-commerces*, ou seja, os comércios virtuais.

Essas transações, ainda que realizadas no ambiente virtual, asseguram que o consumidor se encontre resguardado pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC, previsto no diploma constitucional, através do art. 5º, inciso XXXII.

O CDC, Lei n.º 8.078/90, foi publicado em 1990 e atualizado em 2013, por meio do Decreto n.º 7.962/13, e mesmo assim, o crescimento do comércio eletrônico e das relações virtuais entre empresas e consumidores pode não ter sido acompanhado corretamente pela legislação, uma vez que as dinâmicas comerciais na internet estão em constante mudança.

Em pesquisa realizada pelo Paypal, uma das maiores plataformas mediadoras de vendas no mundo, foi constatado que o Brasil teve um aumento de 40% (quarenta por cento) no número de lojas funcionando no modelo *e-commerce* apenas no ano de 2020, o que demonstra o crescimento exponencial do mercado, aponta Feitosa (2020).

Ocorre que uma legislação desatualizada pode causar os mais diversos prejuízos para as empresas fornecedoras e também para os consumidores, além de contribuir para o aumento do número de processos no Poder Judiciário, que teve no ano de 2020 o direito do consumidor como quarto assunto mais tratado em novos casos judiciais, de acordo com informações divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ através da pesquisa Justiça em Números (BRASIL, 2020).

Neste trabalho, o foco será o estudo do direito de arrependimento, presente no artigo 49 do CDC, aplicado especificamente aos produtos considerados digitais ou intangíveis, como serviços de *streaming*, jogos e moedas virtuais, que representam hoje uma considerável parte das vendas realizadas online, em busca da resposta para o questionamento acerca da eficácia do direito de arrependimento presente no CDC, visto que o dispositivo pode não atender às demandas relacionadas a compras de produtos e serviços digitais.

O presente trabalho abordou a evolução histórica do direito do consumidor, prosseguindo às relações consumeristas na atualidade. Posteriormente, elucida-se a proteção legal ao consumidor na compra de produtos digitais no Brasil, passando à exposição do direito de arrependimento quando o produto é de caráter digital, findando a linha argumentativa com a demonstração do padrão jurisdicional em ações de proteção do consumidor.

A relevância do trabalho se pauta na divulgação da análise quanto ao direito de arrependimento na compra de produtos e serviços digitais, uma vez que o mercado ascende cada dia mais e as alterações legislativas ainda não fazem previsão expressa sobre a matéria.

A pesquisa possui caráter descritivo, realizada através de exame de bibliografia específica. A abordagem utilizada foi a qualitativa, visto que não possui a quantificação de dados estatísticos, mas vale-se da exposição de conceitos.

2 DIREITO DO CONSUMIDOR E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Primordialmente, faz-se necessário um esboço histórico do direito consumerista, com o fito de assimilar de forma mais eficaz o tema do presente trabalho.

2.1 AS RELAÇÕES DE CONSUMO FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO

Dos diversos institutos presentes na legislação brasileira, o Direito do Consumidor é um dos que se consagraram tardiamente em relação a sua aplicação em todo cenário mundial, parte se deve a economia, uma vez que as relações de compra e venda de produtos era bastante singela e simples, onde muitas vezes a compra era realizada diretamente do produtor, responsável pelo total domínio do processo produtivo.

A Revolução Industrial, que aumentou consideravelmente a capacidade de produção, não impactou apenas a economia, mas no fim do século XIX já se identificava uma cisão, ou seja, uma modificação no processo de distribuição, surgindo uma espécie de separação do detentor do processo de produção em relação à responsável pela comercialização dos produtos.

Todavia, a problemática surge ao passo que o mecanismo de produção e comercialização não se encontrou acompanhado de um sistema legal protecionista, esse processo evidenciou um considerável aumento de danos e prejuízos causados por defeitos em produtos e má prestação de serviços, em contrapartida a um sistema jurídico que limitava a responsabilização de fornecedores e produtores (CAVALIERI, 2008).

Segundo Cavalieri (2008), somente no início do século XX, em países como Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra e França já se notava as primeiras fagulhas do direito consumerista, impulsionado pelos movimentos industriais resultantes da revolução industrial.

Nesse ponto, destaca o autor que:

Em Nova York, por exemplo, Josephine Lowell criou a New York Consumers League, uma associação de consumidores que tinha por objetivo a luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino em fábricas e comércio. Essa associação elaborava “Listas Brancas”, contendo nome dos produtos que os consumidores deveriam escolher

preferencialmente, pois as empresas que os produziam e comercializavam respeitavam os direitos dos trabalhadores, como salário mínimo, horários de trabalho razoáveis e condições de higiene condignas. Era uma forma de influenciar a conduta das empresas pelo poder de compra dos consumidores (CAVALIERI, 2008, p.4).

Seguindo esse movimento, surgiram obras literárias que com o intuito de alertar os consumidores quanto a forma de produção dos produtos consumidos, como é o caso do romance "A Selva", de Upton Sinclair, que nas suas entrelinhas descrevia, de maneira bastante realista, as condições de fabricação dos embutidos de carne e o trabalho dos operários de matadouros de Chicago (CAVALIERI, 2008, p.5).

Apesar da obra citada ter um viés socialista e apontar precárias condições de trabalho, ela também alertava sobre as condições e o ambiente no qual eram produzidos os alimentos consumidos pela sociedade.

A mensagem e o alerta culminaram no surgimento, em 1906, da primeira Lei de Alimentação e Medicamentos, a *PURE FOOD AND DRUG ACT – PFDA* e no ano seguinte, na lei de inspeção da carne, a *MET INSPECTION ACT* (FILHO, 2008).

No cenário mundial, a reflexão jurídica voltada para o consumidor como pessoa de direitos a serem legislados e tutelados pelo Estado somente se iniciou através do então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, que em 15 de março de 1962 discursou no Congresso Norte Americano anunciando a Declaração de Direitos do Consumidor, a chamada *Special Message to Congress on Protecting Consumer Interest*.

Inclusive, a data ficou conhecida como *World Consumers Rights Day*, o Dia Mundial dos Direitos dos Consumidores.

Retomando o discurso, que completou 60 anos em 2022, Kennedy apontou a existência de uma determinada desorganização no sistema consumerista e ausência de proteção da figura consumidor, ainda enunciou que consumidores, por definição, somos todos nós (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962, p. 1).

Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas. (CAVALIERI, 2008, p.5).

O discurso do presidente fez com que despertasse a importância do direito social do consumidor, transmitindo por meio de sua narrativa o imediato alerta e preocupação sobre a necessidade de voltar o olhar para os quatro direitos básicos do consumidor, quais sejam: a saúde, a segurança, o direito de escolha e o livre acesso à informação, sendo o grande marco para os direitos do consumidor em todo o mundo.

Isso porque o consumidor antes era tratado de um modo genérico como cliente ou contratante, limitado apenas ao ato de simples, momentâneo e individualizado da compra, não se analisando o sujeito como integrante um grande grupo da sociedade responsável por movimentar a economia.

Pouco se preocupava com a informação ou com a qualidade, como explicam Benjamim, Marques e Bessa (2020):

Destacava-se, assim, a posição momentânea e relacional deste agente econômico, naquela relação jurídica (na relação contratual ou delitual específica), não sua posição na sociedade (ou seu status) e como membro de um grupo com interesses semelhantes (interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos).

Efetivamente, no contexto mundial, ocorreu em Genebra, a 29ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1973, que defendeu os quatro Direitos Fundamentais do Consumidor: o direito à segurança; o direito à informação sobre produtos, serviços e suas condições de venda; o direito à escolha de bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e o direito de ser ouvido nos processos de decisão governamental, explica Miragem (2010, p. 28).

A partir de então, constata-se uma certa evolução histórica, narrando em documentos os direitos e os interesses dos consumidores, como a Carta dos Consumidores em 1973 e a Resolução 39/248 de 1985 em que a Organização das Nações Unidas – ONU estabeleceu como direitos de terceira dimensão a proteção do consumidor (DE LUCCA, 2003).

No cenário nacional, a questão da defesa do consumidor se iniciou ainda na década de 70, onde foram instauradas as primeiras associações civis e as entidades governamentais (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2012).

Dessas citadas, destaca-se o Conselho de Defesa do Consumidor – CONDECON, que foi criado em 1974 no Rio de Janeiro – RJ; a Associação de Defesa e Proteção do Consumidor – ADOC, criada em 1976 foi criada em Curitiba e a Associação de Proteção ao Consumidor – APC, surgida em Porto Alegre; e em maio do mesmo ano, por meio do Decreto nº 7.890, o Governo de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor (FILHO, 2008).

Entretanto, a consolidação dos direitos do consumidor brasileiro só foi de fato materializada ao nível nacional após a promulgação da Constituição de 1988, em que se estabeleceu o dever do Estado em promover a defesa do consumidor, nos seus artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, bem como no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que determinou a criação de legislação ordinária no âmbito federal, com o fito de concretizar a defesa e proteção do consumidor, no prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição (BRASIL, 1988).

Ademais, seguindo a disposição constitucional, em 1990 foi elaborada e promulgada a Lei n.º 8.078/1990, o CDC, trazendo no bojo de seu texto a defesa e proteção dos interesses dos consumidores

nas relações de consumo, criando uma estrutura e sistemática para viabilizar a defesa e proteção dos mais vulneráveis, como pontuou Grinover (2000, p. 17):

Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e de seus anseios.

Desse modo, no Brasil, a matéria concernente a defesa dos consumidores tem hoje sua previsão legal, desde o texto constitucional até a legislação ordinária, especificadamente no CDC, levando para a parte vulnerável e hipossuficiente da relação consumerista a proteção, acessibilidade e efetividade dos seus direitos.

2.2 A RELAÇÃO CONSUMERISTA NA CONTEMPORANEIDADE

O CDC foi criado através da Lei n.º 8.078/90, com objetivo de resguardar os direitos dos consumidores nas relações de consumo, tendo sido objeto de atualizações normativas no ano de 2013, por parte do Decreto n.º 7.962/13.

Anterior à criação do CDC, havia a Lei n.º 7.347/85, conhecida por Lei da Ação Civil Pública, a qual era a normativa responsável por regular o direito do consumidor anterior até mesmo à atual Constituição Federal.

Desde já, ressalta-se a distância de 9 anos desde a última atualização do código, o que torna o CDC relativamente ineficiente diante de situações que não foram previstas em sua criação ou atualização, por exemplo, diante de compras de determinados produtos digitais populares no ano de 2022. A legislação encontra-se desatualizada frente a evolução de processos tecnológicos tão presentes no dia a dia dos usuários de serviços virtuais.

Pois bem, o CDC prevê o direito de arrependimento de modo geral em um de seus artigos:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. (BRASIL, 1990)

O legislador tratou da seguinte situação: a aquisição de um produto que não seja feita em estabelecimento comercial, ou seja, presencialmente, pode ser desfeita no prazo de 07 (sete) dias, tendo em vista que a compra à distância não permite ao consumidor que avalie de forma minuciosa aquele produto que está adquirindo, e ao tê-lo em mãos, manuseia o novo produto e verifica que não é exatamente o que pensava ou não agrada.

Esse prazo se inicia a partir do momento que ocorre o recebimento do produto ou da prestação do serviço.

Também existe a condição de que o consumidor não poderá mais manter consigo ou usufruir do produto ou serviço que demandou o direito de arrependimento, uma vez que não é coerente que haja o estorno do valor pago inicialmente e que a figura do consumidor continue tendo acesso àquilo que foi restituído, pois configuraria uma clara situação de má-fé.

Essa possibilidade de exercer o aludido direito de arrependimento se dá em razão do consumidor ser considerado uma figura vulnerável e hipossuficiente.

O CDC dispõe sobre a referida vulnerabilidade e posição de hipossuficiência do consumidor ao reconhecer que o fornecedor do bem ou serviço conhece a forma que o mesmo é produzido, enquanto o consumidor, alheio a isso, não se encontra ciente sobre a base na qual o bem ou serviço foi construído ou produzido anteriormente, condição que faz com que se encontre em desvantagem clara perante o fornecedor.

Enquanto o consumidor deseja obter para si aquilo que está adquirindo, o fornecedor pauta a produção visando o lucro.

Ou seja, desde o início do processo o consumidor se encontra em um nível de conhecimento técnico inferior ao do fornecedor, e é em razão desse fato que o CDC estende essa proteção sob quem compra algo ou usufrui de um serviço. Ressalta-se que essa proteção recai de igual modo sobre consumidores que sejam pessoas jurídicas.

Já no que tange à hipossuficiência do consumidor, é a possibilidade de inverter o ônus da prova a fim de facilitar a defesa dos direitos dessa figura nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Compreende-se, portanto, que há a possibilidade de fazer com que o fornecedor comprove que ofereceu de forma coerente e íntegra o serviço ou o bem, dependendo do contexto fático aduzido no contexto processual.

Cabe salientar que para uma parte da doutrina, a vulnerabilidade e a hipossuficiência são correspondentes no sentido de que o consumidor é o elo mais fraco da relação consumerista.

A fim de evitar que o consumidor incida em erro, o fornecedor deve elencar as principais características do produto ou serviço que está sendo ofertado. Não que isso o exima de qualquer

responsabilidade quanto ao direito de arrependimento, mas é uma prática que deve ser levada adiante e reforçada, pois pode evitar que muitos consumidores adquiram aquela oferta e posteriormente demandem o ressarcimento do valor pago.

Nunes (2017, p. 122), inclusive, trata isso como sendo o chamado “direito de ser informado”.

Por fim, é imprescindível abordar que o CDC não faz previsão de que exista um limite ao uso do direito de arrependimento.

Nos casos em que a prática restar configurada pela figura do consumidor, deve-se verificar o artigo 187 do Código Civil, onde diz que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Nunes (2017, p. 244) aborda o abuso do direito da seguinte maneira:

Pode-se definir o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular. Na realidade, a doutrina do abuso do direito tem sido muito importante, como se disse, especialmente pela influência que exerceu e exerce sobre os legisladores. Muitas normas jurídicas acabaram por incorporar em seus diplomas legais as práticas abusivas, para proibi-las.

Desse modo, permitir que o consumidor pratique, de forma velada ou explícita, atos ilícitos revestidos de má-fé e disfarçados do exercício do direito de arrependimento, é o mesmo que encorajá-lo a prejudicar continuamente a sociedade, pois não há garantia de que o mesmo vá, conscientemente, se ater apenas às relações de consumo. Aqui, verifica-se que o CDC é omissivo mais uma vez.

3 DIREITO DE ARREPENDIMENTO ENVOLVENDO A COMPRA DE PRODUTOS DIGITAIS

A Lei n.º 12.965/14, conhecida popularmente como Marco Civil da Internet, disciplina no Brasil o uso da rede mundial de computadores, bem como direitos e deveres do usuário na internet.

Proveitoso ressaltar que a referida lei faz a previsão de que devem ser aplicadas as normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Faz-se necessário abordar que o direito de arrependimento não pode ser interpretado como sendo de caráter absoluto. Não restam dúvidas de que o direito existe e é facultado ao consumidor utilizá-lo ou não, mas deve-se observar a natureza desse bem ou serviço ao qual será aplicado o referido direito, por exemplo, quando forem bens de consumo imediato ou que são perecíveis.

A título de conhecimento, não há possibilidade de devolução de aplicativos e jogos na plataforma AmazonAppstore. Nos termos de uso da plataforma (AMAZON, 2020), a própria empresa

especifica que “todas as compras de Apps e Produtos in-App vendidos pela Amazon são finais. Não aceitamos devoluções de Apps ou Produtos in-App vendidos pela Amazon”.

Assim, a fim de se resguardar, a empresa prega a imagem de que o produto digital é de consumo imediato.

Como exemplo, tem-se que não é lógico que se assine um serviço de *streaming* de músicas para ouvir uma música completa e logo após requeira o cancelamento por não gostar de determinada música. A falta de certo parâmetro de limitação no direito de arrependimento propicia ao consumidor que, por vezes, aja de forma abusiva para com o fornecedor.

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins julgou improcedente uma Apelação Cível sob o argumento de que o arrependimento posterior não tinha aptidão para modificar o contrato. Na íntegra, vê-se que:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO, DANO MORAL. PREVIDÊNCIA. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CDC (SÚMULA 297/STJ). CIÊNCIA DOS TERMOS AVENÇADOS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DO CONSENTIMENTO. REGULARIDADE CONTRATUAL VERIFICADA. CONTRATO JUNTADO AOS AUTOS. ARREPENDIMENTO POSTERIOR QUE NÃO TEM APTIDÃO PARA MODIFICAR O CONTRATO. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.1. Aplicam-se, ao caso, as normas protetivas das relações de consumo, face ao tipo de contrato celebrado entre as partes, possuindo inclusive, entendimento consolidado pelo STJ no verbete sumular nº 297, segundo o qual, "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".2. Apesar de a parte autora negar ter entabulado contrato com a requerida na inicial, doutro lado a seguradora trouxe aos autos fato impeditivo do seu direito, uma vez que colacionou o contrato reclamado nos autos com a digital da autora, todos os dados da requerente e informações claras e incontestáveis dos produtos que estavam sendo contratados (evento 24 - CONTR2).3. Não se vislumbra a indução a erro da parte autora pela seguradora na contratação em questão, ônus daquela (art. 373, inciso I, do CPC), tendo em vista que os termos da pactuação e as circunstâncias do caso concreto são capazes de proporcionar ao cliente perfeita formação de sua vontade e o entendimento dos efeitos de sua declaração. 4. Em que pese o arrependimento posterior do consumidor, eis que se deu conta de que o negócio jurídico firmado não lhe era favorável, não há que se falar em abusividade ou má-fé por parte da seguradora ré. 5. Recurso conhecido e improvido. Não há que se falar em majoração da verba honorária sucumbencial, pois não foi arbitrada na origem. (Apelação Cível 0001757-20.2019.8.27.2723, Rel. ANGELA MARIA RIBEIRO

PRUDENTE, GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE, julgado em 09/12/2021, DJe 16/12/2021 18:39:19).

Ressalta-se o fato de que a câmara julgadora pautou a decisão da referida apelação dizendo que não houve abusividade ou má-fé por parte da empresa fornecedora do serviço contratado, o autor da ação apenas demonstrou que a contratação do serviço não lhe era favorável.

Verificando essa linha de raciocínio, a homogeneização das decisões nesse sentido seria ideal para coibir o abuso de direito.

Ainda que o CDC considere o consumidor como a figura mais fraca na relação jurídica e que as normas sirvam para protegê-lo de abusos por parte do fornecedor, é plausível que o dispositivo também aja em sentido de evitar que o fornecedor seja prejudicado ao ofertar produtos digitais e imateriais meramente pelo fato de que o consumidor não pode avaliá-lo presencialmente. O objeto material deve se traduzir no contrato ou nos termos de uso.

Os produtos digitais a serem tratados em questão são serviços de *streaming*, como as plataformas digitais que disponibilizam músicas, filmes e séries, jogos online e moedas virtuais, também conhecidas como criptomoedas.

Considerando o crescente consumo desse tipo de produto imaterial, ou seja, que não há como possuí-lo de forma física, existem situações nas quais o CDC tem de ser aplicado utilizando o critério de analogias.

Sobre o produto imaterial, Nunes (2017, p. 178) define o seguinte sobre:

Afinal, o que seria um produto imaterial que o fornecedor poderia vender e o consumidor adquirir? Diga-se em primeiro lugar que a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada. Por isso fixou conceitos os mais genéricos possíveis ("produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial"). Isso é que é importante. A pretensão é que nada se lhe escape. [...] São produtos, claro, que sempre estão acompanhados de serviços. Aliás, como acontece com qualquer produto.

Frente ao exposto, fica claro que o bem imaterial encontra-se sob o mesmo prisma de proteção jurídica que um bem material.

No entanto, ao analisar a fundo as particularidades dos bens imateriais, pode-se compreender que a legislação atual se encontra desatualizada, visto que não existe previsão no CDC que trate expressamente de um produto imaterial digital.

4 A PROTEÇÃO LEGAL AO CONSUMIDOR NA COMPRA DE PRODUTOS DIGITAIS NO BRASIL

Ao consumidor é garantido o direito de arrependimento anteriormente demonstrado.

A jurisprudência é uniforme em casos concretos de devolução de serviços digitais adquiridos e que o consumidor enfrentou dificuldades em exercer o referido direito de devolução, como se vê da decisão emitida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em sede recursal, que trata da devolução do valor referente a uma assinatura de um serviço digital de jogo Xbox Live Gold 12 meses, que correspondia ao montante de R\$ 99,90 (noventa e nove reais e noventa centavos), vejamos:

RECURSO INOMINADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA PELA INTERNET. DIREITO DE ARREPENDIMENTO EXERCIDO PELO CONSUMIDOR. DEVOLUÇÃO DO PRODUTO AO FORNECEDOR. NÃO RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO. ARTIGO 14 DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RETENÇÃO INDEVIDA DE VALORES. RECLAMOS DO CONSUMIDOR NÃO ATENDIDOS. CALL CENTER INEFICIENTE. DESCASO E DESRESPEITO COM O CONSUMIDOR QUE TEVE SUAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS FRUSTRADAS. DANO MORAL CONFIGURADO. Recurso conhecido e provido. 1. Trata-se de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais proposta por Luiz Ricardo Anselmo em face de Cnova Comércio Eletrônico S.A. Conta o reclamante que em 10/04/2015 adquiriu através do site da reclamada um Console Xbox One 500GB pelo valor de R\$ 1.499,00 e um Xbox Live Gold 12 Meses no valor de R\$ 99,90. Ocorre que após receber os produtos, entrou em contato com a reclamada para devolver o Xbox Live Gold 12 Meses. Em resposta, a reclamada informou sobre o procedimento a ser adotado, qual seja, devolução do produto, sendo que em seguida receberia um vale-compras no mesmo valor pago. Afirma que o produto foi devolvido, todavia, o valor não foi restituído, motivo pelo qual entrou em contato com a reclamada a fim de tentar solucionar o problema, porém, sem êxito. Pleiteia a restituição do valor pago e indenização pelos danos morais suportados. 2. Consta da sentença (evento 45) a parcial procedência do pedido inicial e condenação da reclamada ao pagamento de R\$ 99,00 a título de restituição de valor pago e R\$ 23,46 a título de danos materiais. Inconformado, o reclamante interpôs o presente recurso inominado (evento 51), sustentando, em síntese ocorrência de danos morais. Pugna pela reforma parcial do julgado. Si 3. Estamos diante de uma típica relação de consumo pois as partes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor. A partir da análise dos autos, verifica-se que a recorrida não comprovou fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do recorrente, ônus que lhe incumbia, a teor do disposto no art. 6º, VIII do CDC c/c art. 333, II do CPC. Portanto, manifesto nos autos o descaso e desrespeito com o consumidor que não teve seus reclamos atendidos ante o call center ineficiente e teve suas legítimas expectativas frustradas. 5. No que tange ao quantum indenizatório, tem-se que na sua fixação, está consolidado, tanto na doutrina como na jurisprudência pátria, que se deve ter o cuidado de não proporcionar, por um lado, um valor que para o Autor se torne

inexpressivo e, por outro, que seja causa de enriquecimento injusto, nunca se olvidando que a indenização do dano imaterial tem efeito sancionatório ao causador do dano e compensatório à vítima. Nesta linha de raciocínio, entendo que o valor dos danos morais deve ser fixado em R\$ 4.000,00, estando tal montante em consonância com os parâmetros fixados por esta Turma Recursal em casos análogos a fim de evitar que novos danos sejam causados por este mesmo fato. 6. Diante do exposto, o voto é pela reforma parcial da sentença, a fim de acrescentar à condenação da recorrida ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 4.000,00 que deverá ser acrescido de correção monetária pela média INPC e IPGDI a partir da decisão condenatória e juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação, de acordo com o Enunciado 12.13 a das TR?S/PR. Recurso conhecido e provido. , decidem os Juízes integrantes da 1ª Turma Recursal do Estado do Pr, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos exatos termos do voto acima (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, 2016).

No caso em tela, a empresa demandada não devolveu o valor investido, e sobre isso, incidiu a condenação em danos morais e materiais com efeito sancionatório.

Em suma, a empresa foi punida por desprezar as disposições legais que protegem a figura do consumidor, mesmo em se tratando da compra de um serviço imaterial de produto 100% (cem por cento) digital.

O reembolso deve ser feito de forma integral frente ao prazo de desistência de 07 (sete) dias e o direito de arrependimento possui caráter potestativo, ou seja, o consumidor só precisa alegar o arrependimento, sem sequer indicar qualquer motivação para isso, que o fornecedor será obrigado a agir para restituir o valor pago na aquisição do que estivesse ofertando.

O direito de arrependimento aplicado em produtos digitais se pauta principalmente na chamada avaliação prejudicada, onde não é possível examinar o produto em âmbito digital como na forma físico-presencial.

Em contrapartida, o consumidor pode experimentar o bem ou serviço antes de firmar o compromisso da compra através de ambientes virtuais controlados de demonstração. A alternativa é viável e existe na oferta de certos produtos, funcionando como uma espécie de amostra grátis.

Essa ferramenta pode ser concebida como uma forma de proporcionar ao consumidor que experimente o jogo, ou serviço de *streaming*, ou a plataforma de criptomoedas, realizando simulações equiparadas à experiência real de operação da aquisição.

O direito existe para ser acionado, no entanto, a alternativa pode ser utilizada para evitar que demandas consumeristas nesse sentido continuem sendo protocoladas com tamanha frequência.

Por óbvio, o ideal seria reformular o CDC para que expressamente abrangesse as relações de consumo de produtos digitais no Brasil. Tanto é, que houveram propostas através de projetos de lei, mas não foram levados adiante, demonstrando que a lei é, de certa forma, ineficaz, pois não regula a matéria de forma direta, apenas utilizando a analogia.

Se a legislação trazer a previsão de que os produtos digitais devem ser ofertados com um modelo de teste, sendo de qualidade mais baixa ou acesso limitado, para que posteriormente seja ofertado integralmente, as empresas poderiam se valer dessa ferramenta para se defender posteriormente caso o consumidor venha alegar que se arrependeu da aquisição, pois concordou livremente com o prosseguimento da compra após o teste.

Essa hipótese também age para reassegurar que a empresa não estaria agindo com o intuito de prejudicar o consumidor.

A situação descrita acima pode ser comparada à da compra em loja na modalidade presencial. Caso o consumidor se desloque pessoalmente a uma loja física e lá, avaliando o produto ou serviço da forma que mais lhe atender, opte por efetuar a compra do produto em perfeito estado, a empresa não terá obrigação de devolver valores empregados no ato da compra, pois o juízo de valor do consumidor terá sido feito de forma efetiva.

A título de informação, na Europa a matéria é tratada como direito de retratação, e é regulada pela Diretiva 83/2011. A referida norma é semelhante à brasileira, pois permite que o consumidor venha a exercer o direito de arrependimento no prazo de 14 (catorze) dias, e traz uma série de exceções, das quais destaca-se:

Os Estados-Membros não conferem o direito de retractação previsto nos artigos 9.o a 15.o relativamente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial no tocante: [...]

m) Ao fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retratação. (UNIÃO EUROPEIA, 2011).

Dessa forma, é possível que a norma brasileira se inspire nas disposições da norma europeia, visto que o direito de arrependimento não deve ser absoluto. A legislação vigente não atende às necessidades de ambas as partes das relações consumeristas, tanto consumidor quanto fornecedor, visto que não existe a previsão do direito de arrependimento quando o assunto trata de produtos digitais.

Sobre a viabilidade de aprimorar a legislação nacional, Bittar (2003, p. 20) afirma que:

É possível adequar de forma satisfatória as relações virtuais às atuais leis brasileiras, eis que os contratos pela internet se formam da mesma forma que os contratos tradicionais (negociações preliminares, proposta, aceite), sendo que a única diferença entre ambos é o meio por onde se desenvolvem. Por esta mesma razão o comércio eletrônico também se submete às disposições do Código de Defesa do Consumidor, sem maior esforço hermenêutico, o que é ponto pacífico na doutrina brasileira.

Existe muito espaço para debater as condições às quais o referido direito será aplicado, bem como existe a necessidade de delimitar de forma clara os limites ao qual o mesmo se sujeitará, evitando que o consumidor acredite que pode tudo em face do fornecedor.

5 TENDÊNCIAS DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Restou demonstrado que o comércio eletrônico se tornou indispensável, tanto que se encontra presente no dia a dia dos consumidores em todo o mundo, de forma que alterou de significativamente a forma de consumo de diversos produtos.

No atual contexto legislativo, como já mencionado, há lacunas no ordenamento jurídico brasileiro quando se trata de comércio eletrônico, no que se refere ao sistema de segurança das transações e proteção dos dados sensíveis dos consumidores, como também na fragilidade do valor probatório dos documentos entabulados por meio eletrônico, pois o CDC é uma normatização que não mais se amolda a realidade da social, é antiquada e voltada para o comércio tradicional, já que foi criado para suprir as lacunas do Código Civil de 1916.

Entretanto, o CDC é utilizado para reger as novas formas de consumo, sejam elas relações físicas ou virtuais, garantindo ao consumidor a integridade dos seus direitos básicos previstos pela resolução da ONU: vida, saúde, segurança, informação, transparência, boa-fé e liberdade de escolha e constitucionalmente asseguradas.

Ocorre que, na medida que o comércio eletrônico ganha espaço e notoriedade nas preferências de consumo da sociedade, é preciso ponderar e se atentar a esta nova forma de contratar, pois em que pese seja concedido ao consumidor a liberdade de escolha, essa disposição não se aplica na prática, já que a atual forma dos contratos eletrônicos sujeita os consumidores a condições que o fornecedor oferece na elaboração das cláusulas contratuais.

Quanto ao tema, assevera Aguirre (2014, p. 178):

O contrato eletrônico do entretenimento apresenta-se usualmente sob a forma de contrato de adesão, denominado “contrato-tipo”, em que as cláusulas são impostas por uma parte à outra sem que seja possível discutir cláusulas isoladamente, cabendo à outra parte apenas aderir incondicionalmente a ele, em geral em forma de *disclaimers*, que são declarações em formato digital inseridas nas páginas de Internet que estipulam regras dirigidas ao usuário com

a finalidade de limitar ou excluir a responsabilidade, em que se dá um click no botão de OK para aceitar e só com isso se consegue continuar com a navegação ou ter acesso ao conteúdo que este se refere.

Não muito incomum, ao contratar, o consumidor muitas vezes se depara apenas com uma página inicial e termos de uso em que usuário confirma a ciência por meio de um botão que aparece na tela do seu aparelho eletrônico.

Essa forma de lidar com o consumidor é a mesma utilizada nos contratos de adesão, de operadoras de telefonia, por exemplo, onde se encontra ausente a liberdade de contratação e o consumidor se submete as condições impostas pelo fornecedor/prestador de serviços (GOMES, 2013), e que, pode, unilateralmente, alterar o contrato ou termo firmado com o consumidor.

A prática citada infere diretamente na chamada autonomia da vontade, pontuada por Lorentino (2015, p. 166) como “expressão da liberdade individual”.

No entanto, o consumidor realmente exerce alguma autonomia sobre o contrato que se estabelece quando ocorre a compra de algo que o fornecedor dispõe? No ambiente virtual de comércio, não há quaisquer negociações, sendo simplesmente facultado ao consumidor que compre ou não, que aceite os termos ou não.

Com isso, somado ao fato do consumidor ser considerado vulnerável, pode-se compreender que a autonomia da vontade nestes casos é viciada, pois é uma questão de oferta e demanda, onde o consumidor deseja e o fornecedor possui, e assim é efetivada a relação de consumo, tendo o consumidor optado por prosseguir com a compra.

Diante da vulnerabilidade do consumidor, o CDC, prevê ao consumidor o do prazo de reflexão e a possibilidade do exercício do direito de arrependimento, em até 07 (sete) dias, sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, conforme já mencionado.

A previsão de 07 (sete) dias para arrependimento prevista no artigo 49 do CDC é um meio de proteção do direito de informação, com o fito de obstar a indução do consumidor ao erro quanto a compra de produtos e serviços comercializados através de mecanismos de publicidades abusivas ou até mesmo enganosas, conforme estipulado nos artigos 30 e 37 do CDC.

Nas palavras de TARTUCE e NEVES (2021, p. 267):

Tal direito existe para proteger a declaração de vontade do consumidor, possibilitando que ele reflita com calma nas agressivas situações de vendas a domicílio. De acordo com os juristas, há um notável avanço confrontando-se a previsão com o sistema civil, que não consagra qualquer regra geral de arrependimento para os contratos regidos unicamente pelo CC/2002. Deve ficar claro que não se trata de venda a contento ou *ad gustum*, tratada pelos

arts. 509 a 512 do CC, pois nesse caso há necessidade de o comprador motivar as razões da sua não aprovação. No tipo do art. 49 do CDC, dispensa-se qualquer motivação para o exercício do arrependimento dentro do prazo de reflexão.

Em contrapartida, há julgados no sentido de que esse direito se encontra resguardado quando o as compras realizadas dentro do estabelecimento físico, mas efetivada por meio digital, não ocorrendo o contato físico com produto na hora da compra, vejamos o trecho do voto do Relator FRANCISCO CASCONI, em um julgado da Corte Paulista:

No entanto, no momento da contratação, o consumidor não teve acesso ao bem adquirido (o que equivale a contratação fora do estabelecimento). A testemunha ouvida em juízo revelou que, apesar da assinatura dos documentos, Ricardo desistiu logo em seguida do negócio contratado, tanto que ouviu o vendedor que ele não compraria nenhum outro carro naquela loja. Os elementos existentes nos autos permitem a incidência da regra do artigo 49 do CDC, aplicado por analogia, dispositivo que permite a desistência do negócio em até 7 dias. Sendo assim, como ficou caracterizada a desistência, nenhuma multa compensatória é devida. (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2013).

Do referido julgado, extrai-se que, mesmo que o contrato tenha sido celebrado em estabelecimento comercial, se o consumidor não teve acesso ao veículo no momento da compra, lhe é assegurado o direito de arrependimento previsto no CDC, como se a compra fosse efetivada a distância, do contrário, para não incidência da previsão do artigo 49 do CDC, o produto ou serviço deveria estar presente fisicamente, para que o consumidor pudesse analisar e refletir sobre a compra.

Dessa forma, os doutos julgadores se posicionam de forma equivalente em ações de matéria consumerista. O principal aspecto avaliado no curso do processo é se há o enquadramento do litigante no conceito de consumidor, previsto no artigo 2º do CDC, pois é necessário que o consumidor seja a parte final na cadeia de consumo, para que possa exercer de forma válida o direito de arrependimento.

A vantagem que o fornecedor possui em relação ao consumidor também é matéria essencial quando se fala na condição hipossuficiente do consumidor.

Conforme elucidado anteriormente, o direito de arrependimento é personalíssimo à figura do consumidor, e, quando não houver a caracterização do mesmo como consumidor final do bem, os tribunais duramente indeferem os pedidos que versem sobre o exercício do direito de arrependimento, num contexto de bens e serviços do dia a dia.

No que se refere ao consumo de bens e serviços digitais, ainda há muito o que se debater, visando principalmente suprimir os casos em que o direito do arrependimento é efetivado e o consumidor continua possuindo acesso ao bem ou serviço digital em questão, incidindo má-fé e prejudicando diretamente o contrato existente entre as partes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificada a linha do tempo evolutiva do direito do consumidor, ressalta-se a importância para o cenário brasileiro que o CDC, instituído pela Lei nº 8.078/90. As relações consumeristas são protegidas pelo Estado, conforme a Constituição Federal de 1988 assevera, e, por conta disso, diversos reflexos incidem na sociedade.

Para o trabalho em questão, o reflexo debatido é o do direito à reflexão, popularmente conhecido como direito de arrependimento. No Brasil, elucidou-se que o direito ao arrependimento é aplicado às compras de bens e serviços na modalidade virtual, modalidade essa que permite que, no prazo de 07 (sete) dias após o recebimento do produto, o consumidor possa devolvê-lo e ser ressarcido integralmente, sem maiores justificativas.

No entanto, com a popularização dos *e-commerces*, a oferta de produtos digitais, ou seja, que não são materializados, cresceu de forma exponencial e a proteção ao consumidor é prevista de modo geral.

Assim, os casos concretos vislumbram consumidores que adquirem, por exemplo, jogos digitais em plataformas igualmente virtuais, e, exercem o direito de arrependimento no aludido prazo.

Não haveria qualquer problema no supracitado exemplo, no entanto, nada impede que o consumidor jogue e termine o jogo no prazo de 1 semana, para depois solicitar o reembolso do valor pago, demonstrando total má-fé para com o fornecedor.

Ainda que o consumidor seja uma parte presumidamente hipossuficiente, a má-fé decorre em casos semelhantes, podendo vir a acontecer até mesmo na aquisição de serviços.

E é frente aos casos concretos que se verifica a necessidade de que a legislação acompanhe as mudanças temporais da sociedade, pois em 1990 não havia muito o que se falar em relação a contratos de consumo efetuados na internet.

Mesmo que as decisões sejam de certa forma homogêneas em considerar o consumidor o elo fraco na relação consumerista, pode-se compreender que, caso as normas descrevessem a obrigação das plataformas de serviços digitais de oferecer ambientes controlados e limitados de teste pelo período de 07 (sete) dias, seria possível evitar os casos em que o consumidor atua de má-fé.

Enquanto não há essa evolução na legislação, seria viável supor que um caminho alternativo é obrigar que os fornecedores expressem, no momento da compra, os termos de uso, prazos e condições legais para que o direito de arrependimento se consolide.

Não obstante, é necessário firmar entendimentos jurisprudenciais em casos de relação de consumo de bens e serviços virtuais, ou seja, prever expressamente sanções ao abuso de direito.

Por fim, é possível verificar que a limitação ao exercício do direito de arrependimento é viável, conforme restou demonstrado no texto da Diretiva 83/2011, vigente na União Europeia, que elenca, em seu artigo 16, exceções ao chamado direito de retratação, visando proteger, de igual modo, o consumidor e o fornecedor, ainda que a parte consumidora seja concebida como potencialmente hipossuficiente.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Renata Cattini Maluf. **Relações de consumo no comércio eletrônico de entretenimento**. In: FRANCEZ, Andréa; COSTA NETTO, José Carlos; D'ANTINNO, Sérgio Famá (Coord.). Direito do entretenimento na internet. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 179-180.

AMAZON. Amazon, 2020. **Termos de Uso da AmazonAppstore**. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201485660>. Acesso em: 26 out. 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. 193 p. ISBN: 8521803311.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 29 out. 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 29 out. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 08 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01 nov. 2022.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/os-60-anos-do-dia-dos-consumidores>. Acesso em 01 nov. 2022.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 29 out. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça Do Estado do Paraná**. Recuso Inominado nº. 8441- 63.2015.8.16.0018, Relator: Leo Henrique Furtado Araujo. Acórdão de 03 de março de 2016. Disponível em:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000002843681/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-8441-63.2015.8.16.0018>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº 0004688-42.2010.8.26.0038; Relator: Francisco Casconi. Data de publicação: 25/07/2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6876883&cdForo=0>. Acesso em 08 nov. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins**. Apelação Cível 0001757-20.2019.8.27.2723, Rel. Rel. ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, julgado em 09/12/2021, DJe 16/12/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento.php?uuid=56e7221a9f050d5d85eccdaa1fe76957&options=%23page%3D1>. Acesso em 15 ago. 2022.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. 345 p. ISBN: 9788522450909. 2008.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor: teoria geral da relação de consumo**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. 511 p. ISBN: 8588813335.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidente John Kennedy. (1961-1963. John Fitzgerald Kennedy). **Special message to Congress on protecting consumer interest**. Cidade. 15 março. 1962. 18 p. Disponível em: <<https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028> >. Acesso em: 31 out. 2022.

FEITOSA, Alessandro. **Número de lojas virtuais cresce 40% em 2020 com empurrão da pandemia**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/08/26/numero-de-lojas-virtuais-cresce-40-por-cento-em-2020-com-empurrao-da-pandemia.ghtml>. Acesso em 01 nov. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 17-23.

Justiça em Números. Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 29 set. 2021

LORENTINO, Sérgio Augusto Pereira. **Autonomia dos consumidores nos contratos**: uma análise crítica e propositiva da condição consumerista na contemporaneidade. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva | e-ISSN: 2526-0243 | Minas Gerais | v. 1 | n. 2 | p. 160 - 177 | Jul/Dez. 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. prefácio à 1a. edição: Claudia Lima Marques. 2. ed., rev., atual. e ampl. da obra Direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 608 p. ISBN: 9788520337387.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://www.solicitacao.com.br/files/conteudo/49/2017-curso-de-direito-do-consumidor-rizzatto-nunes.pdf>. Acesso em: 03 set. 2022.

Perfil do E-Commerce Brasileiro. Paypal, 2020. Disponível em: <https://newsroom.br.paypalcorp.com/pesquisa-perfil-do-e-commerce-brasileiro-2021>. Acesso em: 29 set. 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 10.ed.; São Paulo: Método, 2016. 840 p. ISBN: 9786559640256.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2011/83/ ue do parlamento europeu e do conselho de 25 de outubro de 2011** relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:PT:PDF>. Acesso em: 24 out. 2022.

BUSCA PESSOAL: ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

WILLIAM COELHO DE OLIVEIRA:

Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC.

ISRAEL ANDRADE ALVES⁸³

(orientador)

RESUMO: A busca pessoal é considerada uma rotina praticada de forma normalizada no contexto do policiamento ostensivo, fundamentada na ação policial preventiva. Entretanto, essa forma de aplicação do instituto da busca pessoal é carecedora de permissão legal. Analisando a dogmática legislativa e revisando criticamente a doutrina relativa como metodologia, tem-se como objetivo aclarar nesse trabalho que a prática da busca pessoal como mecanismo de policiamento massivo ostensivo-preventivo não possui provisão legislativa e está inserida em um panorama de deficitária racionalização dogmático-jurídica da medida. Busca-se sustentar que a busca pessoal está descrita pela doutrina entre duas espécies no direito brasileiro: podendo objetivar à obtenção de prova no processo penal (busca probatória, regida pelo artigo 244 do CPP), ou à inibição de ocorrência de dano ou perigo iminente (busca preventiva, amparada pelas causas de exclusão de ilicitude do estado de necessidade ou da legítima defesa, descritas nos artigos. 24 e 25 do CP). Sendo a busca pessoal um elemento de suma importância no controle do crime no Brasil, mas deve-se atentar que a prática da busca pessoal com objetivo de prevenção geral, sendo a mesma negativa ou positiva, pode expressar uma função punitiva latente do Estado de tal atividade de busca e se apresenta como uma medida ilegal.

PALAVRAS-CHAVE: busca pessoal; abordagem policial; seletividade penal.

INTRODUÇÃO

A atividade policial no Brasil é prevista no artigo 144 da Constituição Federal, ao qual é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos cuidarem da segurança pública. Dentre as atribuições encontra-se as abordagens policiais, que são realizadas através das buscas pessoais, independente de mandado, quando assim houver a incidência da fundada suspeita, guardada no artigo 244 do Código de Processo Penal – CPP.

Conforme parágrafo 5º do artigo 144 CF, “Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; (...)”. Sendo esta, responsável por inibir e prevenir a ocorrência de delitos através do policiamento ostensivo pelo uso de viaturas caracterizadas e policiais devidamente fardados,

⁸³ Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Criminal na Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins. E-mail: prof.israelalves@fasec.edu.br

de modo que sua presença se torne nítida para a sociedade, e possa trazer a sensação subjetiva de segurança de cada cidadão.

Neste sentido, a atuação constitucional da polícia militar se dá de maneira estratégica, por meio de estudos estatísticos que demonstram as zonas urbanas aonde se tem a maior incidência de criminalidade. Deste modo, direcionando o policiamento ostensivo munido de informações e horários aos quais ocorrem mais delitos, e bem como as características físicas, comportamentais, e tipo de veículos utilizados pelos infratores da lei.

Por intermédio das informações supracitadas se inicia o policiamento ostensivo, e com a observação dos elementos que caracterizam a fundada suspeita, os policiais do rádio patrulhamento realizam as buscas pessoais à transeuntes e veículos, onde são verificados, objetos, documentos, e informações passadas pelos abordados afim de verificar sua veracidade e ou a incidência de algum ilícito cometido.

Ocorre que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que tomou forma através do provimento do Habeas Corpus nº 158.580 BA, ao qual decidiu pelo trancamento da ação penal do réu, suspeito pelo de crime de tráfico de drogas, em que teve o entendimento por unanimidade do Tribunal da Cidadania pela nulidade das provas advindas da busca pessoal realizada pela Polícia Militar da Bahia, tendo em vista que os Ministros entenderam que não haviam elementos sólidos suficientes para ensejar à busca pessoal, mesmo que por meio dela foram encontrados objetos capazes de materializar a prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Nesta lógica, tal decisão tem gerado certa insegurança jurídica na atividade policial, uma vez que certos padrões utilizados para identificar a fundada suspeita não são mais suficientes, como por exemplo o “tirocínio policial”, que é uma expertise para identificação de delitos, que advém da prática e experiência de anos exercendo o serviço de policiamento nas ruas, uma vez que o start para abordagem parte por vezes de uma simples mudança de comportamento do indivíduo ao ver a viatura, detalhes perceptíveis aos olhos de quem tem anos de atuação, mas que para o STJ são insuficientes para se prosseguir à uma busca pessoal, e bem como também a passível responsabilização dos agentes que efetuaram a abordagem.

Portanto este trabalho acadêmico tem o intuito de expor a atual relação entre a atividade policial no exercício de sua função constitucional, ao realizar buscas pessoais sem mandado embasadas pela fundada suspeita, e o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, sendo um tema bastante recente e pertinente à segurança pública e sociedade.

A metodologia empregada na realização deste trabalho acadêmico foi a de pesquisa bibliográfica, em que foram estudados a literatura por meio de autores, doutrinadores, artigos científicos e jurisprudências sobre o assunto ora mencionado, afim de verificar o impacto das atuais decisões do STJ na atividade policial.

1 BUSCA PESSOAL: DEFINIÇÃO, ESPÉCIES E HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO.

Caracteriza-se Estado Democrático de Direito como sendo, de forma recorrente, a moderna sociedade geralmente necessitada de segurança, proteção e tranquilidade. Essa necessidade, propagada, suplanta qualquer divisão que possa ser observada por grupos, categorias ou classes sociais. Entende-se como uma sociedade que se organiza exponencialmente na procura rotineira e árdua por proteção, por segurança e controle, onde existe uma predominante sensação de insegurança, cabe citar, a crença de que o perigo mora em cada esquina (BAUMAN, pp. 15-16, 2009).

Aponta Jean-François Lyotard (1984, p 15), que tal fenômeno é decorrente da própria condição pós moderna, quer dizer, o esvaziamento da grand narrative, o desmoronamento do roteiro dominador pelo qual cada cidadão é colocado dentro da história como protagonista de um passado permanente e de um futuro que se pode anteciper. De outra forma, é este mesmo processo assimilado por Anthony Giddens como a óbvia conclusão de uma radicalização e de uma universalização dos resultados da modernidade e não como uma condição pós-moderna.

De acordo com as palavras de Giddens (1991, p. 12), a sensação que o sujeito possui de fazer parte de um universo de acontecimentos que não são possíveis de se compreender totalmente e dos quais se tem a impressão de estarem além do controle próprio cria uma desorientação que é típica da modernidade, onde é provável se ter a sensação de não se poder atingir o aprendizado a respeito da ordem social.

A fanática e ávida obsessão em se ter segurança surge, assim, na companhia de uma poderosa propensão ao sentimento de medo, ao sentimento compartilhado de um perigo inevitável (BORGES, 199, p. 119). O revés dos grandes, requintados e complexos mecanismos de segurança e de punição, alçados ao cume das prevalências sociais, nutre, dessa forma, envolto em um ciclo vicioso, as necessidades de indivíduos que são mais propensos ao pavor, que se sentem constantemente sob ameaça, com medo e vivendo em insegurança (CAMUS apud ARONE, 2008, ps. 93-94).

Dentro deste contexto, Zygmunt Bauman adverte que o Estado Moderno arca com a tarefa, desesperançada, de ser o administrador deste medo (BAUMAN, 2009, p. 17). Como resultado, a impressão de incerteza e da falta de segurança leva a uma legitimidade deficitária e a um desgaste institucional inevitável, o que conduz à tomada de inúmeras intervenções do Estado com a finalidade de ultrapassar a barreira do medo instaurada (WANDERLEY, 2014, p. 13).

A busca pessoal é eleita, não raramente, como um instrumento fundamental para prevenção contra a criminalidade nos ambientes urbanos públicos. Por causa dessa perspectiva, é usado como expediente legítimo de rotina o ostensivo policiamento.

São admitidas incursões de prevenção e, inclusive, coletivas, que são possíveis de comparar com absolutas devassas, que são exercidas geralmente com a finalidade de fazer inspeção, monitoramento e controle do deslocamento público. Estas intervenções acabam implicando no cerceamento da liberdade de ir e vir, assim como também na violação da privacidade daqueles que são abordados,

dentre os quais se consegue identificar uma predominância absolutamente desproporcional e massiva de adolescentes de classes menos afortunadas e afro-descendentes (WANDERLEY, 2017, ps. 115-149).

Diante deste panorama, é necessário que se compreenda o tratamento dado à busca pessoal pelo direito brasileiro, com a finalidade de identificar as bases dogmático-jurídicas que alicerçam a prática recorrente dessa medida policial que restringe direitos.

Em uma conotação material, se entende busca como a ação de procurar, rastrear, farejar, tentar encontrar pessoas, coisas ou vestígios. MARINONI E Arenhart (2011, p. 239) destacam que a busca caracteriza-se pela “maneira que inúmeros mecanismos judiciais de apreensão e remoção de pessoas e bens assume para diversos fins”, razão esta pela qual não existe “uma medida que represente busca e apreensão, mas com certeza, uma modalidade que é utilizada genericamente para qualquer hipótese onde seja necessário encontrar, apreender, ou retirar pessoas ou bens na intenção de um processo com caráter civil”. Dentro do Direito Processual Penal, se considera que a busca “não aparece aleatoriamente, indeterminável ou indeterminada, mas acaba se vinculando ao que importa para a original persecução penal que originou a ordem de busca” (PITOMBO, 2005, p. 109).

Dessa forma, torna-se procedimento de rastreamento e procura de pessoas ou objetos que estão relacionados ao fato que aparentemente é punível ao qual se refere o processo penal. Se faz oportuna a retomada da definição de Pitombo (2005, p. 109):

“Ato do procedimento persecutório penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.”

Nesse andamento, a busca se caracteriza como um procedimento que tem a orientação de encontrar vestígios, pessoas ou objetos no interesse de um processo penal. Para o Código de Processo Penal (CPP), a busca é subdividida em domiciliar e pessoal e deve ser tratada em conjunto com a apreensão (arts. 240 a 250), no Capítulo XI (Da Busca e da Apreensão) do Título VII do Livro I.

Entretanto, normalmente ressalta a doutrina, que a busca e apreensão caracterizam-se institutos com autonomia, mesmo sendo a apreensão a finalidade da busca (MARCÃO, 2014, p.568).

Caracteriza-se a busca domiciliar por ser aquela que se realiza na casa, objeto protegido constitucionalmente como sendo local inviolável do indivíduo. Por sua vez, a busca pessoal caracteriza-se como sendo a procura realizada “na própria pessoa ou na esfera de custódia que o acompanha” (MISSAGGIA, 2002, p. 202), onde estão incluídos o corpo, as vestimentas, e os bens de seu pertencimento, incluindo-se aí eventual veículo de tração automotiva (que não seja usado como residência).

Dessa maneira, para o Código de Processo Penal Militar (CPPM), a busca pessoal caracteriza-se como sendo a “procura material realizada nas vestimentas, malas, pastas e outros objetos que, porventura, estejam de posse do indivíduo revistado e, quando a situação exigir, no próprio corpo” (art. 180). As hipóteses nas quais a busca domiciliar é cabível tem como limitantes as possíveis finalidades da medida, e que estão enumeradas nas oito alíneas (“a” a “h”) do parágrafo primeiro do art. 240 do CPP. Com relação à busca pessoal, em concordância com o parágrafo segundo do mesmo art. 240 do CPP, é possível ser realizada quando uma fundada suspeita existir que leve a crer que o indivíduo esteja ocultando consigo uma arma que seja proibida ou um objeto mencionado nas alíneas “b” a “f” e “h” do parágrafo primeiro. Por sua vez, o art. 244 preconiza que a busca pessoal não dependerá de mandato expedido previamente caso seja determinada eventualmente durante o decurso de prisão ou de busca domiciliar. Ou, ainda, na hipótese de haver suspeita fundada de que o indivíduo esteja portando uma arma proibida ou esteja de posse de objetos ou papéis que caracterizem corpo de delito. Sendo esta última (busca pessoal sem mandado prévio e não incidental a outra medida) configura-se na modalidade mais comum e é a mais polêmica também.

O conceito de busca como um mecanismo de procura e localização de vestígios, objetos e pessoas no que diz respeito ao interesse de um processo penal, permite que a classifiquemos como um ato processual.

Em conformidade com o art. 244 do CPP, a busca pessoal sem mandado prévio – exceto nas hipóteses em que a busca domiciliar ou a prisão for simplismente incidental – possui um objetivo delimitado: a apreensão de uma arma não permitida ou de algum objeto, ou documento que se caracterizem como sendo corpo de delito.

Em se tratando de objetos com um valor de prova, a busca pessoal, nestes casos, sempre tem uma natureza jurídica e constitui-se em medida probatória/instrutória (meio de se obter a prova).

Entende-se a partir disso que, o art. 244 do CPP desautoriza buscas pessoais que tenham objetivo preventivo. Buscas com a intenção de intimidação de potenciais criminosos para garantir a sensação de segurança, para reafirmar a presença policial, dentre outras finalidades com intenção de prevenção, não fazem parte do art. 244. A realização de buscas com estes fins demonstra uma não tolerável perda de funcionalidade da medida, usada de forma errônea no decurso do policiamento ostensivo (PITOMBO, 2005a, p.3).

Existe de fato, uma perda de funcionalidade e, por isso, configura-se ilegalidade em todos os casos nos quais se insiste em praticá-la com a finalidade de prevenção geral. De outro modo, a apresentação rotineira do art. 244 do CPP, que acaba reduzindo o requisito da busca pessoal a uma simples suspeita fundada (que não é provida de complemento), acaba impedindo que se identifique os objetivos da medida, uma vez que a “suspeita fundada” pode ser referente a um complemento qualquer. Dessa forma, a incompleta leitura do art. 244 do CPP possibilita a sustentação de que haveria duas modalidades de busca pessoal: a processual (instrutória) e a preventiva (LIMA, M., 2014, p. 630):

Na primeira modalidade, a busca pessoal está vinculada a um objetivo probatório e depende de indício da posse de algum elemento procurado que constitua prova (condição limitante). É a hipótese que está prevista no art. 244 do CPP.

Na segunda modalidade, a busca pessoal pode ser executada com o objetivo de prevenção ampla e depende da simples rotulação de um indivíduo ou atitude como sendo suspeito na interpretação do policial (condição preventiva). [...] Dessa maneira, passamos a admitir sua execução diante de qualquer “atitude suspeita”, mesmo que não sejam possuidoras de vínculo direto com alguma conduta que caracterize delito (WANDERLEY, 2017, p. 122-123).

Assim, a não completa leitura do art. 244 do CPP está relacionada com a admissibilidade do desvirtuamento do objetivo da busca pessoal, que se transforma, de medida probatória em medida preventiva policial.

Entretanto, o art. 244 do CPP não engloba possibilidade qualquer de busca que seja meramente preventiva. Visando a apreensão da prova, presume uma prática anterior ou atual do crime, tornando assim excluída a possibilidade de que a medida vise apenas uma prevenção de futuros crimes. Dessa forma, mirando-se no fato de que a busca processual penal se caracteriza pela instrumentalidade e através do seu referencial, adverte-nos, Cleunice Pitombo, que a busca pessoal, que está regulamentada nos arts 240, parágrafo segundo, e 244 do CPP, acaba não se confundindo com uma eventual busca oriunda de finalidade preventiva.

Entretanto, expõe a autora que, mesmo que a legislação processual penal não confira suporte às medidas que são preventivas meramente, a execução de buscas administrativas por parte da polícia estaria alicerçada no poder-dever de estar vigilante, que é inerente aos órgãos de polícia.

Porém, não se deve confundir a diligência praticada pela polícia judiciária, ao executar atitudes que vão poder fazer parte de um processo penal, complementada por todas as legais formalidades, com o poder-dever do estado de vigilância que é inerente aos órgãos da polícia (art.144, parágrafo quarto, da Constituição da República). A ação de prevenção, pela polícia exercida, de acordo com Vincenzo Manzini,

“não possui o escopo processual, muito menos de polícia judiciária, a perquisizione personali, realizada de ofício e por agentes de segurança pública. As finalidades dessa atividade são de segurança ou de vigilância e não tem o destino de procurar algo relativo ao já cometido ou conhecido delito, ou que seja, pelo menos suspeito”. (MANZINI, 2005, p. 155).

Dessa forma, para a garantia da paz pública, os órgãos policiais conseguem executar busca administrativa, sem implicar em conotação processual.

Sendo assim, mesmo que a diferença entre “busca processual” (regida pelo CPP) e “busca preventiva” esteja bastante esclarecida pela autora, limita-se Pitombo (2005, p. 155) a citar o art. 144 da

Constituição Federal de 1988 como sendo a fundamentação normativa da “busca preventiva”, que se caracterizaria por possuir caráter administrativo. Este posicionamento é defendido também, especialmente, por autores que possuem um vínculo com as corporações de polícia militar.

Dessa maneira, Nassaro (2003, p. 46-56; 2005), defende a ideia de que a busca pessoal preventiva encontra permissão no parágrafo quinto do art. 144 da Constituição Federal de 1988, que deu a atribuição de preservar a ordem pública às polícias militares estaduais.

2 NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA BUSCA: MEDIDA PROCESSUAL PROBATÓRIA OU MEDIDA DE POLÍCIA PREVENTIVA?

A conceituação de busca como sendo um procedimento de procura de objetos, pessoas ou vestígios quando do interesse de um processo penal possibilita dar-lhe a classificação de um ato processual (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 227).

Na amostragem de motivos do CPP (item VII), de maneira mais específica, se faz estabelecer que a busca constitui um mecanismo de alcance da prova. Além disso, sua normatização está incluída no Título VII (Da Prova) do Título I (Do Processo em Geral) do CPP.

Seguindo essa direção, a doutrina dominante sublinha que a busca é um mecanismo de instrução, voltado para a aquisição ou para a preservação de provas dentro de um processo penal, e parte considerável ainda acrescenta que se trata de um mecanismo de instrução cautelar (LOPES JR., 2012, p. 717).

Depois de serem feitos estes esclarecimentos, é cabível notar que as finalidades possíveis da busca são assinaladas por duas características essenciais: a referibilidade ao caso penal que está sendo apurado e a instrumentalidade relacionada análoga à perseguição penal. Verdadeiramente, a busca se caracteriza por ser uma medida instrumental, que não objetiva ela própria nem a satisfação e nem a pretensão acusatória (objeto do processo penal), muito menos a pretensão punitiva (cujo exercício é dependente do processo penal prévio), mas somente dar viabilidade a efetivação de sua tutela, sem diretamente satisfazê-las.

Por outro caminho, a busca constitui-se em uma medida referida ao caso penal, já que, ao objetivar assegurar a execução de uma tutela que faz referência a um determinado fato que é punível aparentemente, com este encerra uma relação de referibilidade. O caso penal, então, constitui a causa de solicitar remota da busca (MARINONI; ARENHART, 2011). Por este motivo, ao tratar da busca pessoal, Pitombo acrescenta que apesar da variabilidade de coisas que são possíveis de serem procuradas através da medida, o importante é a relação entre as coisas que se busca e a infração penal” (2005b, p. 136). A instrumentalidade e a referibilidade constituem-se características opostas à satisfação da tutela e ressignificam o vínculo da busca com o processo penal.

Estas características se destacam da própria definição de busca, visto que, como já citado, a busca é, dentro do direito processual penal, conceituada como sendo uma ação de procura e localização

de objetos, pessoas ou vestígios que tenham relação com o fato que está sendo apurado no processo penal e de interesse do processo penal respectivo. Salientam-se nesta conceituação, a referibilidade ao caso penal e a instrumentalidade (direta ou indireta) relacionada à tutela desejada no processo penal. Sendo assim, a saliência da referibilidade e da instrumentalidade possibilita esclarecer que uma eventual busca que não tenha relação com um fato que seja aparentemente punível e que não esteja atrelada com a tutela desejada no processo penal não deve qualificar-se como uma busca processual penal e não contém fundamento no direito processual penal.

2.1 BUSCA PROCESSUAL E REVISTA PREVENTIVA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Na atualidade, sem exceção, as revistas policiais a indivíduos em espaço público de acesso livre, independentemente de sua fundamentação e de suas finalidades, é caracterizada como busca pessoal, e está regulada nos artigos 240, parágrafo segundo, e 244, do Código do Processo Penal.

Será nosso objetivo a seguir dar esclarecimento sobre a impropriedade de classificar-se qualquer revista a um indivíduo em um espaço público como uma busca pessoal, tal como estipulada no Código de Processo Penal. Partindo-se de um limite mais preciso das revistas que com efetividade constituem buscas pessoais, nos ditames do CPP, existe a possibilidade de avistar que ainda permanece a chance de que as revistas à um indivíduo não sejam possuidoras de vínculo com a persecução penal, mas que tenha sim uma eminente finalidade preventiva.

De início, cabe salientar, de acordo com o que já foi possível constatar, que existe uma substancial onda doutrinária que dá ênfase ao conceito de fundada suspeita, que está inserido nas normatizações do parágrafo segundo do artigo 240 e do caput do artigo 244 do CPP, considerando-o em particular vago e impreciso. Essa incerteza legal, não é sobrepujada nem pelas investidas doutrinárias concedidas ao assunto, nem pela conduta jurisprudencial orientada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, é necessário que se observe que a mal afamada “fundada suspeita” se constitui não somente em um vago e impreciso conceito, mas incompleto também, visto que não gera evidência sobre qual é o objeto de tal suspeita. Em face a este hiato, precisa-se dar destaque ao fato de que a “fundada suspeita” a que se referem os artigos 240, parágrafo segundo, e 244 do CPP, tem por alvo não o ato da conduta delituosa (como se pressupõe com frequência), mas na verdade a ação de ocultar o objeto que tem relação com uma conduta delituosa alvo da perseguição penal.

Dessa maneira, para a execução da busca pessoal, dentro das possibilidades admitidas pelo art. 240, parágrafo segundo, estabelece-se o requisito da fundada suspeita de uma ocultação de algum tipo de arma que seja proibida ou de algum objeto que esteja citado nas alíneas “b” a “f” e “h” do parágrafo primeiro do dito dispositivo de CPP e, nas possibilidades previstas pelo art. 244, o requisito da fundada suspeita de ocultação de corpo de delito ou de alguma arma considerada proibida.

Orientando-se por esta informação complementar fundamental do conceito de fundada suspeita, se constata que a busca pessoal, na forma como foi regulamentada no Código de Processo Penal, enquanto mecanismo de perseguição penal, é executada quando a infração penal que está sendo

investigada já é de conhecimento dos agentes públicos mesmo antes da colocação em prática da medida, e na hipótese de existir a fundada suspeita de uma ocultação de algum objeto que tenha relação com a infração investigada, em qualquer situação prescrita nos arts. 240, parágrafo segundo, e 244 do Código de Processo Penal.

Sendo assim, seja por se perceber uma situação de flagrante delito, seja pela realização de atitudes prévias de investigação, a execução do crime já é de conhecimento dos agentes públicos, e a execução da busca acaba por se inserir no transcurso da perseguição penal já iniciada. Esse limite, como se pode ver, não deixa de lado as considerações que, na esfera doutrinária, já são direcionadas a este instituto. Por outro lado, as concede força ao reafirmar a natureza instrumental da busca pessoal e o seu vínculo com a perseguição penal já começada, e, após esclarecida a complementação do conceito de fundada suspeita, possibilita concentrar o foco no pressuposto fundamental para a execução da medida, seja qual for o prévio conhecimento da infração penal.

Efetivamente, sobre isso, Cleunice Bastos Pitombo (2005, p. 118) acena com o seguinte esclarecimento:

“O objetivo da busca, dentro do processo penal do Brasil, é em âmbito geral, encontrar o desejado, ou descobrir o pretendido, de coisa móvel – objeto, pessoa, papel ou documento, ou ainda outros elementos materiais. Ligados todos, de alguma maneira, à perseguição penal, em seus momentos: judicial ou extrajudicial.”

Sendo assim, a busca pessoal, regulada nos arts. 240 a 250 do CPP, configura vínculo com a perseguição penal originária, cabe salientar, está relacionada com um fato investigado e que já é de conhecimento da autoridade, nos termos do art. 6º do CPP. Dessa forma, a priori, a “fundada suspeita” a que fazem referência os arts. 240, parágrafo segundo, e 244, do Código de Processo Penal, não tem por alvo a prática delituosa – que já é de conhecimento –, mas na verdade, a ocultação de algum objeto que tenha relação com ele, visto que é, o conhecimento prévio do delito que, justamente, o enseja, pois, a execução de atitudes de perseguição penal, dentre os quais está inserida a busca pessoal.

Sobre a busca pessoal, cabe salientar que a execução de medidas de investigação que acabam implicando em quebra de sigilo ou na invasão de privacidade do indivíduo que está sendo acusado requer, obrigatoriamente, uma autorização judicial prévia. Baseando-se por essa premissa, então, é assentado pela jurisprudência brasileira que a busca domiciliar, assim como as quebras de sigilo fiscal, bancário, telemático ou telefônico, necessitam ser submetidas previamente a um exame jurisdicional, com a finalidade de se evitar uma utilização dessas medidas que são invasiva de privacidade individual de forma abusiva.

Semelhante entendimento pode ser utilizado com relação a à busca pessoal, de forma que o “mandado” indicado no artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal, possa ser compreendido como mandado jurídico. De outra forma, acrescentando a essas ponderações, mister se faz observar que ao

exercitar o poder de polícia administrativa fica permitido aos agentes dos órgãos de segurança pública, especialmente aos determinados ao policiamento ostensivo, que realizam revista de pessoas que transitam no ambiente público, não necessariamente como o intuito de obter elementos importantes para persecução penal já iniciada, mas sim com o objetivo precípua de prevenir a atividade de práticas nocivas, que atentem à integridade de direitos e bens jurídicos, e que apenas possam ser considerados hipoteticamente em caso de ilícito de natureza penal.

Dessa forma, é importante considerar que uma abordagem policial pode ser somente incidental e ocorrer a qualquer época da persecução penal, e ainda podendo ser efetivada até antes de seu início. Nessa situação, a abordagem realizada ao cidadão não é configurada como uma busca pessoal, tal como regradada nos artigos 240 a 250 do CPP. Dessa forma, a atividade não objetiva a obtenção de elemento de prova ou de convicção relativo a crime determinado, nem mesmo a sua garantia ou acautelamento. Somente objetiva evitar conduta prejudicial, de cujo caráter ilícito ainda nem mesmo se tem conhecimento, motivo pelo qual ainda nem mesmo foi iniciada a persecução penal. Tal ato, possui objetivo meramente preventivo sendo decorrente do poder de polícia administrativa.

Nesse contexto, pode-se concluir que a quebra da inviolabilidade pessoal perante a abordagem policial coercitiva e invasiva pode ser praticada pelos órgãos de segurança pública com dois objetivos principais e distintos, os quais alteram a natureza jurídica projetada pela medida, quais sejam: constituir ato da persecução penal (busca pessoal) ou ato de polícia (revista preventiva).

A diferença é essencial na condução dada à abordagem policial ao indivíduo pelo direito português e pelo direito estadunidense. O regramento jurídico português, elimina o requisito do mandado judicial anterior em casos onde haja urgência para a prática da medida, onde a revista atinge não somente a um interesse de caráter processual, mas ainda a uma finalidade preventiva.

Da mesma forma, a Suprema Corte dos EUA determina exigências diferenciadas para a stop and frisk, tipo de revista que se conduz especialmente para proteger a integridade de pessoas e do patrimônio, e não aos interesses gerais da persecução penal.

No âmbito nacional, a diferença entre a busca pessoal como atividade de persecução penal e a revista preventiva como mecanismo de polícia é conduzida na doutrina de diversos autores que buscam compreender a busca pessoal, entretanto nunca de modo totalmente elucidativo de forma a permitir uma normatização precisa e um controle efetivo da legalidade dessas atividades estatais.

Alguns doutrinadores compreendem que a revista preventiva, realizada antes do conhecimento da infração penal, também seria regida pelos artigos 240 a 250 do CPP. Entretanto, outros, consideram que os artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal somente regulamentaram a busca com relação à persecução penal, e não a revista de caráter preventivo. Ambos não aprofundam um estudo minucioso e detalhado a respeito desta última. Dessa forma, direcionam seus esforços exclusivamente para a análise da busca pessoal e nada concluem quanto à revista pessoal preventiva em particular.

3 O (DES)CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA BUSCA PESSOAL NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tirocínio policial faz referência a expressão usada no campo de estudo da criminologia. De acordo com ela, após adquirir um nível de experiência trabalhando nas ruas, o policial passa a ser apto para se antecipar aos indivíduos e ser perceptivo aos agentes criminosos embora não se encontrem em estado de flagrante ou, até, em condutas potenciais criminosas, agindo de acordo com essa aptidão o policial na intenção de evitá-las mesmo antes que ocorram.

Usando outras palavras, tirocínio entende-se como uma espécie de instinto, “insight” ou “feeling” – mas não somente isso – aperfeiçoado pelo policial e que, em inúmeras vezes, acaba servindo para evitar mortes, roubos, estupros, entre outros, visto que tal capacidade de intuição desenvolvida e usada pelo policial o permite se antecipar, abordar e prender um transgressor potencial da lei mesmo antes que ele cometa um crime (caso exista um mandado judicial em aberto ou exista flagrante de algum outro ato delituoso, como a posse ou o porte de arma de fogo – que poderia ser usada para a execução de um roubo, por exemplo, mas que não o será por causa da antecipação policial), visto que essa é a função primordial da Polícia Militar, de acordo com o preconizado no já enunciado art. 144, parágrafo quinto da Constituição Federal de 1988.

É importantíssimo tornar claro que, em evidência, esta antecipação não tem nada a ver com a pigmentação da pele ou com suposto pertencimento à uma ou outra classe social a qual o indivíduo que vai ser abordado faça parte, mas sim com a reunião de diversos fatores, como os “indicadores criminais” já citados, entre outras tantas coisas. Ressaltamos, ainda, que o tirocínio policial se baseia, afora a experiência e a capacidade de discernimento policial, em critérios técnicos, e que devem ser os balizadores de toda e qualquer ação policial.

Neste caminho, de acordo com o preceituado por Walter de Lacerda Aguiar (2020, p. 16).

- 1- Necessidade – Indica que qualquer ação ou omissão deve ser implementada quando for indispensável.
- 2- Avaliação dos Riscos – Orienta que toda e qualquer ação tem que levar em conta se os riscos dela advindos são compensados pelos resultados.
- 3- Aceitabilidade – Toda a ação deve ter embasamento legal, moral e ético.”

Acontece que, em conformidade com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que é o relator do HC número 598.051, a intuição pessoal do policial não configura fato que possa legitimar o cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo, mesmo que, ao abordar este indivíduo, sejam encontrados em sua posse objetos de um crime e, por isso, não esteja apta a facilitar a fundada suspeita que é tratada no art. 244 do CPP.

Este modo de entender possui muita relação com as decisões proferidas recentemente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em contrariedade a Argentina, onde o tema se baseia também na abordagem policial e fundada suspeita, no campo da qual o estado referido foi condenado, já que fora entendido terem violado, os policiais, os direitos constitucionais dos cidadãos quando realizada a busca pessoal sem que houvesse um concreto indício de que existisse sob a posse deles a

possibilidade de encontrar objetos de crime – embora leve-se em conta o fato de que foram efetivamente encontrados tais objetos.

A CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos), que baseia-se no acordado no Pacto de San José da Costa Rica, do qual é signatário o Brasil desde 1992, em uma decisão recente, acontecida no ano de 2020, tornou nula a condenação ocorrida no País vizinho (logo após condenou o Estado Argentino) contra dois cidadãos – de nomes Tumbeiro e Prieto (elementos estes que foram encarcerados na distante década de 90), por ter entendido que, neste específico caso, inexistia uma prévia justificativa à busca pessoal que fora executada por parte dos policiais.

A referida decisão acabou servindo como paradigma que deve ser seguido pelos países signatários restantes do Pacto de San José da Costa Rica, como é o caso brasileiro. Acontece que, em seu voto, o Sr. Ministro Schietti, relator do HC número 598.051, fez esclarecer que uma das motivações pelas quais se deve exigir que a busca pessoal encontra justificativa em elementos palpáveis e concretos reside na tentativa de se evitar a reincidência de práticas que configurem preconceitos estruturais e que estão enraizados dentro da sociedade, como nos casos de “perfilamento racial, que é um direto reflexo do racismo estrutural”, atitudes estas que são combatidas com veemência pelo Pacto de San José da Costa Rica, que é um dos mais importantes tratados internacionais a abordarem assuntos referentes aos Direitos Humanos e cuja relevância é absolutamente inquestionável.

Acontece que, nesta ocasião, a CIDH enfatizou que a utilização de estereótipos como base para a realização da busca pessoal, “acaba pressupondo uma culpa presumida contra qualquer indivíduo que neles se enquadre e não em uma avaliação caso a caso dos fatores objetivos que indicam efetivamente que o indivíduo está relacionado com a execução de um crime”.

Nesta sentença, a Corte referida observou ainda que as prisões com bases discriminatórias acabam sendo “manifestamente incoerentes e, dessa forma, abusivas”.

Durante seu relatório de mérito:

(...) fez considerações a que ambas as prisões foram cometidas sem uma ordem judicial ou sem a configuração do estado de flagrante delito e apontou que, em nenhum destes casos foi estipulada de uma forma detalhista, em uma documentação oficial respectiva, a enumeração de quais fatos objetivos caracterizaram originalmente um grau de suspeita razoável que levasse à suspeita de uma ilicitude criminal”.

Em conformidade com o STJ, a obrigatoriedade desta instrução se justifica, apesar de tudo, pela finalidade de evitar a ação de restringir de forma desnecessária os direitos e as garantias individuais dos indivíduos e, assim, evitar uma repetição de práticas que configurem estruturais preconceitos. Acontece que a restrição de direitos e garantias de alguém abordado é necessária quando, por causa dessa restrição, se tem conhecimento da existência de algum crime.

Assim, mesmo que seja evidente, nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, menos ainda o direito à liberdade. Se é irrazoável dar limite ao direito de um indivíduo – que encontre-se praticando um crime – por meros minutos, a fim de que se realize uma busca pessoal, que sentido há em existir policiamento ostensivo? Se faz interessante dar destaque, ainda, que em seu voto, o Sr. Ministro Rogerio Schetti Cruz levantou a necessidade de se analisar específica situação ocorrida em Nova York, em que, de acordo com ele, na citada cidade, “o percentual de eficiência das stop and fricks – que se traduzida literalmente soaria como “parar e revirar”, quer dizer, um termo que encontra familiaridade no usualmente descrito no Brasil como “uma dura” – encontrava-se na casa dos 12%, o que quer dizer, 12 vezes a porcentagem de assertividade da polícia brasileira, é assim mesmo, fora considerado muito baixo e inconstitucional pela juíza federal Shira Scheindlin em 2013.

É evidente que este número, por ele somente, não é capaz de justificar a falta de necessidade das buscas pessoais, até porque se trata de países que são diferentes e possuem realidades distintas, inclusive, somente no ano de 2021, foram assassinadas em nosso país 41.069 indivíduos, número este que representa uma média alarmante de 112 assassinatos violentos por dia no Brasil, números que podem ser comparados com as estatísticas de alguns países que estão em um estado de guerra.

Embora toda a falta de segurança e a polêmica geradas pela decisão que fora analisada acima, faz-se muito importante sinalizar que, de acordo com o que já foi esclarecido, não estamos tratando de uma decisão erga omnes, mas sim inter partes, quer dizer, somente possui efeitos sobre as partes que estão envolvidas no processo no campo do qual ela fora expressada. Além do mais, tanto o art. 240 quanto o art. 244 ainda estão em sua vigência, logo, comparando tais artigos com o art. 144 da Constituição Federal, acaba por se tornar evidente que a busca pessoal ainda é uma atribuição dos órgãos de polícia militar e, assim sendo, precisa ser realizada normalmente.

É evidente, face a todos os fatos já enunciados aqui e discutidos no estudo presente, que os policiais militares que executam a busca pessoal deverão começar a fazer a descrição dos indivíduos que irão caracterizar a fundada suspeita, inclusive assinalando com o máximo de detalhamento possível, para que não aconteça nenhuma possibilidade de prejuízo ao trabalho feito, que seja na soltura do indivíduo infrator, seja na responsabilização penal ou administrativa dos policiais envolvidos na execução da medida.

Com infelicidade, este cuidado não se caracteriza suficiente para dar garantias ao sucesso de uma diligência, visto que se trata de um assunto que caracteriza-se por muitos elementos de subjetividade – prova é que o acusado foi condenado em primeira e em segunda instâncias e contou com a decisão de revisão no STJ – assim, dependerá bastante da forma como o magistrado responsável pelo julgamento acabará entendendo a situação.

De fato, se espera que com o passar do tempo, o assunto acabe sendo enfrentado pelo Superior Tribunal Federal e, até quem sabe, se edite uma Súmula Vinculante com a finalidade de dar unidade ao entendimento dos demais tribunais brasileiros e assegurar o trabalho dos órgãos de Polícia Militar.

Enquanto se espera, infelizmente, os policiais militares serão obrigados a lidar com essas dificuldades ao executarem o seu trabalho honroso.

CONCLUSÃO

No senso comum é difundida a noção de que um indivíduo qualquer que transita por algum espaço público pode ser vítima de uma abordagem e revista executada pela polícia (por todos, cf. RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 17).

Em outro cenário, na doutrina jurídica própria, pode-se afirmar que a busca pessoal é dependente somente de "fundada suspeita", não raramente equiparada, nas oratórias policiais, à uma indicação de atitude, pessoa ou uma situação caracterizada como suspeita.

Elucidado nesse artigo, a simples adjetivação de atitudes, pessoas e situações caracterizadas como suspeitas, a partir de um potestativo juízo de não pertencimento e de estranheza elaborado pelo próprio policial, não se deve confundir com o requisito que é exigido pelo art. 244 do CPP para a execução da busca pessoal sem um prévio mandado (fundada suspeita de posse de arma ilegal, proibida, ou outro corpo de delito pelo abordado).

A falta de observância sistêmica do requisito que é exigido pelo CPP durante a prática da busca pessoal realizada pelas polícias é sintomática. Em concordância com a Exposição de Motivos do CPP, que nos remete a 1941, o "espírito do Código" eleva a eficiência da repressão penal ao patamar de finalidade primordial e relevava as garantias dos acusados ao mesmo propósito dos favores e franquias que à eles seriam concedidos alegadamente pela lei processual penal de antes.

Dessa maneira, a regulamentação da busca pessoal no já configurado como autoritário CPP não tem sido obedecida sob o pretexto de que se garanta segurança nos ambientes públicos.

Observa-se, em razão disto, um acréscimo na procura por eficiência que exige uma dupla e extrema tentativa de neutralizar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais: o ditame de repressão à criminalidade é elevado com a finalidade de flexibilizar ou mesmo tornar distante a condição de aplicar normas que, todavia, já foram desenvolvidas partindo-se desse mesmo ditame.

Cabe assinalar que, o jugo costumeiro na prática da busca pessoal não se relaciona tanto com uma insuperável deficiência da lei – mesmo que esta possa sofrer aperfeiçoamento -, mas sim, está relacionado com uma desatenta e frágil interpretação que lhe é conferida pela própria doutrina jurídica, a qual engloba, por sua vez, um insuficiente controle da validade da medida.

Sendo assim, as buscas consideradas abusivas, que são justificadas como sendo procedimentos de rotina, não pode ser vinculada à deficiência da lei ou a falta de critérios na aplicação da mesma (selective enforcement), mas sim a falta de aplicação da lei e a correspondente falta de eficiência do controle de legalidade da ação. Neste panorama, em oposição a essa condição, é imprescindível solicitar uma observância estrita dos requisitos legais da busca pessoal por parte das polícias, assim como melhorar os mecanismos que fiscalizam, que monitoram e que fazem o controle da medida.

Estas providências demandam uma modificação postural não apenas das próprias corporações policiais, mas, inclusive, das instituições controladoras da atividade policial e da doutrina jurídica em si, com o objetivo de conferir mais segurança jurídica no delineamento das fronteiras de legalidade na intervenção policial. Tendo sido motivado pelo assunto abordado, este estudo trouxe esclarecimento a respeito de que, no tocante à natureza jurídica, existem duas modalidades de busca pessoal que são admitidas atualmente em nosso Código Normas: a Probatória e a Preventiva.

As características de validação de uma e de outra não encontram confusão. No primeiro modelo, a prática da busca pessoal é dependente da indicação de algo que indique a posse de corpo de delito por parte do indivíduo (busca probatória, regulada pelo art. 244 do CPP).

Já no segundo modelo, a busca pessoal é dependente da indicação de que existem indícios de uma posse de arma que possa ser utilizada contra o policial militar ou terceiros, em uma situação de dano ou que configure perigo imediato ou iminente (busca inibitória, baseada e fundamentada nas causas de exclusão de ilicitude dos arts. 24 e 25 do Código Penal).

Nos dois casos, a profundidade da busca deve respeitar os limites dados pelo fundamento motivador da sua execução, para evitar desvios. De outra forma, afora estas duas possibilidades de cabimento, a execução da busca pessoal na qualidade de medida policial de prevenção geral, em se tratando de pessoas em atitudes que se adjetivam como sendo suspeitas, é uma medida ilegal.

Nesta ação, se manifesta a função punitiva possível da busca, incluída em um regramento disciplinar em relação ao policiamento dos ambientes públicos, a ser veementemente evitado pelos mecanismos de controle da atividade da polícia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Walter De Lacerda. **Tirocínio Policial**. Clube de Autores, 2020

AMARAL NETO, Silas Bordini do. **Busca pessoal como estratégia de eficiência na prevenção criminal e medida de preservação da ordem pública**. *Justitia*, v. 66, n. 200, 2009.

ANDRADE, Ivan Moraes de. **Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BORGES, Jorge Luis. **Del rigor en la ciencia**. In: *El hacedor*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 119)

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2022.

CAMUS apud ARONNE, Ricardo. **Entre os véus de Themis e os paradoxos de Janus: a razão e o caos no discurso jurídico, pela lente de Albert Camus**. In: *Encontros entre direito e literatura : pensar a arte / org. Clarice Beatriz da Costa Söhngen, Alexandre Costi Pandolfo*. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008, pp. 93/94.)

_____. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.. Dispõe sobre Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art810>. Acesso em: 09 out. 2022.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, p. 12.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM

LYOTARD, Jean-François. **Postmodern Condition: A Report on Knowledge: A Report on Knowledge** volume. P. 15, 1984.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONE, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millenium, 2000, v. 2.

PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR. Humberto- **Processo Civil 2**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A **constitucionalização da abordagem policial: a busca pessoal e a revista pessoal preventiva na sociedade de risco**. Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. 141.Pg, p. 13, 2014.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 128, n. 25, p. 115–149, 2017.

ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2009

TUTELAS PROVISÓRIAS E SUA INTER-RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

JOSÉ YURI PINTO RIBEIRO:
Especialista em Direito pela
Universidade Regional do Cariri
(URCA)

MÁRCIO SÉRGIO MONTEIRO BACURAU
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar o instituto da Tutela Provisória e sua inter-relação com os Princípios do Devido Processo Legal e da Razoável Duração do Processo no âmbito do Direito Processual Civil Brasileiro. Sua origem, espécies, requisitos e repercussões. A relevância do estudo consiste em perceber a evolução do instituto ao longo do tempo, a compatibilidade com sobreditos princípios e suas implicações no mundo real, notadamente para as partes do processo. A metodologia utilizada foi a análise descritiva. Este artigo objetiva contribuir para o estudo deste importante instituto do Direito Processual Civil.

Palavras – Chave: Tutelas Provisórias. Princípios do Devido Processo Legal e da Razoável Duração do Processo.

ABSTRACTY: This paper aims to address the Provisional Guardianship Institute and its interrelation with the Principles of Due Legal Process and Reasonable Duration of the Process under Brazilian Civil Procedural Law. Its origin, species, requirements and repercussions. The relevance of the study is to understand the evolution of the institute over time, the compatibility with the above principles and its implications in the real world, especially for the parts of the process. The methodology used was the descriptive analysis. This article aims to contribute to the study of this important Civil Procedural Law institute.

Key – words: Provisional Guardianships. Principles of Due Process and Reasonable Duration of the Proces.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o instituto da tutela provisória e sua inter-relação com os Princípios do Devido Processo Legal e da Razoável Duração do Processo, haja vista sua inegável importância como ferramenta de concretização do direito.

A partir da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o estudo tem como objetivo analisar a evolução do instituto tutela provisória no ordenamento jurídico pátrio ao longo do tempo, suas

principais espécies, requisitos, características, bem assim suas repercussões práticas, notadamente para as partes do processo.

Também será estudada a relação existente entre os princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo com o sobredito instituto.

O objetivo principal é que, ao final deste trabalho, seja possível concluir se há compatibilidade entre a tutela provisória e supramencionados princípios.

1. TUTELAS PROVISÓRIAS

1.1. BREVE HISTÓRICO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, CONCEITO, PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE

Inicialmente, emerge oportuna a realização de um breve histórico da disciplina legal das tutelas “diferenciadas” a partir da redação original do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973).

O CPC/1973 previa a existência de três tipos de provimentos jurisdicionais: a) o de conhecimento, onde o juiz, após a devida instrução, dizia o direito aplicável ao caso concreto; b) o de execução, estruturado para entrega efetiva do bem da vida à parte vencedora no processo, caso o sucumbente assim não o fizesse voluntariamente; e c) o cautelar, que, de natureza acessória, se destinava a garantir os dois primeiros diante de ameaças resultantes da morosidade da Justiça. Os doutrinadores da época entendiam que para cada uma das espécies de provimento havia um tipo de processo correspondente. Assim, de acordo com o texto original do CPC/1973, se uma parte pretendesse lançar mão de uma medida de natureza cautelar não era possível requerê-la no bojo do processo de conhecimento, mas sim teria que ajuizar uma ação cautelar, autônoma em relação à demanda principal.

Em resumo, nesse momento inicial do CPC/1973, em regra, não se admitia a possibilidade de provimento de tutelas provisórias satisfativas no âmbito do então procedimento comum ordinário. O que havia era a possibilidade de concessão limiar de algumas medidas antecipatórias previstas em certos procedimentos especiais, como, por exemplo, nas ações possessórias.

Apenas com o advento da Lei nº 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273 do CPC/1973, foi que restou positivada a possibilidade de deferimento de tutelas antecipadas genéricas, de forma mais abrangente, desde que, por óbvio, fossem observados os requisitos legais. A partir de então, o ordenamento jurídico pátrio passou a admitir dois tipos de tutelas diferenciadas, a cautelar (assecuratória) e a antecipatória (satisfativa).

Posteriormente houve outras mini-reformas no texto do CPC/1973, como a trazida pela Lei nº 10.444/02, que entre outros pontos, deu uma nova redação ao §7º do art. 273, que conferiu ao magistrado poderes para, analisando o caso concreto, promover uma espécie de fungibilidade entre os provimentos cautelares e antecipatórios.

Já o CPC/2015, no seu art. 294, consagrou a expressão tutela provisória dispondo que pode "*fundamentar-se em urgência ou evidência*". Percebe-se que o diploma legal enumera os possíveis fundamentos da tutela diferenciada, mas não traz seu conceito. Assim, emerge oportuna a transcrição da conceituação do sobredito instituto nas palavras do professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

(...) é uma espécie de tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou em verossimilhança ou em evidência, razão pela qual terá natureza provisória, podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada. (GONÇALVES, 2017, p. 472)

Do conceito acima é possível extrair-se as duas principais características das tutelas provisórias, quais sejam, ser fruto de cognição perfunctória e sua precariedade.

Se para concessão da tutela diferenciada o magistrado tivesse que instruir todo o processo e realizar uma análise aprofundada de todo arcabouço fático-jurídico não haveria sentido para existência do instituto objeto deste estudo, pois a tutela deferida já poderia ser, desde logo, a definitiva. Assim, seja pela urgência ou pela evidência do direito, exige-se do Estado-Juiz uma resposta mais ágil para resguardar o direito sob afronta, o que autoriza o membro do Poder Judiciário decidir com base numa cognição não exauriente.

Por outro lado, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, essa decisão tem natureza precária, podendo ser revogada/modificada a qualquer tempo, haja vista que a parte contrária poderá trazer informações/fundamentos capazes de infirmar as alegações autorais ou, ainda, haver mudança na realidade fática que justificou a concessão da medida diferenciada.

Atente-se que a tutela provisória está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, depende da manutenção da situação fático-jurídica, conservando sua eficácia na pendência de decisão contrária, mas, repise-se, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, por decisão motivada. Tal característica encontra amparo legal no art. 296 do CPC/2015:

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Quanto à finalidade da tutela sob análise, é possível resumir em duas alternativas: afastar o perigo a que está sujeita a tutela definitiva em razão dos efeitos do tempo - o que se alcança por meio da antecipação dos efeitos da sentença, ou pela adoção de uma medida assecuratória, que visa não satisfazer, mas preservar o provimento final (cautelar); ou redistribuir os ônus da demora na solução do processo, quando o direito tutelado for evidente.

1.2. PRINCIPAIS DIFERENÇAS PARA A TUTELA DEFINITIVA

A proteção jurisdicional conferida a uma pretensão específica pode ser realizada de diferentes formas e receber várias classificações. Uma delas enquadra a tutela em definitiva ou provisória.

Em regra, para se usufruir de um direito com base em uma decisão judicial há a necessidade de se obter a chamada tutela definitiva. Essa é prestada após a finalização da fase de conhecimento, ou seja, após o trânsito em julgado da decisão de mérito no processo.

Nessa fase, durante a instrução, são produzidas e colhidas as provas, assim como é oportunizado o pleno contraditório, além de ser dada às partes a possibilidade de se manifestarem nos autos processuais em todas as suas fases. Depois de esgotada a fase de conhecimento (tanto em primeira, quanto em segunda instância), **HÁ O CHAMADO CONTRADITÓRIO PLENO, COM O EXERCÍCIO DA COGNIÇÃO EXAURIENTE PELO JUIZ**. O contraditório pleno dá azo à chamada **TUTELA DEFINITIVA**.

Os magistrados, tanto de primeira instância, quanto de grau recursal (após a finalização da fase de conhecimento), já exauriram todas as possibilidades do contraditório, analisando as alegações trazidas pelas partes e as provas possíveis de serem produzidas no processo. Em decorrência dessa infinidade de provas e alegações, **A REGRA É QUE A TUTELA DEFINITIVA SEJA IMUTÁVEL**, gerando a chamada coisa julgada.

Entretanto, como visto acima, há outra espécie de tutela em contraponto à tutela definitiva, objeto deste estudo e que se encontra disciplinada nos arts. 294 e seguintes do CPC/2015.

A tutela provisória visa abrandar o ônus do tempo processual, porquanto permite a concessão imediata de um direito ou uma providência que assegure o interesse de uma das partes do processo, desde que haja fundamento suficiente, seja em razão de uma urgência (nos casos em que não será possível esperar o transcurso do processo todo), seja em razão da evidência (situações em que o direito é evidente, embora inexista urgência).

Dessa forma, o provimento é prestado antes do momento final da fase de conhecimento processual, podendo ser concedido liminarmente (no início da ação), durante o curso da fase de conhecimento (incidentalmente) e até, excepcionalmente, na sentença. É possível, ainda, que a tutela provisória seja concedida em sede de recurso, para que sejam antecipados os efeitos da tutela recursal ou para a concessão de efeito suspensivo ao recurso, seja por decisão monocrática do relator, seja por decisão colegiada.

Como dito acima, o contraditório a que o juiz tem acesso para proferir uma decisão de tutela provisória não é o contraditório pleno. No momento de prolação da decisão, o magistrado ainda não teve acesso a todos os elementos probatórios e alegações das partes. **COSTUMA-SE DIZER QUE, NESSA TUTELA PROVISÓRIA, A COGNIÇÃO DO JUIZ É SUMÁRIA OU NÃO EXAURIENTE, CONDUZINDO A UM JUÍZO DE PROBABILIDADE**.

Destaque-se, por oportuno, que quando a tutela provisória é concedida na sentença há uma exceção ao tipo de cognição que a precede, sendo, neste caso, exauriente. Registre-se que a concessão na sentença possibilita sua execução de imediato, haja vista que, conforme previsto no art. 1.012, §1º, inciso V, do CPC/2015, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação, pois eventual apelação interposta não terá efeito suspensivo automático.

Assim, enquanto a tutela definitiva é, em regra, imutável, a tutela provisória, como visto acima, tem a precariedade como uma de suas principais características, podendo ser revogada ou modificada. Logo, dada a ausência de contraditório pleno, o magistrado poderá, a qualquer tempo, modificar ou revogar a tutela provisória, desde que o faça em decisão fundamentada, nos termos dos arts. 296 e 298 do CPC/2015.

Em resumo, pode-se dizer que a principal diferença entre as duas espécies de tutela estudadas reside na profundidade e extensão da cognição judicial, se exauriente ou perfunctória, o que repercutirá na possibilidade de mutação (ou não) das respectivas decisões.

1.3. TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA: REQUISITOS E PRINCIPAIS DISTINÇÕES

Entre as novidades trazidas pelo CPC/2015 uma das mais relevantes foi a relativa às espécies de tutelas provisórias. Enquanto no CPC/1973 havia apenas a “antecipação de tutela” e a “cautelar”, o novo diploma legal unificou os tipos já existentes como subespécies da “tutela de urgência” e inovou ao positivizar a chamada tutela de evidência. O professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves assim dispõe sobre o tema:

A expressão “tutela provisória” passou a expressar, na atual sistemática, um conjunto de tutelas diferenciadas, que podem ser postuladas nos processos de conhecimento e de execução, e que podem estar fundadas tanto na urgência quanto na evidência. As tutelas de urgência, por sua vez, podem ter tanto natureza satisfativa quanto cautelar. (GONÇALVES, 2017, p. 468)

Portanto, atualmente, na classificação que leva em conta os fundamentos com base nos quais pode ser deferida, a tutela provisória é o gênero e as tutelas de urgência (satisfativa ou cautelar) e de evidência, as espécies.

Constata-se, pois, que a antiga tutela antecipada do CPC/1973 foi substituída pela tutela de urgência satisfativa - a qual, por sua vez, pode ser requerida de forma antecipada ou incidental -, enquanto que o provimento cautelar deu lugar à tutela de urgência cautelar.

Já a tutela de evidência consubstancia-se em verdadeira inovação do CPC/2015, haja vista que não possuía previsão similar no CPC/1973. Tendo como fundamento principal a grande probabilidade do direito alegado pelo requerente, independentemente da demonstração de perigo de dano.

Conforme abordado superficialmente acima, a tutela de urgência visa evitar o perecimento do direito, seja com a antecipação dos efeitos da sentença, seja pela adoção de uma medida assecuratória, que visa não satisfazer, mas preservar o provimento final (cautelar). Para que seja deferida é imprescindível a comprovação dos requisitos fixados no art. 300 do CPC/2015, quais sejam: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Além dos requisitos positivos, o §3º de referido artigo estabelece o requisito negativo da irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Aqui, é possível perceber a principal característica ou a essência da tutela provisória de urgência. Para qualquer de suas espécies (cautelar ou antecipada), é sempre necessário o perigo de dano da não concessão da tutela ou o risco ao resultado útil do processo. Ou seja, frise-se, é utilizada para evitar os males oriundos do transcorrer do tempo na relação jurídico-processual.

Destaque-se que probabilidade e risco são conceitos jurídicos indeterminados; são normas processuais abertas a serem “preenchidas” pelo magistrado no caso concreto. Destarte, quem determina se existe ou não a probabilidade ou o risco ao resultado útil do processo ou o perigo de dano é o juiz, com base nessa moldura traçada pela norma. Ora, não há como prever os casos e as hipóteses de permissão da concessão da tutela de urgência. A opção do legislador processual civil, tanto no atual CPC, quanto no CPC passado, foi colocar duas expressões com os conceitos jurídicos indeterminados para que o juiz, no seu sentir no exame da cognição, verifique se houve ou não seu preenchimento.

Como delineado acima, a tutela de urgência divide-se em cautelar (preventiva) e antecipada (satisfativa). Quanto ao momento processual em que é requerida, a tutela de urgência (cautelar ou antecipada) se divide em incidental e antecedente. A tutela incidental é aquela requerida/concedida no curso do processo. Já a tutela antecedente é concedida em um procedimento prévio ao processo principal, limitando-se à análise das questões relativas à tutela provisória (arts. 303 a 310 do CPC/2015).

Importante frisar que, tanto a tutela cautelar quanto a satisfativa devem, necessariamente, manter uma reação de correspondência com a pretensão final, embora de formas diferentes. Enquanto a cautelar visa resguardar o bem da vida de modo a viabilizar a utilidade do provimento futuro, a satisfativa antecipa o que só seria entregue ao final do processo.

A tutela de evidência baseia-se no princípio da razoável duração do processo e visa redistribuir os ônus da demora na solução do processo, quando o direito tutelado for evidente. Dessa forma, mesmo não havendo perigo de dano, o provimento pretendido poderá ser deferido, pois não é justo que o titular do direito sofra os efeitos deletérios da morosidade processual se há uma grande probabilidade de suas alegações serem verdadeiras. Assim, é mais justo que o provável infrator da norma jurídica arque com as consequências de uma eventual demora na tramitação processual e não a parte que está tendo seu direito violado.

Os requisitos para concessão da tutela de evidência estão previstos no art. 311 do CPC/2015, cuja transcrição emerge oportuna:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Repise-se que a concessão da tutela de evidência, diferentemente da tutela de urgência, independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

A ideia central da tutela da evidência é a presença da alta probabilidade de concretização do direito do autor, nas hipóteses previstas na legislação. Tal premissa permeia todas as hipóteses de cabimento.

A doutrina majoritária entende que o rol do art. 311 do CPC/2015 é taxativo. Dentre os incisos transcritos merece destaque o II, pois parte integrante das várias novidades trazidas pelo CPC/2015 com o objetivo de fortalecer o sistema de precedentes judiciais.

Quanto ao momento de requerimento/concessão há uma diferença que deve ser destacada. As tutelas de urgências podem ser incidentais ou antecedentes, mas a de evidência será sempre incidental, ou seja, a medida será requerida e, eventualmente, concedida no bojo do processo principal. Ora, se não há urgência para esse provimento não há razão para não se aguardar o início do processo.

Aqui, imperativo mencionar a possibilidade de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, caso não seja interposto recurso contra a decisão que a deferir, nos termos do art. 304 do CPC/2015. Nesse caso o processo será extinto e o provimento satisfativo continuará a produzir efeitos enquanto não revisto, reformado ou invalidado (§§ 1º e 3º do art. 304 do CPC/2015).

Entretanto, mesmo depois de extinto o processo, segundo o § 2º do referido art. 304 “*qualquer das partes poderá demanda a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.*” Registre-se que o prazo para essa ação é decadencial de 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 5º do art. 304). Oportuno frisar, também, que referida estabilização do provimento provisório não se confunde com a coisa julgada, pois esta só se dá com a decisão de mérito transitada em julgado.

Essa possibilidade de estabilização da tutela provisória, ou seja, de não ser posteriormente substituída por um provimento definitivo é, na verdade, a reprodução de uma técnica processual de mitigação da instrumentalidade presente no direito francês, no “*référé provision*”, e também no direito italiano, que foi positivada no CPC/2015.

Destaque-se, por fim, que o instituto da estabilização ocorre apenas nas tutelas de urgências antecipada antecedente, não se aplicando às demais espécies.

1.4. LEGITIMIDADE E CABIMENTO

A tutela provisória, ordinariamente, é requerida pelo autor da ação. Contudo, também possuem legitimidade para requerê-la: o réu; terceiros intervenientes; o órgão do Ministério Público, ainda que atuando como fiscal da lei; o substituto processual; e o assistente simples, na omissão do assistido.

Apesar de ser incomum e gerar até um certo estranhamento, é pacífico que o réu pode requerer a tutela provisória, haja vista que não há nenhuma vedação legal quanto a isso. Pelo contrário, se alinha com o princípio da paridade de armas (isonomia no âmbito processual). O demandado pode requerer a antecipação dos efeitos da improcedência do pedido do autor, não apenas nas ações dúplices (em que a própria defesa apresenta o exercício de uma pretensão), mas também em outros casos. Um exemplo clássico é o de uma ação de cobrança movida pelo autor contra o réu em que ele (requerido), ao se defender, requer a antecipação da tutela para que o nome dele seja retirado dos cadastros de restrição ao crédito.

Já no que se refere à concessão de ofício pelo magistrado, tem-se que, em regra, não é possível. Contudo, é importante citar a hipótese de concessão de ofício dos alimentos provisórios como tutela provisória (art. 4º da Lei nº 5.478/1968).

Quanto ao cabimento da tutela provisória, o instituto é admitido em todo e qualquer procedimento, no comum, nos procedimentos especiais, nos processos coletivos, nos que tramitam perante os juizados especiais etc. Deve-se atentar, porém, à existência de requisitos específicos em determinados procedimentos, conforme o caso.

2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CORRELACIONADOS COM AS TUTELAS PROVISÓRIAS

O Direito Processual Civil brasileiro é regido por um conjunto de princípios que devem nortear o aplicador do Direito. Assim o é porque o CPC/2015 prima pelo *Modelo Constitucional de Processo*

Civil, devendo, portanto, seu regramento ser aplicado e interpretado à luz da *Constituição Federal* de 1988 (CF/88).

No tópico anterior já foram abordados alguns princípios pertinentes ao instituto da tutela provisória. Neste momento serão um pouco mais detalhados os escolhidos no recorte deste estudo, notadamente o do devido processo legal e da razoável duração do processo.

Como fundamento “mãe” para todos os princípios processuais pode-se destacar o do devido processo legal, estampado no inciso LIV do art. 5º da CF/88, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Segundo o Professor José Herval Sampaio Júnior:

Essa previsão, mesmo que aparentemente perfunctória, é, sem sombra de dúvidas, umas das maiores garantias que o cidadão tem dentro do Estado Democrático de Direito. É direito que atravessa os séculos, tendo sido prevista a primeira vez, segundo registram os históricos, desde o ano de 1215, na Magna Charta de João Sem Terra, e já àquela época se percebia essa feição de limitação do poder estatal. Com o passar do tempo, assumiu outros contornos, sendo hoje, tanto no sistema *civil law* como principalmente no *comow law*, um verdadeiro postulado que deve cingir toda a atividades estatal, mas principalmente o processo jurisdicional. (SAMPAIO, 2009, P. 136)

Tal princípio, além da vertente processual, segundo a qual as partes possuem direito: ao conhecimento sobre eventuais ações ajuizadas em seu desfavor, a exercerem o contraditório, através das defesas pessoal e técnica, bem assim de serem julgados por juiz imparcial; modernamente, abrange também o sentido material, sendo garantido à parte o direito de efetivamente influenciar na formação da convicção do julgador.

Pedro Lenza, citando José Afonso da Silva dispõe que:

(...) o princípio do devido processo legal combinado com o direito de *acesso à justiça* (artigo 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), fecha o ciclo das garantias processuais. Assim, garante-se o processo, com as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um, o que é seu. (LENZA, 2017, p. 1.204)

Inegável, portanto, a importância de sobredito princípio, bem assim a submissão das tutelas provisórias a ele, de modo que sua concessão não poderá jamais ir de encontro aos ditames do devido processo legal. Lembre-se que não é admitido o deferimento da tutela de urgência de natureza antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§ 3º do art. 300 CPC/2015). Tal preceito se alinha com o princípio ora estudado, bem assim ao princípio da segurança jurídica – que

será visto adiante -, pois caso a parte contrária traga aos autos informação ou argumento capaz de infirmar as alegações do requerente da tutela esta poderá ser revertida/modificada.

Além dos princípios basilares acima citados, emerge oportuno citar os princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica como norteadores dos operadores do direito na aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. O primeiro, incluído no arcabouço constitucional com a Emenda Constitucional de nº 45 de 2004 (conhecida como Reforma do Poder Judiciário) garante que *"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*. Afinal, nas lições do saudoso mestre Rui Babosa *"a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta."* (BARBOSA, 1921)

Nosso ordenamento jurídico não definiu qual seria o tempo da *"razoável duração do processo"*. O professor Fredie Didier Jr. pontua que:

A Corte Europeia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e dos seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional. (DIDIER JT., 2015, p. 95)

É inegável que para grande parte da população a primeira palavra que vem à mente quando se fala em Poder Judiciário é a lentidão. Em levantamento encomendado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao Centro de Pesquisas de Opinião Pública da Universidade de Brasília (DATAUnB, 2005), dos 17,8% dos entrevistados que disseram que não vale a pena procurar a Justiça, 42,6% apresentaram a morosidade como principal fator.

O provimento jurisdicional moroso compromete sobremaneira sua eficácia e vai de encontro ao princípio do acesso à justiça sob a sua óptica material, segundo a qual o sobredito princípio não se resume à possibilidade de ajuizamento de ações (sendo esse apenas seu aspecto formal), mas sim uma decisão justa e eficaz. Essa visão está totalmente alinhada com o modelo constitucional de processo, pois este não tem razão de existir isoladamente, senão como instrumento para o alcance do direito material.

Por outro lado, é inegável que, do ajuizamento da ação até a sentença, o processo demanda um tempo de maturação, a fim de que possa ser realizada a instrução do feito, respeitando-se os princípios do devido processo legal e seus corolários, do contraditório e da ampla defesa, perseguindo-se a decisão mais justa possível e, observando-se, em última análise, o princípio da segurança jurídica.

Segundo o Professor José Afonso da Silva:

(...) a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.' Uma

importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. (SILVA, 2006, p. 133)

Sobredito princípio também encontra amparo constitucional, especialmente no inciso XXXVI do art. 5º que diz: *"a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e ato jurídico perfeito."* A estabilidade das relações jurídicas, constitui-se no aspecto subjetivo deste princípio, ao passo que à proteção à confiança (ou confiança legítima) na sua faceta subjetiva. Portanto, leva em consideração a boa-fé do jurisdicionado, o qual acredita que as decisões (e os atos em geral) proferidas pelo Estado sejam lícitas e respeitadas pelo próprio Poder Público e por terceiros.

Assim, na apreciação das demandas judiciais o julgador deve encontrar o ponto de equilíbrio para que possa proferir decisões em tempo razoável, a fim de que o direito em questão não pereça, mas sem deixar observar o devido processo legal.

É nesse ponto que o instituto das tutelas provisórias se inter-relaciona com os princípios da razoável duração do processo, do devido processo legal e, conseqüentemente, do contraditório e da ampla defesa.

Registre-se, por oportuno, que os princípios que regem o Direito Processual Civil brasileiro não se restringem aos acima citados. Entretanto, o recorte epistemológico realizado para o presente trabalho selecionou os supramencionados.

CONCLUSÃO

Diante do acima expendido, conclui-se que as tutelas provisórias não só são compatíveis com os princípios da razoável duração do processo e do devido processo legal (e seus corolários, contraditório e ampla), como vão ao encontro de seus preceitos.

A tutela provisória é um consectário do devido processo legal.

Primeiro, como tutela de urgência, ela responde à inafastabilidade da jurisdição do artigo 5º, XXXV, que diz que o Poder Judiciário deve evitar lesão a direito ou a ameaça de lesão. É exatamente aí que está o provimento de urgência, o provimento cautelar, sob pena de ineficácia da jurisdição, sob pena de infrutuosidade, como diz Calamandrei (1971), do provimento definitivo.

A título de exemplo, se não se concede logo a limitar para realização de procedimento cirúrgico, o requerente pode vir a óbito, sendo ineficaz a tutela posterior. O provimento definitivo não terá eficácia, não será mais útil.

Dessarte, há necessidade de um provimento provisório com base na tutela de urgência. Então, o fundamento constitucional para a tutela provisória de urgência é a proteção da jurisdição, a inafastabilidade da jurisdição e devido processo legal.

Por outro lado, os provimentos provisórios da evidência se justificam pela duração razoável do processo, também presente na nossa Constituição e nos diversos Tratados e Convenções de proteção de direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica. Ela é um temperamento, uma redistribuição do ônus processual. Ora, o autor sempre tem aí uma desvantagem temporal, porque o bem da vida, muito provavelmente, está com o réu. Ele propõe uma ação para retomar ou toma-lo para si e fica aguardando todo o trâmite processual para que a sua tutela definitiva, então, venha ser executada e ele venha a ter seu direito observado.

Logo, se o autor tem um direito evidente, um direito que se prova bem de plano, quem deve suportar o ônus temporal do processo é exatamente o demandado. Então, a tutela da evidência prescinde da urgência, mas redistribui o custo, esse ônus temporal do processo, entregando a quem de direito o bem da vida e deixando ao réu as consequências do ônus temporal. É o fundamento constitucional da tutela de evidência.

Especificamente quanto ao princípio do contraditório pode ser de suas espécies: postecipado ou antecipado, de acordo com a regra do artigo 9º do CPC/2015. Importante deixar claro que as tutelas provisórias não prescindem do princípio do contraditório. Pelo contrário, ele será sempre observado, sendo apenas diferido, nos casos das tutelas de urgência deferidas de forma antecipada.

Não é outro o entendimento da jurisprudência majoritária. Aqui, emerge oportuna a transcrição de excerto jurisprudencial nesse sentido:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo SINDICATO ESTADUAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO DO TERCEIRO GRAU DO ACRE SINTEST, visando a concessão de antecipação de tutela de urgência com o fim de garantir o direito à percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pelo fato dos substituídos estarem trabalhando remotamente, em face de medida implementada excepcionalmente, decorrente do contexto atual da pandemia pela Covid-19. Sustenta a ilegalidade do ato da Universidade Federal do ACRE, consubstanciado na Instrução Normativa nº 28/2020, que determinou a supressão de adicionais, verbas de natureza alimentar, de servidores que estão em pleno exercício de suas funções, sem observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da irredutibilidade de vencimentos, causando-lhes prejuízos, por situação que não deram azo. II (...) Também não se vislumbra, em tese, ofensa ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, haja vista que a impugnação por parte do substituído prejudicado não resta vedada ou cerceada, já que este poderá veicular seu inconformismo, com todos os meios de defesa que lhe são assegurados pela lei que regula o processo administrativo. Não há que se falar em ofensa à irredutibilidade do vencimento prevista na Constituição Federal, uma vez que essa garantia de irredutibilidade não alcança vantagem de natureza temporária e precária, passível de concessão ou supressão, conforme expresso no art. 68, § 2º, da Lei 8.112/90. Ressalte-se que a instrução

normativa somente orientou e uniformizou o entendimento da Administração sobre o tema, bem como detalhou o procedimento a ser seguido pelas unidades de recursos humanos dos seus diferentes órgãos. Assim sendo, não se vislumbra o alegado vício de legalidade na supressão dessas vantagens, porquanto o ato impugnado resta amparado pela mencionada Lei 8.112/90. Importante salientar, por fim, que a restrição ao direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade deve ater-se ao período em que os substituídos executarem suas atividades remotamente ou estejam afastados de suas atividades presenciais. Nesse contexto, não caracterizada probabilidade do direito, torna-se despicienda a análise do periculum in mora. III Pelo exposto, indefere-se o pedido de tutela de urgência. Intime-se a parte agravada para apresentar contrarrazões (art. 1.019, II, do CPC). Publique-se. Intimem-se. Comunique-se ao juízo de origem. (TRF 1ª Região. Agravo de Instrumento. Proc. 1020914-05.2020.4.01.0000. Relator DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA. Data da publicação: 01/09/2020. Fonte: PJE 01/09/2020 PAG) Grifo Nosso

Relembre-se que não se poderá deferir a tutela de urgência se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, justamente em consonância com o princípio do devido processo legal e do contraditório sob seu enfoque material, haja vista que, se nas alegações trazidas pela parte contrária ficar demonstrado que a tutela não deveria ter sido deferida, será possível a reversão da decisão.

Resta evidenciado, pois, a total compatibilidade do instituto das tutelas provisórias com os princípios que regem o direito processual civil, notadamente o do devido processo legal e o da razoável duração do processo, caracterizando-se como importante instrumento de concretização de justiça.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui, **Oração aos Moços**, 1921.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos poor Nós, os Advogados**. Ed. Livraria Clássica, 1971.

DATAUnB, **levantamento encomendado pelo Supremo Tribunal Federal (STF)** ao Centro de Pesquisas de Opinião Pública da Universidade de Brasília, 2005. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8632/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Anderson%20Yagi%20Costa%20-%202018.pdf>

DIDIER, Fredie Jr., **Curso de Direito Processual Civil**. Ed. Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8ª ed., Ed. Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Legislação. Constituição Federal de 1988.** Brasília/DF: [s.n], s.d.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. **Lei 13.105/2015.** Brasília/DF: [s.n], s.d. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

SAMPAIO, José Herval Jr., **Processo Constitucional, nova concepção de jurisdição.** Ed. Método, 2009.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo,** Ed. Malheiros, 2006

A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA CONTRA OS AGRESSORES NO BRASIL

JANAINA DOS SANTOS SILVA:

Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM.

RAQUEL SAMAY SILVA E SILVA⁸⁴

(coautora)

RUBENS ALVES DA SILVA⁸⁵

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo sobre a eficácia da Lei Maria da Penha no combate a violência doméstica, a partir dos dados da Segurança Pública. No trabalho realizado, a pesquisa será dedutiva, referencial, interpretativa e qualitativa. De acordo com o entendimento clássico, o método dedutivo parte do geral e depois vai para o especial. No que tange ao procedimento, a pesquisa será bibliográfica, elaborando sobre materiais existentes, especialmente livros, revistas, artigos científicos, jornais, monografias, dissertações, dissertações, internet etc., para aproximar os pesquisadores de tudo, sobre um tema específico de pesquisa. Conclui-se que a violência contra a mulher é um problema social no qual é necessário mais fiscalização no cumprimento da Lei, tendo em vista que apesar das medidas adotadas, muito ainda falta para haver de fato a proteção da mulher vítima de violência doméstica.

Palavras-chave: Violência. Lei Maria da Penha. Eficácia.

ABSTRACT: This article aims to carry out a study on the effectiveness of the Maria da Penha Law in combating domestic violence, based on Public Security data. In the work carried out, the research will be deductive, referential, interpretive and qualitative. According to the classical understanding, the deductive method starts from the general and then goes to the special. Regarding the procedure, the research will be bibliographical, elaborating on existing materials, especially books, magazines, scientific articles, newspapers, monographs, dissertations, dissertations, internet, etc., to bring researchers closer to everything, on a specific research topic. It is concluded that violence against women is a social problem in which more supervision is needed in compliance with the law, given that despite the

84 Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM.:

85 Professor(a) especialista Teologia Prática, orientador do Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM.

measures adopted, much remains to be done to actually protect women who are victims of domestic violence.

Keywords: Violence. Maria da Penha Law. Efficiency.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo realizar estudo sobre a eficácia da Lei Maria da Penha no combate a violência doméstica, a partir dos dados da Segurança Pública.

A violência contra a mulher é tema de muita discussão. A violência doméstica contra a mulher ocorre em todo o mundo, em todas as classes sociais, raças e independentemente do nível de escolaridade. Além de constituir uma violação dos direitos humanos, a violência de gênero é cada vez mais reconhecida como um grave problema de saúde pública. Globalmente, pelo menos uma em cada três mulheres foi espancada, forçada a fazer sexo ou abusada durante a vida. O agressor geralmente é um membro de sua própria família (DE OLIVEIRA, 2015).

De acordo com Lei Federal 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar, promulgada pelo presidente Lula, em agosto de 2006, no qual nomeada de Lei Maria da Penha, como homenagem à professora universitária cearense Maria da Penha Maia que ficou paraplégica por conta do marido ter tentado assassiná-la. A Lei Maria da Penha de acordo com o artigo 5º, foi estabelecido um mecanismo de combate à violência doméstica contra a mulher. O artigo 226 da Constituição Federal, Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação de tribunais de violência doméstica contra a mulher; emendas ao Código Penal Procedimento, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e outras medidas.

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um problema histórico e social presente na sociedade a tempos. No território brasileiro em meados de 2011 e 2015, houve um grande salto em relação a notificações de casos de violência, sendo que aproximadamente 70% foram violências cometidas contra o sexo feminino. (MAFIOLETTI, 2018). No Brasil, a violência contra a mulher é um grave problema no país e é uma das principais formas de violação de seus direitos humanos, afetando seus direitos à vida, saúde e segurança da pessoa. É uma estrutura de desigualdade de gênero que se manifesta de diversas formas, sendo a causa mais comum relacionada ao machismo e à estrutura patriarcal de nossa sociedade. Ciúmes, possessividade, controle e a ideia de que as mulheres têm que satisfazer os homens podem ser os principais motivos.

As mudanças na legislação se adaptam às novas realidades sociais que o Judiciário enfrenta todos os dias. Mas essas mudanças nem sempre são totalmente eficazes. Com isso em mente, a importância deste estudo se justifica pela necessidade de uma investigação bibliográfica e prática mais aprofundada sobre o tema feminicídio e violência doméstica. Além disso, analisará a situação das mulheres brasileiras em relação a essas situações. (OLIVEIRA; DINIZ, 2018).

Portanto, pode ser realizado dentro da vida privada de atos individuais como: assédio, violência doméstica, estupro, feminicídio, violência obstétrica, mas a violência contra a mulher também pode ser realizada como ato coletivo, o que é exemplificado pelas organizações criminosas.

2. VIOLÊNCIA CONTRA O GÊNERO FEMININO: COMO É DIFÍCIL SER MULHER EM UMA SOCIEDADE PATRIARCAL

Ao longo dos séculos, fica evidente pelo registro histórico que as mulheres sofreram múltiplas formas de violência, inclusive a violência que resultou em morte, durante um longo período de tempo. Seria interessante buscar as origens que levaram a essa configuração e apontar para um aspecto relacionado à igualdade, ou mais precisamente, à desigualdade entre os gêneros.

Conforme se observar, uma vez que a igualdade deixa de existir, ela dá lugar à violência. Pesquisas sobre a cronologia da história geral mostram que nos tempos antigos ainda não havia desigualdade entre homens e mulheres e, portanto, não havia violência. A solidariedade é a garantia de sobrevivência porque a solidariedade é uma condição necessária para o bem comum. De acordo com Alambert (2004, p. 27) explica:

No início da raça humana, não podemos dizer que havia desigualdade entre homens e mulheres. Naquela época, não havia nações ou nações separadas; os humanos viviam em pequenos grupos (tribos) e depois em famílias e tribos. [...] A humanidade deve estar unida e unida entre si para sobreviver e se proteger dos animais ferozes e do clima. Os marginalizados estão mortos. Portanto, não há superioridade cultural entre homens e mulheres.

À medida que as comunidades são formadas, o papel das mulheres torna-se cada vez mais importante. Eles são responsáveis por cultivar a terra, domesticar animais, cuidar de crianças, idosos e doentes. "Além de fazer utensílios, usar fogo e preparar unguentos e poções, as pessoas buscavam comida" (ALAMBERT, 2004, p. 27). Desta forma, a igualdade deixa de existir. Na concepção de Cabral (2008, pp. 15-16), no entanto, é o surgimento de estruturas familiares que empregam um modelo patriarcal que acende a desigualdade entre os pares:

A organização familiar é um produto da organização da história humana. Isso porque, pela necessidade de reproduzir as espécies, elas acabam encontrando diferentes formas de inter-relações. [...] Ao longo da história, as sociedades vivenciaram diferentes formas de organização familiar, entre elas o patriarcado "centrado no homem".

Segundo Saffioti (2004, p. 49), como um dos elementos centrais do patriarcado, "o controle da sexualidade da mulher para garantir a fidelidade da esposa ao marido". O homem pretende tomar isso como uma promessa de "transferir a propriedade para mãos legais". Para tanto, passou a "monitorar" suas mulheres "para garantir evolução de sua prole".

Sendo assim, não é difícil acreditar que nessa situação de superioridade masculina, a desigualdade entre homens e mulheres está se agravando. Um assume a postura mais forte e poderosa. Como marido, ele deve ser dominador, entorpecido e egoísta. Uma mulher é submissa a ele, deve ser uma esposa fiel, humilde, obediente, submissa, sua maior missão: ter filhos. Na análise de Beauvoir (1970, p. 14), "as mulheres sempre foram suas vassalas, senão suas escravas; o mundo nunca foi dividido igualmente entre os sexos".

No que tange ao patriarcalismo, segundo Saad (2010) apud Bertolin e Andreucci (2010, p. 10) recordam ainda que:

A relação matrimonial imita a relação Estado-cidadão, tem caráter hierárquico e se baseia no binômio autoridade-subordinação, cujos lemas são: poder familiar, controle do casamento, submissão da mulher [...]. Historicamente, homens e mulheres foram educados para serem dominantes e submissos, respectivamente [...].

Para Boaventura Santos (2003, p. 301 - 314), enfocando questões atuais e defendendo que "as relações familiares são dominadas por um poder e patriarcado que é a fonte do sexismo feminino". Assim, o patriarcado constitui "uma matriz dessas discriminações, ainda que em relação a outros fatores".

Com a Revolução Francesa, as mulheres passaram a ser acolhidas nas interações privadas e coletivas. Além disso, a expansão do capitalismo e a consequente supervalorização da atividade produtiva propiciaram a valorização do fato de que sua capacidade produtiva e disposição para trabalhar com suas famílias para garantir suas necessidades de subsistência levaram a grandes mudanças nas relações sociais e familiares. Principalmente personagens masculinos e femininos.

Além disso, Beauvoir (1970, p. 9) ressalta que, ao longo dos séculos, foram negados às mulheres seus direitos como sujeitos. Como nas sociedades ocidentais, o sexismo é amplamente dominado por valores masculinos, o que é muito provável, e é por isso que o sexismo ainda existe hoje.

A dominação dos homens sobre as mulheres remonta ao passado e envolve aspectos culturais, psicológicos, morais e sexuais. A condição de ser homem ou mulher não é apenas natural, nem aleatória, mas uma construção social e cultural que impõe a superioridade de gênero, sendo uma superior à outra, e principalmente a superioridade masculina sobre a feminina, apesar de historicamente legitimada pelo protagonista da transformação está ele próprio no argumento essencial (BOURDIEU, 2010; BUTLER, 2008. BEAUVOIR, 2015).

Ademais, é importante ressaltar que a própria sociedade há muito tolera a violência contra as mulheres, tornando as identidades culturais masculinas e femininas altamente aceitáveis para atitudes agressivas. Ainda hoje, mesmo com a legislação condenando e criminalizando a violência contra a mulher, muitas vítimas se recusam a admitir que os abusos sofridos foram violentos (SCHAIBER et al., 2005, p. 46).

Desta forma, há uma necessidade urgente de reverter essa situação, partindo do pressuposto de que as mulheres não são mais tolerantes a comportamentos discriminatórios, conteúdos ultrapassados, repletos de ódio, tornando-as inferiores e reféns de uma sociedade machista que considera poses naturais. Além disso, a violência contra a mulher não é incomum no âmbito doméstico e é considerada íntima, mas revela uma verdadeira crueldade que precisa ser reprimida pelo governo. Além disso, a Lei Maria da Penha foi promulgada para corrigir conceitos e arranjos comportamentais de longa data.

2.1. A violência contra a mulher e a configuração dos diplomas legais em observância aos princípios constitucionais de igualdade e dignidade humana

A desigualdade e a discriminação contra as mulheres são fatores que alimentam esse ciclo vicioso de violência contra as mulheres, desde a desigualdade de oportunidades e direitos até crimes mais graves.

Em casos assim de assassinatos proporcionais de mulheres por parentes, parceiros ou idosos, bem como mortes relacionadas a crimes sexuais e ódio cruel às mulheres têm uma longa história. Quanto à discriminação, Teles e Melo (2002, p. 28) esclarece que se trata de "conduta discriminatória ou restritiva que tenha por efeito anular ou restringir o reconhecimento de direitos fundamentais na esfera política, econômica, social ou qualquer outra". Além disso, "a exclusão de classes sociais do exercício dos direitos humanos é um ato deliberado. Também pode ser entendido como ignorância e desrespeito".

Portanto, a violência contra a mulher, num contexto geral:

[...]constitui uma manifestação histórica de relações de poder desiguais entre homens e mulheres, levando à dominação e discriminação masculinas, dificultando o pleno desenvolvimento das mulheres e atribuindo-lhes papéis secundários (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p. 86).

Sobre os diplomas legais, vale ressaltar que a mulher encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal Brasileira (1988), precisamente pelo artigo 5º, I, que dispõe:

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Ocorre que, além dos princípios, a Constituição Federal de 1988 contempla também os direitos e garantias de seu texto original, que se baseiam em acordos e tratados internacionais, nas resoluções

da Convenção de Belém do Pará e na CEDAW (Convenção para Eliminação de Toda Discriminação) são também garantia constitucional, conforme dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros direitos e garantias decorrentes dos sistemas e princípios por elas adotadas, ou de outros direitos e garantias dos sistemas e princípios por ela adotados.”(BRASIL, 2006, pp. 15-16).

A utilização do direito penal, especialmente no que diz respeito ao homicídio de mulheres com base no gênero, resultou na Lei 13.104/2015, que trata o homicídio de mulheres como uma nova forma de punição.

3. DOS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PREVISTA NA LEI Nº 11.340/2006

A violência doméstica contra as mulheres assume muitas formas. Para Trindade (2016, p. 10), “As mulheres têm enfrentado diferentes formas de violência desde a antiguidade, como: violência física, psicológica, sexual, hereditária e moral”.

De acordo com o artigo 7º da Lei n. 11.340/2006, preocupa-se em desenvolver uma lista de formas percebidas de violência doméstica contra a mulher e comportamentos em relacionamentos íntimos. Portanto, são formas de violência doméstica contra a mulher:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” (BRASIL, 2006).

A Lei refere-se apenas a título de exemplo aos tipos de violência cometidos contra a mulher no ambiente doméstico, conforme definido no artigo 7º da Lei Maria da Penha. É o que analisaremos nas próximas seções. Embora elencado no artigo 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, por ser o objeto principal desta dissertação, está reservado para o estudo da violência psicológica na última seção.

Nas palavras de Ramos (2019), a violência psicológica é vista como uma possível forma de violência doméstica que as mulheres podem vivenciar. Sob este título, classificam-se as condutas negligentes ou comprometedoras que danificam o equilíbrio psicoemocional da mulher, roubando-lhe a autoestima e a autodeterminação. De acordo Hermann (2008), são gestos degradantes, críticos, humilhantes, ameaçadores, comportamentos restritivos na vida pública e comportamentos destrutivos em relação a objetos de valor econômico ou emocional, visando prejudicar a vítima. Nessa perspectiva, a violência psicológica contra a mulher leva à destruição da autoestima, resistência e desejo de buscar ajuda, possibilitando que se identifiquem e se reconheçam na imagem distorcida que seus agressores lhes impõem. Portanto, significa uma injeção que não tem valor. A privação da autoestima é um estado psicótico que o imobiliza e, portanto, reduz sua liberdade (HERMANN, 2008, p. 109).

A violência psicológica inclui a agressão emocional, que é tão grave ou grave quanto a violência física e segue três estratégias: ceder por medo, derrubar imagem e bloquear a saída (GÓNGORA, 2015). O comportamento típico ocorre quando um agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina uma vítima. Quando ele vê seu medo, baixa auto-estima e humilhação, ele mostra alegria. É chamado de transtorno obsessivo-compulsivo (CUNHA; PINTO, 2017).

A violência psicológica pode não deixar feridas visíveis na mulher, mas deixa dor na alma (FEIX, 2011). Então, a seguir, olhamos para o dano psicológico, o trauma causado pela violência psicológica.

4. DA EFICACIA DA LEI “MARIA DA PENHA” NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Antes de mencionarmos sobre a eficácia da Lei Maria da Penha, faz-se necessário trazer os mecanismos de defesa trazidos pela referente lei no combate a violência, bem como a proteção da mulher vítima.

4.1. Os instrumentos de proteção da Lei nº 11.340/04- medidas protetivas

Além disso, dependendo de fatos específicos, as duas partes podem ser separadas por homens e mulheres. Essa medida é fundamental porque elimina a coexistência parcial e protege as vítimas vulneráveis de novas agressões e humilhações futuras. Na maioria dos casos, a evacuação é feita através do oficial de justiça. O oficial de justiça irá para a residência. O indivíduo decidirá se se vai ser acompanhar pelo polícia ou não. Após a remoção do agressor, a vítima e sua família podem ser repatriadas para a família de acordo com o disposto no parágrafo segundo do artigo 23 da lei:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

II - Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor.

Podendo ser acompanhados por oficial de justiça, ou policiais. A maneira mais simples e rápida para requerer a recondução é fazer o requerimento na hora do registro da ocorrência junto a polícia, ou após a retirada do agressor do lar por ordem da justiça.

Outra maneira pela qual os legisladores estão tentando coibir o comportamento agressivo de homens contra mulheres, suas famílias e testemunhas é proibindo proteções de deportação que estabelecem uma distância mínima entre duas partes, que pode divergir de 300m a 500m, conforme o inciso III do Artigo 22 da Lei, Item "a":

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

Propõe-se evitar que o agressor persiga a vítima, seus familiares e testemunhas em processos criminais, situação que, obviamente, prejudica a coleta de provas e traz sérios riscos às pessoas envolvidas ou que tenham relações familiares. Essa medida tem como objetivo comum tirar o agressor de casa. Em tese, se o agressor for proibido de abordar a vítima, seus familiares e testemunhas, o agressor não poderá realizar nenhuma ação. Os legisladores procuram proteger a segurança física e psicológica das mulheres vítimas de violência" (BIANCHINI, 2013, p.168).

Sucedem que as medidas protetivas de urgência para as vítimas acham-se mencionadas nos artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha, no qual dizem:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo (BRASIL, 2006).

Verifica-se que as medidas de proteção de emergência para a vítima e as medidas de proteção de emergência para o agressor são todas medidas que as autoridades judiciárias podem determinar, visando proteger a vítima e seus bens pessoais, bem como os bens do casal. As medidas de proteção de emergência para as vítimas dizem respeito à conduta física, moral e psicológica e também podem ser aplicadas individualmente ou em conjunto para assegurar a proteção mais adequada das vítimas ou suas famílias e bens conjugais enquanto a violência ou o processo penal continuarem (SANTOS, 2018. p. 121).

4.2. Da efetividade das políticas públicas no Brasil

Predominantes instrumentos de minimizar as violações dos direitos das mulheres e coibir a violência doméstica é a implementação de políticas públicas. Segundo Bucci (2002), a política pública é entendida como um conjunto de ações coletivas que salvaguardam os direitos sociais, tanto exigidos socialmente quanto legalmente obrigatórios. Por meio deles, recursos e bens públicos são alocados e redistribuídos. As leis coletivas são a base das políticas públicas porque são de responsabilidade do Estado, e também envolvem relações de confronto e reciprocidade entre a sociedade e o Estado.

De acordo com a percepção de Bucci (2002), no contexto das políticas públicas, o termo política tem um significado específico, refere-se a uma estratégia, ação coletiva ou plano visando atender necessidades e desejos sociais legítimos. Quanto à palavra pública, não é só o mesmo que o Estado, também é entendida como algo de todos, prejudicando assim a sociedade e o Estado ao mesmo tempo. Em suma, os serviços e bens públicos são distribuídos e redistribuídos de acordo com as

necessidades da comunidade por meio de planos elaborados por políticas públicas. Sob o controle e participação da sociedade, esses programas são fornecidos e administrados pelo Estado. Portanto, toda ação governamental, assim como as políticas públicas, deve focalizar estratégias e ações operacionais de forma efetiva e integrada, verificando prioridades e abordando questões específicas da situação das mulheres.

No ano de 2003, o governo federal criou a Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres (SPM), o que marcou um importante avanço no desenvolvimento e desenvolvimento de políticas para as mulheres, especialmente aquelas em situação de violência. Entre essas ações estão a implementação do primeiro e segundo planos nacionais de combate à violência contra a mulher, a convenção nacional de combate à violência contra a mulher e os programas em favor da mulher, no qual estabeleceram os conceitos, diretrizes e ações em combate aos crimes de gêneros. Esses incentivos do governo contra a Violência contra a mulher, ao mesmo tempo em que promove a capacitação de agentes públicos para prevenção e atendimento, bem como desenvolve normas e padrões de atendimento, aprimora a legislação e estimula programas educacionais e culturais para prevenir a violência e ampliar o acesso das mulheres à justiça e aos serviços relacionados à segurança pública (SPM, 2011, p. 10 apud FONSECA, 2021, p. 16).

Com a promulgação da Lei nº 11. 340/2006 – Lei Maria da Penha aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 9 de junho de 1994 e pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Nas leis mencionadas, a violência passou a ser tipificada e trouxe inovações no combate à violência contra a mulher. Além disso, destacou a necessidade de serviços especializados para atender casos de violência doméstica contra a mulher e alertou para a responsabilidade do governo na implementação de políticas públicas de combate à violência contra a mulher (SILVA, 2018, p. 25).

Ressalta-se a importância dos movimentos de mulheres e feministas e demais movimentos sociais em pressionar os governos federal, estadual e municipal para que priorizem políticas públicas que promovam a igualdade de gênero e combatam a violência contra a mulher, pois é a partir de suas demandas que os direitos das mulheres em prol do que foi alcançado aconteceram. No entanto, as políticas públicas não têm sido feitas o suficiente para garantir a proteção dessas mulheres, mudar as relações de poder e obter essa proteção de forma concreta (SILVA, 2018, p. 26).

A proteção dos direitos humanos requer não apenas políticas universais, mas também políticas específicas que priorizem as vítimas de exclusão, e que a diversidade deve ser levada em consideração na implementação dos direitos humanos, exigindo que esses direitos sejam universais e indivisíveis, enfatizando o autor Piovesan (2004, p. 269). Sendo assim, para os autores, determinados sujeitos de direitos e determinadas violações de direitos exigem respostas específicas e diferenciadas, como mulheres, crianças, populações afrodescendentes, imigrantes, pessoas com deficiência etc... (PIOVESAN, 2004, p. 270).

Destarte, que Dias e Matos (2012) declaram que é responsabilidade do Estado atender às necessidades da sociedade por meio de recursos, e para tanto, planejar, aplicando critérios de razoabilidade, a fim de atingir efetivamente metas e objetivos, escolher em quais áreas atuar, onde atuar, por que agir e quando agir.

Em conformidade ainda com os autores, Dias e Matos explicaram também que:

Portanto, a política pública pode ser vista como um plano de ação governamental, que pode ser implementado pelos próprios órgãos governamentais ou por organizações terceirizadas (ONGs, OSCIPs, fundações, etc.) em parceria com países, como agências de desenvolvimento (DIAS; MATOS, 2012, p. 15).

Ainda de acordo com Dias e Matos (2012, p. 16), a política pública é um conjunto de “princípios, normas e linhas de ação que garantem e permitem que o Estado governe para resolver os problemas do Estado” e é um meio de efetivação dos direitos consagrados na Constituição. A Constituição Federal de 1988 não a define, mas tem o direito de garantir e sustentar sua validade.

Ocorre que, promover a reeducação e o tratamento dos autores de violência conjugal é um imperativo, pois a responsabilidade do Estado não deve ser apenas punir os agressores na esfera criminal, mas também atuar por meio da justiça restaurativa e preventiva.

Considera-se que muitos perpetradores de violência doméstica costumam usar o terceiro para interferir na relação conjugal, acusando a vítima e negando a responsabilidade pelo crime; o legado de má conduta do parceiro, principalmente nos cuidados com os filhos e afazeres domésticos; as mulheres dominam Status e conseqüente perda de autonomia; reação ao comportamento potencialmente agressivo do parceiro; consumo de álcool; problemas financeiros, etc.

Portanto, para lidar com a violência por parceiro íntimo, é necessário compreender a agressão como um fator implícito na situação da pessoa violenta, irrelevante para minimizar a responsabilidade do agressor, mas educativo e reflexivo na imposição da punição (ROSA et al, 2008). À vista disso, inicia-se a ação sobre essa possível intervenção, e a Secretaria de Políticas para as Mulheres recomenda a constituição de grupos de reflexão.

CONCLUSÃO

Comparar os acontecimentos passados com o presente requer uma certa sensibilidade para absorver alguns problemas cruéis e intransponíveis, o que mostra claramente que as mulheres são violadas e oprimidas, especialmente as emoções enraizadas no comportamento masculino que não permite as alterações necessárias ao interesse público.

A contribuição inicial desta pesquisa é a violência em geral. Para compreender como ela se transforma nas dimensões da sociedade, conceito e forma, e temáticas, entrar na discussão proposta, ressaltando que a violência hoje é um dos temas que mais preocupam as pessoas. Neste momento, as mulheres são inseridas como alvos vulneráveis e são vítimas dos homens há séculos até hoje. Comece a contextualizar os antecedentes da violência contra as mulheres e se livrar da história, um problema antigo que remonta ao sistema de dominação-subordinação entre homens e mulheres. Por meio da

dicotomia entre cada papel de gênero na civilização existente, é possível perceber a inferioridade, opressão e obediência em que se encontram as mulheres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em 20/04/2021.

ABRAMOWICZ, Anete e MORUZZI, Andreia Braga. **O plural da infância**. São Carlos: EdUFSCar, 2010.

AMARANTE, Ana Maria. **Lei Maria da Penha pode ser aplicada em casos de violência doméstica contra homens**. Conselho Nacional de Justiça, mai. 2014.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. Ed. 4°. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. Ed. 5°. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo, Martin Claret, pg.280. 2010.

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Corpo feminino e violência de gênero: fenômeno persistente e atualizado em escala mundial. Soc. estado, Brasília, v. 29, n. 2, p. 329-340, ago. 2014.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/9138/o-reconhecimentolegal-do-conceito-moderno-de-familia>. Acesso em: 29-03-2022.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed., São Paulo, Malheiros, pg.793. 2000.

BURKE, Peter. **A Escrita da História Novas Perspectivas**. Ed. 1°. São Paulo: Editora UNESP, 1992.

BRASIL. Senado federal. Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 15/04/2022.

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Ed. 1°. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Almedina, pg.522. 2003.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil**.

CUNHA Rogério Sanches e PINTO Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo**. Ed. 1°. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar**. Ed. 2°. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Justiça e os crimes contra as mulheres**. Ed. 1°. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. Ed. 1°. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo**. Ed.1°. Campinas: Editora Servanda, 2012. Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1993.

JÚNIOR, Heitor Piedade. VITIMOLOGIA: **Evolução no tempo e no espaço**. Ed. 1°.Rio de MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed., Coimbra Editora, pg.725. 2012.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2ª ed., São Paulo, Atlas, pg 583. 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. Ed. 5°. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA, Sergio Ricardo. 2008. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**: 2ª ed., Curitiba, Juruá, pg. 186.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo penal**. 21ª ed. São Paulo, Saraiva, pg.486. 1999.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm.> Acesso em: .

BRASIL. 2008. **Constituição 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14/04/2022.

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

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio constitucional da dignidade humana**. Jusnavigandi, pg. 27. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>> Acesso em:

COSTA, Ana Alice. **Gênero, poder e empoderamento das mulheres**. 2008. Disponível em: <<https://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2012/02/5-empoderamento-ana-alice.pdf>>. Acesso em: 15/04/2022.

DEL PRIORE, Mary. **Histórias e Conversas de Mulher**. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2013. Disponível em: [http://lelivros.black/book/download-historias-e-conversas-de-mulher- mary-del-priore-em-epub-mobi-e-pdf/](http://lelivros.black/book/download-historias-e-conversas-de-mulher-mary-del-priore-em-epub-mobi-e-pdf/)>. Acesso em: 16/04/2022.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS COMO UMA ALTERNATIVA AOS PROBLEMAS DA SEGURANÇA PÚBLICA

GUILHERME THADEU DO CARMO GOMES:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário UMA.

VITOR SILVA GUERRA⁸⁶

(coautor)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo principal discutir sobre a privatização do sistema penitenciário, dos modelos existentes que foram criados em outros Países, a qual acabou influenciando alguns Estados Brasileiros a criarem presídios privatizados. De início será abordado sobre os sistemas que antecederam a criação do sistema progressivo, onde explanaremos sobre suas características e seus pontos negativos, que foi um dos principais motivos para a não continuidade dos determinados sistemas, muito problemáticos, o que acabou colaborando para a criação do sistema progressivo, que foi usado como base para criar muitas outras vertentes, inclusive alguns no Brasil. Baseado nesses termos indaga-se a possibilidade da privatização dos presídios como forma de solução ao colapso vivido atualmente no Sistema Prisional Brasileiro, a qual colaboraria para a economia dos cofres públicos. O presente trabalho será conduzido com técnicas de pesquisas bibliográficas, doutrinas, teses, bem como em outras bases de dados de pesquisa científica. Assim, é de suma importância o estudo do presente tema, que traz uma reflexão acerca de uma ressocialização efetiva dos apenados, pois ao analisar a estrutura atual do sistema prisional brasileiro, observa-se que a situação em que vive os apenados é precária, sendo a reforma uma medida mais que necessária.

Palavras-Chave: Parceria Público Privada. Presídios. Lei de Execução Penal. Dignidade. Ressocialização. Estado. Ineficiência.

ABSTRACT: The present study has as main objective to discuss the privatization of the penitentiary system, of the existing models that were created in other countries, which ended up influencing some Brazilian States to create privatized penitentiaries. At the beginning it will be discussed about the creation of progressive systems, when the main reasons that preceded a continuous system of defined systems will be announced, those that collaborated for the creation of the progressive system, which was used as a basis to create many systems including some in Brazil. Based on the possibility of privatization of existing prisons as a way of solving what are currently shared in the Brazilian Prison System, which would contribute to the economy of public coffers. The present work will be researched, with technical data from research, theses, as well as in other scientific bases. However, it is extremely important to study the present theme, which brings a reflection of an effective resocialization of the

inmates, because when analyzing the current structure of the Brazilian prison system, it is observed that the situation in which the inmates live is precarious, and the renovation It's more than necessary.

Keywords: Public-private partnership. Prisons. Criminal Execution Law. Dignity. Resocialization. State. Inefficiency.

INTRODUÇÃO

A grave crise de segurança pública no Brasil vem se realçando em proporções que, há alguns anos atrás, mesmo com a violência sempre presente no país, sequer seria imaginada pelos cidadãos brasileiros. O problema enfrentado pelos presídios do país, ora se classificam como resultado de tal crise, ora como a causa de grande parte desse problema.

Isso ocorre pois as consequências da referida crise, que atingem também os presídios, geram os problemas já conhecidos: superlotação, ausência de ressocialização do preso, condições precárias da vida, saúde e dignidade dos indivíduos em cárcere, conforme classifica Coelho.

A nossa realidade é arcaica, os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso se amontoa a outros em celas (seria melhor dizer em jaulas) sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas, de tal forma que, em não raros exemplos, o preso deve dormir sentado, enquanto outros revezam em pé. (COELHO, 2003, p.1)

Com isso, os resultados desse sistema que por muitas vezes se demonstrou ineficiente, também geram e contribuem para a violência que aflinge toda a sociedade. Portanto, esse é o referido paradoxo apontado no primeiro parágrafo: a crise de segurança pública no Brasil resulta na precariedade do sistema carcerário ao mesmo tempo em que tal precariedade contribui com a crise, se tornando um ciclo de violência interminável, que se aprofunda cada vez mais nas raízes da sociedade brasileira.

Esse fato se comprova nas altas taxas de homicídio no país, que segundo pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP, 2021) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública somaram 41.069 assassinatos só em 2021.

A precariedade dos presídios se origina, em grande parte, devido a falta de recursos que o Estado dispõe para a manutenção dos presídios, tendo em vista a grave crise econômica enfrentada pelo país há vários anos, registrando apenas no ano de 2021 um índice de 12% de desemprego e inflação anual no maior índice em 5 anos, conforme dados apontados pelo relatório do FMI (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2021). Contudo, como alternativa a essa dificuldade de administração dos presídios, a privatização dos

sistemas carcerários tem sido pauta considerável nas discussões em tentativa de solucionar esse problema.

Portanto, a proposta apresentada no presente artigo, surge como uma alternativa aos problemas citados, aperfeiçoando o cumprimento da pena privativa de liberdade, com a privatização de alguns setores dentro dos presídios, visando a economia da verba estatal e a manutenção da dignidade humana dos prisioneiros, para que não só esses, e sim toda a sociedade possam contornar a crise de segurança pública brasileira.

Ressalta-se que o presente artigo tem o intuito de defender a privatização de algumas atividades do sistema carcerário, não a sua integralidade. Portanto, o que se vislumbra como o ideal a ser apresentado é a Parceria Público Privada dentro dos presídios brasileiros, indicando como exemplo os sistemas penitenciários internacionais com tal parceria e seu funcionamento.

Além disso, alguns estados brasileiros já optaram por tal gestão, obtendo resultados claramente positivos, submergindo-se aos ideais expostos na Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1984, alcançando a finalidade da pena sob a égide da Teoria Relativa da Pena, que visa, segundo Cernelutti principalmente a prevenção de novos delitos:

Para tanto serve, em primeiro lugar, o castigo que, provocando o sofrimento de quem cometeu o delito, cria um contra-estímulo ao cometimento de outros; por isso punitur ne peccetur, isto é, a fim de tentar dissuadir o condenado a pôr-se em condições de ter de ser punido novamente. Sob este aspecto, o Direito Penal opera sobre a necessidade, constituindo um vinculum quo necessitate adstringimur alicuius... Rei faciendae vel non faciendae; a obrigação penal, da qual se ocupa a ciência do Direito Penal material, é a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal. segundo (CARNELUTTI, 2004.p. 73.)

Assim, serão analisados os aspectos que viabilizam a implantação de tal sistema e como eles impactam de maneira positiva tanto os indivíduos em cárcere, como o restante de toda a sociedade.

1.0 SISTEMA PENITENCIÁRIO

1.1 Sistemas internacionais

1.1.1 Sistema pensilvânico

O sistema pensilvânico, é também conhecido como filadélfico, belga ou celular, criado no ano de 1790, na prisão de Walnut Street, nos Estados Unidos, precisamente no Estado da Filadélfia. Foi posteriormente introduzido nas prisões de Pittsburgh, Ocidental - Western Penitentiary em 1818, seguindo o projeto de J. Benthon, e na penitenciária Oriental - Eastern Penitentiary -, que foi concluída em 1829, seguindo o desenho de John Haviland. (BITENCOURT, 2004. p. 61.).

Esse sistema foi criado com o propósito de reformar os apenados, mas Guilherme Penn o criador desse sistema teve que se submeter a ordem do Estado para que pudesse manter a colônia, nome dado as penitenciárias naquela época (BITENCOURT, 2011 p.76)

Após a morte de Penn, o criador deste sistema, em 1790 houve a criação de uma associação que foi quem deu continuidade nestas colônias, os mesmos instauraram um novo sistema e segundo Bitencourt essa associação tinha como objetivo "o isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar meios para salvar tantas criaturas infelizes" devido a isso houve algumas modificações nos presídios e uma delas foi a construção de um edifício celular no jardim da prisão (BITENCOURT, 2004, p. 60).

Bitencourt exemplificou qual era a ideia da criação este edifício:

Impõe-se o isolamento em celas individuais somente aos mais perigosos; os outros foram mantidos em celas comuns; a este por sua vez, era permitido trabalhar conjuntamente durante o dia. Aplicou-se a rigorosa lei do silêncio (Bittencourt, 2011, p. 78).

Assim, criou-se um edifício celular no jardim da prisão de Walnut Street, com o fim de aplicar o confinamento solitário aos condenados. Devido a isso, pode se dizer que o sistema pensilvânico ficou marcado pelas formas que os presos eram tratados, à aplicação do sistema celular só foi observada em relação aos presos mais perigosos, onde à esses presos era aplicado um rigoroso isolamento, já os demais ficavam em celas comuns e também podiam trabalhar em conjunto durante o dia. Nesse sistema, era também rigorosamente aplicada a lei do silêncio. BITENCOURT, 2006 p.160).

Devido à forma implantada o sistema celular pensilvânico acabou se tornando falho e não poderia reparar os condenados, baseado nisso Bitencourt discorre:

O sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque desabilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou [...]. (Bitencourt, 2011, p. 82)

Por isso, a experiência iniciada em Walnut Street acabou se tornando um grande fiasco. Em função disso, as sociedades da Pensilvânia e da Filadélfia iniciaram um novo projeto, onde foram construídas duas novas prisões: a penitenciária Ocidental Western Penitentiary em Pittsburgh, em 1818, e a penitenciária Oriental Eastern Penitentiary, que foi concluída em 1829. (BITENCOURT, 2004, p. 61).

A prisão ocidental utilizou um sistema de isolamento absoluto, no qual foi um fracasso, devido a essa experiência negativa, concluiu-se que esse sistema era impraticável, por isso, pouco tempo depois na prisão oriental o isolamento foi aliviado, mas mesmo assim a mesma ficou marcada pelo isolamento celular dos intervalos, além da obrigação estrita do silêncio, da meditação e da oração.

Com base em tudo exposto, o determinado sistema não tinha condições de servir a reparação dos condenados, era ineficaz, o que acabou frustrando a ideia da ressocialização do preso. Vale lembrar que, a ressocialização do preso era a principal ideia do sistema pensilvânico, que no caso não foi possível se concretizar, portanto o presente sistema acabou trazendo diversos problemas, fazendo com que se tornasse inviável e muito caro para manter.

1.1.2 Sistema Auburniano

O sistema auburniano foi criado com o intuito de superar os problemas e limitações que o regime celular, do sistema pensilvânico obtinha. Em 1796, o Governador Jhon Jay, de Nova Iorque, enviou uma comissão à Pensilvânia para estudar o sistema celular, mas só após 20 anos, no ano de 1816, que surgiu primeira casa prisional de Auburn, e nesta penitenciária foi aplicado a mesma medida do sistema pensilvânico, sendo uma parte dela destinada ao isolamento dos apenados (BITENCOURT, 2011, p.86).

Em 1821 foi determinado que os presos fossem separados em três categorias, como cita Bitencourt:

(...) 1º) A primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais se destinou o isolamento contínuo. 2º) Na segunda situavam-se os menos incorrigíveis, que somente eram destinados às celas de isolamentos três dias da semana e tinham permissão para trabalhar. 3º) A terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-lhes trabalhar juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia da semana (...). (Bitencourt, 2011, p. 87).

No sistema auburniano, as celas eram pequenas e não havia nenhuma possibilidade de trabalhar dentro destas celas, pois as mesmas eram escuras. A experiência implantada do sistema de confinamento solitário foi um grande fracasso, pois todos os prisioneiros que se encontravam em isolamento foram mortos ou até mesmo enlouqueceram, salvo duas exceções (Bitencourt 2011, p.87).

Com o fracasso deste método implantado e os seus resultados negativos, em 1824, uma comissão legislativa investigou o problema, e decidiu pelo abandono do sistema de confinamento solitário. A partir de então, estendeu-se a política de se permitir o trabalho para todos os reclusos, mas não podiam conversar entre si, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa, com isso, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto era adotada pelo sistema de Auburn, na qual proporcionava a meditação e a correção, e era um importante instrumento de poder. Embora o sistema de isolamento ser falho, ele ainda era utilizado, pois os presos trabalhavam de dia e ficavam isolados durante a noite. (BITENCOURT, 2011, p.87).

A pretensão desse sistema era muito semelhante ao filadélfico, pois seu objetivo era servir de modelo para a sociedade, pois além dos aprisionados estarem em um sistema prisional, eram submetidos a um enquadramento hierárquico, com o intuito de tornarem os presos produtivos e obedientes.

Observa-se que, da mesma forma que o sistema pensilvânico foi falho, o sistema auburniano seguiu os mesmos entendimentos e também não conseguiu atingir a ideia de ressocialização dos presos, pois tinha um rigoroso regime disciplinar, com castigos cruéis e excessivos, com isolamentos que resultou em muitos presos mortos e loucos, o que foi um dos principais pontos negativos desse sistema (BITENCOURT, 2011).

O que marcou o sistema prisional auburniano foi o trabalho carcerário, onde a mão de obra era barata e trabalho era forçado. Nesse sistema os detentos eram reunidos durante algumas horas, para que pudessem se dedicar a um trabalho mais produtivo, o que era a diferente do regime celular pensilvânico, que ocorria a separação dos reclusos durante todo o dia, porém ambos falharam na ideia principal que era ressocialização dos apenados (BITENCOURT, 2011).

Diante da polêmica sobre as vantagens e desvantagens entre esses dois sistemas, foi o contexto histórico que definiu a escolha de um ou outro sistema pelos diversos países. A Europa naquela época não precisava do trabalho prisional e acabou adotando o regime celular, já os Estados Unidos, por sua vez, optaram pelo sistema auburniano, devido à questão econômica, de necessidade de mão de obra barata, em razão do desenvolvimento das forças produtivas então vigentes (FARIA, p.04).

Apesar de todos os pontos negativos e críticas feita ao sistema auburniano acerca da sua incapacidade de ressocialização dos apenados, o mesmo teve uma grande importância para o sistema que veio a seguir, sistema este conhecido como progressivo, que até o presente momento ainda é utilizado em diversos países (BITENCOURT, 2011).

1.1.3 Sistemas progressivos

O sistema progressivo veio para instaurar a substituição dos sistemas filadélfico e auburniano, sua criação se deu no século XIX, o mesmo representa o auge da evolução da pena privativa de liberdade. A ideia principal desse sistema era a reabilitação social do preso, e o fim das penas de mortes, torturas, isolamentos e também o fim da mão de obra carcerária (BITENCOURT, 2011, p.96).

O sistema progressivo foi dividido em duas partes, a primeira era baseada no tratamento que os reclusos tinham, onde eram concedidos alguns benefícios de acordo com a boa conduta dentro do presídio, por último era feito um tratamento reformador voltado para a ressocialização destes reclusos, com a intenção de reincorporar os mesmo de volta à sociedade, mesmo antes do término de sua condenação (BITENCOURT 2011 p.97).

Damaceno trouxe em seu artigo “Evolução histórica dos regimes prisionais e do Sistema Penitenciário” um conceito sobre a principal ideia do sistema progressivo:

A essência desse regime consistia em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um deles os privilégios que o recluso poderia desfrutar, de acordo com sua boa conduta e do avanço alcançado pelo tratamento reformador. Outro aspecto importante era o fato de possibilitara o recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. Basicamente, o sistema progressivo tinha com o fundamento dois princípios: estimular a boa conduta do recluso e obter sua reforma moral para uma futura vida em sociedade (Damaceno, 2007).

Com isso podemos dizer que o sistema progressivo tem como objetivo estimular a boa conduta dos condenados dentro da penitenciária, em consequência, acaba conseguindo a reformulação da personalidade e de comportamento, o que acaba preparando o recluso para vida em sociedade (BITENCOURT, 2006, p. 166).

1.1.4 Sistema progressivo inglês

Dentre as várias discussões que surgiram para tratar do sistema progressivo, podemos destacar duas como principais: o sistema inglês, e o sistema irlandês.

O sistema progressivo inglês, que deu início no ano de 1840, na Ilha Norfolk, na Austrália, criminosos ingleses de alta periculosidade eram enviados para a ilha para cumprirem a chamada pena de transportation, este sistema trouxe inovação ao trabalhado dos reclusos.

Sobre a nova conduta aplicada no sistema inglês, Bitencourt disse:

Esse sistema foi denominado pelos ingleses, sistema progressivo ou Mark System (sistema de vales). Consistia em medir duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado. Referida soma era representada por certos números de marcas ou vales, de maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes de sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito (BITENCOURT, 2011, p.98).

Com isso foi determinado uma maneira de calcular a pena de cada preso, para a realização desses cálculos, era levado em consideração à seriedade do crime; o produto aproveitado em

decorrência da labuta e a conduta do presidiário no interior da prisão. Os condenados recebiam pontos por trabalho produzido, em caso de má conduta, era imposta uma multa, e assim se determinava o tempo em que cada preso deveria cumprir, e somente o excedente a pontuação dos presos seria a pena a ser cumprida (BITENCOURT, 2011).

Bitencourt descreve que o sistema progressivo era dividido em três fases:

[...] 1º) Isolamento celular diurno e noturno – chamado período de provas, tinha a finalidade de fazer o apenado refletir sobre o delito. O condenado podia ser submetido a trabalho duro e obrigatório, com regime de alimentação escassa.

2º) Trabalho em comum sob a regra do silêncio – durante esse período o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado public workhouse, sob o regime de trabalho comum, com regra do silêncio absoluto durante o dia, mantendo-se a segregação noturna. Esse período é dividido em classes; possuindo determinado número de marcas e depois de certo tempo, o condenado passa a integrar a classe seguinte. Assim ocorria “até que, finalmente, mercê de sua conduta e trabalho, chega a primeira classe, onde obtinha o ticket of leave, que dava lugar ao terceiro período, quer dizer, a liberdade condicional.

3º) Liberdade condicional – nesse período o condenado obtinha liberdade limitada, uma vez que recebia com restrições, às quais devia obedecer, tinha vigência determinada. Passando esse período sem nada que determinasse sua revogação, o condenado obtinha sua liberdade de forma definitiva (BITENCOURT, 2011 p. 99).

Portanto, através do isolamento celular diurno e noturno, do trabalho comum sob a regra do silêncio e por fim, a liberdade condicional, alcança-se o objetivo do sistema progressivo inglês.

1.1.5 Sistema progressivo irlandês

Apesar do satisfatório resultado alcançado pelo sistema inglês, o sistema progressivo irlandês se consolidou como um sistema que representou a evolução do sistema inglês, isso porque o sistema irlandês prezava por uma melhor preparação do condenado, pois continuou com a ideia de ressocialização dos reclusos, a qual poderia voltar à sociedade em melhores condições de convívio social.

O sistema progressivo irlandês continuou com a mesma ideia de ressocialização dos sistemas que o antecederam, mas para obter um sucesso maior, deu-se a criação de prisões intermediárias, para que através delas os presos pudessem ter seu regresso à sociedade (BITENCOURT, 2011).

O sistema irlandês era marcado por representar uma forma de cumprimento de pena dividida em algumas etapas, Cezar Bitencourt explica cada uma dessas etapas:

[...] Reclusão celular diurna e noturna – nos mesmos termos do sistema inglês, sem comunicação, com alimentação reduzida e sem qualquer favor, era cumprida em prisões centrais e locais. Reclusão celular noturna trabalho diurno em comum – com a obrigação de manter rigoroso silêncio, consagrado no sistema auburniano. Aqui também não apresenta novidade ou diferença entre o sistema inglês. Nessa fase, como regime anterior, os apenados também se dividiam em classes e obtêm a progressão por meio de marcas. “Cada classe implica concessões, restrições especiais quanto ao montante remunerado, regime alimentício, qualidade do trabalho, número de visitas, condições da cama, quantidade de cartas a escrever etc. A passagem de uma classe para outra, aqui como no sistema inglês significa uma evolução do isolamento celular absoluto para um estágio mais liberal, proporcionando a aquisição gradual de privilégios e recompensas materiais, maior confiança e liberdade. Período intermediário – assim denominado por Crofton, ocorria entre a prisão comum em local fechado e a liberdade condicional. Esse período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas. Liberdade condicional – com as mesmas características do sistema inglês, o condenado recebia uma liberdade com restrições e, com o passar do tempo e o cumprimento da condição imposta, obtinha, finalmente a liberdade definitiva (BITENCOURT, 2011, p.101 e 102).

O sistema progressivo irlandês como podemos ver, é o que mais se assemelha a ideia da ressocialização e da reintegração social dos detentos, os irlandeses adotaram um pouco de cada sistema que o antecederam, mas o que se destacou nesse sistema, foi criação de etapas para que os presos conforme o seu comportamento dentro das penitenciárias, mudasse suas condições de viver, o que consequentemente causava a melhora dos reclusos.

Devido ao sucesso dos métodos instaurados pelo sistema progressivo irlandês, diversos países o implantaram, conforme o passar dos anos foi havendo modificações por todos os países que decidiram por sua implementação, pois todos foram modificando esse sistema conforme seus costumes e formas de viver (BITENCOURT, 2011).

1.2 Sistema brasileiro

Antes de trazer à baila a definição de privatização, bem como os benefícios da privatização em setores do sistema carcerário, é importante contextualizar a realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. É fato que o mesmo enfrenta uma grave e assustadora crise, tendo em vista que o país aumentou sua população carcerária em cerca de 267,32% em quinze anos, segundo dados divulgados em pelo Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), publicados no ano de 2021.

Somado a isso, os índices de presos por habitantes no Brasil, em comparação à média mundial são alarmantes: O país possui 306 pessoas presas para cada 100 mil habitantes e no mundo a média é de 144 para cada 100 mil, segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2022.

Já citada anteriormente, a Lei de Execução Penal dispõe sobre os direitos e deveres da população em cárcere. O referido dispositivo possui como um de seus objetivos a garantia ao preso de uma execução de pena que viabilize a sua reintegração na sociedade, com a recuperação de sua índole moral, ética e legal. Miguel Reale Junior, um dos autores da referida lei, em sua obra *Novos rumos do sistema criminal* ressalta o objetivo dos legisladores:

Um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade. (REALE 1983, p.75).

Assim, a Lei de Execução penal visa, além do cumprimento da pena e repreensão dos delitos praticados, a integração harmônica do preso na vida em sociedade, fornecendo alternativas e meios para afastar a conduta criminosa.

Conforme indica Gustavo Portela Barata de Oliveira (2008, P.5) o sistema prisional deve fazer cumprir a finalidade preventiva específica da pena, que pode ser definida como aquela que tem o objetivo de afastar o criminoso do convívio social e buscar sua readaptação. Ele indica em sua obra que, para obter tal resultado, o preso deve ser afastado da sociedade, contudo deve também ter condições de um cumprimento de pena de maneira humana, com o real objetivo de afastá-lo do crime.

Porém, para tal, há a necessidade de serem dispostas as condições necessárias dentro dos sistemas prisionais, que são extremamente precárias nos presídios brasileiros. Nesse sentido, destaca Rolim.

O Brasil como a maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestável um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos (ROLIM, 2003. p. 121).

A Teoria Relativa da Pena, que busca a prevenção e a ausência de novos delitos através do correto cumprimento de pena, a qual se baseou a confecção da Lei de Execução Penal, tem por principal objetivo a ressocialização como forma de afastar o indivíduo da conduta criminosa. Contudo, basta uma rápida análise nos índices de reincidência criminal, e será constatada a falha no sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista que segundo relatório de

pesquisa denominado Reincidência Criminal no Brasil, feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), e ordenado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizado em 2015, foi informado que a cada quatro ex-presidiários, um deles é novamente condenado.

Apesar de tal índice, se observado isoladamente, não aparentar indicar valores expressivos, ao uni-los com o fato de que o Brasil possui 306 presos para cada 100 mil habitantes, tal quantia é absurdamente elevada.

Além disso, os presídios e os encarcerados sofrem com um problema muito grave: a superlotação. O Brasil possui um déficit de vagas no sistema prisional há cerca de 20 anos. No ano 2000, a primeira pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), indicou 232.755 presos em todo o país, mesmo com apenas 135.710 vagas.

A superlotação dos presídios brasileiros é realidade que não se alterará enquanto não forem tomadas novas diretrizes. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2019, no Brasil, o déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro cresceu no primeiro semestre do referido ano, apesar da criação de 6.332 vagas no período. Durante esse período, eram cerca de 461.000 vagas para abrigar os quase 800.000 detentos.

Os dados do CNJ apontam para o aumento da população prisional brasileira que, de acordo com diagnóstico do Depen, aumenta cerca de 8,3% ao ano.

Seguindo essa linha de pensamento, o número de presos pode chegar a quase 1,5 milhão em 2025, o equivalente à população de algumas cidades brasileiras. O Brasil possui, atualmente, a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

2. A PRIVATIZAÇÃO

2.1 Os modelos Internacionais

A ideia da privatização das prisões surgiu devido à superlotação em que se encontravam os presídios norte-americanos, um sistema penitenciário falido, em que a pena de prisão foi marcada pela violação aos direitos humanos, inviabilizando por completo a ressocialização do indivíduo.

Sendo assim, com a criação do sistema penitenciário privatizado, diversos países foram desenvolvendo os seus modelos e buscando meios de terceirizar este serviço, o que seria uma solução para diminuir os gastos do estado. Ao passar do tempo os países foram implantando este sistema e

trazendo consigo diferentes formas de privatização, sendo que alguns deles resolveram privatizar todo o serviço e somente repassar os valores destinados a esta classe, já outros que decidiram terceirizar somente alguns serviços e administrar junto com a empresa privada. (CORDEIRO, 2006).

2.1.1 Modelo Norte Americano

O primeiro País a implantar a privatização, foi o Estados Unidos, onde surgiram os primeiros presídios administrados por empresas privadas com o intuito de acabar com o caos que se encontravam nos presídios governados pelo Estado, que foi um sistema totalmente falho.

A ideia de privatização das prisões no Estados Unidos veio do Presidente Ronald, e sua implantação deu-se na década de 80 como a possível solução para diminuição dos gastos públicos que os presídios geravam. Sendo assim, jovens delinquentes que já estavam no final do cumprimento de suas penas participaram dessa primeira experiência, a qual foi feita para ver como seriam os resultados proporcionados por esse sistema. (DAMACENO, 2007).

O primeiro sistema prisional privatizado dos Estados Unidos foi a prisão de Saint Mary, localizada numa área rural do Kentucky. Desde 1986 a empresa U.S Corrections Corporation é a responsável por administrar a penitenciária, que foi composta por presos que estavam próximos do livramento condicional, para que assim a empresa pudesse operar sem maiores problemas. (MINHOTO, 2000)

Damaceno trouxe em seu artigo "Privatização de prisões e adoção de um modelo de gestão privada" que o modelo de privatização norte americano foi composto por três espécies de modelos que vieram a ser implantados, sendo eles:

- 1) O arrendamento das prisões, 2) Administração privada das penitenciárias, e por fim 3) Contratação de serviços específicos com particulares. (DAMACENO, 2007)

Na espécie de arrendamento das prisões as empresas privadas ficariam responsáveis por financiar e construir os presídios, e logo em seguida repassaria o controle para o governo federal, que com o passar do tempo viria administrar estes presídios. Na segunda espécie que seria a administração privada das penitenciárias, as empresas privadas além de construir e financiar, também ficariam responsáveis por administrar as prisões, ou seja, o presídio seria dirigido por uma empresa que seria responsável pela aplicação da pena aos delinquentes. Já na terceira espécie que seria a contratação de serviços específicos com particulares, empresas privadas seriam contratadas para fornecer apenas serviços específicos, como: alimentação, vestimenta e até saúde.

Com isso, é evidente que a privatização dos presídios norte-americanos foi um sucesso, trazendo consigo muitos aspectos positivos, sendo um deles é a redução de gastos estatais já que as empresas eram as responsáveis pela administração dos presídios.

2.1.2 Modelo Francês

Na França, os primeiros indícios de acerca da privatização dos presídios surgiu devido à crise em que vivia o sistema francês, com superlotação dos presídios o custo era alto. Foi então que no século XIX, o presidente François Mitterrand sancionou a Lei 87.432 de 22 de junho de 1987, que previa a participação das empresas privadas nas construções de penitenciárias que surgiu a privatização dos presídios franceses.

Segundo Araújo Junior (1995 p. 70.), a Lei nº. 87/432 foi sancionada devido ao sistema penitenciário francês se encontrar em colapso devido ao crescimento da criminalidade no país, o que aumentou a população carcerária em números superior a 50 mil presos.

Em busca da solução para o mencionado colapso, o estado Francês em parcerias com empresas privadas construíram 13.000 celas, em 25 penitenciárias de diversas regiões da França. No entanto, no modelo de privatização do sistema francês há uma dupla gestão, onde a responsabilidade para o gerenciamento e administração dos presídios era tanto do Estado quando das empresas privadas. (OLIVEIRA 2002, p.329)

O Estado era responsável pela segurança externa da prisão, além da responsabilidade de indicar o diretor geral do presídio, enquanto a empresa privada ficou responsável pela segurança interna, e pela organização de todas as tarefas relacionadas aos presos, sendo elas: fornecer e gerir o trabalho, educação, transporte, alimentação, lazer, assistência social, jurídica, espiritual e saúde física e mental do preso. (CORDEIRO 2006, p.109)

No modelo francês o Estado tem total controle sobre o preso, sendo de sua responsabilidade a administração da pena e de quem será preso, já a empresa privada tem a responsabilidade de administrar o sistema prisional, tal como definir as regras e gerir a organização do presídio. Portanto, o modelo francês é um sistema misto, no qual o estado e empresas privadas se uniram com intuito de propiciar aos detentos melhores condições de reintegração na sociedade.

2.1.3 Modelo Inglês

O surgimento da privatização prisional da Inglaterra deu-se devido ao seu atual sistema carcerário atingir um quadro de superpopulação que, somado ao alto custo de manutenção, além da ineficácia do objetivo de ressocialização, levou o país a adotar um modelo de sistema prisional privado em 1984.

A crise devido à escassez do número de vagas nos presídios da Inglaterra foi um dos vários problemas enfrentados, pois acabou piorando devido ao estado investir na construção de mais presídios, a qual não foi o suficiente para resolver o problema, tal problema só foi resolvido após a parceria entre Estado e empresas privada na qual foi responsável pela privatização do sistema inglês.

Portanto, a Inglaterra implantou um modelo mais parecido com o Francês, a qual o Estado tinha total poder sobre o preso, gerenciando suas penas, prisões e liberdades, cabendo as empresas privadas

somente a responsabilidade de fornecer os serviços de alimentação e vestimenta, sendo assim foi terceirizado apenas os serviços de hotelarias (CORDEIRO, 2006, p.110).

2.2 Opiniões de Doutrinadores Sobre a Privatização

Os doutrinadores têm opiniões divergentes sobre a privatização do sistema carcerário. Um deles é Fernando Capez, que declara ser a favor da privatização, desde que as empresas privadas que ficarem responsáveis pelos presídios invista capital desde o início, segundo ele para a privatização da certo e ter resultados positivos, as empresas privadas devera administrar presídios cumprindo rigorosamente a Lei de Execução Penal. (CAPEZ 2010).

Baseado nisso Capez discorre:

Para o candidato, no caso de não haver recursos do Estado, é importante que eles sejam buscados na iniciativa privada. O Estado, no entanto, deve procurar uma forma de fazer com que aquele que investe consiga obter remuneração mediante o trabalho do preso. Capez enumerou uma série de medidas previstas na Lei de Execução Penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1985 e que, mais de 21 anos depois, não foram implementadas – como é o caso da construção de casas de albergados e colônias penais para presos em regime aberto e semi-aberto. A lei de 1985 também determina que, depois de um tempo, o preso tenha atividades em colônias agrícolas e industriais. Mas o Estado até hoje não construiu as colônias penais, e os presos, em vez de ali ficarem, estão nas ruas. A Lei de Execução Penal diz que o preso tem direito a celas individuais e a ter sua dignidade respeitada, além do direito de trabalhar e comisso diminuir (CAPEZ, 2010).

Além de Fernando Capez, outro doutrinado a qual declarou ser a favor da privatização do sistema penitenciário foi D'URSO (2009):

Registro que sou amplamente favorável à privatização, no modelo francês e as duas experiências brasileiras, uma no Paraná há um ano e outra no Ceará, há dois meses, há de se reconhecer que são um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a 'utopia' de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. [...] Das modalidades que o mundo conhece, a aplicada pela França é a que tem obtido melhores resultados e testemunho que, em visita oficial aos estabelecimentos franceses, o que vi foi animador. [...]. De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade, sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o troco. (D'URSO, 2009).

Como exemplo visão contrária aos doutrinadores citados, o Juiz Alexandre de Moraes da Rosa (2017) que na época era o atual assessor especial da Presidência do TJSC, em uma entrevista ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina declarou-se contra a privatização, pois o mesmo afirmava que a ideia da privatização dos presídios seria apenas “uma falácia” e que traria benefícios apenas para as empresas privadas e não resolveria o problema da superlotação nos presídios. No entendimento do referido Juiz, privatização só é boa para a geração de capital, não para bem-estar dos detentos, pois as empresas privadas só querem lucrar e não se preocupam com a ressocialização dos presos.

2.3 Aspectos positivos

Como podemos ver diante dos fatos explanados, a situação de muitos presídios é inegavelmente caótica, tendo em vista a superlotação, falta de recursos e a violação dos direitos dos encarcerados, modelos prisionais com métodos rigorosos e cruéis que falharam totalmente no seu objetivo principal, que era a ressocialização dos presos na sociedade.

A privatização das penitenciárias em alguns países trouxe diversos aspectos positivos, sendo que um deles foi a solução para a escassez de vagas nos presídios, na qual o Estado foi incapaz de suprir sozinho tal déficit e só atingiu esse êxito após a parceria com empresas privadas, já que o ente privado tem recursos para a construção de novas unidades prisionais. Portanto, a privatização através de uma parceria pública privada seria a solução para a superlotação de muitos presídios.

Outro ponto favorável é o fato de que no modelo de Parceria Público Privada, é maior o oferecimento de vagas de trabalho para os delinquentes, o que não é comum de se ver nas penitenciárias estatais. O exercício do trabalho nos presídios é de extrema importância, pois o mesmo colabora para a ressocialização do preso e ainda lhe dá o direito da remissão da pena, além da remuneração pelos serviços prestados.

De acordo com Brozza (2016) as empresas privadas dispõem de maior habilidade para administrar as penitenciárias, tendo em vista que se encontra liberta da complicada burocracia do setor público, o que torna o serviço mais eficaz devido à agilidade e mais barato para o Estado. Sem falar que proporcionará um ambiente melhor para os detentos, já que poderá oferecer: trabalho, escola, lazer, vestuário, local mais higiênico, construção de celas e presídios para evitar a superlotação, na qual proporcionara maiores chances de ressocializar, ao ponto de poderem disputar até mesmo uma vaga de emprego.

O Estado não tem recursos para gerir e nem construir presídios sozinho, diante disto, a privatização é a solução e uma necessidade absolutamente insuperável para os problemas enfrentados nos presídios estatais. O Estado em parceria com empresas privadas poderão investir na construção de novos presídios, gerando assim uma condição de vida mais digna e colaborando até mesmo para a readaptação social dos detentos.

3.A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

3.1 Penitenciárias parceiras da iniciativa privada

Inicialmente, é importante ressaltar que atualmente inexiste na Constituição Federal qualquer restrição à cooperação público privada no Brasil, portanto não há qualquer irregularidade jurídica ou resquício de inconstitucionalidade.

Sabe-se que a prestação dos serviços pode ser realizada conforme já praticado pelo Estado de Minas Gerais com o presídio de Ribeirão das Neves, nos termos da Lei 11.079/2004. A Parceria Público Privada abrange a melhoria do sistema de gestão penitenciária, tudo em cooperação com o ente público. O referido sistema visa gerar um regime de fiscalização recíproca, sendo que tanto o particular quanto o Estado colaborem para a aplicação correta da pena, dentro de um ambiente melhor infra estruturado, com mais capital e recursos.

Assim, são diversos os exemplos dentro do Brasil que apontam a eficiência de tal parceria. O primeiro a ser citado não é o pioneiro a adotar tal medida, mas o que melhor define a eficiência da parceria público-privada: o complexo prisional de Ribeirão das Neves/MG, chamado de Complexo Penitenciário Público Privado (CPPP) construído pelo consórcio GPA (Gestores Prisionais Associados), seguindo os modelos americano e britânico. Sobre isso, asseverou Cordeiro:

A partir daí, a idéia foi seguida por outros Estados. O pretexto de buscar soluções e novas alternativas para o problema penitenciário, alguns estados brasileiros, a exemplo do Paraná, Ceará, Bahia e Amazonas, vem adotando a terceirização do sistema prisional, consistente numa parceria firmada entre o Poder Público e o particular, para fins de administração das prisões. (CORDEIRO, 2006, p.126).

Tal presídio é conhecido pela sua eficiência e admiração tanto dos funcionários quanto de presidiários. Nunca houve sequer uma rebelião e, segundo dados levantados pelo Jornal Gazeta do Povo, em 2019, o número de detentos era de 2.164, mas a capacidade total é de 3.800 presos. No presídio de Ribeirão das Neves há o diferencial da obrigação de construir. Pelo contrato desenvolvido em Minas Gerais, é a GPA quem arca com a despesa da obra. O investimento é amortizado ao longo dos 30 anos de contrato, por meio da remuneração paga mensalmente pelo Estado, por preso.

O custo de cada interno, mensalmente, gira em torno de R\$ 1.900,00. Contudo, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a média nacional de custo por preso é de R\$ 2.400. Além de gerar menores gastos, a infraestrutura é extremamente superior.

Agora, seguindo a ordem cronológica, o primeiro presídio privado do país foi criado em novembro de 1999, em Guarapuava, chamado de Penitenciária Industrial, baseado no modelo Francês. Nele, diversos serviços eram terceirizados, como alimentação, higiene, assistência odontológica e psicológica, etc. Os serviços terceirizados foram administrados pela Administração Prisional S/C, membro da empresa Pires Serviços de Segurança. Em conjunto, o governo do Paraná era responsável por nomear o diretor, seu vice e do diretor de disciplina, além de supervisionar a qualidade do serviço

acordado com a iniciativa privada. Essas medidas foram tomadas visando o cumprimento do disposto na Lei de Execuções Penais, determinando o encargo do ente estatal.

Um fator interessante e essencial de tal presídio, que contribui grandemente com os altos índices de ressocialização foram a prática do trabalho pelos detentos. Sobre tal tema, assevera Porto:

A Penitenciária Industrial do País ainda oportuniza os presidiários ao oferecer trabalho, sendo este um dos maiores fatores de ressocialização, uma vez que, o trabalho dignifica o homem. Alguns serviços são de faxina, lavanderia, alguns serviços na cozinha, ou até na fábrica. Fábrica essa em que revezam em 3 turnos de 6 horas, permitindo horários disponíveis para que o detento utilize os serviços já mencionados de forma favorável para si. Lembra-se também que, aquela, possui um regime rígido de disciplina, sem divergência, por exemplo, na alimentação servida, tanto para presidiários quanto para funcionários (PORTO, 2007, p. 101).

Outros exemplos de Parceria Público Privada dos presídios no Brasil se localizam no estado do Ceará, e o primeiro deles é a Penitenciária Industrial Regional do Cariri, localizada em Juazeiro do Norte, construída no ano de 2000. Uma peculiaridade de tal presídio é que, diferentemente dos demais, o serviço de monitoramento dos detentos é realizado pela empresa privada, já a área externa é patrulhada pelo ente estatal. Além desse, o governo do Ceará inaugurou Penitenciária Industrial Regional de Sobral e o Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II, com contrato de parceria público-privada, todos no ano de 2002.

No estado da Bahia, em Valença, cinco presídios contam com um modelo denominado como gestão compartilhada, desde 2003. Novamente, aos moldes dos presídios paranaenses, o estado é quem indica o diretor, vice e diretor de disciplina da penitenciária, sendo que a empresa privada controla o restante dos serviços, exceto a patrulha policial externa.

Em 2005, no estado de Espírito Santo, foi inaugurada a primeira penitenciária no modelo de cogestão. Já em Manaus, Amazonas, são três presídios que adotam tal sistema: Complexo Penitenciário Unidade Prisional do Puraquequara, Instituto Penal Antônio Trindade, e o Complexo Penitenciário Anísio Jobim.

3.2 A promoção dos Direitos Humanos

A finalidade do cumprimento de pena é, principalmente, a ressocialização. Essa está ligada ao cerne do Direito, que é a promoção dos Direitos Humanos. Bitencourt, em sua obra, destaca sua importância:

A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu art.1º, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade

de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal. BITENCOURT (2012, p.130)

Embora tenha sido apontada a necessidade, sabe-se que a maioria esmagadora dos presídios brasileiros passam longe de garantirem os direitos básicos aos detentos, pois sofrem rotineiramente com rebeliões, violência, superlotação, falta de higiene, saúde e dignidade. A cooperação privada está diretamente ligada a tais direitos, com uma melhor promoção dos mesmos, tendo em vista os recursos destinados e uma melhor gestão.

A garantia da dignidade da pessoa humana está expressa logo no Art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Não é por acaso que a Lei Maior imprimiu tamanha importância em tal princípio. Nesse sentido, destaca Fladimir Jerônimo Belinati Martins:

Foi nesse contexto de instauração de um Estado Democrático de Direito, em franca reação ao período autoritário que então findava, que se desenvolveram os trabalhos constitucionais, culminando na promulgação da Constituição de 1988. Uma Constituição cuja pretensão não se resume a apenas restaurar o Estado de Direito, mas 'reencantar o mundo', voltando-se contra o positivismo na busca de um fundamento ético para ordem jurídica e contra o privatismo na busca da efetividade do amplo sistema de direitos assegurado. E quando cotejada com as Constituições anteriores não deixa de ser uma ruptura paradigmática a solução adotada pelo constituinte na formulação do princípio de dignidade da pessoa humana. A Constituição brasileira de 1988 avançou significativamente rumo à normatividade do princípio quando transformou a dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica, declarando-o, em seu art. 1º, inciso III, com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual se constitui em Estado Democrático de Direito [...]. (MARTINS, 2006, p. 50).

Assim, percebe-se que é garantia de todo cidadão e dever do Estado, a preservação da dignidade da pessoa humana, independente se o cidadão esteja em cárcere. O cumprimento da pena não deveria ultrapassar as medidas punitivas necessárias para coibir o ato criminoso e garantir a ressocialização, mas isso não ocorre. Além disso, conforme já exposto, a parceria Público Privada não pretende a ausência do poder Estatal, mas a contribuição na garantia dos direitos humanos através de sua cooperação. Nesse sentido:

Não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução da pena, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. Diz ainda que (...) já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de

seu órgão-juiz, determinará quando um homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá a punição e quando o homem poderá sair da cadeia. (D'URSO, 1999, p. 44-46).

A modalidade de contrato entre o público e o particular ficou legislada na esfera federal, através da lei 11.079/2004, criada pelo Decreto o de nº 5.385, de 04 de março de 2005, o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP.

Tendo em vista o embasamento legal, percebe-se que é lícito o auxílio de entes particulares nos presídios, visando a promoção dos direitos humanos e principalmente a ressocialização. Com a participação de empresas na gestão dos sistemas carcerários, conforme demonstrado nos exemplos citados, a ressocialização atinge seu propósito, que é garantir ao indivíduo o devido preparo para voltar à vida em sociedade.

Somente a fim de demonstração, o Art. 80 da LEP estabeleceu que os indivíduos condenados devem ser alojados em celas individuais, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Contudo, sabe-se também que o Estado não possui condições atualmente de arcar com tais despesas, privando os detentos de terem seus direitos garantidos.

Os modelos internacionais de parceria Público Privada já apresentam diversas alternativas como meio de ressocialização dos presidiários. Destaca Boller:

A freqüente ociosidade, resultado do sistema carcerário convencional, deve ser substituída por oito horas diárias de trabalho, estudo e lazer, remunerando o preso que, além de preencher seu dia, colabora com o sustento de sua família, profissionalizando-se e preparando-se para a reintegração social. Não bastasse isso, a cada três dias de trabalho, há a minoração de um dia de pena cumprida, reduzindo a taxa de ocupação, sem a necessidade de medidas impopulares, como a recentemente adotada pelo STF, com relação à progressão de regime aos apenados pela prática de crimes classificados como hediondos. (BOLLER, 2006, p. 96)

Portanto, tal sistema se demonstra eficiente e capaz de garantir a promoção dos direitos humanos dentro das penitenciárias, garantindo ao detento uma correta ressocialização, gerando efeitos tanto no ambiente carcerário, quanto na sociedade futuramente.

3.3 Da diminuição dos gastos públicos

Segundo dados levantados pelo Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), no ano de 2014, o número de presidiários beirava a quantia de 607 mil, com cerca de 377 mil vagas. Nota-se que, mesmo há 8 anos atrás, o país já sofria com a superlotação dos presídios. Destacou-se também na pesquisa que o crescimento da população carcerária crescia em número muito superior ao PIB brasileiro, sendo que tais dados perduram até os dias atuais.

É claro que, em um país cada vez mais violento, com presídios gerenciados por um Estado que enfrenta uma grave crise financeira, moral e social, o sistema carcerário não se mantém em boas condições. Portanto, a Parceria Público Privada surge como uma alternativa ao desafogamento do Estado na gerência das penitenciárias. Um dos modelos internacionais que se assemelha com o brasileiro, é o francês. Lá, o Estado e o ente privado se mantêm em uma relação de auxílio mútuo, muito parecido com os adotados aqui no país. Assim, a empresa particular financia, por exemplo, os serviços de saúde, higiene, vestimenta, lazer, trabalho, etc.

Retornando ao que determina a Lei de Execução Penal, percebe-se que o legislador busca assegurar ao detento condições necessárias para, apesar de ser punido pelos seus crimes, atingir o objetivo principal, que é a ressocialização e o afastamento das condutas criminosas. Podemos citar, por exemplo, que nos Arts. 11 ao 27 da referida norma, o Legislador determina uma série de assistências necessárias ao indivíduo em cárcere.

Conforme já demonstrado anteriormente, enquanto o custo dos presidiários pelo Estado gira em torno de R\$ 2.400,00, com a gerência do ente privado, o preço cai quase pela metade e gera melhores resultados. Isso ocorre devido à descentralização e a distribuição dos recursos, tendo em vista que o Estado gerencia diversos presídios ao mesmo tempo e muitas vezes não possui recursos para tal.

Portanto, com mais assistência, melhores condições de trabalho interno, educação, os objetivos são alcançados gradualmente. Oliveira enumera as vantagens de tal sistema:

- a) o Estado não se mostrou capaz de administrá-los satisfatoriamente; b) o estado não dá mostras de procurar solucionar os problemas dos presos; c) a instituição privada, pela concorrência possui seu foco no objetivo proposto; d) iniciativa privada tem mais experiência na redução de gastos; e) possibilidade do egresso no mercado de trabalho; f) benefício para o preso que ganhará dinheiro por sua produção; g) a garantia de respeito aos direitos humanos é a maior, o advogado do preso pode processar a empresa privada que violar os princípios presentes na Constituição do preso, na LEP, na sentença de condenação e no contrato de adesão com o Estado. (OLIVEIRA, 2002, p.62-63)

Além da melhor divisão dos recursos, a Parceria Público Privada permite também, através do acordo entre os entes públicos e privados uma melhor dinâmica, como por exemplo uma aplicação diferente do ensino aos presos com graduação em nível superior. Assim, permite-se realocar os investimentos de uma melhor forma e aplicar de maneira objetiva o dinheiro, gerando resultados positivos tanto para a empresa privada, quanto ao Estado e à sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é notável que os objetivos almejados pelos legisladores na elaboração da LEP jamais serão plenamente alcançados pelo Estado Brasileiro, tendo em vista a constante decadência social, moral e principalmente financeira do país. Nota-se claramente que o Estado não

consegue arcar sozinho com o ônus de gerenciar os presídios e aplicar corretamente as sanções, visando a reinserção do indivíduo em cárcere na sociedade de maneira em que se observem resultados positivos tanto para o mesmo, quanto para a sociedade.

É cediço que a Parceria Público Privada se apresenta como uma alternativa real aos problemas citados, fugindo de ideais utópicos e inalcançáveis, realmente colocando em prática meios necessários para a melhora, tendo como prova o sucesso dos modelos internacionais, bem como os já aplicados no Brasil. É importante ressaltar que tal análise não foge da realidade da sociedade brasileira, que enfrenta índices de criminalidade altos e preocupantes, sendo um dos países mais violentos de todo o mundo. Contudo, mesmo em tal cenário, a Parceria Público Privada apresenta resultados expressivamente positivos.

A proposta, como já exposto, não é ausentar o agente Público de todas suas funções, o que de fato seria um erro. O que se defende é que a empresa privada assuma alguns setores e serviços das penitenciárias, auxiliando nos gastos, sem inflar ainda mais as dívidas do Estado. Tal modelo apresentado garante a correta execução penal, com vista em sua função ressocializadora e garantindo a promoção dos Direitos Humanos também dentro das unidades prisionais.

Sendo assim, na atuação conjunta do Estado e do ente privado, preenchendo requisitos que são escassos em ambos, formam um sistema viável, em que há recursos para a garantia do que buscava o Legislador ao propor a atual Lei de Execução Penal, gerando frutos positivos não só para o presidiário, como para toda a sociedade e o Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 913 p., vol. 1.

BOLLER, Fernando Luiz. Consultor Jurídico. **Nova direção: privatizar o sistema prisional diminuirá as rebeliões**. São Paulo, 20 maio 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mai-20/privatizar_sistema_prisional_diminuir_rebelioes. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado Federal, 1988. 33

BRASIL. **Lei nº7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

BRASIL. **Lei nº11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2004.

BREMBATI, Katia. **A privatização chega aos presídios. O que este modelo tem a oferecer**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/parana/cenario-privatizacao-presidios-brasil/>> . Acessado em: 10 de outubro 2022.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Reflexões sobre o papel do Estado frente a atividade econômica**. Recife, 2003.

COELHO, Daniel Vasconcelos. **A crise no sistema penitenciário brasileiro**. São Paulo, 2003.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização dos presídios. Alguns aspectos inconstitucionais**. Boletim IBCCRIM nº 125. São Paulo, 2003.

DATAVENI. **Direito Público em pauta**. Entrevista concedida por Fernando Capez, Dataveni, Entrevistas, ano VI, nº 55, março de 2002. Disponível em < <http://www.datavenia.net> > . Acesso em 10 de outubro de 2022

D'URSO. Luiz Flávio Borges. **Entregar as prisões à iniciativa privada é mais eficiente e garante os direitos dos internos**. 2016. Disponível em: Acesso em: 04 out. 2022.

D'URSO, Luíz Flávio Borges. **Privatização Das Prisões Mais Uma Vez A Polêmica**. Disponível em: http://www.oabms.org.br/noticias/lernoticia.php?noti_id=137. Acesso em: 12 out. 2022.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

FONTES, Giulia. **Como funciona o complexo de Ribeirão das Neves**. Gazeta do Povo, 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/parana/ribeirao-das-neves-unica-ppp-penitenciaria-do-brasil/>> . Acesso em: 28 set. 2022.

FMI, Fundo Monetário Internacional. World Economic Outlook (WEO): **Too Slow for Too Long**, 2021.

GRANDIN, Felipe. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios**. G1, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>> . Acesso em: 03 out. 2022.

JUNIOR, Honório Nichelatti. **Sistemas Prisionais Privados e Desenvolvimento Regional**. São Paulo, Lumen Juris, 2012.

JUNIOR, João Marcello de Araújo. **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JUNIOR, Miguel Reale. **Novos Rumos do Sistema Prisional**. Rio de Janeiro, 1983.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba, Juruá Editora, 2006, p. 50.

MEDEIROS, Ângelo. **Privatização de presídios**. Entrevista concedida por Juiz Alexandre Morais da rosa, Entrevistas. Disponível em < <http://www.tjsc.jus.br/-/imprensa/-/juiz-alexandre-morais-da-rosa-fala-ao-justica-legal-sobre-privatizacao-de-presidios>>. Acesso em 05 de outubro de 2022

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

OLIVEIRA, Edmundo. **Revista Prática Jurídica. Propósitos científicos da prisão**. Brasília, 2002, n.3, p. 60-63

OLIVEIRA, Gustavo Portela Barata, **A inaplicabilidade da Lei de Execução Penal e seus reflexos nos reclusos e egressos do cárcere em Sorocaba**. São Paulo, 2008.

ONU, **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)**. Nova York, 2017.

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

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas. 2007, p. 101.

ROLIM, M. Prisão e Ideologia: limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Rio Grande do Sul, 2003.

RYAN, Mick; WARD, Tony. **Privatization and the Penal System: the American Experience and the debate in Britain**, p.14. Nova Iorque, 1983.

USP, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. **Monitor da violência**. São Paulo, 2021.

O AVANÇO TECNOLÓGICO NO PERÍODO PANDÊMICO COMO DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

FELIPE DA PAZ SILVA:
Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

KÁRITA CARNEIRO PEREIRA⁸⁷

(orientadora).

RESUMO: Devido a quarentena no período de pandemia o direito teve sua evolução natural acelerada drasticamente através dos avanços tecnológicos desenvolvidos para suprir as necessidades mais básicas de comunicação, se tornando mais acessível ao público, tanto para usuários juristas como para a sociedade em geral, Este artigo foi desenvolvido utilizando os métodos qualitativo e indutivo, a argumentação do documento foi feita levando em consideração as evoluções das tecnologias de comunicação, este estudo, os dados descritos neste artigo foram obtidos através de pesquisas e levantamentos feitas em sites públicos. Certamente a pandemia foi uma das maiores tragédias do século, e forçou a humanidade a evoluir e se adaptar a ela, de forma igual foi o direito, este que já possuía uma base bem sólida é aceita prevendo medidas para o segmento das ações ainda que as mesmas não pudessem se encontrar presencialmente, no passado muito se falava de acessibilidade das partes a aparelhos que as permitissem usufruir deste recurso. E inegável, com o passar do tempo, mais e mais pessoas vão estar integradas as redes sociais, a sistemas que permitam fazer vídeo conferencia do conforto e segurança de suas casas, no período em que esse artigo foi redigido, está pratica ainda não é tão comum, embora já apresente sinais de evidencia em algumas mídias.

Palavras - chave: Acessibilidade, Desenvolvimento, Humanidade, inovação tecnologia.

ABSTRACT: Due to the quarantine during the pandemic period, the law had its natural evolution drastically accelerated thanks to technological advances developed to meet the most basic communication needs, thus becoming more accessible to the public, both for legal users and for the most needy population, This article was developed using qualitative and inductive methods, the argument of the document was made taking into account the evolution of communication technologies, this study, the data described in this article were obtained through research and surveys carried out on public sites. Certainly the pandemic was one of the greatest tragedies of the century, and it forced humanity to evolve and adapt to it, in the same way as was the law, which already had a very solid foundation, is accepted, providing for measures for the segment of actions even if the could not meet face-to-face, in the past much was said about the accessibility of the parties to devices that would allow them to enjoy this resource. It is undeniable, with the passage of time, more and more people will be integrated to social networks, to systems that allow video conferencing from the comfort and safety of

87 Docente Mestra do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

their homes, in the period in which this article was written, this practice is still not so common, although it already shows signs of evidence in some media.

Keywords: Accessibility, Development, Humanity, technology innovation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Hipótese e dificuldades 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Neste artigo será colocado em debate a crescente expansão tecnológica do direito, que está permitindo há pessoas com todos graus de escolaridade, ter acesso facilitado ao sistema jurídico. Sendo este acesso de forma mais informal, possibilitando que até as regiões mais afastadas possam participar de audiências, do conforto do seu lar, assim como será o foco desta pesquisa, discutir sobre as novas tecnologias e a expectativa social que recai sobre elas.

Em meio ao tempo em que a população se via encarcerada em suas próprias residências, muitas dúvidas, medos e angustias se levantavam, percebe-se aí há imensa falta de um plano contra emergências deste porte, diversas foram as perdas porem ainda foi possível ao direito e algumas outras áreas prosperarem, isso se deve a maleabilidade do jurídico que pode migrar para esta nova era.

Devido a esta transição foi possível continuar com as audiências que em um primeiro momento haviam sido suspensas indefinidamente, houve a necessidade de digitalizar documentos, para facilitar ainda mais a vida de advogados, juízes e claro as pessoas que necessitavam desse respaldo.

Dessa forma uma pergunta surgia: quais as plataformas existentes? Qual é a mais usada? Existe uma forma unificada? Eu tenho que ter algum aparelho específico para poder usufruir destas novas tecnologias? E quais as expectativas para estes e outros aparatos que estão sendo desenvolvidos? Desta forma concluir que era necessário saber como o meio em que a sociedade está inserida continua se desenvolvendo, o que está sendo discutido pelas pessoas que usaram estas novas plataformas tanto operadoras do direito como aquelas que necessitam do direito para solucionar suas causas, uma coisa está clara o meio jurídico conseguiu dar um enorme salto em direção ao futuro e dificilmente voltara a ser o que era antes dessa pandemia.

2. METODOLOGIA

Este artigo foi desenvolvido utilizando os métodos qualitativo e indutivo, a argumentação do documento foi feita levando em consideração as evoluções das tecnologias de comunicação, este estudo, os dados descritos neste artigo foram obtidos através de pesquisas e levantamentos feitas em sites públicos.

3. Hipótese e dificuldades

Neste momento de constante evolução tecnológica e fácil se perder, como se-pode reparar no cotidiano, hoje se compra um celular que é o auge, com os melhores recursos, interface e etc... porem logo em seguida no prazo de três meses ou menos já sé terá versões melhores mais praticas e acessíveis, mas e evidente que nem todos saberão disso, por diversos fatores.

Neste contexto a principal pergunta que irá nortear o foco desta pesquisa e justamente: Estas novas metodologias, plataformas, aplicativos e afins, de fato tornaram o jurídico, a busca pelo direito mais acessível, e humano para todos, especificamente para aqueles mais carentes e leigos?

A princípio podemos acreditar que sim, na cidade de Gurupi – TO foi adotado a forma EAD que nada mais e do que a sigla para ensino a distância, este foi apenas o primeiro passo para pequenas e constantes mudanças que levariam o ensino do direito a ter um contato ainda maior com a comunidade.

A principal Universidade da região Unirg de Gurupi, foi uma das que receberam mais visibilidade neste processo, desenvolvendo seus próprios perfis em web sites educacionais como por exemplo o I-OW (Interactive Our World), Google Sala de Aula e outros, levando tanto seus alunos como os próprios professores, que também atuam ativamente nas mais variadas funções, dentro do âmbito jurídico, a se adaptarem a este novo mundo que sé apresentava frente a todos.

Uma das ferramentas mais usadas em meio a pandemia foi evidentemente o Google Meet; Google Meet é um serviço de comunicação por vídeo, desenvolvido pelo Google. É um dos dois serviços que substituem a versão anterior do Google Hangouts, o outro é o Google Chat, foi lançado em 9 (nove) de março de 2017 (dois mil e dezessete, sistema operacional: Windows, MacOS, Linux, Android, IOS; foi desenvolvido pela google corp e está disponível para Android e iOS.

Em meio a evolução hiper acelerada, causada por inúmeras demandas sociais, a necessidade de se comunicar sempre se manteve, em todos os lugares que se olhava, havia algum tipo de propaganda evidenciando novos aparelhos, novos serviços de assinatura, planos telefônicos dentre outros serviços atualmente indispensáveis para o atual mundo moderno, nota-se que este impressionante desenvolvimento tecnológico se intensificou muito a partir do ano de 1946 quando surgiu no mundo o primeiro computador, Eniac (Electronic Numerical Integrator and Computer).

Este que seria o evento revolucionário que permitiria a todas as pessoas do mundo se conectarem, seu proposito na época não era meramente fazer ligações domesticas, gerenciar aplicativos ou tirara fotos, este avia sido criado para fazer cálculos de balística, e interessante observar que em obras ficcionais normalmente acontece o inverso, isto é, um invento voltado para o estudo ou lazer, sendo aproveitado como instrumento bélico, no entanto como observado na pratica, não e bem assim, observe, houve todo um desenvolvimento e produção para que um instrumento utilizado em guerras, de mais de 29 mil toneladas pudesse ser incorporado pelas pessoas como um objeto do cotidiano, foi apenas em 1965 que o primeiro microcomputador foi comercializado de fato.

E necessário ressaltar estas etapas da elaboração, criação, desenvolvimento e evolução do computador, pois os aparelhos utilizados atualmente no contexto social estão muito mais próximos do

computador moderno, ainda que possam continuar sendo chamados de aparelhos celulares, a função de ligar para outro aparelho e visivelmente uma das menos utilizados no contexto.

Isto se comprova quando se está prestes a contratar um plano telefônico de uma operadora, estes que colocam em evidencia a conexão de internet, é como “bônus” se conseguiria ligar de operadora X para operadora X ,ou diversas outras, a partir do momento da sua criação a internet veio crescendo lado a lado com a humanidade, quando esta nova tecnologia emergiu muito sé falava sé está era segura, se realmente seria um bom negócio investir e acreditar no potência desta que hoje se prova ser a invenção do século.

Revolucionando as comunicações e a forma como o ser humano enxerga o mundo a sua volta, vide que a rápida expansão e propagação da internet e dos aparelhos que permitem acesso a essa, pode ser comparada a uma infestação parasitaria, atualmente e muito mais difícil se viver e trabalhar sem um celular com conexão a internet, todo um universo de possibilidades está circulando o indivíduo e este não poderia acessar sem esta ferramenta, hoje indispensável a humanidade.

E perceptivo que antes da ascendência do vírus que aterrorizou o mundo, a demanda por produtos envolvendo o virtual ainda era bem pequena e humilde, justamente por causa do medo, preconceito e desinformação, em meados dos anos noventa a internet ainda era vista com um olhar de desconfiança por muitos, com o avanço das mídias televisivas as pessoas foram aos poucos perdendo este medo de procurar pelo digital, através de uma diversidade considerável de programas e notícias envolvendo computadores e internet.

Logo que os telefones se tornaram mais acessíveis foi notável a evolução de suas novas tecnologias, modificando sua interface para ficar cada vez mais fácil e agradável de usar, levando seus consumidores a ficarem ainda mais tempo conectados, desta forma foi surgindo a necessidade de se construir novas formas de se comunicar, de modo que agora não mais teria como único método as ligações convencionais, utilizando a internet novas aplicações foram desenvolvidas para os aparelhos celulares, que ficaram mais espertos e se tornaram Smartphones.

Estes novos aplicativos de redes sociais estouraram nas graças do povo, agora tudo estava mais ágil, colorido e intuitivo, os mais famosos estão sempre na boca do povo estes são o WhatsApp, Twitter e Instagram, para os mais jovens talvez seja um pouco difícil imaginar que existiram outras redes sociais antes dessas, para algumas pessoas entre 20 a quarenta anos de idade talvez se lembrem do Orkut, interessante pensar que mesmo este e outros de sua época, que não foram muito populares entre o público, por mais que hoje tenham caído no esquecimento não foram os mais antigos, a primeira rede social que pode ser definida assim pelos padrões atuais por atingir certos critérios específicos, começou nos anos de 1995 com o nome de Classmates.com, com o objetivo de reunir e conectar pessoas em especial colegas de escola como o próprio nome sugere.

As redes sociais que se conhecesse hoje em dia só começaram a ficar populares de fato a partir dos anos 2000, com o passar do tempo a dependência destas redes sociais só cresceu, obviamente isso

se deve a sua popularidade, em especial com os jovens, que cada vez mais se atraem por conteúdos rápidos e que não demandam muito esforço para serem alcançados, em certo ponto estes adicionas conhecidos como aplicativos de redes sociais começaram a atrair atenção de pessoas mais velhas, que em um primeiro momento sentirão grande dificuldade em se adaptar a este novo mundo, muito mais rápido, dinâmico e interativo do que aquele que os havia gerado.

Neste novo mundo tecnológico se tornou um pré-requisito, a habilidade da prestidigitação, uma habilidade não muito reconhecida que basicamente é a destreza aplicada na hora de se digitar algum texto, mensagem ou relatório, para muitos jovens está e quase uma característica inata, porém para aqueles que não nasceram imersos neste novo mundo de informações relâmpago, fora iniciada uma leva de cursos que iniciavam aqueles com o maior grau de dificuldade nestas novas funções, cursos de digitação, operador de Windows, operador de Excel, entre outras ferramentas básicas, se tornaram tão essenciais quanto saber uma segunda língua.

Mas onde está a previsão legal para a realização de coisas tão importantes quanto audiências e juris por meio de redes sociais e outras plataformas de vídeo chamada? Está previsto na lei 11.900 de 2009, como pode se observar e uma lei que já está a um certo tempo em vigor.

Observa-se o conteúdo do art. 185, §2º, *in verbis*:

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (BRASIL, 2009).

Assim, conforme entendimento de Watanabe (2019, p. 89), podemos concluir que:

“cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ, organizar os serviços de tratamento de conflitos por todos os meios adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos, cabendo-lhe em

especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação.”

Como visto anteriormente um dos fatores que se pode observar para a pouca aplicação da lei 11.900 e a falta de informação sobre a mesma, no entanto na obra de Watanabe, os aplicadores do direito também possuem uma parcela de responsabilidade nesse fato, uma vez que os mesmos necessitam de tempo para se adaptar a esse novo ambiente, a estas novas tecnologias, diz Watanabe:

“mudança de mentalidade por parte de todos os atores do mundo jurídico, que possibilite a perfeita percepção dessa nova realidade, é a existência mais premente da atualidade. E é particularmente imperioso que o Judiciário se aperceba das novas e importantes funções que lhe tocam e atualize-se e aparelhe-se corretamente para o seu adequado desempenho, evitando-se assim que o espaço institucional que lhe cabe seja ocupado por órgãos públicos e privados. (WATANABE, 2019, p. 49).”

Assim sendo existe um certo conjunto de regras fundamentais para ser solicitada o uso do método online, são estas: profissionais capacitados; uso justificado e os direitos do réu.

A capacitação profissional e o mínimo a ser exigido, de forma que esta e uma “nova” ferramenta, um recurso que tem muito a ser explorado, possuir o mínimo requisitado para operá-lo pode em alguns casos não ser o suficiente, para o aperfeiçoamento dos operadores do direito uma sugestão seria utilizar as ferramentas dispostas no Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Uma das preocupações que se observa ao se deparar com o requerimento de audiências por vídeo conferencia e a perda de funcionalidade e necessidade das presencias, sendo que a acessibilidade a este recurso e crescente e não encontra barreira fundamentada que a impeça de continuar se aperfeiçoando, deste modo afim de regurar um pouco o uso deste este recurso, ele deve atender algumas destas finalidades: tonar possível a participação do réu em audiência, evitar risco à segurança pública, consentir contato com réu ou testemunha com problemas de saúde ou empecilhos pessoais ao comparecer na justiça e responder a graves questões de ordem pública.

O direito do réu e claro e evidente de modo que este pode ser interrogado por vídeo conferencia assim como também pode se comunicar com seu advogado também por vídeo conferencia, bem graças a uma resolução atualizada do concelho nacional de justiça almeja buscar tornar as audiências por vídeo conferencia uma regra e não uma exceção, afinal e muito mais barato, prático e seguro, além claro da acessibilidade, como já mostrado anteriormente, esta e uma geração que possui um facilidade extrema de acessar aparelhos que permitam ingressar em vídeo conferencias, fora que começa a se popularizar a iniciativa de formar salas adaptadas para receber audiências, por meio de videoconferência, nos núcleos de pratica acadêmicos de Direito, podendo citar como exemplo o Escritório Modelo - Núcleo de Práticas Jurídicas UNIRG, de Gurupi – TO.

4. Considerações Finais.

Certamente a pandemia foi uma das maiores tragédias do século, e forçou a humanidade a evoluir e se adaptar a ela, de forma igual foi o direito, este que já possuía uma base bem sólida e aceita prevendo medidas para o segmento das ações ainda que as mesmas não pudessem se encontrar presencialmente, no passado muito se falava de acessibilidade das partes a aparelhos que as permitissem usufruir deste recurso.

Atualmente o questionamento muda seu viés para os operadores do direito, pois seriam estes mestres nessa nova ferramenta, nesse novo cyber direito? E inegável, com o passar do tempo, mais e mais pessoas vão estar integradas as redes sociais, a sistemas que permitam fazer vídeo conferencia, do conforto e seguranças de suas casas, no período em que esse artigo foi redigido, esta pratica ainda não e tão comum, embora já apresente sinais de evidencia em algumas mídias.

Aumentando a divulgação desta possibilidade e aumentando os profissionais capacitados a lidar com estas novas tecnologias, o crescimento e popularização desta pratica seria muito maior, se encontraria mais facilmente, casos que foram resolvidos por este artifício, em jornais e afins, evidenciando ainda mais a praticidade deste novo método, que durante a pandemia proporcional pessoas com menores graus de escolaridade, mas que possuíam acesso a celulares smartphones, uma aproximação maior ao jurídico, ao seu próprio direito enquanto cidadão.

Graças ao esforço em conjunto de alguns tribunais, profissionais do direito e acadêmicos, pais a fora, o direito das pessoas de gozar desta possibilidade está sendo preservado. Este e só o começo pois a estrada para tornar o processo judiciário algo mais célere, cômodo e próximo da sociedade e longo, aos poucos o direito vai evoluindo ao lado da humanidade sempre visando a melhor forma de atende-la.

5. Referências Bibliográficas.

Capterra: <https://www.capterra.com.br/blog/3007/uso-redes-sociais#Qual-e%CC%81-a-rede-social-mais-popular-no-Brasil>. Acesso em 18 de agosto.

Tecnoblog: <https://tecnoblog.net/responde/qual-foi-a-primeira-rede-social-criada-na-internet/>. Acesso em 17 de agosto.

LEI Nº 11.900, DE 8 DE JANEIRO DE 2009. :

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11900.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.900%2C%20DE%208%20DE%20JANEIRO%20DE%202009.&text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,videokonfer%C3%AAncia%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em 07 de junho.

Alctel: <https://www.alctel.com.br/audiencia-por-videoconferencia/>. Acesso em 17 de junho.



Jus Brasil: <https://jus.com.br/artigos/99768/direito-e-tecnologia-a-implantacao-de-audiencias-online-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em 16 de Junho.

VINCULAÇÃO DAS ALÍQUOTAS DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

FELIPE CARNEIRO CHAVES:

Advogado, formado na Faculdade Martha Falcão de Manaus.

RESUMO: O presente trabalho visa analisar, inicialmente, os impactos da reforma da previdência ocorrida em novembro de 2019 em relação às alíquotas dos servidores públicos, mais especificamente dos servidores públicos estaduais e municipais, levando em consideração a sua vinculação com as alíquotas dos servidores públicos federais. Busca-se com isso uma compatibilidade entre a exigência do texto constitucional e uma hipotética ausência de legislação por parte dos entes federados, para tal, foi feita uma análise entre a hierarquia entre as normas jurídicas presentes no ordenamento pátrio, passando pelos do direito constitucional, administrativo, tributário e previdenciário.

PALAVRAS-CHAVES: Alíquota previdenciária. Reforma da Previdência. Legalidade.

ABSTRACT: The present work aims to initially analyze the impacts of the social security reform that took place in November 2019 in relation to the rates of public servants, more specifically of state and municipal public servants, taking into account their link with the rates of federal public servants. With that, a compatibility between the requirement of the constitutional text and a hypothetical absence of legislation by the federal entities is sought, for this, an analysis was made between the hierarchy between the legal norms present in the national order, passing through those of constitutional law, administrative, tax and social security.

KEYWORDS: Pension rate. Social Security Reform. Legality.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Alíquota da contribuição previdenciária: conceito, requisitos e limitações; Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente iremos tratar da contribuição previdenciária enquanto tributo, passando pelos princípios e regras que regem tal exação até chegarmos no elemento que compõe sua matriz objeto do presente trabalho que é a alíquota.

Em seguida vamos analisar a regra constitucional que, em certo ponto, vincula as alíquotas previdenciárias da União com os demais entes federativos, abordando sua (in)constitucionalidade, bem como apresentar interpretações compatíveis com o texto constitucional de 1988, uma que ao proceder tal vinculação, o constituinte reformador, a pretexto de uniformizar o tratamento sobre o assunto, pode ter retirado parcela de autônoma dos demais entes. introdução é a parte inicial, onde se expõe os argumentos e os objetivos do trabalho, a apresentação do problema investigado, a revisão de literatura,

o material e método utilizado, bem como os antecedentes que justificam a pesquisa, abordando as hipóteses formuladas, a delimitação do assunto e os objetivos propostos.

2. ALÍQUOTA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: CONCEITO, REQUISITOS E LIMITAÇÕES

Antes de adentrarmos ao assunto principal do presente trabalho, devemos fazer uma análise sobre o pano de fundo do referido tema, que são os tributos.

Conforme conceito trazido pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, tributo é toda prestação pecuniária, paga em moeda ou valor que nela se possa exprimir, que não constitua sanção por ato ilícito e cobrada por atividade administrativa plenamente vinculada.

Nesse ponto, verifica-se que alíquota é fator determinante a fim de se descobrir o valor do tributo, uma vez que se trata do percentual que será aplicado à base cálculo.

Assim, nota-se que a cobrança de tributo é a mais pura manifestação do poder de império do Estado, ao obrigar o cidadão, seja por uma ação do Estado ou ação do próprio contribuinte, a reverter recursos para os cofres públicos a fim de sejam materializados em serviços públicos.

Contudo, em que pese ser uma manifestação do poder de império do Estado, este não é ilimitado (e nem poderia, sob o risco de tornar-se arbítrio), devendo obedecer a certos ditames trazidos, pela Constituição, entre eles, o mais basilar de todos, que é o princípio da Legalidade.

Pelo princípio da Legalidade tributária, previsto no Art. 150, I, da CF/88, é vedado aos entes federativos cobrar ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça, sendo a regra da criação de tributos, uma das raras em que não se admite exceção. Sendo assim, verifica-se que, como o aumento de alíquota significa aumentar o tributo, esta deve ser feita, em regra, por meio de lei.

Até o supracitado parágrafo, não qualquer dúvida quando à sua aplicação às contribuições previdenciárias, haja vista que são tributos e não há, no texto constitucional, dispensa do uso de Lei para o seu aumento.

Contudo, quando o princípio acima citado é analisado em conjunto com a regra prevista no art. 9º, § 4º da Emenda Constitucional 103 de 12 novembro de 2019, verifica-se uma possível inconsistência entre as duas normas, conforme se verifica da redação a seguir exposta:

Art. 9º Até que entre em vigor lei complementar que discipline o § 22 do art. 40 da Constituição Federal, aplicam-se aos regimes próprios de previdência social o disposto na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e o disposto neste artigo.

(...)

§ 4º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão estabelecer alíquota inferior à da contribuição dos servidores da União, exceto se demonstrado que o respectivo regime próprio de previdência social não possui deficit atuarial a ser equacionado, hipótese em que a alíquota não poderá ser inferior às alíquotas aplicáveis ao Regime Geral de Previdência Social.

(...)

Logo, como por expressa disposição constitucional os demais entes distintos da União, ficam vinculados à alíquota estabelecida pelo ente nacional, tornando-os verdadeiros reféns do ente federal, tendo o constituinte derivado retirado parcela da autonomia dos entes, principalmente em relação a capacidade de auto-organização, uma vez que esta, enquanto a prerrogativa de editar Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e demais leis para regarem o respectivos entes, é afetada, na medida em que lhes é retirado o poder de definir o percentual da alíquota que melhor se adequa a realidade de cada ente político.

Ademais, cumpre ressaltar que, conjugando os artigos, 24, XII e 30, I da Constituição da República, bem como pela capacidade de autoadministração inerente a todos os entes federativos, os estados e municípios detêm competência para legislar sobre previdência social, cabendo a União, como ente central da federação, editar norma geral, mas sem invadir o espaço que os demais entes possuem para tratar suas respectivas peculiaridades.

Outro ponto de destaque, e que é o questionamento principal do presente trabalho, é se aumento da alíquota dos estados e municípios pode ser aplicado de forma automática toda vez que houver elevação do percentual federal, ou se tal providência demandaria a edição de ato legislativo por partes dos entes infranacionais,

Para isso, parte-se do seguinte raciocínio: Uma vez existente norma constitucional que impõe aos estados e municípios alíquotas, em regra, não inferiores à da União, e este edita lei aumentando sua alíquota, a referida lei teria aptidão de alterar as alíquotas estaduais e municipais?

Analisando o referido questionamento, pode-se concluir de forma negativa, haja vista que caso assim aceito, estaríamos diante de verdadeira invasão de competência dos demais, ainda mais se pensarmos que entre Leis federais, estaduais e municipais, não há hierarquia, e sim predominância de interesses, logo, inviável imaginarmos uma lei federal revogando lei estadual quando se tratar de competência concorrente, outrossim, ainda nos casos em que os estados legislam de forma plena em razão da inércia do ente federal, legislação posterior do ente nacional não tem o condão de revogar, mas apenas de suspender no que lhe é contrária a legislação federal.

Contudo, um outro questionamento necessita ser feito, este, inclusive, baseado em um fato acontecido após a entrada em vigor da EC nº 103/2019: em que pese uma lei federal não ter o condão de alterar a legislação estadual e municipal, teria uma emenda à constituição competência para tal?

Antes de respondermos à referida pergunta, devemos lembrar que uma emenda constitucional é fruto do poder constituinte originário, e, desde que obedecidas os limites formais, circunstanciais e matérias (explícitos e implícitos), tem o condão de retirar do mundo jurídico, através do instituto da não recepção, leis com ela incompatíveis.

Outro ponto de destaque é fato de que a Constituição não exigiu forma legislativa específica para alteração das alíquotas previdenciárias, bem com o as emendas constitucionais compõem o rol de espécies oriundas processo legislativo previsto no art. 59 da CF/88, aliado ao que foi dito anteriormente, temos que a EC 103/2019, trouxe a seguinte disposição em seu art. 11:

Art. 11. Até que entre em vigor lei que altere a alíquota da contribuição previdenciária de que tratam os arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, esta será de 14 (quatorze por cento).

Ora, se a referida norma traz disposição no sentido que os entes estaduais e municipais não podem ter alíquotas inferiores ao ente federal, e em seguida, inclusive em ordem topograficamente superior, apresente outra norma aumentando a alíquota do ente federal, verifica-se que houve, de fato, uma elevação de todas as alíquotas de todos entes federativos, principalmente se levarmos em consideração o princípio da unidade da constituição, que demanda uma análise global de todo o texto.

Sendo assim, a fim de se defender a constitucionalidade das normas supracitadas, deve-se interpretar que a competência que os entes estaduais e municipais possuem, no que diz respeito à alíquota previdenciárias de seus servidores, está adstrita à relação acima do piso, este estabelecido pela união, quando da fixação do percentual aplicável aos seus servidores.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, foi feita uma análise geral, pautada no fenômeno da irradiação das normas constitucionais, bem como pela constitucionalização do Direito, das mudanças promovidos pela Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, principalmente acerca do estabelecimento, por partes dos entes federativos, das alíquotas das contribuições previdenciárias.

Foram analisadas as competências legislativas dos entes, assim como os instrumentos normativos necessários para se aumentar ou criar tributos, passando ainda pelas limitações tributárias aplicáveis ao caso, haja vista que a contribuição previdenciária consiste em tributo, sendo a alíquota um componente da sua matriz tributária.

Por fim, foram feitos questionamentos acerca da possibilidade de aumento automático das alíquotas das contribuições previdenciárias dos entes estaduais e municipais quando elevados os percentuais da união, tendo-se chegado à conclusão de que, a depender do tipo de norma legislativa usada, mostra-se o viável o aumento automático, em razão de uma interpretação sistemática das normas aplicáveis ao tema.

4. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 13. Ed. Salvador: JusPodivm

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 12. Ed. Salvador: JusPodivm

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 14. Ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

SANTOS, Eduardo dos. **Manual de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SEGURANÇA DE DADOS E SEUS REFLEXOS NA PROTEÇÃO DE DADOS NO PROCESSO CIVIL

THAYLLON GOMES ABREU:

graduação em Ciência da Computação pelo Universidade Federal do Tocantins (2013). Especialização em Gestão de Projetos em TI pela Faculdade Internacional Signorelli (2015). Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins.

BUENÃ PORTO SALGADO⁸⁸

(coautor)

RESUMO: O direito fundamental de proteção aos dados pessoais foi publicado em norma independente no Brasil, devido à Lei nº 13.709/2018, é reconhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Devido aos avanços dos meios de comunicações e a informatização da sociedade, a LGPD apresenta vultuosas responsabilidades na defesa dos direitos dos indivíduos. Com isso, o presente artigo pretende trazer uma análise do conceito de privacidade na sociedade atual, bem como versar sobre as características e definições trazidas pela lei supracitada. Não se espera findar o debate sobre o assunto, mas apresentar um paralelo com alguns dos desafios trazidos acerca desta temática. Por fim, foram apresentados os efeitos para o processo civil das irregularidades ocorridas no processo de preservação de provas, a fim de garantir a validade de provas no processo civil.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados; Provas no Processo Civil; Informatização da Sociedade.

ABSTRACT: The fundamental right to protect personal data was published in an independent rule in Brazil, due to Law nº 13709/2018, it is recognized as the General Data Protection Law (LGPD). Due to advances in the means of communication and the computerization of society, the LGPD has enormous responsibilities in defending the rights of individuals. This paper intends to bring an analysis of the concept of privacy in today's society, as well as to deal with the characteristics and definitions brought by the aforementioned law. It is not expected to end the debate on the subject, but to present a parallel with some of the challenges brought about on this topic. Finally, the effects for the civil process of the

⁸⁸ Docente na Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, UNESA (2020). Mestrado em Princípios e Mecanismos do Sistema Nacional de Soluções extrajudiciais (2018). Possui especialização em Direito Penal pela Faculdade Fortium (2008). Possui graduação em DIREITO pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia, EUROAM (2008).

irregularities that occurred in the process of preservation of evidence were presented, in order to guarantee the validity of evidence in the civil process.

Keywords: General Data Protection Law; Evidence in Civil Procedure; Computerization of the Society.

1. Introdução

Com o intuito de analisar o instituto das provas no tocante à proteção de dados pessoais, pairando detalhadamente sobre a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (nº. 13.709/18) e diante da atual realidade, na qual para estar incluso no meio social é preciso estar conectado à rede e conseqüentemente ter suas informações pessoais expostas na internet, o que torna indispensável a proteção para resguardar os direitos dos seus titulares. Nesse sentido, planeja-se trazer uma análise da validação e utilização de provas no âmbito do processo civil, assim como apresentar as principais características e conceitos trazidos pela referida lei.

O tema de pesquisa a ser apresentado neste estudo propõe um estreitamento entre a Tecnologia e o Direito, pois o tema apresenta a dicotomia entre a disponibilidade de informações e a disponibilidade dados anônimos para a proteção de informações pessoais. Com isso, faz-se necessário um estudo sobre as técnicas e ferramentas utilizadas na proteção de informações.

Nesse sentido, mundialmente se buscou a instituição de proteção de dados, inicialmente como única medida e posteriormente em um rol dentre outras, a fim de instituir os indivíduos suas autodeterminações informativas, conforme podemos perceber através da criação da GDPR europeia (General Data Protection Regulation), implementada em 2018, e leis americanas dos estados da *Califórnia (CCPA e sua emenda, CPRA)*, *Virgínia (VCDPA)*, e *Colorado (ColoPA)* que versão sobre privacidade dos consumidores. No Brasil, foi apenas no ano de 2018, com a entrada em vigor em 2020, que surgiu a primeira norma específica sobre a matéria: a Lei Geral de Proteção de Dados.

Neste trabalho busca-se apontar o impacto gerado pela implantação da LGPD na produção e validade de provas no sob a perspectiva do processo civil brasileiro, analisar a literatura sobre a eficiência das técnicas de anonimização dos dados pessoais, de modo interdisciplinar, associando às pesquisas técnicas para trazer novas evidências sobre tal questão, a fim de se fomentar a produção e validação de provas e fomentar uma pesquisa interdisciplinar sob a perspectiva de tecnologia da informação no qual guiará a formulação das estratégias regulatórias para a produção e validação de provas, indagando-se, especificamente, a respeito do alargamento ou restrição do escopo da lei.

Com isso, é necessário que se faça uma análise histórica e bibliográfica acerca do tema, buscando a resposta sob a ótica da validade e utilidade das provas geradas a partir da vigência da lei, e fazer um paralelo com as leis brasileiras anteriores à LGPD.

2. DESENVOLVIMENTO

A sociedade atual abarrotada de informação, dados e o conhecimento disponível na rede, originado do resultado das rápidas e constantes mudanças nas tecnologias dos últimos tempos,

transformou o modo de se relacionar entre os indivíduos. O que antes era feito através de encontros presenciais e registrados em álbuns de fotografias agora é realizado em chats e publicado nas redes sociais. Aliado a isso tem-se a facilidade de manipulação de imagens, vídeos e textos que podem ser utilizados como provas processuais, o que apresenta a necessidade da garantia a veracidade dessas informações.

Em contraposição, tem-se o direito basilar de proteção aos dados pessoais, que finalmente é colocado em norma autônoma no Brasil, devido à sanção da Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709/2018 (LGPD). Tendo em vista o panorama atual da sociedade brasileira, a LGPD apresenta grandes expectativas e paradigmas para a defesa dos direitos dos indivíduos.

Para se compreender o impacto gerado pela vigência da LGPD no processo civil sob a perspectiva da produção e validade de provas, faz-se primeiro necessário que seja especificado o que é prova, e subsecutivamente, privacidade, como será discorrido nas subseções a seguir.

2.1 Conceito de Prova

São inúmeras as definições para prova dentro do direito, entretanto, majoritariamente entendem-se como fatos jurídicos comprovados que são utilizados pelos sujeitos processuais, no exercício de ação ou de defesa, a qual tem por finalidade a formação da convicção do juiz. Nesse sentido, Rangel (2015, p. 568) cita:

A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma.

Outrossim, é possível inferir que o objeto da prova é a busca pela formação do conhecimento necessário para que o juiz resolva conflitos judiciais. Mirabete (2007) entende que o objeto de prova é tudo que juiz deve contrair para ter o **conhecimento** necessário para resolver a situação a situação litigiosa a ser julgada, não se atendo só a circunstâncias objetivas, mas também às subjetivas.

2.2 Proteção de Dados Pessoais e Publicidade Processual

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 – LGPD) exigiu adaptações em todas as instituições que tratam com dados pessoais, sendo em instituições públicas ou privadas.

No âmbito da atividade jurídica, o ordenamento jurídico primou pelo Princípio da Publicidade, buscando garantir que todos os atos processuais são públicos, e deverão estar disponíveis para acesso e consulta, tanto para as partes, quanto por qualquer pessoa interessada.

Conforme garantido a proteção da intimidade (disposto nos fundamentos da proteção de dados, prevista no art. 5º, X, da Constituição), a publicidade dos atos processuais também apresenta fundamentos constitucionais. Com isso faz-se necessário entender os limites da aplicação da LGPD em conjunto com o princípio da publicidade dos atos processuais.

Com a publicidade dos atos processuais como regra no ordenamento jurídico brasileiro, o tema deve ser analisado sob a ótica da ponderação de princípios, com a análise caso a caso da prevalência do direito à intimidade ou da publicidade dos atos processuais, pois a aplicação da LGPD aos processos judiciais e a mudança da forma de tratamento e divulgação dos dados nos atos processuais não decorre de uma revogação de determinados dispositivos de leis processuais.

Conforme previsto no art. 5º, LX, da Constituição, que impõe limitação expressa à restrição da publicidade: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988).

No que lhe concerne, o art. 93, IX e X da Constituição assegura a publicidade em dois incisos como requisitos das decisões judiciais e das decisões administrativas dos tribunais.

Excepcionalmente a Constituição restringe a publicidade externa ou extraprocessual, ou seja, admite o sigilo extraprocessual, por uma razão: para preservar o direito à intimidade do interessado, quando isto não prejudicar o interesse público à informação.

Logo, não existe processo sigiloso para as partes, segundo a Constituição. O sigilo só pode ser adotado em relação a terceiros.

Devido a não existir tanto na LGPD e como Código de Processo Civil regras específicas trazendo definição dos dados pessoais que devem ser considerados sigilosos nos atos processuais, a sua definição deverá ocorrer na prática das decisões judiciais e na regulamentação da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados pelo Judiciário.

2.3 A Importância das Provas Para o Processo Civil

Conforme apresentado previamente, as provas são ferramentas imprescindíveis e estão ligadas intrinsecamente aos princípios constitucionais processuais, são meios utilizados tanto pela acusação quanto pela defesa, para formular o convencimento do juiz quanto ao fato. Assim, é por meio desse

elemento que o julgador busca a verdade sobre as demandas que estão sob sua análise, ou seja, é o liame que o magistrado tem com o mundo real, o mundo dos fatos.

No processo cível, a prova é de suma relevância para que se possa comprovar ou afastar o direito pleiteado. No processo judicial, o magistrado tem como princípio a busca da verdade e a resolução do conflito, já às partes devem apresentar todos os fatos envolvendo a situação e qual o direito que seria aplicável. O que tornam as provas essenciais à confirmação dos fatos narrados pelas partes.

Nesse sentido, o princípio da verdade real perde força, pois a verdade almejada é relativa, vez que é uma verdade inatingível replicar o que ocorreu. De acordo com esse juízo, Valente (2020, p. 26-27), cita:

[...] A prova é um instituto de vários ramos científicos que tem como finalidade, e tão só, procurar reconstruir um facto o mais próximo possível do facto ocorrido em concreto. Jamais, no plano científico-jurídico e em qualquer ciência, a prova reconstrói a verdade real, porque a mesma é inalcançável.

Em que pese a carência pela procura de como realmente os fatos aconteceram, essa busca não pode ocorrer a todo e qualquer custo, devem-se respeitar princípios, regras, e normas em geral, uma vez que estamos em um Estado Democrático de Direito.

Cassio Scarpinella Bueno (2016) apresenta o ânimo do ônus da prova: regra de procedimento e de julgamento, eis que é dirigida às partes no sentido de estabelecer a elas como devem ser comportar no processo acerca da produção da prova a respeito de suas alegações, mas também direcionada ao magistrado, que poderá verificar se as partes se desincumbiram de seu ônus da prova quando ainda não tenha se convencido acerca das alegações de fato relevantes para a prática daquele ato, em caráter verdadeiramente subsidiário, portanto, para vedar o non liquet (BUENO, 2016,).

De acordo com Dinamarco (2018), a importância da prova para o direito processual civil é apresentada já em sua conceituação, que consiste, no conjunto de atividades de verificação e demonstração realizadas com o objetivo de apurar a verdade quanto às questões de fato relevantes ao julgamento, razão pela qual se trata de um direito garantido às partes.

O direito probatório tem por conteúdo a identificação das alegações passíveis de demonstração por via da prova (objeto da prova), a distribuição do encargo de realizá-la e as consequências da falta de prova suficiente (ônus da prova), a definição dos elementos exteriores sobre os quais a atividade probatória incidirá (fontes de prova), as atividades processuais destinadas à comprovação das alegações (meios de prova) e a disciplina do valor das provas e do modo como devem ser apreciadas (valoração da prova) (DINAMARCO, 2018.). Só consta a página quando é citação direta, pelo que parece, é uma citação indireta...certo?

2.4 Do Livre Convencimento Motivado

É importante destacar a atividade exercida pelo magistrado, pois vigora na legislação processual civil o princípio do livre convencimento motivado, o qual prevê que o juiz tem a liberdade para formar sua convicção sobre os casos por ele julgados, contudo, essa tem que se pautar nos elementos probatórios colhidos no decorrer do processo, os quais devem se ater ao contraditório judicial. Desse modo, infere-se que através das provas o juiz busque a verdade sobre os fatos analisados, com a finalidade de formar sua convicção, para que possa julgar a demanda litigiosa de forma justa.

O princípio do livre convencimento motivado, está previsto na Constituição Federal como o princípio da fundamentação das decisões, esculpido no art. 93, item IX.

Para o autor Mendes (2017), o princípio da fundamentação das decisões judiciais é mais que uma exigência do estado democrático de direito, é um direito fundamental do cidadão. Neste sentido verifica-se que:

Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que “sentença vem de sentire”, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência. De frisar, nesse sentido, que a temática relacionada à discricionariedade e/ou arbitrariedade não parece ter estado na pauta das discussões da doutrina processual civil no Brasil com a necessária suficiência que o novo paradigma de direito requer. Entretanto, alguns autores, como Ovídio Baptista da Silva 664 e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira 665, mostram-se contundentes contra qualquer possibilidade de decisionismo judicial e arbitrariedades. A discricionariedade, por sua vez, é criticada por Tereza Arruda Wambier 666. As adequadas críticas fundam-se na necessidade de fundamentação/justificação das decisões judiciais (MENDES, 2017, p. 862).

Assim, na parte precípua do texto supracitado, observa-se que o juiz é livre para formar sua convicção, no entanto, limita-se a fundamentá-la por meio de provas produzidas em meio ao contraditório judicial.

Para Gonçalves (2017), o Código de Processo Civil possui princípios fundamentais, sendo que se destacam o do livre convencimento fundamentado ou o da persuasão racional, conforme o art. 371 do CPC.

O sistema persuasão racional exige que o juiz indique as razões pela qual, diante da prova, formou seu convencimento, expondo fundamentos e provas que o sustentam (GONÇALVES, 2017).

O autor afirma que o princípio da persuasão racional (livre convencimento motivado) diz respeito a avaliação de provas, sendo que no ordenamento jurídico brasileiro são três os sistemas gerais de avaliações de provas.

O primeiro é o sistema da prova legal, onde a lei que antecipadamente aduz o valor que terá cada prova processual, ficando o magistrado adstrito à lei, não podendo desrespeitar a prévia atribuição legal, o autor afirma que “no Brasil o sistema não foi acolhido, mas há resquícios dele” (p. 90), ou seja, por força deste artigo não se pode comprovar contrato de compra e venda, por testemunhas, por exemplo (GONÇALVES, 2017).

O segundo é o sistema do livre convencimento puro, ou da consciência do juiz, que tem por objetivo, fazer com que os magistrados julguem a prova no processo conforme sua convicção, sem necessidade alguma de se fundar em provas colhidas nos autos, ou seja o juiz poderá, sem necessidade de embasar a prova julgar o processo conforme melhor acolher o caso. Nítido que este sistema não foi acolhido no ordenamento jurídico brasileiro (GONÇALVES).

O sistema adotado no Brasil foi o da persuasão racional ou livre convencimento motivado, pois cumpre o juiz formar seu convencimento livremente, examinando as provas produzidas, referindo ainda que:

[...] Mas está convicção tem de estar fundamentada e fundamentada nos elementos que constam dos autos. Dispõe o art. 371 do CPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sua decisão as razões da formação de seu convencimento”. Esse sistema está diretamente relacionado ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no art. 93, IX, da Constituição Federal. Afinal, é preciso que o juiz indique os motivos que formaram o seu convencimento e que eles resultem das provas colhidas, que o juiz poderá valorar livremente (GONÇALVES, 2017, p. 90).

3. LGPD e o Princípio da Publicidade no Ordenamento Brasileiro

Considerando que a proteção de dados é um direito fundamental para a efetivação dos direitos da personalidade, conforme previsto no texto da EC 115 de 2022, no qual foi acrescentado um inciso LXXIX ao artigo 5º, CF, dispondo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 2022), pretende-se com este estudo explorar a legislação e normas vigentes, de modo a complementar o que está estabelecido na LGPD, somado ao estudo de doutrina que versa sobre a responsabilidade civil e a LGPD, para construir um melhor entendimento e interpretação do tema. Tendo como objetivo analisar a natureza jurídica e limites da responsabilidade civil dos agentes de proteção de dados no Brasil, determinados a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que estabelece os conceitos e delimita a atuação dos agentes de tratamento

de dados para que seja possível enfrentar os problemas causados pela exploração das novas tecnologias.

A LGPD entrou em vigência em 2020, trouxe muitos desafios às organizações empresariais que trabalham com dados pessoais, bem como ao Governo e aos operadores do Direito. Dentre eles, destaca-se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, cuja competência regulatória impõe a normatização de técnicas de anonimização para a efetiva proteção dos dados pessoais. Isso porque um dos pontos fundamentais trazido pela lei foi a anonimização, cujo conceito estabelecido no art. 5º, inc. III, correlaciona-o às medidas técnicas e organizacionais atualmente existentes que inviabilizam a reidentificação do indivíduo.

Trata-se, portanto, de tema relevante e pertinente em vista das discussões travadas no debate público que resultou na atual Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira.

Em âmbito nacional, há pouco material produzido acerca do tema, poucos profissionais especialistas na área e uma cultura ainda pouco difundida entre as organizações afetadas. A proteção de dados propõe uma premissa, na qual, existem dados referentes a pessoas determinadas ou determináveis e dados que não podem identificar o indivíduo (dados anônimos). Com isso, a lei de proteção de dados diminui o âmbito de aplicação apenas aos dados pessoais.

Logo a definição de o que são dados anônimos tem notória importância, pois com isso é possível propor que sobre estes dados não incidirá a regulação legal. Todavia, para que se possa entender se tal dado pode ou não identificar uma pessoa, depende da compreensão da arquitetura do conjunto de dados, ou seja, das estruturas de dados que se relacionam e sistemas de informação.

3.1 LGPD e o Tratamento dos Dados Pessoais

Conforme nos explica Rodatá (2008,), a privacidade na era da informação deverá ser definida pelo direito do sujeito de manter o controle sobre as próprias informações. Nesse sentido, valorizam-se as escolhas pessoais, levando em conta o novo poder que o indivíduo possui sobre o tratamento de seus dados

É importante entender o conceito de tratamento de dados pessoais, que considera toda operação realizada, sendo: coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. Logo, o uso de dados anonimizados se mostra fator definitivo para possibilitar o desenvolvimento e aprimoramento de novas tecnologias.

Vale destacar que conforme o art. 5º, III e XI da LGPD: o dado anonimizado é relativo ao titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. Já a anonimização é a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.

Existem várias técnicas de proteger os dados armazenados na rede de computadores, porém a anonimização é mais indicada para mitigar riscos de infração da LGP. Ela traz consigo o princípio básico que se deve apenas coletar, processar e armazenar dados pessoais realmente necessários, **deve ser automatizada**, monitorada e criado um log de auditoria que armazene registros.

Essa técnica faz com que os dados armazenados, sejam convertidos em não identificáveis. Fazendo a remoção irreversível das informações que podem identificar um indivíduo. Isso faz com que os dados sejam despojados de qualquer identificação, tornando impossível derivar informações sobre um indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado no âmbito deste trabalho, os objetivos pretendidos foram alcançados, pois procurou-se evidenciar possíveis alternativas para os operadores do direito ao lidar com os impactos gerados pela LGPD no processo civil.

A não observância desta lei para gerir provas, pode resultar na não adoção e celeridade do processo. Com isso, podem haver prejuízos, tanto para o Estado no momento da aplicação das normas vigentes, quanto para os juristas cujos direitos, como o direito a um julgamento justo, poder ser violados.

Além disso, conclui-se que conforme os fatos apresentados, há necessidade de se fazer uma análise casuística aprofundada. Pode-se citar também que uma das maiores dificuldades achadas no desenvolvimento do trabalho foi a falta de jurisprudência sobre o tema, devido à recente inclusão do tema na legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. 2ª EDIÇÃO. EDITORA: ALMEDINA, 2020.

BRASIL. DECRETO LEI Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL/DECRETO-LEI/DEL3689.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm). ACESSO EM: 05 NOV. 2022.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA, DF: SENADO FEDERAL: CENTRO GRÁFICO, 1988.

BUENO, CASSIO SCARPINELLA. MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: INTEIRAMENTE ESTRUTURADO À LUZ DO NOVO CPC, DE ACORDO COM A LEI N. 13.256, DE 4-2-2016. 2. ED. REV., ATUAL. E AMPL. SÃO PAULO: SARAIVA, 2016.

DINAMARCO, R. C.; LOPES, B. V. TEORIA GERAL DO NOVO PROCESSO CIVIL. 3. ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2018.

RODOTÁ, STEFANO. **A VIDA NA SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA: A PRIVACIDADE HOJE.** RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2008.

MENDES, GILMAR FERREIRA. PODERES DO ESTADO: PODER JUDICIÁRIO. IN: MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL .12. ED.** BRASÍLIA: SARAIVA, 2017 CAP. 9, P. 450-500.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANGEL, PAULO. **DIREITO PROCESSUAL PENAL,** RIO DE JANEIRO: EDITORA ATLAS, 23. ED, 2015.

MIRABETE, JULIO FABBRINI. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTERPRETADO.** 11. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2007.

DIREITO INTERNACIONAL E O CASO DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DE VALORAÇÃO ADUANEIRA SOBRE SOFTWARE DORMENTES

GUILHERME ELEUTÉRIO MARTINEZ:

Graduado em Direito pela PUC/SP, pós-graduado em Direito Tributário pela FGV/SP, mestrando em direito das relações internacionais pela PUC/SP. Advogado em São Paulo.

LARISSA RENATA NONO ALMEIDA⁸⁹

(coautora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo uma análise sob o âmbito do direito internacional e direito tributário acerca das regras de valoração aduaneira, estipuladas no Regulamento Aduaneiro Brasileiro, bem assim a análise casuística acerca do caso da aplicação de tais regras nas hipóteses de importação de softwares não habilitados, entretanto, embarcados na mercadoria (software dormentes).

Palavras-chave: Direito Internacional, comércio internacional, valoração aduaneira, software embarcado.

ABSTRACT: This article aims at an analysis under the scope of international law and tax law about the customs valuation rules, stipulated in the Brazilian Customs Regulation, as well as a case-by-case analysis about the case of the application of such rules in cases of importation of software not enabled, however, shipped in the merchandise (dormant software).

Keywords: International Law, international trade, customs valuation, embedded software.

1. INTRODUÇÃO

A presente análise busca expor ao leitor uma análise acerca da aplicação das regras de valoração aduaneira acerca de software embarcados, os quais estão inabilitados, entretanto, instalados no hardware do produto.

Desta feita, quais as regras de valoração aduaneira aplicáveis em tais casos, bem assim os impactos tributários decorrentes da aplicação de tais regras no caso da importação de equipamentos nos quais o software, a despeito de instalado, não está devidamente habilitado, ou seja, em funcionamento (software dormente).

⁸⁹ Graduada pela PUC/SP, pós-graduada em Direito Tributário pela PUC/SP. Advogada em São Paulo.

Assim, propomos explicar, inicialmente, as regras de valoração aduaneira. Em seguida, uma análise acerca das regras de comércio internacional referente ao software embarcado. Por fim, uma análise das autoridades competentes acerca dessa matéria.

2. VALORAÇÃO ADUANEIRA

Nos termos do Artigo 76 do Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009 (“Regulamento Aduaneiro”), toda **mercadoria** submetida ao despacho de importação no Brasil deve sujeitar-se às regras de valoração aduaneira:

*Art. 76. Toda **mercadoria** submetida a despacho de importação está sujeita ao controle do correspondente valor aduaneiro.*

Parágrafo único. O controle a que se refere o caput consiste na verificação da conformidade do valor aduaneiro declarado pelo importador com as regras estabelecidas no Acordo de Valoração Aduaneira.

As regras de valoração aduaneira, por sua vez, são objeto do Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT 1994 (“AVA”), promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (“Decreto 1.355/94”).

Assim, é possível afirmar que as regras de valoração aduaneira estabelecem parâmetros para determinação do valor das mercadorias importadas, que serão utilizados como base de cálculo dos tributos incidentes na importação, que sejam calculados com base em alíquotas *ad valorem*.

Dessa forma, o valor aduaneiro das mercadorias importadas é utilizado como base de cálculo do Imposto de Importação (“II”), PIS-Importação COFINS-Importação, sendo certo que o primeiro, por sua vez, compõe a base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”).

As regras do AVA se traduzem em seis métodos de cálculo do valor aduaneiro. Como regra geral, deve-se aplicar o primeiro método, que parte do valor da transação para definição do valor aduaneiro. Ou seja, as autoridades aduaneiras aceitam o valor pactuado entre as partes como valor a ser adotado para a definição da base de cálculo dos tributos devidos na importação. Contudo, em situações específicas – como no caso das operações entre empresas vinculadas – poderá ser afastada a aplicação do primeiro método, fazendo-se necessária a aplicação dos métodos subsequentes.

Logo, na impossibilidade de aplicação do método consistente no valor da transação ou caso seja entendido que eventual relação de interdependência entre as partes tenha influenciado a definição do valor aduaneiro, o valor aduaneiro será determinado pelos outros métodos substitutivos, aplicados sucessivamente⁹⁰.

90 Nos termos do Artigo 4 do AVA, o importador tem a faculdade de inverter a ordem do quarto para o quinto método. No entanto, o Artigo 83, inciso I do RA dispõe que inversão de ordem só será aplicada, caso haja aquiescência das autoridades aduaneiras:

Segue abaixo, de modo simplificado, uma breve descrição dos métodos de valoração aduaneira:

- I. Primeiro método* - valor da transação adotado corresponderá ao **preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias em uma venda para exportação para o país de importação**;
- II. Segundo método* - o valor da transação adotado em uma venda entre partes não relacionadas de produtos idênticos, em uma exportação do mesmo país exportador ao mesmo importador;
- III. Terceiro método* - o valor da transação adotado em uma venda entre partes não relacionadas de produtos similares, em uma exportação do mesmo país exportador ao mesmo importador;
- IV. Quarto método* - O valor da transação da venda no país de importação a uma parte não relacionada, de produto importado, idêntico ou similar, no estado em que foi importado, deduzindo-se os seguintes valores: comissões, fretes, seguros, no país de importação, custo de carga e descarga, impostos e taxas pagas na importação ou venda do produto;
- V. Quinto método* - o valor computado da transação, correspondendo à soma dos seguintes valores: custo de produção do produto importado, margem de lucro, despesas gerais que concernem a uma venda do país exportador ao país importador e custos de transporte e seguro necessários à operação;
- VI. Sexto método* – o valor baseado em critérios razoáveis, condizentes com os princípios e disposições gerais do AVA, com o Artigo VII do GATT 1994 e com base em dados disponível no país de importação.

Desta forma, a definição do método a ser aplicado em um determinado caso concreto não será definida de acordo com o livre alvedrio do importador ou das autoridades aduaneiras, devendo sempre

“Art. 83. Na apuração do valor aduaneiro, serão observadas as seguintes reservas, feitas aos parágrafos 4 e 5 do Protocolo Adicional ao Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, de 12 de abril de 1979 (Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, aprovado pelo Decreto Legislativo no 9, de 8 de maio de 1981, e promulgado pelo Decreto no 92.930, de 16 de julho de 1986):

I - a inversão da ordem de aplicação dos métodos previstos nos Artigos 5 e 6 do Acordo de Valoração Aduaneira somente será aplicada com a aquiescência da autoridade aduaneira; e”

ser considerado, primeiramente, a aplicação do primeiro método para, na sequência, se aplicarem os métodos substitutivos, nos termos disciplinados pelo AVA⁹¹.

Ressalte-se que, além dos métodos de cálculo do valor aduaneiro constantes do AVA, a determinação do valor aduaneiro também deve observar outras regras, dispostas nos artigos no Regulamento Aduaneiro, entre seus artigos 76 a 89, além de outros atos normativos editados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Dentre referidos atos emitidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, destacamos para a presente análise a Instrução Normativa SRF nº 318, de 04 de abril de 2003 ("IN 318/2003"), que divulga atos emanados do Comitê de Valoração Aduaneira da Organização Mundial do Comércio ("OMC"), da IV Conferência Ministerial da OMC e do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira da Organização Mundial das Aduanas ("OMA"), e a Instrução Normativa SRF nº 327, de 09 de maio de 2003 ("IN 327/2003"), que estabelece normas e procedimentos para a declaração e o controle do valor aduaneiro de mercadoria importada.

Nesse sentido, o exposto acima quanto aos métodos de valoração aduaneira é corroborado pelo disposto no artigo 2º da IN 327/2003, que determina a utilização do valor da **mercadoria** importada (valor efetivo da operação, nos termos do 1º método) como o valor aduaneiro e, na sua impossibilidade, a adoção dos demais métodos:

Art. 2º O valor aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação, é o valor da mercadoria importada, conforme definido no Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT 1994 (Acordo de Valoração Aduaneira), promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Parágrafo único. Na impossibilidade de aplicação do método do valor de transação, o valor aduaneiro será determinado conforme um dos métodos substitutivos previstos nos artigos 2, 3, 5, 6 e 7 do referido Acordo.

Mas veja, o valor aduaneiro não é composto única e exclusivamente pelo valor da mercadoria importada. É importante lembrar que o próprio AVA e, em razão disso, a legislação local (Regulamento Aduaneiro e demais normas que tratam da matéria), estipulam quais outros elementos/valores integram o valor aduaneiro.

Para tanto citamos o disposto artigo 8º do AVA que assim dispõe:

Artigo 8

91 SC DISIT 09 nº 262, de 30 de Setembro de 2004; SC DISIT 09 nº 291 de 14 de Outubro de 2004; SC DISIT 09 nº 444, de 24 de novembro de 2009; SC DISIT 09 nº 272, de 06 de julho de 2009 e SC DISIT 09 nº 99, de 09 de abril de 2010.

1. *Na determinação do valor aduaneiro, segundo as disposições do Artigo 1, deverão ser acrescentados ao preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias importadas:*

(a) - os seguintes elementos na medida em que sejam suportados pelo comprador mas não estejam incluídos no preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias:

(i) comissões e corretagens, excetuadas as comissões de compra;

(ii) o custo de embalagens e recipientes considerados, para fins aduaneiros, como formando um todo com as mercadorias em questão;

(iii) o custo de embalar, compreendendo os gastos com mão-de-obra e com materiais.

(b) - o valor devidamente atribuído dos seguintes bens e serviços, desde que fornecidos direta ou indiretamente pelo comprador, gratuitamente ou a preços reduzidos, para serem utilizados na produção e na venda para exportação das mercadorias importadas e na medida em que tal valor não tiver sido incluído no preço efetivamente pago ou a pagar:

(i) materiais, componentes, partes e elementos semelhantes incorporados às mercadorias importadas;

(ii) ferramentas, matrizes, moldes e elementos semelhantes empregados na produção das mercadorias importadas;

(iii) materiais consumidos na produção das mercadorias importadas;

(iv) projetos da engenharia, pesquisa e desenvolvimento, trabalhos de arte e de design e planos e esboços necessários à produção das mercadorias importadas e realizados fora do país de importação.

(c) royalties e direitos de licença relacionados com as mercadorias objeto de valoração que o comprador deve pagar, direta ou indiretamente, como condição de venda dessas mercadorias, na medida em que tais royalties e direitos de licença não estejam incluídos no preço efetivamente pago ou a pagar;

(d) - o valor de qualquer parcela do resultado de qualquer revenda, cessão ou utilização subsequente das mercadorias importadas que reverta direta ou indiretamente ao vendedor.

2. *Ao elaborar sua legislação, cada Membro deverá prever a inclusão ou a exclusão, no valor aduaneiro, no todo ou em parte, dos seguintes elementos:*

(a) - o custo de transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação;

(b) - os gastos relativos ao carregamento descarregamento e manuseio associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação; e

(c) - o custo do seguro

3. *Os acréscimos ao preço efetivamente pago ou a pagar, previstos neste Artigo, serão baseados exclusivamente em dados objetivos e quantificáveis.*

4. *Na determinação do valor aduaneiro, nenhum acréscimo será feito ao preço efetivamente pago ou a pagar se não estiver previsto neste Artigo.*

As regras de valoração aduaneira são aplicadas única e exclusivamente à operação de importação de mercadorias, sendo certo que para fins de definição da composição do valor aduaneiro deve-se adotar o preço da mercadoria importada acrescido dos demais valores expressamente definidos no artigo 8º do AVA, sendo vedado quaisquer demais acréscimos.

Realizadas tais considerações passamos para análise das regras de valoração aduaneira de softwares instalados em equipamentos.

3. VALORAÇÃO ADUANEIRA DE SOFTWARES INSTALADOS EM EQUIPAMENTOS

No presente tópico, analisaremos mais detalhadamente as regras específicas com relação à valoração aduaneira de *softwares* gravados em suportes informáticos.

Para tanto, adotaremos a denominação genérica de “suportes informáticos” a todo e qualquer tipo de suporte no qual os *softwares* possam ser gravados, como CDs/DVDs, outros tipos de hardware, como microcomputadores e similares, bem como quaisquer outros equipamentos como os equipamentos de ultrassonografia ora em análise.

Como acima indicado, o Regulamento Aduaneiro contém disposições específicas acerca da forma de determinação do valor aduaneiro a ser tomado como base de cálculo para os tributos incidentes na importação de produtos.

Especificamente com relação à valoração aduaneira de suportes informáticos contendo *softwares* instalados, dispõe o artigo 81 do Regulamento Aduaneiro:

Art. 81. O valor aduaneiro de suporte físico que contenha dados ou instruções para equipamento de processamento de dados será

determinado considerando unicamente o custo ou valor do suporte propriamente dito (Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 18, parágrafo 1, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 1994; e Decisão 4.1 do Comitê de Valoração Aduaneira, aprovada em 12 de maio de 1995).

§ 1o Para efeitos do disposto no caput, o custo ou valor do suporte físico será obrigatoriamente destacado, no documento de sua aquisição, do custo ou valor dos dados ou instruções nele contidos.

§ 2o O suporte físico referido no caput não compreende circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ou bens que contenham esses circuitos ou dispositivos.

§ 3o Os dados ou instruções referidos no caput não compreendem as gravações de som, de cinema ou de vídeo.

Como pode ser observado, o Regulamento Aduaneiro estabeleceu que, na importação de “suportes físicos” contendo softwares, o valor aduaneiro será apurado considerando-se **unicamente** o custo ou valor do suporte. Para tanto, é necessário que os documentos que embasam a aquisição do suporte informático e do software sejam suficientes para identificar os valores individualizados dos produtos.

Nesse sentido manifestou-se a RFB, nas Soluções de Consulta abaixo destacadas:

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 4 de 17 de Janeiro de 2013

ASSUNTO: Outros Tributos ou Contribuições

*EMENTA: PROGRAMA DE COMPUTADOR. VALOR ADUANEIRO. SUPORTE FÍSICO. EMBALAGEM. MANUAL. **Na importação de programas de computador (softwares), o valor aduaneiro levará em conta unicamente o custo ou o valor do suporte físico propriamente dito, desde que esse custo ou valor esteja obrigatoriamente destacado, no documento de sua aquisição, do custo ou valor dos dados ou instruções (software) nele contidos.** Se apenas o valor do suporte físico estiver informado, o custo ou o valor dos dados ou instruções (software) deve ser considerado como destacado; ou seja, o valor aduaneiro será aquele constante do documento de aquisição. O custo das embalagens, assim como o custo de embalar, deve fazer parte do custo ou valor do suporte físico para fins de apuração do valor aduaneiro. O programa de computador, seu manual e demais impressos, necessários à utilização do programa, são partes integrantes de um todo, formando, em conjunto, uma obra completa. Por conseguinte, o custo ou o*

valor do programa de computador deve incluir, também, o custo ou o valor do manual e demais impressos, quando importados em conjunto, para fins de apuração do valor aduaneiro. Nada obsta, no entanto, que o custo ou o valor do manual seja computado juntamente com o custo ou o valor do suporte físico; assim, caso o documento de aquisição informe tão somente o custo ou o valor do suporte físico, sem qualquer outro destaque, o valor aduaneiro corresponderá a esse valor, ainda que se alegue que nele esteja incluído o custo ou o valor do manual e demais impressos, uma vez que não existe previsão, na legislação em vigor, para a exclusão desse custo.

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 95 de 09 de Maio de 2012

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação – II

*EMENTA: SOFTWARE. VALOR ADUANEIRO. BASE DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA DE SUPORTE FÍSICO. AUSÊNCIA DE BASE NORMATIVA PARA A TRIBUTAÇÃO. **Na importação de programas de computador (softwares), seja na modalidade de cópia única ou na modalidade de cópias múltiplas, é considerado unicamente o custo ou valor do suporte físico propriamente dito na determinação do valor aduaneiro, desde que o custo ou o valor dos dados, programas ou aplicativos esteja destacado do custo ou valor do suporte físico no documento de aquisição.** Nos casos em que não há suporte físico para movimentação do programa, não há base normativa para a tributação da operação pelo Imposto de Importação, uma vez que o valor aduaneiro da operação (e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto) não pode ser determinado.*

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 52 de 09 de Maio de 2007

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

*EMENTA: IMPORTAÇÃO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR. VALOR ADUANEIRO. **O valor aduaneiro a ser empregado na determinação da base de cálculo do II devido na entrada de programa de computador no País é o valor do suporte físico em que está armazenado, sendo obrigatório o destaque desse valor no documento de aquisição.***

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 58 de 29 de Junho de 2005

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

*EMENTA: Valor Aduaneiro. Importação de Programa de Computador. Valor do Suporte Físico Destacado. **É obrigatório destacar o valor do suporte físico em que está armazenado programa de computador (mídia) proveniente***

do exterior no documento de aquisição. O valor aduaneiro a ser empregado como base de cálculo do II é somente o valor do suporte físico destacado.

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 337 de 29 de Novembro de 2004

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

EMENTA: IMPORTAÇÃO. O valor aduaneiro de suporte informático que contenha dados ou instruções (software) para equipamento de processamento de dados será determinado considerando unicamente o custo ou o valor do suporte propriamente dito, desde que o custo ou o valor dos dados ou instruções esteja destacado no documento de aquisição.

Como destacado acima, dispõe o §2º do artigo 81 do Regulamento Aduaneiro que “suportes físicos” não compreendem “circuitos integrados, os semicondutores e dispositivos similares ou os artigos que contenham tais circuitos ou dispositivos”.

Diante disso, depreende-se que, na hipótese de importação de “circuitos integrados, os semicondutores e dispositivos similares ou os artigos que contenham tais circuitos ou dispositivos” contendo softwares, para fins de valoração aduaneira não será aplicada a regra indicada acima, segundo a qual exclusivamente no valor ou custo do suporte, uma vez que não houve a caracterização de um “suporte físico”, como demanda o dispositivo.

Referido entendimento é corroborado por outros atos normativos que tratam da temática e que, inclusive, trazem dispositivos que embasam a regra disposta no citado artigo 81 do Regulamento Aduaneiro, como a IN 318/2003 e a IN 327/2003. Essas Instruções Normativas contêm disposições específicas relacionadas à valoração aduaneira na importação de softwares por meio de suportes físicos.

A IN 318/2003, que contém em seu Anexo Único os atos emanados pelo Comitê de Valoração Aduaneira da OMC, estabelece em seu artigo 1º quais desses atos devem ser observados na apuração do valor aduaneiro:

Art. 1º Na apuração do valor aduaneiro serão observadas as Decisões 3.1, 4.1 e 6.1 do Comitê de Valoração Aduaneira, da Organização Mundial de Comércio (OMC); o parágrafo 8.3 das Questões e Interesses Relacionados à Implementação do Artigo VII do GATT de 1994, emanado da IV Conferência Ministerial da OMC; e as Notas Explicativas, Comentários, Opiniões Consultivas, Estudos e Estudos de Caso, emanados do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira, da Organização Mundial de Aduanas (OMA), constantes do Anexo a esta Instrução Normativa.

Dentre esses atos, a Decisão 4.1 trata especificamente da valoração aduaneira quando da importação de softwares contidos em suportes físicos. Replicamos abaixo trechos relevantes referida Decisão:

DECISÃO 4.1

VALORAÇÃO DOS SUPORTES FÍSICOS CONTENDO SOFTWARE PARA EQUIPAMENTOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS

(...)

Na determinação do valor aduaneiro dos suportes físicos importados que contenham dados ou instruções, será considerado unicamente o custo ou valor do suporte físico propriamente dito. Portanto, o valor aduaneiro não compreenderá o custo ou valor dos dados ou instruções, desde que estes estejam destacados do custo ou valor do suporte físico.

Para os efeitos da presente Decisão, a expressão "suporte físico" não compreende os circuitos integrados, os semicondutores e dispositivos similares ou os artigos que contenham tais circuitos ou dispositivos; a expressão "dados ou instruções" não inclui as gravações de som, cinema ou vídeo. (...)

Ressalto que, além da Decisão 4.1, também o Anexo Único da IN 318/2003 traz o Comentário 13.1, que também trata da aplicação dessa regra de valoração aduaneira a suportes físicos contendo *softwares*. Entretanto, o Comentário 13.1 explora apenas os limites a serem adotados para a aceitação da discriminação e individualização dos valores ou custos de suporte e *software* para fins de aplicação da regra sem, contudo, aprofundar-se acerca da conceituação de suportes físicos.

Além da IN 318/2003, também a IN 327/2003 traz conceitos específicos com relação à importação de suportes físicos contendo softwares. Especificamente em seu artigo 7º, assim dispõe a IN 327/2003:

Art. 7º O valor aduaneiro de suporte informático que contenha dados ou instruções (software) para equipamento de processamento de dados será determinado considerando unicamente o custo ou o valor do suporte propriamente dito, desde que o custo ou o valor dos dados ou instruções esteja destacado no documento de aquisição.

§ 1º O suporte informático a que se refere este artigo não compreende circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares ou os artigos que compreendam esses circuitos ou dispositivos.

§ 2º Os dados ou instruções referidos no caput deste artigo não compreendem gravações de som, cinema ou vídeo.

Como pode ser observado, a Decisão 4.1, constante do Anexo Único da IN 318/03 bem como a IN 327/2003 confirmam o disposto no artigo 81 do Regulamento Aduaneiro, acerca do método de composição do valor aduaneiro nas importações de softwares contidos em suportes físicos.

Ocorre que a rápida evolução da tecnologia evidenciou a fragilidade de tais regras para lidar com casos mais complexos, a exemplo de importações por meio de dispositivos eletrônicos que não disquetes ou CDs (e.g. *flash drives*) ou mesmo a importação de equipamentos com software pré-instalado. Com efeito, ainda há incerteza em muitos países, inclusive no Brasil, sobre como aplicar as regras de valoração aduaneira para tais hipóteses.

Um claro reflexo de tais fragilidades pode ser observado a partir das recentes discussões no âmbito do Comitê de Valoração Aduaneira, da OMC. Tais debates têm considerado a necessidade de atualização das regras de valoração aduaneira relacionadas a software, de forma a esclarecer que a expressão "suporte físico" deve abranger quaisquer itens que permitam a armazenagem do software, a exemplo de *USB flash drives* e similares⁹².

A realidade, porém, é que as atuais regras não tratam objetivamente das situações em que o software é previamente instalado no equipamento importado. Assim, ao estabelecer que o "suporte físico" não inclui "os *circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ou bens que contenham esses circuitos ou dispositivos*", a legislação permite sustentar que em todas as operações em que haja a importação de equipamentos contendo software pré-instalado, o valor deste último deva ser computado como base para fins de valoração aduaneira.

Nesse sentido, já se manifestou a RFB, como pode ser observado das Soluções de Consulta abaixo:

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 27 de 16 de Abril de 2009

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

EMENTA: VALOR ADUANEIRO. IMPORTAÇÃO DE UNIDADE DE PROCESSAMENTO DE DADOS - CPU. DISPOSITIVO NO ESTADO SÓLIDO AQUIRIDO NO EXTERIOR, ACOPLADO À CPU, COM SOFTWARE JÁ GRAVADO. O valor aduaneiro a ser declarado, se presentes os pressupostos que autorizam a adoção do método do valor de transação, é o valor efetivamente pago ou a pagar pela importação do equipamento acoplado

92 Cf. PROPOSAL FOR UPDATING THE "DECISION ON THE VALUATION OF CARRIER MEDIA BEARING SOFTWARE FOR DATA PROCESSING EQUIPMENT, Committee on Customs Valuation, WTO, 2 May 2014. Disponibilizado no site: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-Html.aspx?Id=132576&BoxNumber=3&DocumentPartNumber=1&Language=E&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True&Window=L&PreviewContext=DP&FullTextHash=371857150. Acesso em 17.06.2022

a dispositivo no estado sólido com software já gravado, vedada a exclusão da importância relativa ao licenciamento de uso do aplicativo mencionado, quer se proceda à aquisição por meio de documento único, quer por meio de documentos distintos, para o equipamento e para o disco rígido.

Base legal: Decreto nº 6.749/2009, art. 81, caput; Instrução Normativa SRF nº 318/2003, art. 1º; Instrução Normativa SRF nº 327/ de 2003, artigo 7º.
93

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 26 de 16 de Abril de 2009

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

EMENTA: VALOR ADUANEIRO. IMPORTAÇÃO. UNIDADE DE PROCESSAMENTO DE DADOS - CPU. SOFTWARE DESENVOLVIDO E ADQUIRIDO NO MERCADO EXTERNO. TRANSFERÊNCIA POR MEIO ELETRÔNICO (DOWNLOAD). O valor aduaneiro a ser declarado, se presentes os pressupostos que autorizam a adoção do método do valor de transação, é a importância efetivamente paga ou a pagar pela importação da unidade de processamento de dados - CPU. **Não há base legal para a determinação do valor aduaneiro de software adquirido no mercado externo, independentemente de constar o registro de aquisição da respectiva licença de uso na fatura do equipamento ou em fatura distinta, se transferido ao adquirente localizado no território aduaneiro por meio eletrônico, ou seja, sem o uso de suporte físico.**

Base legal: Acordo de Valoração Aduaneira, artigo 18, parágrafo 1; Decreto Legislativo no 30/94; Decreto no 1.355/94; Decisão 4.1 do Comitê de Valoração Aduaneira, de 1995, Decreto nº 6.749/2009, art. 81, caput; Instrução Normativa SRF nº 318/2003, art. 1º; Instrução Normativa SRF nº 327/ de 2003, artigo 7º.

Destacamos, ainda, acórdãos proferidos pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento, que decidiram nesse mesmo sentido:

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

EMENTA: (...) VALOR ADUANEIRO. EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS COM SOFTWARE INCORPORADO. **No caso de equipamentos eletrônicos (hardwares) importados com os respectivos softwares já instalados, inexistente previsão legal para exclusão do valor aduaneiro do custo ou valor de softwares contidos em circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ainda que este valor ou custo encontre-se**

93 No mesmo sentido, Solução de Consulta nº 28 de 16 de Abril de 2009.

destacado no documento de aquisição. SUBFATURAMENTO. PENALIDADES. Constatado que os preços das mercadorias consignados nas Declarações de Importação e correspondentes faturas comerciais que instruíram os despachos para consumo não correspondiam à realidade das transações efetuadas, na medida em que o valor correspondente aos softwares era ocultado, mediante a simulação documental de uma separação (split) entre hardware e software que de fato nunca ocorreu, resta caracterizado o subfaturamento. Em consequência, são exigíveis os tributos aduaneiros incidentes nas operações de comércio exterior, acrescidos da multa de ofício qualificada e dos juros de mora, bem assim a multa calculada sobre a diferença entre o valor real e o declarado. (...).

Período de apuração: 01/12/2006 a 31/10/2007.

(Acórdão nº 16-48871 de 25 de Julho de 2013, DRJ/SP1, 11ª Turma)

“ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

EMENTA: (...) VALOR ADUANEIRO. EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS COM SOFTWARE INCORPORADO. No caso de equipamentos eletrônicos (hardwares) importados com os respectivos softwares já instalados, **inexiste previsão legal para exclusão do valor aduaneiro do custo ou valor de softwares contidos em circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ainda que este valor ou custo encontre-se destacado no documento de aquisição.** SUBFATURAMENTO. PENALIDADES. Constatado que os preços das mercadorias consignados nas Declarações de Importação e correspondentes faturas comerciais que instruíram os despachos para consumo não correspondiam à realidade das transações efetuadas, na medida em que o valor correspondente aos softwares era ocultado, mediante a simulação documental de uma separação (split) entre hardware e software que de fato nunca ocorreu, resta caracterizado o subfaturamento. Em consequência, são exigíveis os tributos aduaneiros incidentes nas operações de comércio exterior, acrescidos da multa de ofício qualificada e dos juros de mora, bem assim a multa calculada sobre a diferença entre o valor real e o declarado. (...).

Período de apuração: 01/03/2007 a 31/08/2007.

(Acórdão nº 16-39770 de 11 de Junho de 2012, DRJ/SP1, 24ª Turma)

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

EMENTA: VALORAÇÃO ADUANEIRA O valor da transação, para efeitos de valoração aduaneira de mercadorias, deve incluir a parte referente ao

“hardware” e ao “software”, face ao que dispõe o parágrafo primeiro do artigo 20 do Decreto no. 2.498/98. Ficou comprovado que houve declaração inexata do valor aduaneiro, em decorrência de erro no valor de transação do hardware de cada equipamento e da falta de declaração do valor de transação dos programas (softwares), uma vez que os mesmos já estavam instalados em circuitos integrados, pré-carregados no exterior. Em decorrência da declaração inexata do valor aduaneiro e da falta de recolhimento da totalidade dos tributos devidos, cabível o lançamento de ofício para a cobrança das diferenças dos respectivos tributos, multa de ofício do I.I. (inciso I do artigo 44 da Lei no. 9.430/96) e do IPI (inciso I do artigo 80 da Lei 4.502/64 com a redação dada pelo artigo 45 da Lei no. 9.430/96). Em decorrência das importações irregulares dos extensores de canal para processamento de dados, em face da declaração inexata do valor aduaneiro e da falta de recolhimento da totalidade dos tributos devido, cabível o lançamento de ofício para cobrança da multa prevista no artigo 463, inciso I do Decreto 2.637/98 (RIPI)

Data do fato gerador: 21/05/1998 a 21/05/1998, 31/07/1998 a 31/07/1998.”

(Acórdão nº 17-26502 de 24 de Julho de 2008, DRJ/SP2, 1ª Turma)

ASSUNTO: Imposto sobre a Importação - II

EMENTA: Equipamentos eletrônicos com software incorporado. Valor aduaneiro. Na importação de equipamentos eletrônicos, inexistente previsão legal para exclusão do valor aduaneiro do custo ou valor de softwares contidos em circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ainda que este valor ou custo encontre-se destacado no documento de aquisição.

Data do fato gerador: 05/02/2003.

(Acórdão nº 07-3425 de 16 de Janeiro de 2004, DRJ/FNS)

Como pode ser observado, a RFB vem entendendo, seja mediante seu órgão de consultoria tributária, seja mediante as decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento, que não é possível realizar a exclusão do montante correspondente aos softwares já gravados em equipamentos – ou seja, nos casos em o software encontra-se instalado em referido suporte informático – do valor aduaneiro dos produtos importados, mesmo que os itens em questão tenham sido faturados de forma segregada.

Sobre a questão destacamos, ainda, entendimento ratificado pelo antigo Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”):

Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 05/02/2003

Ementa: VALORAÇÃO ADUANEIRA. LANÇAMENTO COMPLEMENTAR POSSIBILIDADE O art. 18 do Decreto nº 70.235/72, com a nova redação dada pela Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993, prevê, expressamente, que, “Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizadas no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultam agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.” (§ 3º, art. 18, Decreto nº 70.235/72) O dispositivo acima transcrito é amplo em seu alcance, embora o Contribuinte entenda que o mesmo só é aplicável nos casos em que são apurados fatos posteriormente à lavratura do auto de infração. Entretanto, citado dispositivo indica claramente, entre outras, a possibilidade de verificação de “incorreções” ou “inexatidões” que levem à “inovação” ou “alteração” da fundamentação legal da exigência, exatamente o que ocorreu neste processo. **EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS COM SOFTWARE INCORPORADO. Na importação de equipamentos eletrônicos, inexistente previsão legal para exclusão do valor aduaneiro do custo ou valor de softwares contidos em circuitos integrados, semicondutores ou dispositivos similares, ainda que este valor encontre-se destacado no documento de aquisição.** JUROS DE MORA CALCULADOS COM BASE NA TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA – SELIC A aplicação da taxa SELIC, no que se refere aos débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, está prevista literalmente no § 3º, do art. 5º, c/c § 3º, do art. 61, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a qual dispôs sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta, entre outras providências. Estes juros incidem sobre todos os créditos tributários vencidos e não pagos. ARGÜIÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, não tendo competência para a apreciação de matérias envolvendo ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos regularmente editados. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

(Acórdão nº 302-39.032, Processo 10715.001407/2003-11, Terceiro Conselho de Contribuintes, Segunda Câmara, julgado em 16 de outubro de 2007)

No caso em questão tratava-se de autuação de empresa que realizou a importação de microcomputadores portáteis, no qual estava instalado o sistema Windows CE. No despacho aduaneiro, a empresa importadora não havia incluído o valor do software Windows CE do valor aduaneiro do

equipamento, tendo apenas levado à tributação dos tributos aduaneiros o valor referente ao suporte informático, no caso, o valor dos microcomputadores.

Entendeu a empresa importadora que o valor aduaneiro do suporte informático (que seria o equipamento) não deveria abranger o custo do software instalado, uma vez que houve o destaque dos valores individualizados do suporte e do software na documentação que suportou a aquisição desses produtos.

Como pode ser observado, o ponto determinante no julgamento foi exatamente a caracterização dos microcomputadores importados como equipamentos que possuem circuitos integrados, tendo sido o software, no entendimento das autoridades fiscais instalados em referido circuito, razão pela qual se aplicaria a exceção disposta no atual §2º do artigo 81 do Regulamento Aduaneiro acima transcrito. Nesse sentido, esclareceu o voto da Relatora:

“Regra geral, o custo do programa não está abrangido pelo valor aduaneiro do suporte informático. Mas isso só é válido quando este suporte não se tratar de circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ou bens que contenham esses circuitos ou dispositivos, exatamente pelo tratamento diferenciado que a estes é dado.

Apenas os alegados fatos de o custo ou valor pago pelo software estar destacado, de haver commercial invoice distinta, e do fechamento de câmbio ser também distinto, não têm o condão de afastar a exceção de tratamento dada aos circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ou bens que contenham esses circuitos ou dispositivos.

(...)

Na hipótese em comento, não ocorreu importação pura e simples de software, contido na modalidade de suporte físico de que tratam a Decisão 4.1 do Comitê de Valoração Aduaneira e o Comentário 13.1 da INSRF nº 17/98.

Importou-se, sim, microcomputadores, produtos industrializados compostos de diversas placas de circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares. Alguns deles podem conter — e no caso, contém — programas de computador — softwares.

Isso não significa que possam ser considerados apenas como suportes físicos de softwares, para fins de valoração aduaneira.

(...)

Assim sendo, importação de software propriamente dito não se confunde com importação de equipamentos eletrônicos com software incorporado, que é o caso dos autos.”

A partir dos precedentes acima apontados há risco concreto de que as autoridades fiscais aduaneiras entendam que nos casos em que o software esteja embarcado o valor aduaneiro para fins de tributação deverá considerar o valor dos equipamentos (hardwares ou suportes informáticos) e dos softwares conjuntamente.

Em que pese esse entendimento, há de ser ponderado que alguns aspectos relevantes presentes na tributação sobre softwares instalados não foram ainda levados em consideração pelas autoridades administrativas. Explica-se.

O primeiro aspecto que ainda não foi debatido refere-se à essencialidade ou não do software instalado para fins de sua consideração no valor aduaneiro. Como se observa, nos pronunciamentos acima destacados, não é claro se os softwares em questão eram ou não essenciais ao funcionamento dos hardwares em que estavam instalados.

A essencialidade do software ao funcionamento do equipamento, a nosso ver, possui bastante relevância na discussão da matéria. Como sabido, existem equipamentos nos quais os softwares instalados são essenciais e necessários à funcionalidade do equipamento, ao passo que outros softwares podem ser incluídos nos equipamentos de forma adicional e, muitas vezes, opcional ao usuário.

Além desse, e de certa forma relacionado ao aspecto da essencialidade, outro aspecto que também não vem sendo discutido na análise da tributação de softwares refere-se à existência de softwares inativados nos equipamentos.

Da mesma forma como softwares não essenciais, e pelas mesmas razões (inclusive de investigação histórica) entendo que há argumentos para sustentar que os softwares dormentes também não deveriam ser incluídos no valor aduaneiro de determinada mercadoria.

E por fim, e não menos importante, há de se lembrar que a RFB recentemente alterou o seu posicionamento acerca da incidência do IRRF nas remessas ao exterior em transações envolvendo software.

Com a publicação da COSIT 18/17, com efeitos vinculantes no âmbito da RFB, esta autoridade veio a se posicionar no sentido de que os direitos de licenciamento de distribuição não se confundem com o produto a ser distribuído. Assim, no caso de software, o fato de a distribuição se materializar por uma "licença" já é suficiente para que a remuneração seja qualificada como "royalties", ensejando a imposição do IRRF com base no citado art. 710 do RIR/99.

Ora, se estamos diante de "royalties", tais valores não poderiam, de forma alguma, compor o valor aduaneiro dos equipamentos, por expressa disposição do artigo 8º do AVA, sob pena de se verificar um verdadeiro *bis in idem*.

4. CONCLUSÃO

A bem da verdade, a discussão jurídica envolvendo a mais adequada tributação de softwares embarcados, especialmente quando não essenciais ao funcionamento do equipamento em que são instalados, é bastante incipiente, havendo somente decisões administrativas sobre a matéria. Já no que se refere aos tributos federais, verifica-se que há uma tendência de as autoridades fiscais adotarem o mesmo argumento e critério utilizado pelo para fins de tributação do conjunto *software* e *hardware* de forma conjunta. Nessa situação o valor do software comporia o valor aduaneiro do equipamento, estando sujeita à incidência do II, IPI, PIS-importação e COFINS-importação.

A BIOPIRATARIA NO BRASIL: OS IMPACTOS SOCIOECONÔMICOS E A LEGISLAÇÃO PARA CRIMES AMBIENTAIS

DAVI CAMPOS PIRANGY:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: Na presente pesquisa foi realizada uma análise a respeito dos principais aspectos que envolvem o delito de biopirataria, tratando o tema de forma concisa e prática, contemplando os entendimentos dos mais respeitáveis autores da área de Direito Ambiental. Na seara da Constituição Federal (88) e da Lei nº 9.605/98, os crimes ambientais de biopirataria podem ser praticados, tanto por pessoa física, quanto por pessoa jurídica. Dentro desse contexto emerge o objetivo da presente pesquisa, que consiste em apresentar o crime de biopirataria no Brasil, através de uma revisão bibliográfica. Com relação a metodologia, esse consistiu no exame dos dados sobre o aumento dos crimes ambientais relacionados a biopirataria. Além da análise das sentenças exaradas pela Justiça Federal, as quais demonstram quais medidas alternativas estão sendo empregadas perante aos crimes ambientais. Por fim, comenta-se que com a chegada do século XXI, torna-se impossível ignorar a importância da preservação ambiental. As áreas que envolvem as questões ambientais são cada vez mais requisitadas, tornando o Direito Ambiental um importante instrumento de desenvolvimento social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Crimes Ambientais. Lei nº 9.605/98

ABSTRACT: In this research, an analysis of the main aspects involving the biopiracy offense was carried out, dealing with the topic in a concise and practical way, contemplating the understandings of the most respected authors in the area of Environmental Law. According to the Federal Constitution (88) and Law No. 9.605/98, environmental crimes of biopiracy can be committed by both individuals and legal entities. Within this context emerges the objective of this research, which consists in presenting the crime of biopiracy in Brazil, through a literature review. With regard to methodology, this consisted of examining data on the increase in environmental crimes related to biopiracy. In addition to the analysis of the sentences issued by the Federal Court, which demonstrate which alternative measures are being used in the face of environmental crimes. Finally, it is commented that with the arrival of the 21st century, it becomes impossible to ignore the importance of environmental preservation. The areas involving environmental issues are increasingly in demand, making Environmental Law an important instrument of social development.

KEYWORDS: Environmental Law. Environmental Crimes. Law No. 9.605/98

1 INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente sempre esteve em discussão no mundo todo, mas ganhou destaque nos últimos anos pelo aumento do número de casos de biopirataria ocorridas no Brasil. Com o passar dos anos, o homem tem extraído cada vez mais os recursos naturais sem se

preocupar com a degradação ambiental, tão pouco, com qualquer consequência que tais atos possam ocasionar. Assim sendo, é imprescindível explanar por quais motivos as infrações ambientais relacionadas ao crime citado, continuam ocorrendo. Uma vez que os delitos praticados, tanto por pessoa física como por pessoa jurídica, provocam impactos ambientais irreversíveis que perduram no tempo.

Nesse sentido comenta-se que a relevância social e econômica para a apresentação do tema se deve pelo fato de ser uma questão atual, apesar da atividade existir desde a descoberta do Brasil, na forma de exploração, onde havia grandes interesses e posse das riquezas naturais por parte dos países desenvolvidos da época. A melhor forma de combater a biopirataria na Amazônia é conseguir transformar os recursos da biodiversidade em atividades econômicas para gerar renda e emprego para a sua população.

As consequências da Biopirataria são mais sentidas no terreno econômico, uma vez que empresas de outros países não só se valem do contrabando, mas como patenteiam produtos nativos. Mesmo o Brasil possuindo leis fortes de proteção para esse tipo de ato. Considerando os impactos socioeconômicos, perdas do âmbito ecológico e desequilíbrio nos estudos, quando feitas as práticas de biopirataria, não seria necessário tornar essa prática ilícita e dessa forma fazer surgir políticas públicas e legislações mais severas?

A resposta para tal questionamento repousa, no pressuposto de que a fragilidade da economia extrativa em que se baseia a maioria dos produtos da biodiversidade amazônica constitui em um convite a biopirataria. A formação de um parque produtivo local competitivo e a sua verticalização inibiria a sua transferência para outras partes do mundo. Há necessidade de desmistificar a biodiversidade potencial, dar maior atenção para a biodiversidade do passado e do presente (fontes da biopirataria) e, entender as limitações da economia extrativa.

Sendo assim, esse estudo assume o objetivo de apresentar o crime de biopirataria no Brasil, através de uma revisão bibliográfica. Esse contexto, se justifica pela necessidade da existência de novos acordos que devem proibir o patenteamento de organismos sem especificação de origem e forma de obtenção, e garantir propriedade intelectual às populações que geraram o conhecimento. Seria bem-vindo também o acréscimo de artigos à legislação de crimes ambientais, como forma de dar efetividade ao trabalho de fiscalização. É preciso tipificar melhor as penalidades em relação ao tráfico de animais e à biopirataria.

2 QUESTÕES AMBIENTAIS BRASILEIRAS

No Brasil, as leis relacionadas ao meio ambiente até os anos 60 enfocavam a proteção aos recursos naturais renováveis, sem considerar sua interdependência, fato que foi observado na seção anterior da presente pesquisa. Entretanto, Antunes (2020) comenta que a partir de 1973, as medidas de prevenção e controle da poluição industrial foram definidas. A partir deste momento a legislação ambiental brasileira teve uma enorme expansão. Hoje, existem cerca de 30.000 títulos legais, entre leis, portarias, diretrizes, resoluções, normas, entre outros.

No que diz respeito às indústrias, Canotilho e Leite (2017) salientam que com o passar dos anos, a consciência quanto à importância de se investir na área ambiental vem crescendo; entretanto, é importante o conhecimento e conseqüentemente o atendimento aos requisitos legais aplicáveis ao negócio. No Brasil, a mais importante lei ambiental criada é a Lei 6.938, define que o poluidor é obrigado a indenizar os danos ambientais causados por ele ao meio ambiente e a terceiros, independentemente de culpa.

Dentro desse contexto, pontua-se que é de conhecimento da sociedade em geral a imensa biodiversidade da fauna e flora brasileira e que essa atrai a atenção de vários países, por ser uma das maiores fortunas em recursos naturais renováveis e não renováveis. Porém Borges (2016) comenta que, este cenário foi se transformando com a chegada da revolução industrial, onde o homem passou a explorar os recursos naturais causando a degradação do meio ambiente. A partir daí surgiram os movimentos ambientalistas que protestavam contra os impactos negativos causados pelas indústrias ao meio ambiente.

Antes da Revolução Industrial, tinha-se a visão que o crescimento econômico era sinônimo de exploração dos recursos ambientais, levando os países desenvolvidos a não se preocuparem com o meio ambiente (DOTTI, 2018, p. 201). As menções às conseqüências negativas decorrentes do aquecimento global são diárias e provenientes de diversas áreas de conhecimento e distintos pontos do planeta.

A geopolítica adotada pelo governo brasileiro a partir dos anos 50, com o objetivo de expansão do capitalismo buscando o desenvolvimento para as regiões longínquas, como a Amazônia, construiu inúmeras rodovias, por onde pudessem escoar os produtos industrializados do sul do país (São Paulo, principalmente) e adquirir as matérias-primas boas e baratas como madeiras e outros (SILVA, 2016).

Destaquemos a rodovia BR 010 (Belém-Brasília), que interliga o Norte (Belém) ao Centro do Brasil (Brasília). Outro argumento para a construção desta rodovia era que a Amazônia era um "espaço vazio", "terra sem homens". Outrossim, incentivou-se a migração primeiro dos nordestinos (povos que fugiam da seca ou eram expropriados por latifundiários) e posteriormente os sulistas (que vieram com suas serrarias explorar as matas amazônicas) (grifo original dos autores) (DOTTI, 2018, p. 228).

A questão ambiental vem tomando força e demonstrando preocupação entre países e empresas de como controlar os fenômenos naturais, bem como quais as medidas que devem ser tomadas para a minimização dos impactos ambientais provocados pela industrialização.

[...] as mudanças climáticas, em boas medidas provocadas pela atividade humana no planeta Terra, terão conseqüências sociais, econômicas e ambientais graves para as próximas gerações, devido ao efeito estufa, à

destruição da camada de ozônio e a outros desequilíbrios (MILARÉ, 2019, p. 73).

Ou seja, a degradação do meio natural em decorrência das ações humanas atingiu níveis tão elevados que as ações preventivas e de recuperação se tornaram necessárias. De acordo com Silva (2016) um dos movimentos ambientalistas que marcaram o país ocorreu há 12 anos com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, denominada ECO/92. Este evento foi realizado no estado do Rio de Janeiro, reunindo mais de 170 países, onde foram identificadas as nações que mais causavam problemas ambientais ao planeta, dentre as quais se destacava o Brasil.

Dentro desse contexto, Dotti (2018) completa que os movimentos ambientalistas que ocorreram ao longo do tempo ajudaram de certo modo, a conscientizar as empresas em relação aos cuidados especiais com o meio ambiente, prevenindo os impactos causados pelo seu crescimento e desenvolvimento, mantendo assim condições nas quais homens e natureza possam coexistir em produtiva harmonia.

Fechando essa ideia, Silva destaca que:

Atualmente, as grandes indústrias na área de mineração, siderúrgica, produção de celulose e mesmo as grandes latifundiárias, já se conscientizaram que investir na ação pró-ativa aos impactos é melhor que pagar pelos prejuízos causados pela má utilização dos recursos naturais (passivos ambientais). No geral a sociedade brasileira tem o conhecimento das altas consequências que seus empreendimentos podem vir a gerar, e os órgãos competentes têm o dever de aplicar as sanções pertinentes além de ordenar que medidas mitigadoras sejam implementadas (SILVA, 2016, p. 345).

Os fatos ecológicos são indissociáveis dos fatos sociáveis. Partindo deste pressuposto pode-se compreender a degradação ambiental como processo inevitável de transformações nas paisagens. Para isso, devem-se pautar as dificuldades novas e antigas nas interações entre sociedade e natureza. Assim, a compatibilidade entre preservação ambiental, desenvolvimento socioeconômico e qualidade de vida é uma das mais árduas tarefas da contemporaneidade. A superação da pobreza e da degradação ambiental necessita de articulações, frente a desigualdade social e degradação ambiental que são pontos desafiadores dentro do espaço brasileiro seja em pequena ou grande escala (STOCO, 2019).

A degradação ambiental está de fato relacionada com o aumento da produção, e uma forma de contê-la é estabelecer uma relação Indústria x Meio Ambiente. “É por isso que devemos agora assumir a responsabilidade pelo ecossistema mundial, nós, industriais e empresários, dispomos antes de tudo, de algumas ferramentas de diagnóstico para poder avaliar a situação, e depois de um pouco de imaginação criar uma estratégia ecológica” (SIRVINSKAS, 2019, p. 349).

Os países em desenvolvimento estão cada vez mais comprimidos pela concentração de renda, situações de corrupção e sérios problemas sociais, além de impactos ambientais gerados pelo crescimento desordenado e pela extração de matéria-prima para os países desenvolvidos, sem controle

de tipo de extração, volume e de tempo necessário para reposição de estoque extraído da natureza (SILVA, 2016).

Desde o século XX a problemática tem se agravado com o processo de globalização, em que os países desenvolvidos continuam cada vez mais ricos e gerando um maior volume de poluição, em decorrência das grandes indústrias (consumo elevado de matéria-prima natural, energia e produção de efluentes e resíduos nocivos ao meio ambiente) e do aumento do consumo (gerando lixo orgânico e reciclável).

3 CRIMES AMBIENTAIS A LUZ DA LEI N° 9.605/98

A vida humana tem relação direta com a preservação do meio ambiente, com base nisso a encomia nunca deve ser colocada acima da preservação da natureza. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais do ser humano, justificando a imposição de sanções penais em relação às agressões ao direito a uma sadia qualidade de vida (MILARÉ, 2019).

Dentro da Constituição Federal, o Art. 225, § 3, prescreve que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sendo pessoas físicas ou jurídicas, a sanções administrativas e penais, independente da obrigatoriedade de reparar os danos que forma causados” (BRASIL, 1988).

O dano ambiental em si tem uma repercussão jurídica na esfera penal, civil e administrativa, sendo assim, o agente causador da atividade lesiva ao meio ambiente será responsabilizado de uma maneira alternativa ou acumulativa. Dentro do âmbito Civil, a ação de sancionar as condutas lesivas ao meio ambiente já era uma verdade, antes mesmo da entrada da Constituição de 1988, porquanto a obrigação reparatória de danos, segundo o princípio da responsabilidade objetiva, que é encontrado na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Art. 14, § 1º, BRASIL, 1988).

Para a eficácia da norma programática constitucional, faltava um tratamento adequado acerca da responsabilidade penal e administrativa, espaço esse que está sendo preenchido com a incorporação ao ordenamento jurídico da Lei n° 9.605/98, que fala a respeito das sanções penais e administrativas derivadas das atividades que prejudicam o meio ambiente. Então se fechou o cerco contra o poluidor (MILARÉ, 2009). De acordo com Fiorillo (2019, p. 523), “as disposições gerais da Lei Federal n° 9.605/98 procuraram atender não só os regramentos que fundamentam o direito criminal e penal constitucional, como as especificidades criadas pelo direito criminal ambiental constitucional e pelo direito penal ambiental constitucional”.

Para Sirvinskas (2020, p. 787), comenta:

Hodiernamente, a tutela penal do meio ambiente continua sendo uma grande necessidade que é indispensável, especialmente quando as medidas das

esferas administrativas e civis não agem como o esperado. Em si a medida penal tem como finalidade prevenir e reprimir condutas que prejudicam a natureza de qualquer maneira.

A ação penal é um instrumento na qual é possível exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional, em relação ao sujeito que praticou um fato totalmente contrário ao que diz à norma penal.

O bem jurídico tutelado nos crimes ambientais é o meio ambiente. Em relação ao significado do meio ambiente está integrado, em verdade, uma série de elementos naturais, culturais e artificiais. Todos esses elementos estão protegidos pelo Direito penal, é possível observar isso através da Lei nº 9.605/98, a nova arquitetura tipológica da mesma fala que “nos crimes ambientais, os bens jurídicos protegidos aproximadamente do perigo do que do dano. É isso permite a realização da prevenção e ao mesmo tempo repressão”. (SIRVINSKAS, 2020, p. 796).

Continua o autor,

De acordo com a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.605/98 tanto pessoas físicas como jurídicas podem realizar crimes ambientais. A pessoa física e a jurídica possui a nomenclatura de sujeito ativo. O sujeito ativo dos crimes ambientais é qualquer pessoa que consegue compreender a ilicitude do fato e que consiga agir de acordo com esse entendimento (SIRVINSKAS, 2010, p. 793).

Observando o Art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, assentou as pessoas jurídicas à condição de sujeito ativo da relação processual penal, dispondo que as condutas e atividades consideradas prejudiciais ao meio ambiente sujeitarão os infratores. O Art 3º da Lei nº 9.605/98 diz que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas civil e administrativa e penalmente, conforme está prescrito na mesma, nos casos em que a ação seja cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

A prescrição do Art 3º, não exclui a responsabilidade penal das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes, na medida em que a empresa, por si, não comete crime. Porém, o legislador adotou o princípio da coautoria necessária entre pessoa jurídica e física. Sirvinskas (2020, p. 794-795), fala que:

A doutrina majoritária não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas a tendência no direito penal moderno é romper com o clássico princípio *societas delinquere non potest*. É claro que a pessoa jurídica não pode ser vista com os olhos do conceito da doutrina clássica. Devem-se observar suas particularidades para a eventual aplicação da pena de caráter penal. Sua responsabilidade jurídica não pode ser vista como dotada de vontade. Deve-se distinguir a pessoa física que age em nome da pessoa jurídica da própria pessoa jurídica.

Hodiernamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, desde que o mesmo se figure juntamente com a pessoas física que executou a infração. Portanto, não é admitido, denúncia isolada da pessoa jurídica. Dentro dos crimes ambientais o sujeito passivo direto é a coletividade, por sem bem ou interesse tutelado como de uso comum a todos, segundo disposto no Art 225 da Constituição Federal de 1988.

Porém, é possível que a pessoa certa e determinada acabe também lesada ou ameaçada em seus bens por conta de aspectos particulares de dano, sendo figurado como sujeito passivo indireto. Ademais, o sujeito passivo principal permanece sempre na população, titular do bem que constitui o objetivo judicial do crime contra o meio ambiente.

As infrações penais ambientais se aplicam as penas privativas de liberdade, restritivas de multa e direito, observa-se, para a sua aplicação, o nível da gravidade do fato, tendo em vista quais foram os motivos da infração e quais as suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente, além disso, os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação do interesse ambiental, bem como a situação econômica do infrator em casos de multa (Art. 6°).

Como destaca Milaré (2019, p. 993), comenta que:

A nova Lei de crimes ambientais acabou optando o legislador pelas penas restritivas de direitos e pecuniárias, não só porque apropriadas tanto para pessoas jurídicas como para pessoas físicas, além da pena de prisão, em relação ao perfil do delinquente ambiental, tem-se mostrado inadequada, pois impõe à sociedade um duplo castigo: suportar o dano e pagar a conta do presídio.

Para as pessoas jurídicas as penas aplicáveis são multa, restritivas de direitos e prestação de serviços a comunidades. Para a multa é aplicada a regra do Art 18 da Lei nº 9.604/98. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica, nos moldes do Art. 22 da Lei de crimes ambientais são:

I - Suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

A suspensão das atividades é aplicada quando os mesmos não estiverem obedecendo às disposições legais e regulamentares, em relação à proteção do meio ambiente. A interdição é aplicada quando o estabelecimento, estiver funcionando sem uma devida autorização, ou se estiver em desacordo com a concedida, ou violação de disposição regulamentar ou legal. A prestação de serviços a comunidades pela pessoa jurídica consiste no Art. 23 da Lei nº 9.605/98:

I - Custeio de programas e de projetos ambientais;

II - Execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - Manutenção de espaços públicos;

IV - Contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

De acordo com o Art. 14 da Lei nº 9.605/98, são circunstâncias que atenuam a pena

I - Baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;

II - Arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano ou limitação significativa da degradação ambiental causada;

III - Comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental;

IV - Colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

A pena é agravada quando não constituem ou qualificam o crime, essas circunstâncias estão prescritas no Art. 15 da Lei nº 9.605/98:

I - Reincidência nos crimes de natureza ambiental; II - ter o agente cometido a infração;

a) para obter vantagem pecuniária;

b) coagindo outrem para a execução material da infração;

c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente;

d) concorrendo para danos à propriedade alheia;

e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso;

f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos; g) em período de defeso à fauna;

h) em domingos ou feriados;

i) à noite;

j) em épocas de seca ou inundações;

I) no interior do espaço territorial especialmente protegido;

m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais;

- n) mediante fraude ou abuso de confiança;
- o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental;
- p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais;
- q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes;
- r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

Nos termos do Art. 58 da Lei de Crimes Ambientais, as penas serão aumentadas em:

I - De um sexto a um terço, se resulta dano irreversível à flora ou ao meio ambiente em geral;

II - De um terço até a metade, se resulta lesão corporal de natureza grave em outrem;

III - Até o dobro, se resultar a morte de outrem.

O fato em si perde ilicitude quando o mesmo é presente uma causa excludente da antijuricidade, ao que é compreendido a subsidiariedade expressa no Art. 79 da Lei nº 9.605/98, aplicam-se aos delitos ambientais as hipóteses excludentes de tipicidade conforme é elencado no Art. 23 do Código Penal, em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito ou em estrito cumprimento do dever legal.

Além disso, o Art. 37 da Lei nº 9.605/98 descriminaliza o abate à animais para saciar a fome do agente ou da sua família, ou para proteger lavouras ou rebanhas, ou quando forem aqueles nocivos. De maneira geral, grande parte dos crimes ambientais são normas penais em branco, que são complementadas por atos administrativos ou por outra Lei. A doutrina compreende que essa técnica é inevitável nas infrações penais. Os crimes ambientais em si protegem o meio ambiente em sentido amplo: natural (fauna e flora); artificial (construções e edificações feitas pelo homem); cultural (patrimônios históricos, artísticos, paisagísticos e arqueológicos).

Os crimes contra a fauna estão previstos na Lei nº 9.605/98. A única Lei que continua em vigor é a Lei nº 7.643/87: entendimento da doutrina majoritária e do Superior Tribunal de Justiça. Os Arts do 29 ao 37 procuram oferecer a proteção a fauna, enquanto a mesma for um bem ambiental, na medida em que os animais não são sujeitos de direitos, porquanto a proteção do meio ambiente existe afim de favorecer o homem, por via reflexiva as demais espécies (FIORILLO, 2019).

A conduta típica, Art 29, consiste em perseguir, caçar, matar, apanhar, usar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem uma devida permissão, autorização ou licença da autoridade, ou em desacordo com a obtida. Incorre nas penas:

- I - Quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;
- II - Quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;
- III - Quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

No caso em que têm a guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção o juiz pode considerar as circunstâncias e deixar de aplicar a pena. A pena é aumentada de metade se o crime for praticado:

- I - Contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;
- II - Em período proibido à caça;
- III - durante a noite;
- IV - Com abuso de licença;
- V - Em unidade de conservação;
- VI - Com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa. A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional.

Vale ressaltar que provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de matérias, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras, também é caracterizado como crime ambiental e isso está previsto no Art. 33:

- I - Quem causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aquicultura de domínio público;
- II - Quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente;
- III - quem fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica.

Cabe ressaltar o Art. 34 da Lei nº 9.605, que pune a pesca em período no qual seja proibida ou em lugares que estejam interditados por algum órgão competente. Incorre essas penas:

I - Pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - Pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - Transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas. Também, pune-se a pesca mediante a utilização de:

I - Explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;

II - Substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente.

Além disso, ainda tem os crimes contra a flora. A primeira conduta típica em relação a flora consiste em danificar ou destruir a floresta que é considerada de preservação permanente, mesmo que a mesma esteja em formação, ou usa-la com infringência das normas de proteção. Floresta de preservação é espécie do gênero área de preservação permanente. As florestas são as vegetações de grande porte. Se tem como ato prejudicial ao meio ambiente os atos:

a) extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais;

b) cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais;

c) receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até o beneficiamento final. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

Além disso ainda se tem a existência do crime de dificultar ou impedir a regeneração natural de florestas. Pune-se, também, desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente.

Só não é considerado crime quando é necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou da sua família, no entanto, se a área explorada passar de 1.000 ha (hectares), a pena é aumentada em um ano por milhar de hectare. Dentro da Lei nº 9.605/98, a pena é aumentada um sexto a um terço se:

- I - Do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático;
- II - O crime for cometido:
 - a) no período de queda das sementes;
 - b) no período de formação de vegetações;
 - c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração;
 - d) em época de seca ou inundação;
 - e) durante a noite, em domingo ou feriado.

Portanto todos esses crimes são de uma conduta errada e se os mesmos ocorrerem essas punições irão agir contra o delinquente do crime ambiental. Porém ainda há uma grande ineficiência por parte das leis, as mesmas devem ser mais rigorosas para que aconteça uma diminuição em casos de crimes ambientais.

4 TIPIFICANDO OS CRIMES DE BIOPIRATARIA

Com base na literatura consultada, os crimes de biopirataria começaram a serem debatidos nas primeiras décadas do século XXI, todavia como já foi comentado esse por sua vez, vem acontecendo desde do descobrimento do Brasil. Nosso ordenamento jurídico possui apenas uma Medida Provisória do governo federal sobre o "Acesso ao Patrimônio Genético" publicada em junho de 2000. Desde 2002 essa MP "da Novartis" (pois foi editada para acomodar um contrato já assinado por um órgão federal com a empresa suíça) está sendo implementada mesmo sem ter sido sequer discutida pelo Congresso Nacional. Como a violação desta pseudo-lei não é crime, a biopirataria no Brasil não é crime (MIRALÉ, 2019).

Para Gomes (2015, p. 02), "toda ação que visa exploração, comercialização ou apropriação ilegal de recursos biológicos, especialmente falando sobre o descumprimento das normas estabelecidas é considerado biopirataria". Nessa seara, Fiorillo (2019), complementa que a biopirataria pode ser conceituada como a exploração, manipulação, exportação de recursos biológicos, com fins comerciais,

em contrariedade às normas da Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16.03.1998.

4.1 Histórico de biopirataria no Brasil

Muitos Historiadores datam a biopirataria no Brasil a partir de sua descoberta, pelos portugueses em 1500. Devemos observar uma tênue entre biopirataria e desenvolvimento da tecnologia, porém o que caracteriza a biopirataria é a apropriação indébita. “Com os casos de biopirataria no Brasil que remontam a época do Brasil colonial, onde os colonizadores portugueses tiraram vantagem da ingenuidade dos índios na exploração do pigmento vermelho do Pau-Brasil” (GOMES, Rodrigo, 2015, p. 4).

Existem casos emblemáticos de biopirataria no Brasil e em outros em desenvolvimento, detentores das maiores riquezas naturais biológicas e não biológicas. Muitos autores comentam que a história da biopirataria, no Brasil, surgiu com a sua própria descoberta, quando os portugueses obtiveram o segredo da extração do pigmento vermelho do pau-brasil, subtraindo conhecimentos tradicionais dos povos indígenas nativos.

4.2. As consequências da biopirataria para o Meio Ambiente brasileiro

O fenômeno da biopirataria acarreta prejuízos à biodiversidade, à economia e ao desenvolvimento tecnológico e científico dos países provedores dos recursos naturais. Os danos causados ao meio ambiente são diversos. Dentre eles, a perda da biodiversidade, que ocorre devido à extração descontrolada de recursos naturais, sem a garantia de sua conservação e de seu uso sustentável. Essa exploração predatória fragiliza os ecossistemas, visto que os recursos naturais são retirados de seu local de origem, o que pode causar um desequilíbrio ecológico, bem como o esgotamento de diversos elementos da biodiversidade (CUNHA, 2020).

Quando os recursos naturais são retirados do país, sem autorização e sem o pagamento de royalties causa grande prejuízo, desde econômicos – visto que os lucros não serão repartidos de forma justa com o país detentor do recurso e com as comunidades tradicionais –, até ambientais –, pois colocam em risco a biodiversidade de uma certa área, com a forte exploração de uma espécie, sua população pode diminuir ou até mesmo se extinguir.

4.3 Estatuto da biodiversidade – Lei nº 13.123 de 2015

A Lei nº 13.123/2015, de 20 de maio de 2015 é um novo marco legal no Brasil que dispõe sobre o acesso a patrimônio genético, ao acesso e proteção do conhecimento tradicional referente a fauna, mostrando também a repartição dos benefícios para conservação e o uso sustentável. A Lei nº 13.123/15 chegou com o objetivo de revogar a Medida provisória nº 2.186-16, legislação esta que tratava no Brasil sobre a biodiversidade (CUNHA, 2020).

A Referida Lei também é conhecida como Lei do Acesso ao Patrimônio Genético e ao Conhecimento Tradicional Associado, com a intenção de regulamentar incisos do artigo 225 da CF/88 do Brasil e artigos da CFB, conforme sua ementa, *in verbis*:

Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências (BRASIL, 2015).

A Lei nº 13.123, de 2015, portanto, revoga o marco normativo vigente (MPV nº 2.186-16, de 2001) que havia sido editado sem discussões apropriadas e de modo célere, para suprir a lacuna legislativa em nosso ordenamento jurídico quanto à regulamentação da Convenção sobre Diversidade Biológica.

De acordo com Cunha (2020) a nova Lei, por sua vez, contém dispositivos com redação de acordo com a Constituição Federal, ao considerar o patrimônio genético como bem de uso comum do povo, em conformidade à concepção do meio ambiente que engloba bens materiais e imateriais, os quais são tutelados pela sua relevância à coletividade e às futuras gerações.

Portanto, considerar patrimônio genético como bem de uso comum não implica em retirar-lhe a conotação de bem que possa ser apropriado ou usufruído individualmente, mas lhe confere especial proteção diante dos interesses públicos e coletivos que lhe revestem.

5 AÇÕES DO GOVERNO BRASILEIRO CONTRA A BIOPIRATARIA

A melhor forma de combater a biopirataria na Amazônia é conseguir transformar os recursos da biodiversidade em atividades econômicas para gerar renda e emprego para a sua população.

Para isso precisamos identificar esses recursos genéticos, analisar seus componentes, proceder a sua domesticação, a produção em bases racionais e a verticalização na região.

A fragilidade da economia extrativa em que se baseia a maioria dos produtos da biodiversidade amazônica constitui um convite a biopirataria. Se a exploração dos recursos da biodiversidade amazônica ficar restrita, ao mercado da angústia ou à comercialização folclórica das vendedoras da Feira do Ver-o-Peso, dificilmente a Amazônia terá condições de transformar a sua biodiversidade em riqueza econômica.

A formação de um parque produtivo local competitivo e a sua verticalização inibiria a sua transferência para outras partes do mundo (HOMMA, 2022). Há necessidade de desmistificar a

biodiversidade potencial, dar maior atenção para a biodiversidade do passado e do presente (fontes da biopirataria) e, entender as limitações da economia extrativa.

A conservação e a preservação da biodiversidade amazônica vão depender da utilização das áreas já desmatadas, da recuperação das áreas que não deveriam ter sido destruídas, de maiores investimentos em C&T e de infraestrutura social.

As instituições de pesquisa devem estabelecer metas concretas de identificação, por exemplo, de cinco novas plantas da biodiversidade por quinquênio, aproveitando o conhecimento tradicional. Há necessidade de respeitar os direitos de propriedade intelectual e a repartição dos benefícios, conectados com o setor empresarial, de programas de crédito, assistência técnica e associações com países desenvolvidos com salvaguardas mútuas em obediência ao ciclo de vida dos produtos (HOMMA, 2022).

6 CONCLUSÃO

Os crimes ambientais em si possuem uma repercussão jurídica na esfera penal, civil e administrativa, causando ao agente causador da atividade prejudicial ao meio ambiente uma responsabilidade alternativa ou acumulativa. A medida penal tem o intuito de prevenir e reprimir condutas que agem contra a saúde do meio ambiente.

Dentro da pesquisa é citado os termos da Constituição Federal e da Lei nº 9.605/98, que de acordo com os mesmos crimes ambientais são praticados tanto por pessoas físicas como por pessoas jurídicas. Diante disso, nos delitos de biopirataria, o sujeito passivo direto será a coletividade, que, todavia, é possível que o indivíduo certo e determinado acabe também lesado ou ameaçado em seus bens por conta dos aspectos particulares do dano, figurando como o sujeito passivo indireto, secundário ou por via reflexiva.

Portando, com o presente trabalho é possível concluir que, as penas estão para prevenir e reprimir ações contra o bem-estar do meio ambiente. No entanto, as mesmas necessitam de uma grande em relação a sua aplicabilidade, as mesmas necessitam de uma mudança, pois, os agentes causadores não possuem medo da legislação a mesma não age com eficácia. E isso é um fator que necessita ser mudado.

7 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 21º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10.set.2022.

_____. **Lei 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06.set.2022.

BORGES, Alexandre. **As Principais Legislações e Normas e suas Consequências ao Meio Ambiente**. 2016. Disponível em: <<http://www.connectgeo.blogspot.com>>. Acessado em: 07.set.2022.

CUNHA, Ada Helena Schiessl. **A biopirataria no Brasil: aspectos relevantes da Lei n. 13.123/2015 e o dever de proteção do Estado à biodiversidade**. In: SCUR, L.; GIMENEZ, J. R.; BURGEL, C. F. Biodiversidade, Recursos Hídricos e Direito Ambiental. Caxias do Sul, RS: Educs, 2020.

DOTTI, René Ariel. **Direito penal ambiental: comentários à Lei nº 9.605/98**. Campinas: Editora Millennium, 2018.

CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

GOMES, Rodrigo. **O Controle e a Repressão da Biopirataria no Brasil**. São Paulo, 2015. Disponível: <<https://www.cjf.jus.br/caju/amb3.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2022.

HOMMA, Alfredo Kingo Oyama. **Do extrativismo à domesticação – 60 anos de história**. In: MENDES, A. D. (Org.). A Amazônia e o seu Banco. Manaus: Valer; Banco da Amazônia, 2002. p. 137-156.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: A Gestão Ambiental em foco**. 6º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, C.M. **Igarapé do Franco: nuances de uma natureza transformada**. In: IV SICASA E 1º ANPPAS AMAZÔNIA, 2016, Manaus. Anais do SICASA e ANPPAS Amazônia. Anais. Manaus (AM) UFAM/ANPPAS, 2016. v. 01. p. 01 – 710.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 7º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4º ed. São Paulo: Editora RT, 2019.

CONTRATO DE NAMORO X UNIÃO ESTÁVEL: DA APTIDÃO DO CONTRATO DE NAMORO PARA ASSEGURAR A INCOMUNICABILIDADE DO PATRIMÔNIO

ALICE DA SILVEIRA VALE:

Graduanda do curso de Direito da Universidade de Gurupi (UNIRG).

VANUZA PIRES DA COSTA⁹⁴

(orientadora)

RESUMO: A pesquisa em questão tem por objetivo a análise jurídica do contrato de namoro, diferenciando-o do instituto da união estável e seus efeitos patrimoniais. O problema central visa averiguar a aptidão do contrato de namoro para afastar a comunicabilidade do patrimônio e caracterização de união estável. Esse contrato vem sendo utilizado como ferramenta para diferenciar uma mera relação de namoro, sem consequências jurídicas, de uma união estável, sendo que nesta as partes têm o objetivo de constituir família. Justifica-se o desenvolvimento desse estudo pela relevância do tema, em virtude do aumento da procura dos casais por esta ferramenta contratual, utilizada para prevenir problemas patrimoniais. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica, em legislação, doutrina, dissertações e entendimentos jurisprudenciais, valendo-se do método dedutivo para a abordagem teórica, formando um conjunto bem explorado acerca do tema. Concluiu-se que o contrato em questão tem potencial para prevenir a comunicação de patrimônio, afastando a alegação de união estável, se na prática o relacionamento existente é realmente namoro, não desconstituindo união estável já existente.

Palavras-chave: Contrato de namoro; Incomunicabilidade do patrimônio; Namoro; União Estável.

ABSTRACT: The research in question aims at the legal analysis of the dating contract, differentiating it from the stable union institute and its patrimoniais effects. The central problem aims to investigate the suitability of the dating contract to remove the communicability of the patrimony and characterization of a stable union. This contract has been used as a tool to differentiate a mere dating relationship, without legal consequences, from a stable union, in which the parties have the objective of constituting a family. The development of this study is justified by the relevance of the theme, due to the increase in the demand of couples for this contractual tool, used to prevent property problems. Bibliographic research was used, in legislation, doctrine, dissertations and jurisprudential understandings, using the deductive method for the theoretical approach, forming a well explored set on the subject. It was concluded that the contract in question has the potential to prevent the communication of assets, ruling out the allegation of stable union, if in practice the existing relationship is really dating, not dismantling an existing stable union.

⁹⁴ Mestra em Direito. Professora da Universidade de Gurupi (UNIRG) e Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

Keywords: Dating contract; Incommunicability of the patrimony; Affair; Stable union.

1 INTRODUÇÃO

É possível notar de uma forma mais ampla nos dias atuais as modificações que ocorreram desde a criação do Código Civil e como o Direito de Família se apresenta em relação ao conceito de família e suas ramificações. Através de tantas mudanças o termo união estável se enquadra em um aspecto bastante relevante para o estudo, tendo em vista que já houve sua marginalização para ser considerada uma forma de constituir família (como o casamento), e após aceitação de que esse instituto é legal, as coisas ao redor passaram a mudar também e a adquirir outros entendimentos a depender do caso concreto.

O contrato de namoro surgiu como um meio em que as partes contratantes declaram que o relacionamento entre ambos não se enquadra nem preenche os requisitos de uma união estável, visando proteger o patrimônio dos contratantes, evitando que no futuro ele possa ser dividido ou compartilhado com o companheiro em questão.

Diante do exposto, a pesquisa em questão baseou-se no seguinte problema: o contrato de namoro é uma ferramenta apta para assegurar a incomunicabilidade do patrimônio afastando a alegação de união estável?

Além de uma repercussão de ordem jurídica acerca da questão envolvendo o contrato de namoro, existe também a repercussão de ordem social em que as pessoas tendem a postergar a união estável, colocando a mesma numa posição frágil diante do instrumento de contrato.

O estudo visa contribuir como fonte de informação e tem o objetivo de sanar dúvidas acerca do contrato de namoro, sua eficácia e suas particularidades, não sendo confundido com a união estável.

Portanto, primeiramente será apresentando o conceito de união estável e seus requisitos, em seguida será exposto o conceito de namoro, esclarecendo a diferença entre o mesmo e o instituto da união estável e, finalmente, é feito um levantamento acerca da eficácia jurídica do contrato de namoro e seu potencial para garantir a incomunicabilidade do patrimônio.

Espera-se que a partir dos dados deste estudo, outras pesquisas possam ser desenvolvidas no intuito de proporcionar reflexões acerca dos direitos, garantias e a eficácia do contrato de namoro, sanando as dúvidas pertinentes.

2 DA UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITO E REQUISITOS PARA SUA CARACTERIZAÇÃO

Para configurar união estável é necessário que as pessoas se unam de forma duradoura, contínua e com convivência pública, visando constituir família. Dessa forma, define-se o termo união estável como “uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família” (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2017).

Existe a possibilidade de os companheiros regularem suas questões patrimoniais, denominando-se contrato de convivência, reconhecido juridicamente, podendo abordar questões retroativas (PAVIANI; KEMPFER, 2019, p. 121).

Foi regulamentado através das Leis 8.971/94 e 9.278/96 o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e trouxe os contornos da união estável como sendo uma relação pública, contínua e duradoura. Ademais, conforme os requisitos estabelecidos pelo Código Civil de 2002, o qual está em vigência, é necessário ter a intenção de constituir família entre homem e mulher, mas é importante ressaltar também que a diversidade sexual foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal através da ADI 42772 e ADPF 132 de 2011, de maneira a permitir que se tenha os mesmos efeitos às uniões homoafetivas (BRASIL, 2011).

Sendo assim, as relações entre pessoas do mesmo sexo podem ser equiparadas à união estável, passando a ser reconhecido como um núcleo familiar como qualquer outro, independentemente de ser um casal formado entre sexos opostos. Então, a união estável é entidade familiar equiparada ao instituto do casamento sendo resguardada e configurada dentro dos conformes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, e, para configurar a união estável, é preciso que a relação seja entre duas pessoas e, não mais entre um homem e uma mulher. Há previsão na Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988).

A união estável existe desde a posse do estado de casado, com notoriedade e longa duração, e segue até a união adulterina. Retrata não apenas acerca das relações de sexo, mas também a prolongada comunhão de vida. Abrange o casamento religioso, quando o homem e a mulher contraem um compromisso comum de fidelidade mútua, bem como a união adulterina, em que um ou o outro mantém uma vida matrimonial paralela, mas sem convivência. (RIZZARDO, 2018, p. 851)

Assim, se pode concluir que a família cultivada pela união estável simula um fato natural e muito presente na sociedade desde os tempos históricos, autenticada na realidade brasileira pela jurisprudência, por leis esparsas, se ajustando no respaldo constitucional, rompendo assim com a injustiça, o casuísmo, o preconceito, de maneira a permitir que o homem fincado na tipologia de família que melhor lhe ajustar possa, tendo sua essencial dignidade valorizada, desenvolver os atributos essenciais à sua personalidade (MALUF, 2010, p. 108).

3 DO NAMORO: CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

O namoro é uma relação afetiva entre duas pessoas onde há o desejo de estarem juntas e partilhar momentos. O casal encontra-se comprometido socialmente, mas não estabelece um vínculo de natureza matrimonial perante a legislação vigente. O Dicionário Houaiss conceitua a palavra namoro

como “aproximação física e psíquica entre duas pessoas em um relacionamento, fundamentado na atração recíproca, que aspira continuidade para o futuro”. (HOUAISS, 2007, p. 1993)

É importante destacar a característica do que se trata o termo namoro, que não possui responsabilidades dentro da esfera jurídica. Então, por não existir especificação dentro do cenário jurídico o conceito da relação namoro, se torna impossível classificá-lo como entidade familiar, mas apenas um envolvimento amoroso entre um casal com uma expectativa de constituir família no futuro. (RIBEIRO, 2014, p. 2)

Dentro do contexto atual, o termo namoro pode ser interpretado de diversas maneiras, muitas vezes sendo confundido com a união estável. Verifica-se que atualmente o namoro em muitos casos permite a convivência ou encontros casuais, até relacionamentos mais sérios e duradouros com interesse do casal em constituir uma família proveniente dessa relação entre eles.

Para aprofundar acerca das particularidades e não haver confusões sobre o nível de relacionamento é primordial entender o sentido de namoro.

Em relação as mudanças dos relacionamentos afetivos na atualidade, referentes ao namoro de um casal, relevante o entendimento doutrinário que segue:

Ademais, o namoro não é mais encarado como mero período experimental que conduz necessariamente ao casamento. Pode-se dizer que ganhou contornos autônomos, o que faz com que casais optem por vivenciar namoros de longos anos. Ocorre que, por vezes, esse relacionamento é tomado por uma complexidade tão grande que o leva a ser confundido com união estável, fazendo com que ao namoro sejam imputadas as consequências jurídicas que o reconhecimento desta entidade familiar necessariamente conduz (XAVIER *apud* CALDERÓN, 2020, p. 99).

Conforme Euclides de Oliveira:

Passo importante na escalada do afeto ocorre se o encontro inicial revela o início de uma efetiva relação amorosa. Dá-se então, o namoro, já agora um compromisso assumido entre homem e mulher que se entendem gostar um do outro. Pode ser paixão à primeira vista, embora nem sempre isso aconteça, pois o amor vai se consolidando aos poucos, com encontros e desencontros do casal embevecido. Do latim *in amoré*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo. (2011, p. 256)

O namoro simples está ligado a um relacionamento aberto ou sem compromisso, o qual não pode ser confundido com o instrumento da união estável. Além disso, em que pese a presença do relacionamento e convivência das partes, não há evidências de intenção futura em constituir uma família, ou seja, não se encaixa numa relação contínua, pública, duradoura e sólida (CABRAL, 2014, p. 2).

Em relação ao namoro qualificado, é importante salientar que este se trata de um relacionamento onde é facilmente confundido com a união estável por apresentar os mesmos requisitos objetivos, sendo eles: convivência habitual, pública, duradoura e contínua. Além desses requisitos, destaca-se a importância de que ambos não estejam impedidos matrimonialmente (CABRAL, 2014 p. 2).

Existem muitas semelhanças entre o namoro qualificado e a união estável, mas apesar disso, os termos não devem confundir-se entre si. Há a similitude por se tratar de relações com um tempo de duração significativo, dotado de relações sexuais não eventuais, e na hipótese de se ter um filho sem planejamento, não se enquadra dentro dos termos de uma união estável. Identificar essa situação pode ser mediante a exposição ao público da existência da relação, e que seja duradouro, mas sem vontade das partes em formar família (SÉRGIO, 2019, p. 28)

Não obstante haja confusão entre as nomenclaturas, existe a diferença entre o namoro qualificado e a união estável em virtude do requisito subjetivo, o qual necessita da vontade de constituir família, e é manifestada expressamente, não bastando que o casal apenas conviva continuamente e de forma pública. Isso ocorre, pois a união estável é uma forma de constituir família como estabelece o Código Civil, no artigo 1.723:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002).

Para analisar as diferenças e particularidades de cada termo sem que haja confusão ou contradição, é preciso que cada caso em questão seja avaliado particularmente, e que necessariamente preencha todos os requisitos de união estável, de forma a se atentar não somente no vínculo afetivo, mas sim ao elemento *animus*, onde há a verdadeira e pura intenção em constituir uma família proveniente do relacionamento (CABRAL, 2014, p. 6).

A importância em diferenciar os institutos supracitados se justifica pelas consequências jurídicas geradas, pois na união estável as partes têm direito a meação de bens e a heranças familiares, enquanto no namoro essas possibilidades não existem, uma vez que não há um vínculo verdadeiro entre as pessoas.

4 DO CONTRATO DE NAMORO E SUA APTIDÃO PARA ASSEGURAR A INCOMUNICABILIDADE DO PATRIMÔNIO

É possível notar de uma forma mais ampla nos dias atuais sobre as modificações que ocorreram desde a criação do Código Civil e como o direito de família se apresenta em relação ao conceito de família, além de suas ramificações. Através de tantas mudanças o termo união estável se enquadra em um aspecto bastante relevante para o estudo, tendo em vista que já houve sua marginalização para ser considerada uma forma de constituir família (como o casamento), e após

aceitação de que esse instituto é legal, as coisas ao redor passaram a mudar também e adquirir outros entendimentos a depender do caso concreto.

O contrato de namoro surgiu como um meio onde as partes contratantes declaram que o relacionamento entre ambos não se enquadra dentro dos requisitos de uma união estável, e isso serve justamente para proteger o seu patrimônio, evitando que no futuro ele possa vir a ser compartilhado com o companheiro em questão.

Conforme Xavier (2011, p. 128), o contrato de namoro é um documento escrito no qual as partes que estão tendo um relacionamento afetivo acordam consensualmente que não há entre eles o objetivo de constituir família.

Ademais, Maria Berenice Dias, afirma que o contrato de namoro pode representar uma fonte de enriquecimento ilícito:

Não há como previamente afirmar a incomunicabilidade quando, por exemplo, segue-se longo período de vida em comum, no qual são amealhados bens pelo esforço comum. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento pode ser fonte de enriquecimento ilícito (DIAS, 2010, p. 186).

Além disso, pode ser uma espécie de documento que visa resguardar o casal dos efeitos da união estável, como exemplo: divisão de bens, pensão e direito de sucessão nos casos em que houver falecimento entre outras pessoas.

Fábio Coelho relata sobre a importância de não confundir o termo união estável com um mero namoro:

Enquanto na primeira é indispensável à vontade comum de fundar uma família (relação horizontal), no último, esse elemento anímico não está presente. Os namorados ainda não têm claramente definida a vontade de constituir família ou têm claramente a de não a constituir: estão se conhecendo melhor ou simplesmente se divertindo (COELHO, 2013, p. 142).

É importante ressaltar que se o casal não quer que os seus bens se comuniquem, porém estão vivendo em união estável, é importante ir a um Tabelionato de Notas e requerer uma Escritura Pública de União Estável, optando pelo regime de separação convencional de bens.

Através de outra visão, o conceito pode ser definido nas palavras de Mauro José Pereira:

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinada a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (PEREIRA, 2019, p. 3).

Após explanação sobre o conceito doutrinário e o que consta no dicionário acerca do contrato, torna-se mais simples e fácil a compreensão do tema.

No tocante à natureza jurídica, o contrato de namoro não concerne ao ramo dos contratos sinalagmáticos, devido não ter o que se falar em direitos ou obrigações. Também há a ausência de solenidade, isto é, não tem formalidade pois a lei não trata de maneira específica acerca do contrato em questão, apenas deixa em aberto quando expressa “salvo contrato escrito entre os companheiros” (BRASIL, 2002, art. 1725).

Levando em consideração as palavras de Maria Helena Diniz:

O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados (DINIZ, 2011, p. 31)

Além, Carlos Roberto Gonçalves elucida que:

Os contratos distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios jurídicos bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. (GONÇALVES, 2012, p. 22)

Para que se determine como um objeto jurídico, o contrato precisa cumprir a função social, a qual conduz aos diversos paradigmas do sistema constitucional, e visa resguardar os direitos, a fim de que seja apreciado a pessoa humana por causa da dignidade (KUMPEL E FERRARI, 2017, p. 402).

O Código Civil é contundente ao falar da função social, em seu artigo 421, que diz “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002). Mediante entendimento do Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves ressalta acerca do negócio jurídico:

Os contratos distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios jurídicos bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. (GONÇALVES, 2012 p. 22)

Além de uma repercussão de ordem jurídica acerca da questão envolvendo o contrato de namoro, existe também a repercussão de ordem social em que as pessoas tendem a postergar a união estável e assim a colocam numa posição frágil diante do instrumento do contrato.

4.1 O contrato de namoro é eficaz?

Os contratos de namoro estão crescendo cada vez mais com a desconstrução do pensamento das pessoas na atualidade, em que apenas pelo fato de duas pessoas viverem em estado de coabitação, é necessário empregar-se o *status* de união estável entre elas.

O aumento do número de contratos de namoro firmados no Brasil possui uma relação direta com o isolamento social da Covid-19, como também a intenção das pessoas de impedir a comunicabilidade de seus bens com o parceiro, tendo em vista que a relação entre elas é somente de um namoro. Esse contrato é eficaz pois se trata de um documento que visa resguardar o casal dos possíveis efeitos da união estável. Ademais, a respeito das cláusulas de natureza extrapatrimonial é necessário bastante cautela, pois, mesmo não havendo impedimento para esse tipo de disposição, os contraentes não podem versar sobre questões que são contrárias à lei (DIAS, 2016, p. 531).

Então, no tocante a validade jurídica do contrato de namoro, é importante salientar que não há previsão legal para essa modalidade, mas não deixa de ser um negócio jurídico celebrado pelas duas partes através de vontade expressa, e torna-se válido por meio da formalização. Então, os contratantes podem ir até um cartório de notas ou de forma particular oficializar o contrato em questão mediante escritura pública (GONZAGA, 2022, p. 1).

Já na visão de Maria Berenice Dias, o contrato de namoro é inexistente no ordenamento jurídico, para ela o tal contrato é ineficaz para produzir qualquer efeito, afirmando também que pode representar uma fonte de enriquecimento ilícito, já que devido muitos relacionamentos estarem firmados em um contrato de namoro no início do relacionamento, muitas pessoas conquistam bens pelo esforço em comum, mesmo sem ter o desejo de constituir uma família. Portanto, o contrato de namoro na visão da jurista é ineficaz dentro do ordenamento jurídico (DIAS, 2010, p. 186).

Há, porém, entendimento jurisprudencial reverso ao doutrinário. O Superior Tribunal de Justiça entendeu a ausência de união estável planejada por uma das partes do relacionamento, de forma a reconhecer o namoro qualificado, julgando então pelo não provimento de um recurso especial no estado do Rio de Janeiro, manifestando-se da seguinte forma:

Nessa ordem de ideias, pela regra da primazia da realidade, um "contrato de namoro" não terá validade nenhuma em caso de separação, se, de fato, a união tiver sido estável. A contrário senso, se não houver união estável, mas namoro qualificado que poderá um dia evoluir para uma união estável o "contrato de união estável" celebrado antecipadamente à consolidação desta relação não será eficaz, ou seja, não produzirá efeitos no mundo jurídico" (citado na decisão monocrática do AgInt no AREsp 1149402, Relator Ministro Og Fernandes, Dje: 03/04/2018).

Acerca do tema, em uma apelação cível, assim decidiu o TJ de São Paulo:

APELAÇÃO. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens. Sentença que julgou improcedente a ação. Inconformismo da parte autora. Não preenchidos os elementos essenciais

caracterizadores da união estável previstos na lei. Contrato de namoro firmado pelas partes. Caracterizado simples namoro, sem intenção de formação de núcleo familiar. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000884-65.2016.8.26.0288; Relator (a): Rogério Murillo Pereira Cimino; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ituverava - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020)

Em suma, o contrato de namoro é considerado no âmbito judicial como um negócio jurídico válido, uma vez que os requisitos para validade e eficácia de um combinado entre ambas as partes estejam presentes, porém, o seu potencial para afastar o reconhecimento da união estável, prevenindo a comunicação de patrimônio, não é absoluto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida procurou analisar a eficácia do contrato de namoro, suas peculiaridades e a linha tênue que diferencia as duas modalidades de relacionamento afetivo tão confundidas e discutidas atualmente, sendo elas, o namoro e a união estável.

Primeiramente, buscou-se avaliar os conceitos e objetivo, bem como identificar o tema no âmbito jurídico, especialmente a área de Direito de Família, a qual acompanhou as mudanças sociais que se fazem presentes na sociedade brasileira, surgindo, por exemplo, o chamado contrato de namoro.

Verificou-se que não existe vedação legal acerca da celebração do objeto estudado na presente pesquisa, de cunho declaratório, portanto, sua validade depende da veracidade dos fatos apresentados e analisados. Assim, se restar evidenciado que as partes contratantes estão num mero relacionamento de namoro, onde não há objetivo de constituir família nem compartilhar seus patrimônios, o contrato deve ser tido como válido.

É relevante ressaltar que a caracterização da união estável deriva de elementos fáticos, sendo objetivado e configurado levando em consideração as circunstâncias de cada caso concreto. Necessário que o contrato de namoro seja avaliado pelo julgador, averiguando todo o conteúdo probatório, revelando-se caso haja tentativa de fraude por alguma das partes contratantes interessadas em celebrar o negócio jurídico bilateral.

Em suma, apesar de entendimentos divergentes verifica-se que o contrato de namoro pode ser uma maneira inteligente e eficaz para afastar a ferramenta da união estável e assegurar a incomunicabilidade do patrimônio, quando restar comprovado que os contratantes somente possuem uma relação de mero namoro, não abrangendo possíveis fraudes. Neste caso o negócio jurídico deve ser declarado nulo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgado Procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277. ADI 4277 e ADPF 132. Ministro Relator Carlos Ayres Britto, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1149402. Relator Ministro Og Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 3 abril de 2018.

CABRAL, Maria. Namoro simples, namoro qualificado e união estável: o requisito subjetivo de constituir família, 2014. Disponível em: <https://mariateixeiracabral.jusbrasil.com.br/artigos/135318556/namoro-simples-namoro-qualificado-e-a-uniao-estavel-o-requisito-subjetivo-de-constituir-familia>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Desprovido. Apelação Cível 1000884-65.2016.8.26.0288; Relator (a): Rogério Murillo Pereira Cimino; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ituverava - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020.

CHAVES E ROSENVALD. Curso de Direito Civil. Famílias. 8ª edição, 2016. Editora Juspodivim.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. Direito das coisas e direito autoral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 186.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. Edição São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 39ª Edição, 2022, São Paulo. Ed. Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GONZAGA, Daniele. Contrato de Namoro: qual sua validade jurídica. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/366547/contrato-de-namoro-qual-a-sua-validade-juridica>. Acesso em 30 set. 2022.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

KUMPEL E FERRARI. **Tratado Notarial e Registral**. Tabelionato de notas. 3ª edição, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades**, 2010. São Paulo, Atlas.

OLIVEIRA, Euclides, 2006 apud TARTUCE, Flávio. **Direito de Família: Namoro – Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2011. P. 256.

PAVIANI, Gabriela Amorim; KEMPFER, Marlene. É Namoro ou União Estável? Da Análise do Contrato de Namoro e seus Efeitos Patrimoniais e Extrapatrimoniais. In: PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa (coord). **Relações Familiares sob uma Ótica Contemporânea**: volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2019. p. 121-141. Acesso em 20 set. 2022.

PEREIRA, Mauro José. **DIREITO CIVIL – CONTRATOS**. Mato Grosso, Estácio. 2022. Disponível em: <https://www.angelfire.com/mt/ricardoprado/contrato.html>. Acesso em: 10 set. 2022

RIBEIRO, Isaque Soares. O Contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. 2014, Jus.com. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30915/o-contrato-de-namoro-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 10 set. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Editora Forense, 10 edição, 2018.

SÉRGIO, Carolina Ribas. **São Paulo, 2019. O contrato de namoro e suas implicações no âmbito jurídico**. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10965/O-contrato-de-namoro-e-suas-implicacoes-no-ambito-juridico>. Acesso em 10 set. 2022.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 2017. São Paulo, Editora Saraiva.

XAVIER, M. P. Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/32251>. Acesso em 30 set. 2022.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE TAXA DE FISCALIZAÇÃO EM RAZÃO DO TIPO DA ATIVIDADE EXERCIDA PELO ESTABELECIMENTO

ALANA GONÇALVES CARDOSO DA SILVA:
graduada pela UFBA e pós graduação pela PUCMinas.

RESUMO: Encontra-se pendente de julgamento na sistemática de repercussão geral a constitucionalidade da taxa de fiscalização instituída em razão da atividade exercida pelo estabelecimento. Diante do alcance da espécie tributária pelos mais variados municípios brasileiros, buscou-se analisar, através da revisão doutrinária e jurisprudencial, o tema. Por meio da análise das regras constitucionais de atribuição de competência tributária, de princípios limitadores ao direito de tributar, como o da igualdade e da proporcionalidade, e das normas infraconstitucionais sobre os aspectos material e quantitativo da regra matriz de incidência tributária, concluiu-se pela impossibilidade de adoção do tipo de atividade como critério exclusivo para a cobrança desta espécie tributária.

ABSTRACT: The constitutionality of the inspection fee instituted due to the activity carried out by the establishment is pending judgment in the system of general repercussion. Given the scope of the tax species by the most varied Brazilian municipalities, we sought to analyze, through doctrinal and jurisprudential review, the theme. Through the analysis of the constitutional rules for the attribution of tax jurisdiction, the principles limiting the right to tax, such as equality and proportionality, and the infra-constitutional rules on the material and quantitative aspects of the matrix rule of tax incidence, it was concluded that impossibility of adopting the type of activity as the exclusive criterion for charging this type of tax.

Palavras-chave: taxa de fiscalização. poder de polícia. constitucionalidade.

Keywords: supervision fee. Police power. Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A lei nº 13.477 de 2002 do Município de São Paulo, ao exemplo de várias disposições municipais no ordenamento jurídico brasileiro, instituem taxa de fiscalização de estabelecimentos em razão do tipo de atividade econômica, industrial ou social nele desenvolvida.

Embora a Constituição tenha outorgado competência a União, Estados, Distrito Federal e Municípios para instituição dessa espécie tributária (art. 145, II, da CF), com normas gerais descritas no Código Tributário Nacional, em seus artigos 77 a 80, os entes federados pouco têm observado os limites da competência tributária que lhes foi atribuída, com a criação de taxas que não respeitam o fato gerador ou o critério quantitativo da hipótese de incidência tributária autorizada.

Exemplo disso foram as instituições de taxas de segurança pública, de corpo de bombeiros ou de combate a sinistro, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 2020; STF, 2019)

A taxa de fiscalização de funcionamento (com outros nomes análogos) reproduzidas nos mais de cinco mil municípios brasileiros são alvos de intenso questionamento judicial sobre a sua constitucionalidade e legalidade. A Corte Suprema do país já se pronunciou sobre a constitucionalidade das exações instituídas em razão do tipo de atividade desenvolvida pelo estabelecimento (STF, 2017).

O entendimento, contudo, não é pacificado no âmbito das turmas do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Dias Toffoli se opôs ao provimento do Agravo em Recurso Extraordinário de nº 990.094/SP com reafirmação de jurisprudência ao demonstrar que existem pronunciamentos da Corte no sentido de que o critério isolado da atividade exercida para fins de cálculo da taxa devida não atenderia à correspondência do maior ou menor trabalho da fiscalização empreendida (STF 2014; STF 2017). Assim, no início de 2019, o referido recurso foi afetado para julgamento plenário na sistemática de repercussão geral, ocasião na qual vinculará a todos os órgãos judiciais e administrativos do país em razão dos efeitos *erga omnes* da decisão proferida (arts. 15, 927, V; 988, §5º, II do CPC).

Diante da relevância social da matéria debatida pretende-se com o presente artigo investigar, de forma sistemática, os aspectos constitucionais, legais e práticos da instituição de taxa de poder de polícia relativa a fiscalização de estabelecimento, sobretudo por parte dos Municípios que são a menor unidade territorial do Estado federal sobre o qual é repartida a República Federativa do Brasil com vasta gama de atribuições materiais instituídas pela Constituição e menor poder arrecadatório. Para tanto, se recorrerá à revisão doutrinária e, sobretudo, jurisprudencial dessa espécie tributária.

2 A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL COMUM PARA A INSTITUIÇÃO DE TAXA

O Estado como entidade vocacionada ao atendimento das necessidades coletivas do seu povo e à proteção do seu território necessita de recursos financeiros para o alcance de tais fins. Uma das principais formas de obtenção de receita pelo Estado, no exercício do seu poder de império, é o tributo – “prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de interesse público” (AMARO, 2021).

Sob esse ponto de partida fundamental, a repartição de competências tributárias se vincula às atividades materiais atribuídas aos entes na organização político-administrativa do Estado brasileiro.

A Constituição Federal outorgou competência a todos os entes federativos para a instituição de taxas “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (art. 145, II, da CF), o que deve guardar correspondência com as atribuições materiais e legislativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sobre os mais variados serviços públicos, compreendidas

as atividades fiscalizatórias e de limitação do interesse particular em prol do interesse público (arts. 21, 22, 23, 24, 25, §§1º e 2º e 30 da CF).

Isto é, apenas o ente titular de determinada atribuição constitucional, no exercício da sua competência tributária própria, poderá instituir taxa a ela relacionada de modo que é vedada a cobrança de múltiplas taxas por diferentes unidades federativas sobre o mesmo objeto (BARRETO, 2009).

Em relação ao Município, a sua competência tributária está atrelada aos assuntos de interesse local consubstanciando o princípio da autonomia municipal que estabelece que “cada Município é livre para organizar-se, consultando seus interesses particulares, observadas, apenas, as restrições que objetivam manter de pé os marcos que separam as competências das pessoas políticas” (CARRAZA, 2015)

Portanto, premissa para analisar a competência tributária de taxa fiscalizatória é verificar se está dentro do escopo constitucional do ente a respectiva atividade administrativa, isto é, se incumbe ou não, ao ente a fiscalização de determinado estabelecimento. Veja-se o caso da taxa de serviço judiciária - se a atividade jurisdicional foi excluída do plexo de atribuições do Município, também foi retirada a possibilidade de instituição do tributo pelo município.

Não é raro, contudo, o desrespeito desse fundamento no poder de tributar dos Municípios. Em verdade, a mera situação do estabelecimento⁹⁵ – complexo de bens organizado em um espaço físico para o desempenho de atividade comercial, industrial ou de prestação de serviço público – na unidade territorial do município tem sido suficiente para instituição da taxa de fiscalização.

Um exemplo é o serviço de distribuição de gás canalizado, que mesmo sendo de atribuição exclusiva dos Estados (era. 25, §1º da CF) é alvo de múltiplas taxas de fiscalizatórias por parte de municípios nos quais são passadas as tubulações, como se verifica no Estado da Bahia cuja concessionária do serviço público de gás sofre cobranças de vários municípios onde sequer possui uma sede ou um estabelecimento prestador de serviços, a exemplo do município de Candeias, na Bahia (art. 155 do Código Tributário Municipal – Anexo da Receita IV).

Veja-se que esse último exemplo não coincide com o caso de fiscalização de estabelecimento de exploração recursos minerais, cuja titularidade, embora privativa da União (arts. 20, IX e 177 da CF), teve, por expressa previsão constitucional, transferida a fiscalização também aos Estados e Municípios, em decorrência do interesse comum ambiental (art. 23, XI, da CF). O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reputou constitucional as taxas de fiscalização instituídas pelos estados do Amapá e do Pará com semelhante hipótese de incidência (STF, 2022).

⁹⁵ Veja-se que não se adota o conceito de estabelecimento próprio do direito empresarial (art. 1.142 do Código Civil)

Logo, a instituição da taxa de fiscalização não pode se desvincular da atribuição material de cada ente tributante, conforme regra contida no art. 80 do Código Tributário Nacional⁹⁶, sob pena de violação do paradigma máximo de validade do nosso ordenamento jurídico.

3 A NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO DO CRITÉRIO MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DA TAXA E A SUA VINCULAÇÃO COM O ASPECTO QUANTITATIVO

Toda a outorga de competência representa, a um só tempo uma autorização e uma limitação (CARRAZZA, 2015). Assim, a regra matriz da hipótese de incidência tributária das taxas, inserida no art. 145, II, da Constituição Federal, delimita a instituição desse tributo nos casos de exercício de poder de polícia ou de fruição potencial ou efetiva de serviços públicos. Ao presente trabalho interessa o exame da taxa de polícia, pendente de julgamento na sistemática de repercussão geral na Corte Suprema, principalmente, os seus aspectos material e quantitativo da regra-matriz tributária.

3.1 O exercício regular de fato do poder de polícia

Embora o exercício do poder de polícia seja atividade típica da Administração Pública, não foi a legislação administrativa responsável pela sua definição e sim o próprio Código Tributário Nacional que a define, em seu art. 78, como a

“atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”

Ainda, completa o parágrafo único do mesmo dispositivo a exigência de que o exercício desse poder seja regular, sob penal de inconstitucionalidade e de ilegalidade (MACHADO, 2007), conforme inequívoca redação utilizada pelo Código Tributário Nacional:

“Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”

⁹⁶ Art. 80. Para efeito de instituição e cobrança de taxas, consideram-se compreendidas no âmbito das atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, aquelas que, segundo a Constituição Federal, as Constituições dos Estados, as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios e a legislação com elas compatível, competem a cada uma dessas pessoas de direito público.

Como se vê, de acordo com a mais balizada doutrina administrativista, o poder de polícia foi adotado pelo Código Tributário Nacional em seu sentido estrito:

“A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses da coletivos designa-se ‘poder de polícia’. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada pela liberdade e da propriedade dos cidadãos. Por isso, nos Estados Unidos, a voz *police power* reporta-se sobretudo às normas legislativas através das quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses coletivos, como bem anota Caio Tácito,

A expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais ou abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Essa acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa” (MELLO, 2019)

Não há dúvidas que o Estado Democrático de Direito, firmado sob a égide da Constituição Federal de 1988, demanda que o exercício desse poder de polícia seja realizado em razão de lei que discrimine de forma suficiente as atribuições da Administração Pública (MACHADO, 2007). Pelo princípio da legalidade, apenas com base em lei em sentido estrito editada pelo ente político a quem compete constitucionalmente a matéria ou o desempenho de determinado serviço público é que Administração poderá, por meio de outros atos normativos ou administrativos, empreender as atividades materiais de fiscalização ou restrição de direitos e interesses individuais (CARRAZZA, 2015).

Por sua vez, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha admitido a instituição de taxa mesmo sem efetiva fiscalização estatal, reconhecendo como suficiente a mera existência de aparato burocrático no qual está estruturado órgão com atribuições fiscalizatórias⁹⁷, ou que a efetividade é presumida em favor da Administração Pública⁹⁸, tal entendimento é incompatível a Constituição Federal (COSTA, 2019; MACHADO, 2007).

É que a própria redação do art. 145, II, da Carta Maior não deixa dúvidas de que as taxas apenas são devidas pela efetiva ou potencial prestação de *serviços públicos*, na medida em que o adjetivo

97 Como é o caso da TCFA - Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – instituída pelo IBAMA (RE nº 603.513/MG-AgR-EDv-AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Teori Zavaski, DJe de 304/14; RE nº 05.776/PR-AgR-segundo, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 9/8/21; AI 648.201/SP-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 26/6/09).

98 STF, 2ª Turma., AgRg n AgI 618.150-3-MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 13.3.2007.

potencial fora posicionado somente após o término da previsão da taxa de polícia⁹⁹. E a interpretação literal e restritiva não pode ser afastada para exegese da norma tributária por se tratar de garantia fundamental do contribuinte ante o poder de tributar estatal, conforme expressamente previsto no art. 110 do Código Tributário Nacional. Além disso, como a taxa de polícia encerra uma atividade restritiva dos interesses e direitos individuais por maior razão se veda qualquer interpretação ampliativa (FERRAZ JR., 2001).

Não fosse isso, o suporte fático da obrigação tributária precisa efetivamente ocorrer no mundo dos fatos, no campo da vida, afinal “o Direitos Tributário sujeita-se ao *princípio da realidade ou da verdade material* e, assim, fiscalização não efetuada, ou mera presunção de fiscalização, não podem condem conduzir ao nascimento da obrigação tributária” (COSTA, 2019).

3.2 A referibilidade das taxas e sua base imponible

Os impostos são tributos não vinculados a qualquer atividade estatal, o que não é o caso das taxas cujo princípio informador é o da retributividade (ATALIBA, 1989). Isto é, a sua cobrança ao contribuinte deve servir para retribuir pecuniariamente o poder público na medida da atividade fiscalizatória realizada (CARRAZZA, 2015). Por isso, destoa da correta exegese do texto constitucional a possibilidade de sua instituição pelo *potencial* exercício do poder de polícia, como visto anteriormente.

Ensina o professor Hugo de Brito Machado que, por se manifestar o poder de polícia na limitação de direitos e interesses individuais, não há como defender eventual natureza contraprestacional, afinal não se insere na lógica do direito obrigacional a vontade livre e direcionada de um indivíduo de se submeter a restrições no âmbito de sua vida privada ou comercial (MACHADO, 2007). De todo o modo, segundo o mesmo professor o traço distintivo e inexorável das taxas seria a atuação estatal – poder de polícia ou serviço público – referida ao sujeito passivo (MACHADO, 2007). Essa característica é apontada como um *standard* necessário à diferenciação da taxa de outras espécies tributárias:

“O test básico da taxa está na vinculação do serviço acaso prestado a um proveito, ou um interesse direto do contribuinte ou a um ato provocado por atividade deste, condições essas indiferentes ao imposto. Se o alegado serviço nada tem a ver com quem vai pagá-lo, porque não lhe interessa ou porque não foi instituído para prover a necessidade de serviço público por ele suscitadas na estrutura da Administração – não há taxa.

⁹⁹ “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;”

Esse test, a nosso ver, é utilizável tanto na análise das taxas resultantes do exercício do poder de polícia, quanto nos decorrentes da utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (BALEEIRO, 2010)

Em outros termos, se não há referibilidade entre a atuação estatal, que é o aspecto material da hipótese de incidência tributária da taxa, e o obrigado, desaparece a distinção entre esse tributo e o imposto (ATALIBA, 2012).

Além disso, outro elemento essencial para que não se desnature a taxa é o exame de sua base imponible.

Ora, se a base de cálculo de toda espécie tributária precisa revelar uma dimensão da sua hipótese de incidência (DERZI, 2010; ATALIBA, 2012), por mais razão devem as taxas, na qualidade de tributos vinculados, se referirem ao montante do trabalho demandado para a execução do serviço (ou a mera colocação à disposição da coletividade) ou para o exercício de fato do poder de polícia referenciados ao seu sujeito passivo (ATALIBA, 2012).

A título exemplificativo, veja-se que “uma taxa por serviços municipais de conservação de rodovias não pode tomar por base o valor dos veículos ou sua idade, mas só o seu peso ou outras características que provoquem desgaste maior ou menor das rodovias (o que, indiretamente, vai determinar o vulto do serviço de conservação)” (ATALIBA, 2012).

Por essa razão é que apenas sendo possível à base de cálculo da taxa dimensionar o custo do “serviço público” ou o “exercício do poder de polícia”, a mensuração de outro fato qualquer será própria de imposto (DERZI, 2010) – vedação trazida expressamente no bojo do texto constitucional (art. 145, §2º da CF).

Assim, a base imponible na taxa de polícia deve corresponder ao próprio custo, valor ou outra grandeza qualquer que revele o dispêndio incorrido para a realização da atividade fiscalizatória ou licenciadora, independentemente do resultado alcançado, como bem explica Geraldo Ataliba:

“Não são taxas por atos de polícia, porque, a rigor, o ato de polícia é aquele ato culminante – *sim* ou *não*, *defiro* ou *não defiro*, *pode* ou *não pode*, não é por esse ato que se paga, nem pelo resultado *positivo* ou *negativo*. Paga-se pela despesa que se causar para a regular edição desse ato, cuja produção válida requer que o Estado faça diligências de averiguação, verificação, medição, confrontação, exame; em uma única palavra: fiscalização. E só depois dos depoimentos de diversos funcionários chegarem aos autos é que será válido o ato da autoridade dizendo *sim* ou *não*. Dizendo *sim* ou *não* a despesa já está feita” (ATALIBA, 1989)

Logo, a base de cálculo da taxa de cálculo da taxa de polícia deve guardar proporcional correlação com os custos das diligências administrativas necessárias à prática do ato correspondente (CARRAZZA, 2015).

4. AS MAIS RELEVANTES LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR INCIDENTES SOBRE AS TAXAS

4.1 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade conclama o legislador a editar normas que deem tratamento desigual aos seus destinatários na medida de sua igualdade, tendo em vista que o tratamento paritário de situações diferentes encerraria ônus desproporcional e injusto a uma das partes. No direito tributário, esse direito fundamental inscrito no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, consubstancia o subprincípio da capacidade contributiva, nos termos do §1º do art. 145 do mesmo diploma (COSTA, 2003).

São vários os prismas através dos quais são revelados o princípio da igualdade no direito tributário:

a) Se todos são iguais perante a lei, *todos* devem ser por ela tributados (princípio da generalidade).

b) O critério da igualação ou desigualação há de ser a *riqueza* de cada um, pois o tributo visa a retirar recursos do contribuinte para manter as finanças públicas; assim pagarão *todos* os que tenham riqueza; localizados os que têm riqueza (logo, contribuintes, devem estes ser tratados igualmente – ou seja, tributados identicamente na media em que possuírem igual riqueza (princípio da igualdade tributária).

c) Essa *riqueza* só poderá referir-se ao que exceder o mínimo necessário à sobrevivência digna, pois até este nível o contribuinte age ou atua para manter a si e aos seus dependentes, ou à unidade produtora daquela riqueza (primeira acepção do princípio da capacidade contributiva, como *pressuposto ou fundamento do tributo*).

d) Essa tributação, ademais, não pode se tornar excessiva, proibitiva ou confiscatória, ou seja, a tributação, em cotejo com diversos princípios e garantias constitucionais (direito ao trabalho e à livre iniciativa, proteção à propriedade), não poderá inviabilizar ou mesmo inibir o exercício de atividade profissional ou empresarial lícita, nem retirar do contribuinte parcela substancial da propriedade (segunda acepção do princípio da capacidade contributiva, enquanto *critério de graduação e limite da tributação*).” (OLIVEIRA, 1998)

A norma constitucional, contudo, relaciona capacidade contributiva a uma única espécie tributária – o imposto – ao prever que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”. Isso se justificaria pela ausência de atuação estatal específica que constitua a hipótese de incidência tributária dos impostos, de modo que só restariam então esses tributos se fundarem na capacidade contributiva do contribuinte (COSTA, 2003). Como bem explica Regina Helena Costa

“E assim é porque nos impostos o sujeito passivo realiza comportamento indicador de riqueza que não foi, de maneira alguma, provocada ou proporcionada pelo Poder Público. Tal riqueza, portanto, é a única diretriz que pode ser perseguida pela tributação não vinculada a uma atuação estatal” (COSTA, 2003).

Assim, as taxas, tributos vinculados, pelo caráter remuneratório da atuação estatal que fazem nascer a obrigação tributária não estariam atreladas à manifestação da riqueza do contribuinte (COSTA, 2003).

Há quem defenda que a capacidade contributiva também geraria efeitos sobre as taxas, a exemplo do professor José Marques Rodrigues de Oliveira, que classifica os tributos *fundados* na capacidade contributiva (impostos e contribuição de melhoria) e tributos *graduados* pela capacidade contributiva (taxas) (OLIVEIRA, 1998).

De fato, a riqueza do contribuinte pode sim impactar na dimensão da atividade desenvolvida e conseqüentemente demandar uma maior atividade estatal fiscalizatória, mas essa não é, contudo, uma causalidade necessária. Como visto, não é a capacidade contributiva do sujeito passivo que é levada em conta na instituição do tributo, mas sim o agir do poder público, o que afasta a irradiação dos efeitos do princípio da capacidade contributiva, sem se deixar de atender ao postulado da igualdade (COSTA, 2003).

É que o princípio da igualdade nas taxas é atendido quando todas as pessoas alcançadas pela mesma atuação do poder de polícia são chamadas a custeá-la na medida do trabalho empreendido pelo órgão fiscalizatório ou licenciador, motivo pelo qual se encontrará resguardada a igualdade quando as taxas atenderem à retributividade (COSTA, 2003). Assim, essencial também se mostra o exame da proporcionalidade como princípio proibitivo de cobrança de taxas muito elevadas diante de uma ínfima atuação administrativa.

4.2 O princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade, como conceito jurídico que convoca operadores e intérpretes do direito a criar e aplicar a norma na medida das necessidades do caso concreto, está diretamente relacionada à contenção do arbítrio e da onipotência estatal (PONTES, 2000).

Suas primeiras elaborações, então, se fizeram presentes justamente nos campos de maior incidência do Estado sobre a vida privada, como foi o caso da aplicação de sanções penais e no âmbito do poder de polícia estatal (PONTES, 2000).

“Ainda no âmbito do Direito Administrativo, clássico ficou o ensinamento de Otto Mayer, para quem o fundamento jusnatural do poder de polícia estatal exige que este seja exercido em *proporção* à perturbação social que o requereu. A proporção entre a providência tomada e a perturbação social que a exigiu constitui um ‘limite jurídico sério’. A proporcionalidade, neste sentido, representa o critério da aferição da medida do poder de polícia estatal. Revela-se, assim, a preocupação da doutrina administrativista com o exercício desmedido das funções estatais, notadamente sob o pálio da expressão ‘poder de polícia’” (PONTES, 2000).

O princípio jurídico evoluiu, então, para se espriar por toda a ordem jurídica, inclusive a constitucional. A proporcionalidade foi incorporada ao devido processo legal, na sua perspectiva substancial, como direito material que limita restrições a direitos fundamentais, como é o caso das leis tributárias (SARMENTO, 2002; PIMENTA, 2004). Nesse sentido, o contribuinte tem o direito de ser cobrado com prudência, moderação, equilíbrio, sem que de qualquer forma o montante da exação seja irrazoável às dimensões da sua situação fático-jurídica (PIMENTA, 2004).

Em relação à taxa de poder de polícia, se por um lado a sua base de cálculo deve corresponder ao custo da atividade desenvolvida pela Administração Pública (*vide* item 3.2), por outro, há dificuldade na preservação dessa equivalência em virtude da necessidade de sua fixação prévia, corolário do princípio da legalidade tributária (art. 150, II, CF) – vedada a cobrança taxa sem que lei anterior a estabeleça.

Assim, como é impossível “que haja uma *dosagem milimétrica* entre a quantia cobrada e o gasto do Poder Público (ou quem agiu em seu nome) teve para praticar o ato de polícia ou para prestar o serviço público” (CARRAZZA, 2015), há de ser respeitada a proporcionalidade e a razoabilidade (LOBO, 2005; DOMINGUES, 2007).

Por sua importância e sua centralidade no ordenamento jurídico, o princípio da razoabilidade foi invocado para invalidar normas tributárias que ao desrespeitá-lo foram tidas como incompatível com a constituição federal, sendo o primeiro julgamento do Supremo Tribunal sobre o tema o da Representação de nº 1.077 (PIMENTA, 2004). No referido julgamento, a base de cálculo da taxa judiciária instituída pelo Estado do Rio de Janeiro revelou-se manifestamente desarrazoada por lhe faltar a equivalência necessária entre o valor do tributo e custo da atuação estatal (PIMENTA, 2004).

Como precisamente sinalizou o Ministro Moreira Alves, na relatoria do aludido julgamento, se é difícil precisar o custo da atuação estatal, que corresponde ao limite da exação, ela não ultrapassar “*uma equivalência razoável entre o custo real dos servils e o montante a que pode ser compelido o*

contribuinte” (ALVES, 1984). O mesmo entendimento foi reafirmado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal em relação a Taxa de Registro de Contratos instituída pelo DETRAN/PR (STF, 2021).

Como se vê, no âmbito das taxas de polícia, o princípio da proporcionalidade é de dupla importância ao dimensionar, a um só tempo, tanto a própria atividade material empreendida pela administração pública quanto a própria cobrança feita ao contribuinte, no bojo do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária, de modo a ser inviável qualquer estudo do tema dissociado desse postulado normativo.

5 A ANÁLISE DA ELEIÇÃO DO TIPO DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DO ASPECTO QUANTITATIVO DA TAXA

Foi reconhecida a repercussão geral da questão relativa à constitucionalidade da fixação do valor da taxa, instituída em razão do exercício do poder de polícia, em função da atividade exercida pelo estabelecimento, no bojo do Agravo em Recurso Extraordinário de nº 990.094 de São Paulo.

De fato, detém a municipalidade a competência para promover a fiscalização das atividades que se desenvolvem em seu território pois se trata de interesse local verificar o atendimento às regras de segurança e sanitárias pelos particulares (art. 30 da CF).

Por outro lado, a utilização do tipo da atividade desenvolvida como critério definidor do aspecto quantitativo da taxa de polícia pelos Municípios é questão que encerra grande controvérsia na Corte Suprema do país; enquanto a 1ª Turma já se pronunciou sobre a constitucionalidade desse critério (STF, 2017), a 2ª Turma, em mais de acórdão de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, já se posicionou em sentido contrário, firmando-se no sentido de que “o critério da atividade exercida pelo contribuinte para se aferir o custo do exercício do poder de polícia desvincula-se do maior ou menor trabalho ou atividade que o Poder Público se vê obrigado a desempenhar” (STF 2014).

O acórdão paradigma da repercussão geral (ARE 990.094/SP) trata da taxa de polícia instituída pelo Município na Lei nº 13.477 de 2002 impugnada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nos seguintes termos:

“Art. 14 - A Taxa será calculada em função do tipo de atividade exercida no estabelecimento, em conformidade com a Tabela Anexa a esta lei - Seções 1, 2 e 3.

§ 1º - A Taxa será calculada pelo item da tabela que contiver maior identidade de especificações com as atividades exercidas no estabelecimento considerado, observada a Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE-Fiscal, na forma da legislação federal, e a Tabela Anexa, sucessivamente.

TABELA ANEXA À LEI Nº 13.477, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2002

Item – Descrição – Período de Incidência – Valor da taxa em Reais

19 - Correio e telecomunicações. - Anual - 200,00 "

Ao exame do referido diploma municipal, percebe-se que embora a maior parte dos itens da lista mencione exclusivamente o tipo de atividade exercida, há algumas exceções que o associam com algum outro critério de dimensão do empreendimento/atividade fiscalizada:

"TABELA ANEXA À LEI Nº 13.477, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2002

Item – Descrição – Período de Incidência – Valor da taxa em Reais

69 - Estabelecimento de assistência médico-hospitalar até 50 leitos. – Anual - 462,00

70 - Estabelecimento de assistência médico-hospitalar de 51 a 250 leitos. – Anual - 810,00

71 - Estabelecimento de assistência médico-hospitalar mais de 250 leitos. – Anual - 1157,00

97 - Casa de repouso e de idosos, com responsabilidade médica. – Anual - 347,00

98 - Casa de repouso e de idosos, sem responsabilidade médica. – Anual - 231,00"

O tipo da atividade é capaz de sinalizar o grau de complexidade da fiscalização a ser empreendida pelos órgãos de fiscalização municipal, afinal a quantidade de regras técnicas a serem seguidas e o rigor e o esmero demandados para se atestar se o estabelecimento as cumpre devidamente são muito maiores em um hospital do que em uma banca de revista, por exemplo. Assim é que se verifica que o tipo de atividade representa, a um só tempo, tanto uma dimensão da hipótese de incidência tributária, como um parâmetro do custo da atividade estatal fiscalizatória realizada.

No entanto, quando o critério da atividade é eleito de forma exclusiva, como ocorre com a hipótese dos Correios, enfrentada no caso paradigma do Supremo Tribunal Federal, percebe-se a potencial violação aos princípios da igualdade e da proporcionalidade analisados como importantes limites do poder de tributário dessa espécie tributária. Não importa se os Correios, dentro de um mesmo território, funciona como um grande centro de distribuição de correspondências e de objetos ou como uma agência de menor capacidade, o valor devido a título de taxa de fiscalização pelo Município de São Paulo é o mesmo – R\$ 200,00 (duzentos reais).

Com isso, não só se tratam situações jurídicas diversas tratadas de forma semelhante, violação da igualdade no sentido material, como também se percebe uma manifesta desproporção do aspecto quantitativo com o custo da atividade realizada, tendo em vista que um grande centro de distribuição

exige um maior trabalho da administração para o exercício do poder de polícia que lhe incumbe, sendo evidente o completo desrespeito ao princípio da proporcionalidade. A mesma lógica se aplica aos mais variados empreendimentos e atividades.

Portanto, a eleição do tipo de atividade como elemento único do aspecto quantitativo da taxa de polícia não é suficiente para traduzir a equivalência da exação com o custo da fiscalização promovida, de modo que precisa se fazer acompanhado de outro elemento que sirva a tal dimensionamento, como é o caso da área da fiscalização, julgado um critério constitucional pela Corte Suprema (STF, 2015). Nesse sentido, a própria lei impugnada no caso casa paradigma conseguiu atender os parâmetros constitucionais e legais nos itens 69, 70, 71, 97 e 98, quando o tipo de atividade foi associado com outro critério que expressa uma maior demanda do trabalho fiscalizatório, como a quantidade de leitos em um estabelecimento hospitalar.

6 CONCLUSÃO

A análise dos aspectos da hipótese de incidência da taxa de polícia e os seus principais limites constitucionais ao poder de tributar são imprescindíveis para que se encerre, com justiça, a celeuma da taxa de fiscalização instituída em razão do tipo de atividade exercida. Conclui-se que a eleição exclusiva desse critério não é capaz de traduzir o custo da atividade estatal exercida e viola os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade.

Como essa espécie tributária é reproduzida em milhares de municípios brasileiros, o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário de nº 990.094/SP terá a aptidão de pacificar importante controvérsia tributária que acaba por impactar a atividade econômica de vários empreendimentos no país.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 30ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015. p. 201.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 24ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2021.

ATALIBA, Geraldo. Taxas e preços no novo texto constitucional. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, janeiro-março de 1989, nº 47.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

BALEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

BARRETO, Aires F. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

BRASIL. Código Tributário Municipal de Candeias. Disponível em: [\[http://www.fiscosoft.com.br/index.php?PID=298979&amigavel=1\]](http://www.fiscosoft.com.br/index.php?PID=298979&amigavel=1). Acesso em 05.09.2022.

BRASIL Lei do Município de São Paulo. Disponível em: [lei nº 13.477, de 30 de dezembro de 2002 – Prefeitura <https://www.prefeitura.sp.gov.br> > Lei-13477-2002]. Acesso em 05.09.220. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.077, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28/09/84.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1.007, Rel. Moreira Alves, julgado em 28/03/1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 990.094, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 26/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4411, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2908, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 11/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma., AgRg n AgI 618.150-3-MG, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 13/03/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 856185 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 04/08/2015

COSTA, Regina Helena. Princípio da Capacidade Contributiva, 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

COSTA, Regina Helena. Curso de Tributário, Constituição e Código Tributário Nacional, 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

DOMINGUES, José Marcos. Direito Tributário e Meio Ambiente. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LOBO, Rogério Leite. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e o direito tributário.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

MACHADO. Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. I, 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Direito Tributário – Capacidade Contributiva – Conteúdo e Eficácia do Princípio, 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A razoabilidade das Leis Tributárias: Direito Fundamental do Contribuinte. *In: Tributos e Direitos Fundamentais.* FISCHER, Octavio Campos (Coord.). Tributos e Direitos Fundamentais. São Paulo: Ed. Dialética, 2004.

PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Ed. Dialética, 2000.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

A PERCEÇÃO DE MULHERES PUÉRPERAS DE UM MUNICÍPIO DO INTERIOR DO TOCANTINS SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

GLEIDY BRAGA RIBEIRO: Mestre em Desenvolvimento Regional. Doutoranda em Direito Constitucional. Docente do curso de Direito da Universidade de Gurupi.

ADRIANA MOREIRA DIAS¹⁰⁰

ITALO SCHELIVE CORREIA¹⁰¹

(coautores)

RESUMO: As leis no Brasil possuem tendência a valorizar a dignidade da pessoa humana, o que, diante da área da saúde, desvenda a possibilidade de estudar formas de violência institucional sofridas por mulheres, e desta forma traçar um perfil de quais práticas consideradas violação dos direitos acontecem na prática. O presente estudo tem como objetivo identificar a percepção das mulheres do município de Dianópolis/TO acerca da violência obstétrica, com base na Lei 3.385/2018. A pesquisa se adequa às de natureza quali-quantitativa, de maneira descritiva, incorrendo sobre o método indutivo formal, sendo assim, lançou-se mão de técnicas/critérios que garantam melhor interpretação do material coletado através de questionário, previamente aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos (CEP) da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), pelo CAAE nº 28 34321-1420.7.0000.8023. A coleta foi concluída no primeiro semestre de 2021/1, com população amostral de no mínimo 06 e no máximo 30 puérperas. Os resultados obtidos evidenciaram que mulheres do município em estudo perceberam em seus partos, ações/omissões que são caracterizadas como violência obstétrica. Através da análise de conceitos e narrativas, depreendeu-se a importância de nomear os tipos de violência sofridas pelas mulheres; ao analisar suas percepções, constatou-se que maioria não possuía conhecimento/compreensão sobre o termo, mas apresentaram acontecimentos que são consideradas como Violência Obstétrica (VO). Por fim, descobriu-se a necessidade de discutir amplamente políticas públicas de prevenção, fortalecendo medidas de barramento deste tipo de violência.

Palavras-chave: Parto humanizado; Proteção às mulheres; Violência contra a mulher; Violência institucional.

¹⁰⁰ Discente do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins, Câmpus Dianópolis.

¹⁰¹ Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Doutorando em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Tocantins (PPGDR/UFT). Docente do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins, Câmpus Dianópolis.

ABSTRACT: Laws in Brazil tend to value the dignity of the human person, which, in the health area, reveals the possibility of studying forms of institutional violence suffered by women, and thus drawing a profile of which practices considered violations of rights occur. In practice. The present study aims to identify the perception of women in the municipality of Dianópolis/TO about obstetric violence, based on Law 3.385/2018. The present study is characterized by a qualitative-quantitative nature, in a descriptive way, incurring on the formal inductive method, therefore, techniques/criteria were used to guarantee a better interpretation of the material collected through a questionnaire, previously approved by the Ethics Committee. in Research with Human Beings (CEP) of the State University of Tocantins (UNITINS), by CAAE nº 28 34321-1420.7.0000.8023. The survey was completed in the first half of 2021/1, with a sample population of at least 06 and at most 30 postpartum women. The results obtained showed that women in the municipality perceived, in their deliveries, actions/omissions that are characterized as obstetric violence, in addition. Through the analysis of concepts and narratives, the importance of naming the types of violence suffered by women was inferred; when analyzing the perception of women, it was found that most had no knowledge/perception about the term, but presented events that are Violence Obstetric (VO). Finally, it was discovered the need to broadly discuss public prevention policies, strengthening measures to stop this type of violence.

Keywords: Humanized birth; Institutional violence; Protection of women; Violence against women.

INTRODUÇÃO

Atualmente as reformas legislativas buscam favorecer a dignidade da pessoa humana e a tendência é de que o ser humano esteja no centro e no fim do Direito (NOBRE JÚNIOR, 2000). Há entendimento de que quando se comparam os avanços tecnológicos e as práticas nos serviços de saúde com as leis presentes no ordenamento brasileiro, nem sempre há um respeito dessa dignidade (GOMES; NATIONS; LUZ, 2008).

Dentre essas práticas, há um quesito que este estudo se debruça, que é a de violação de direitos em relação à violência obstétrica, que interfere diretamente na saúde de mulheres parturientes no Estado do Tocantins, mais especificamente na cidade de Dianópolis/TO. A Organização Mundial da Saúde - OMS (2006) define a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. Em consonância à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que preconiza como direito e garantia fundamental: dentre outros, o direito à saúde e à proteção da maternidade¹⁰².

Segundo a OMS (2014), mulheres no mundo todo sofrem violência obstétrica, que faz parte de uma violência institucional exercida pelos serviços de saúde, caracterizando-se por diversas violações de direitos de profissionais/prestadores contra usuários.

¹⁰² Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Destaca-se que o termo violência obstétrica foi reconhecido pela OMS em 2014, ao passo em que no Brasil houve a sugestão da criação de políticas públicas em relação à violência obstétrica através da recomendação nº 5 somente em maio de 2019, e tão somente após a interferência do Ministério Público Federal - MPF, para revogação do despacho SEI/MS - 9087621, que apresentava o posicionamento oficial do Ministério da Saúde contra o termo “violência obstétrica”, considerando que o mesmo “não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no *continuum* gestação-parto-puerpério” (BRASIL, 2019, n.p.).

Através da Lei 3.385/2018, o estado do Tocantins apontou as formas de implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica, que sofreu alteração recente no dia 20 de março de 2020 pela Lei 3.674/2020. Assim sendo, o presente trabalho buscou relacionar a percepção das mulheres puérperas com a violação de seus direitos e mensurar desta forma como a aplicabilidade da referida lei integra-se a realidade do Sistema de saúde na cidade de Dianópolis/TO.

No aspecto metodológico deste estudo, o primeiro passo adotado para se chegar aos resultados foi o estudo bibliográfico, em seguida a escolha da ferramenta de coleta de dados, eleito o questionário que se apresenta em uma abordagem quali-quantitativa, enquanto objetivo incorreu no método indutivo-formal. Em razão da pesquisa ser realizada com mulheres puérperas (população amostral de no mínimo 06 e no máximo 30), foi submetida ao CEP da UNITINS pelo CAAE nº 28 34321-1420.7.0000.8023 e parecer nº 4.367.491.

Com o trabalho foram levantados os termos citados na Lei 3.385/2015, considerados pela OMS como Violência Obstétrica (VO) contrastados à questionário de 12 puérperas, sendo eles: Episiotomia; *Kristeller*; vilipêndio; e tricotomia. Ao analisar a percepção das mulheres sobre a VO, verificou-se que 58% das participantes não tinha conhecimento/percepção sobre o termo, mesmo assim, ao analisar suas narrativas, percebeu-se evidências de que seus partos contaram com ações ou omissões caracterizadas pela OMS como VO. Por fim, descobriu-se a necessidade de discutir amplamente políticas públicas para prevenir a Violência Obstétrica, fortalecendo medidas de barramento desta categoria de violência.

2 REFERENCIAL METODOLÓGICO

A teoria de que mulheres sofrem violência obstétrica foi o ponto de partida para a identificação do tema em estudo, como ilustração e compreensão de um processo vivenciado pela pesquisadora. Desta forma, para melhor identificação, a abordagem eleita foi a qualitativa-quantitativa, esse método é um caminho prático exercido na projeção da realidade, pois, a natureza desta pesquisa, ora irá dar lugar à intuição, exploração e ao subjetivismo, ora servirá como fonte de dado objetivo e matemático (DESLANDES; NETO; MINAYO, 1994).

Neste sentido, conforme explica Lakatos e Marconi (2003), a mudança das coisas não pode ser sempre explicada apenas quantitativamente, pois, em certo momento é possível haver alteração da

forma de apresentação dos dados, passando ser necessária uma interpretação qualitativa sobre o assunto que se deseja apresentar ao leitor.

Enquanto objetivo, este trabalho incorreu sobre o método indutivo formal, que traduz o resultado da enumeração de casos pertinentes a um conjunto, de cada caso isoladamente resultando no entendimento de uma coleção ou série completa, ou seja, a amostra escolhida foi somada e apresentada conforme seu grupo de identificação (RUIZ, 2012).

No que tange a forma procedimental, foi feita diretamente através de pesquisa descritiva em estudo de caso, pois, conforme explica Cervo e Bervian (2002, p. 66-67) com este método pode o pesquisador “observar, registrar, analisar e correlacionar, fatos e fenômenos (variáveis) sem manipulá-los”, proporcionando um delineamento das experiências do grupo analisado. Complementa Gil (2002), que essas pesquisas visam proporcionar maior familiaridade com o problema, sendo que seu planejamento pode ser ajustado várias vezes, e para garantir os mais variados aspectos do fato a ser estudado, não deve deixar de contar com o levantamento bibliográfico.

A pesquisa utilizou o questionário como ferramenta de coleta, pois, a mesma serve para se obter dados que não podem ser encontrados em registros e fontes documentais, ou seja, o depoimento de mulheres que vivenciaram a experiência do parto. Esses dados serviram para conhecer os fatos e as opiniões das participantes pela experiência vivida, para mensurar a percepção das puérperas (CERVO; BERVIAN, 2002).

As fontes bibliográficas das perguntas foram direcionadas pela Lei 3.385 de 27 de julho de 2018, que “dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins”, para descrever quais medidas são consideradas Violência Obstétrica no Estado.

Para garantir a eficácia do uso da ferramenta de questionário, lançou-se mão de técnicas e critérios que garantam melhor utilização do material coletado e apresenta nesse estudo a sua conclusão. Os quesitos considerados cruciais para a organização do questionário, conforme enumera Oliveira et al. (2019) foram: o planejamento prévio; o envio das perguntas para um informante ou por correio; garantia aos participantes que seus dados serão sigilosos e confidenciais; envio de um texto ou carta explicando a pesquisa e a sua finalidade; realização de lista de questões e assegurar haver o número de participantes suficiente para a amostra.

Considerou-se na pesquisa a fase de pandemia mundial, e em razão da declaração de estado de calamidade em todo o território do Estado do Tocantins¹⁰³, afetado pelo SarS-CoV-2, novo Coronavírus, foram consideradas as medidas sanitárias necessárias para a execução da pesquisa, apenas a coleta de dados feita de maneira a evitar o contato físico com as puérperas, as demais etapas foram realizadas de forma virtual.

¹⁰³ O Decreto 6072/2020 instalou o estado de calamidade no estado do Tocantins.

As coletas de dados foram realizadas nas Unidades Básicas de Saúde (UBS), primeiramente foi feito contato com a Secretaria Municipal de Saúde, a qual assinou protocolo que permitia a pesquisa nas UBS do município de Dianópolis/TO, nesta ocasião a pesquisa e o questionário foram apresentados.

Em razão da pesquisa necessitar intrinsecamente da participação de mulheres puérperas e de sua percepção frente a seus direitos, e por se tratar de pesquisa com seres humanos, foi submetida ao Comitê de Ética e Pesquisa com Seres Humanos da Universidade estadual do Tocantins, através do Parecer nº 4.367.491, obtido pelo Comitê a aprovação de realização da pesquisa.

Compreende-se que as pesquisas que abordem diretamente a seres humanos devem ser evitadas no período de pandemia, principalmente em instituições integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS, no entanto, justifica-se que os melhores procedimentos da pesquisa foram levantados mediante prévia autorização do dirigente da secretaria municipal de saúde do município de Dianópolis/TO, seguindo as orientações da Resolução Conselho Nacional de Saúde nº 580 de 2018, artigo 5º.

O questionário, disponibilizado nos Centros de Saúde/Unidade Básica do município de Dianópolis/TO, foi respondido pelas próprias puérperas, o que possibilitou coletar dados em quatro unidades, com mulheres que tiveram parto independente de ser realizado cirurgicamente ou de forma natural, de qualquer faixa etária, sexo, cor, raça e grupo social, o objetivo foi de que fossem analisados no mínimo de 06, e no máximo 30 respostas do questionário, foram respondidos um total de 12, considerado satisfatório para a amostra, o critério de exclusão foi de mulheres que tiveram filhos a mais de 180 dias.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

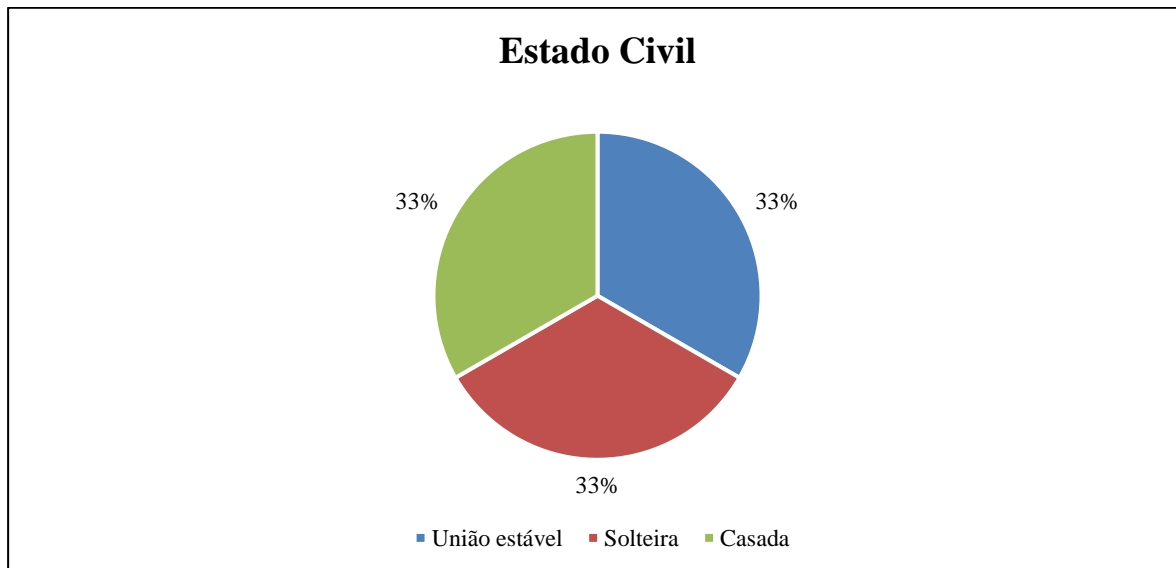
Conforme mencionado, a intenção do estudo foi identificar as formas de violência obstétrica, sofrida por mulheres no município de Dianópolis/TO, e dessa forma traçar um perfil de quais as práticas consideradas pela Lei estadual 3.385/2018 de violência obstétrica vem sendo realizadas com as gestantes do município.

A coleta de dados alcançou seu objetivo ao somar 12 questionários respondidos, o que estava previsto no espaço amostral.

Buscou-se, destacar a percepção do indivíduo frente às leis, para isso, serão apresentados os resultados da pesquisa realizada com puérperas do município de Dianópolis/TO, através do questionário. Ao longo da apresentação quantitativa, serão expostas as análises embasadas em trabalhos científicos considerados pela pesquisa. Apresenta-se no ANEXO 01, as perguntas formuladas na pesquisa.

Foram levantadas, primeiramente, as características desse grupo, que puderam favorecer o entendimento sobre a percepção da mulher enquanto sujeito vulnerável e suscetível de sofrer violência. Desta forma, verificou-se o estado civil das participantes, apresenta-se no gráfico 1:

Gráfico 1 - Estado Civil

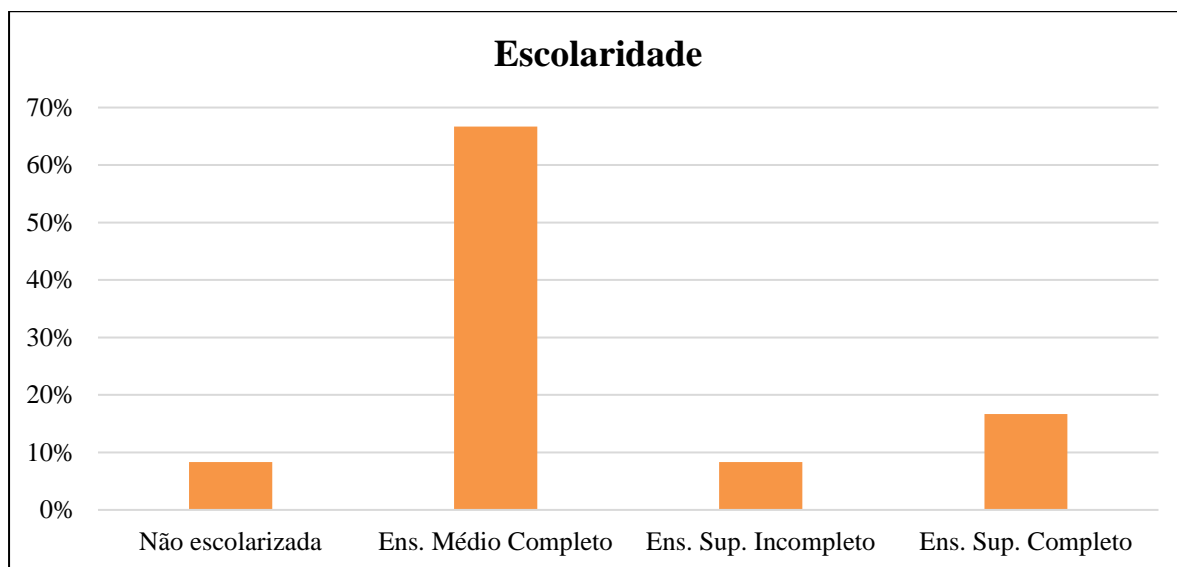


Fonte: próprios autores, 2021.

Percebeu-se, pelo levantamento, que o estado civil das mulheres participantes foi de 33% União estável, Solteira e Casada. Essa pergunta serviu para segmentar o público avaliado, bem como o gráfico a seguir. Sugestão: colocar uma tabela com as perguntas contempladas do questionário.

Fundamenta-se o gráfico a seguir na busca por analisar a associação da escolaridade em razão da predisposição da mulher em desconhecer sobre temas relacionados a violência, além disso, segundo expõe Uchôa e Hamermuller (2018), 1 a cada 4 mulheres no Brasil sofrem violência obstétrica, entre elas na violência verbal, em que o agressor ridiculariza a mulher por suas características pessoais, bem como pela escolaridade. Diante disso, apresenta-se no gráfico 2 a escolaridade das participantes:

Gráfico 2 - Escolaridade

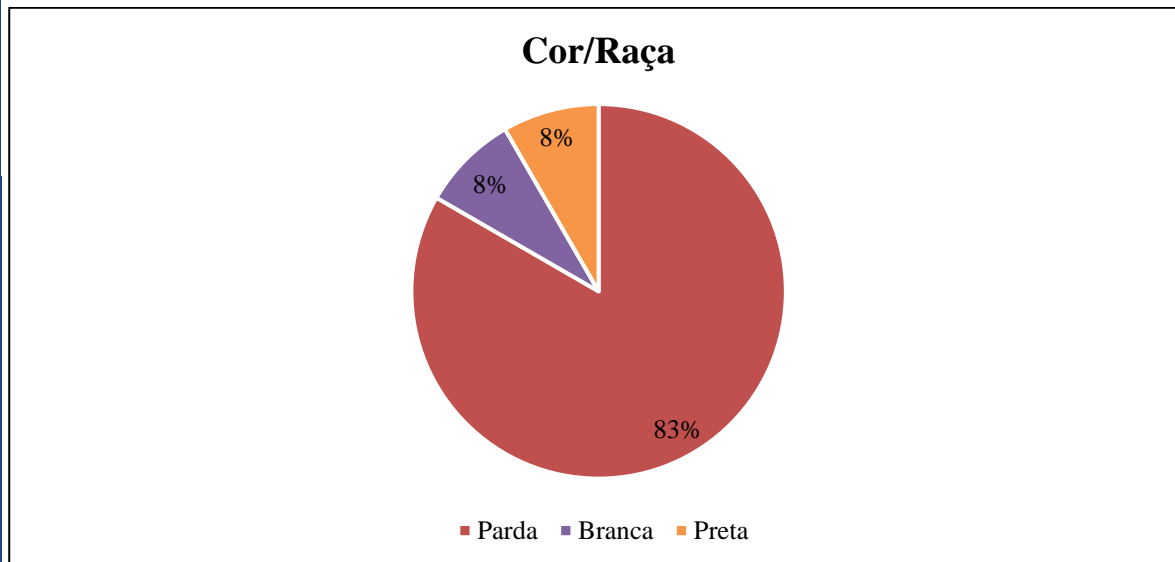


Fonte: próprios autores, 2021.

Percebe-se que a maioria das participantes possuía o Ensino Médio completo, seguido de mulheres que completaram o Ensino Superior ou iniciaram e não concluíram essa etapa da educação. Tais achados permitem uma comparação com outros estudos empregados no mesmo sentido. Apesar de que, conforme aponta Lima (2016) a realidade do país é de que maiores grupos que sofrem violência são compostos por mulheres negras, da extrema pobreza e maioria sem escolaridade, isso compromete o acesso delas às informações.

Outro quesito a ser analisado pela pesquisa, é demonstrado no gráfico 3, no qual buscou-se desvendar a raça/cor das participantes:

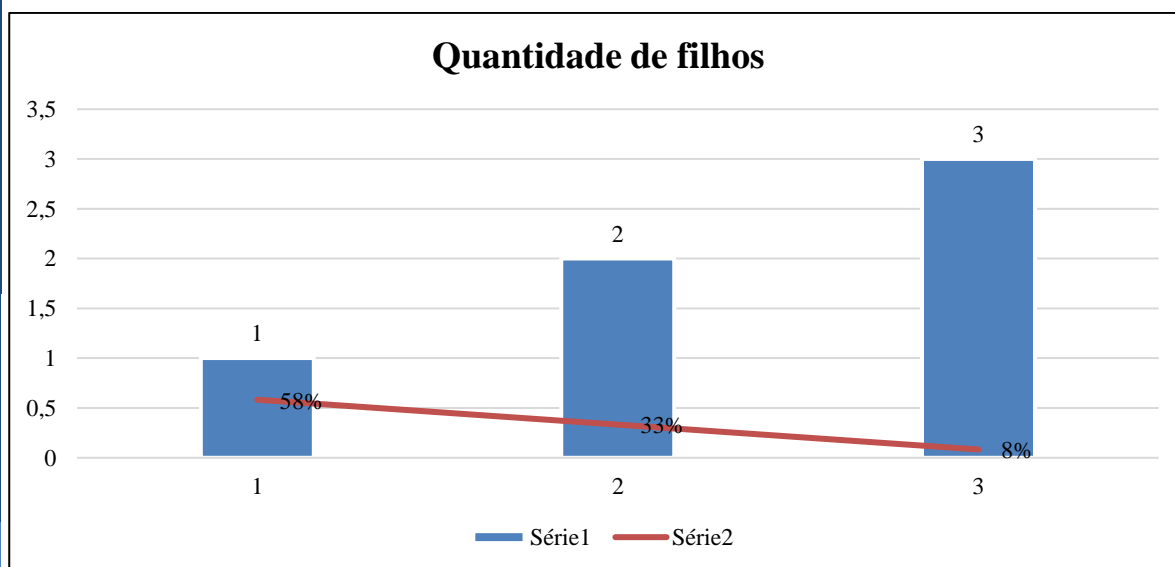
Gráfico 3 - Cor/raça



Fonte: próprios autores, 2021.

Diante das diferenças existentes no Brasil, percebeu-se no estudo que maioria das participantes se classificam com a cor Parda, representando 83% dos casos analisados. Associa-se essa interpretação ao gráfico 4, que expõe a quantidade de filhos:

Gráfico 4 - Quantidade de filhos



Fonte: próprios autores, 2021.

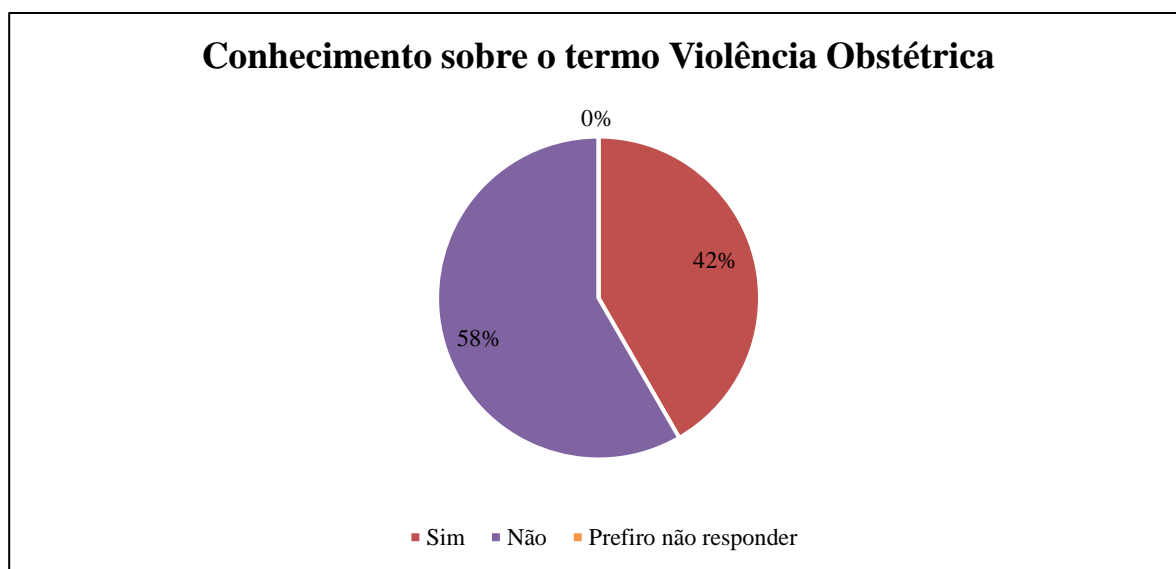
Percebe-se que as concentrações de respostas foram de mulheres que estavam em sua primeira gestação, chamadas "mães de primeira viagem". Além disso, destaca-se que essas mães tinham menos

de 18 a 25 anos (58%), as de 26 a 36 anos (42%). Percebe-se, portanto, que a média de idade das puérperas do município são de 18 a 36 anos, sendo assim, verifica-se uma ocorrência maior de idade materna entre mulheres de 20 anos, em sua maioria na cor parda.

Apesar de a pesquisa considerar como público-alvo as mulheres que tiveram filhos, independente da via de parto (cirúrgico ou natural), buscou-se identificar a forma de nascimento, pois, ao considerar com base nesse quantitativo a justificativa de um procedimento ter sido pouco realizado, por exemplo, tendo como hipótese que a maioria das puérperas respondessem que fizeram cesariana, o procedimento do tipo "episiotomia", feito na vagina, seria pouco mencionado por acontecer em partos naturais. Sendo assim, através da pesquisa, foi descoberto que 50% dos nascimentos foram por via vaginal, e conseqüentemente os outros 50%, por via cirúrgica. Segundo dados do Datasus¹⁰⁴ (registro mais atual de nascimentos) no ano de 2019, do total de 24.151 nascimentos, 10.247 foram por via vaginal, 13.901 foram por cesariana, e 3 não foram especificados (BRASIL, 2021), o que denota que diante da média nacional de 42,42% e 57,55% respectivamente, a amostra da pesquisa se aproxima da média nacional.

A pergunta que trouxe as respostas a seguir foi crucial para alcançar o objetivo da pesquisa, o gráfico 5 demonstra a percepção das puérperas do município de Dianópolis/TO, sobre o termo "Violência Obstétrica":

Gráfico 5- Conhecimento sobre o termo Violência Obstétrica



Fonte: próprios autores, 2021.

¹⁰⁴ Pesquisa feita no sitio institucional/região: norte/Tocantins/ Local de ocorrência: hospital/ período: 2019.

O gráfico demonstra que 58% (7) das participantes não possuíam conhecimento sobre o termo que foi objeto de pesquisa, a se considerar que 42% (5) das participantes o conheciam. Apesar de ser um fator primordial o conhecimento do termo, reconhecer as formas de violência que essas mulheres passaram caracteriza as situações vivenciadas em contraste à Lei 3.385 de 27 de julho de 2018.

No Brasil o termo Violência Obstétrica era utilizado em documentos, leis e recomendações, não foi possível mensurar quando esse termo foi incorporado. Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Ministério da Saúde e Governo Federal, ao todo foram encontrados 163 arquivos que versavam sobre o tema, entre eles, participantess, discussões e relatórios. O primeiro arquivo a citar o termo foi no ano de 2014, a tratar sobre aprovação do Projeto de Lei nº 8 do ano de 2013, que buscava alterar a Lei. Nº 8.080/1990, para assim, incluir a humanização no Sistema Único de Saúde, ressaltava o aumento de denúncias de Violência Obstétrica recebida pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra as Mulheres, recebidos entre os anos de 2012 e 2013 (BRASIL, 2014).

Destaca-se que no ano de 2019, através do Ofício 017/19 JUR/SEC, o Ministério da Saúde (2019, n.p., **grifo nosso**) se posicionou sobre a utilização do termo “violência obstétrica”, em que, publicou que “O posicionamento oficial do Ministério da Saúde é que o termo ‘violência obstétrica’ **tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado** no *continuum* gestação-parto-puerpério.”.

Em seguida o MPF, através da recomendação nº 29/2019, solicitou esclarecimentos, a ação do MS gerou notas de repúdios pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Associação Nacional de Defensores Públicos Federais, Conselho Federal de Medicina, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, entre outros. Sendo assim, o Ministério retificou a pronúncia e reconheceu a utilização do termo e o direito das mulheres no contexto (NUNES; ESTEVÃO, 2019).

No questionário aplicado para análise desta pesquisa, no que se refere ao tratamento recebido pela equipe que atendeu a mulher no momento do parto e pós-parto imediato, 83% (10) parturientes responderam que não foram tratadas de forma agressiva, grosseira ou fizeram-na se sentir constrangida em nenhum momento, 8% (1) não quiseram responder e 8% (1) disseram que sim. Neste mesmo sentido, ao serem questionadas sobre ter sido recriminada por algum comportamento, 58% (7) responderam que não, 25% (3) que sim e 17% (2) preferiram não responder. Quando questionadas sobre ter sentido ser desrespeitadas por algum profissional da saúde durante o seu momento de parto, 75% (9) responderam que não, 17% (2) que sim e 8% (1) optou por não responder. Infere-se, portanto, que a respeito do atendimento e equipe hospitalar maioria das participantes não passou por nenhuma situação de constrangimento ou desrespeito, mesmo assim, 1 a 3 participantes relataram ter sido mal atendida de alguma forma.

Segundo Nascimento et al. (2019), uma assistência desqualificada pode gerar riscos a mãe e ao bebê, pois, impede um processo de parturição tranquilo. Destaca-se que a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 preconiza formas de atendimento humanizado no Sistema Único de Saúde, diante dessa política de atendimento, o Ministério da Saúde desenvolveu a cartilha intitulada “Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher” determinando que:

A qualidade da atenção implica num esforço integrado e sinérgico de todos os níveis gestores para a oferta de serviços que garantam: acolhimento, informação, aconselhamento, competência profissional, tecnologia apropriada disponível e relacionamento pessoal pautado no respeito à dignidade e aos direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2001, p. 148).

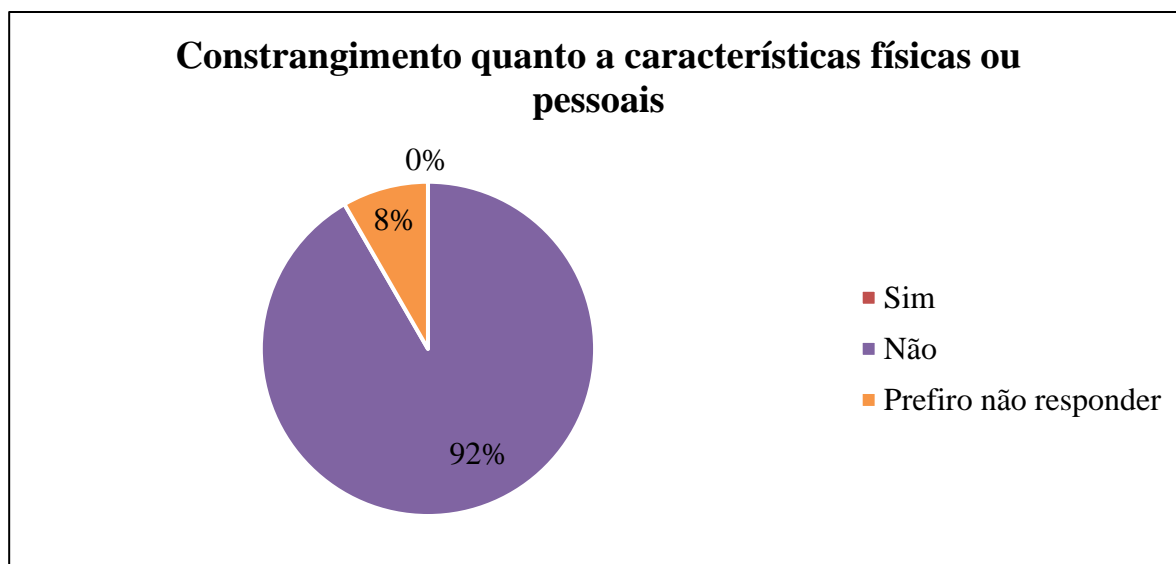
Diante disso, o sistema deve acolher a mulher, respeitando-a e garantindo o seu atendimento sem prejudicar o seu momento de parturição, pois, assim, evita-se complicações decorrentes de conflitos com a equipe hospitalar.

A seguir, quando foram questionadas sobre ter sido ofendida no momento do parto, 92% (11) responderam que não, e 8% (1) preferiu não responder. Percebe-se que não houve violação das recomendações de humanização durante o parto.

Segundo Nascimento et al. (2019, p. 4) “do excesso de exame de toque vaginal e quaisquer outras ações ou procedimentos realizados sem o consentimento da mulher” sendo assim as mulheres que tem esses direitos violados estão sofrendo violência obstétrica.

O gráfico 6 e 7 indicam pontos cruciais da Lei estadual 3.385/2018, ao tratar do constrangimento e diminuição da mulher, conforme ilustra-se:

Gráfico 6 - Constrangimentos: se houve exposição durante o parto, quanto à características físicas ou constrangimentos pessoais.

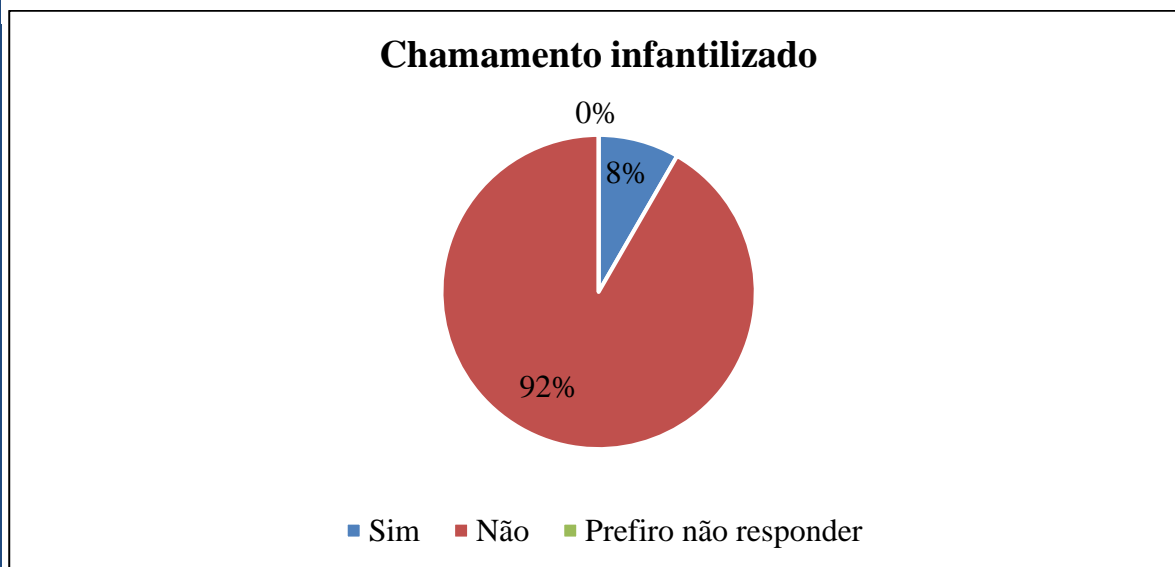


Fonte: próprios autores, 2021.

Levantou-se que, 92% (11) responderam não ter sofrido essa violência, e 8% (1) sofreu ofensa verbal. A Lei estadual 3.385/2018, aponta em seu artigo 3º que: “Para efeitos da presente Lei, considerar-

se-á ofensa verbal ou física, entre outras, as seguintes condutas:” dentre essas condutas apresentam-se “II - recriminar a parturiente[...]” em razão de “[...]característica ou ato físico, como, por exemplo, obesidade, estrias, evacuação e outros;”, percebe-se a violação do artigo 3º da referida lei.

Gráfico 7: Infantilização: foi chamada por nome infantilizado



Fonte: próprios autores, 2021.

A utilização da denominação infantilizada se materializa com o chamamento pela parturiente por “mãezinha” pela equipe, a autora Makita (2019, p. 59) aponta o entendimento sobre o uso do termo mãe no diminutivo como:

[...] um uso do diminutivo que, por um lado, pode ser compreendido como gesto de carinho, mas, por outro, como uma ação que invisibiliza a identidade própria da mulher e a relega à sua função materna, função esta mantida em uma posição menos importante diante da autoridade do educador ou do médico.

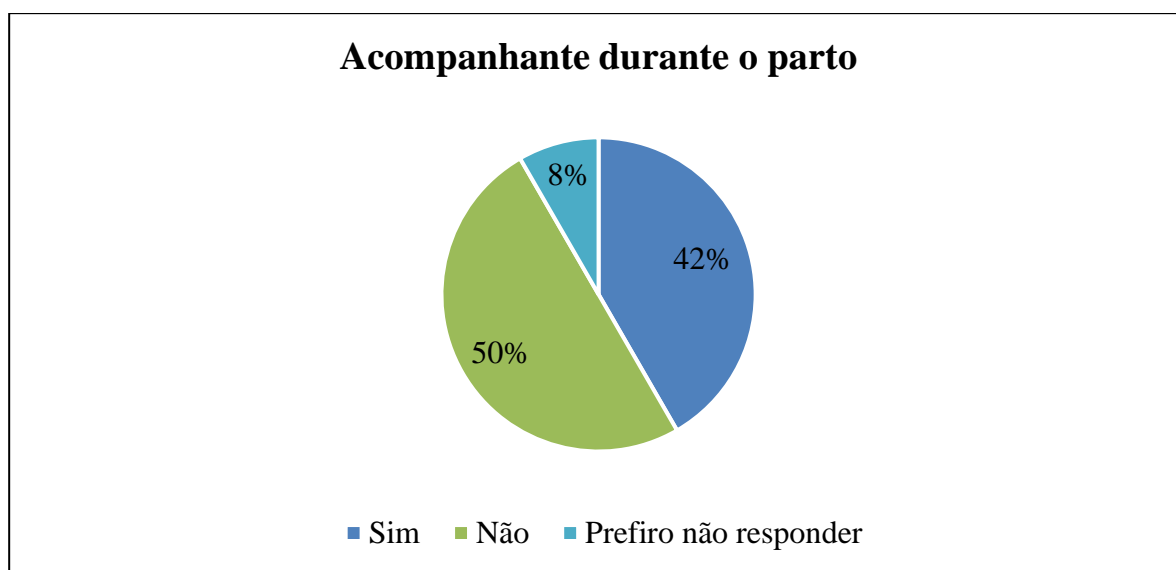
Agrega-se a esse entendimento o que diz o artigo 3º da Lei estadual 3.385/2018, que destaca as formas de violência física e verbal, em sua alínea IV, apontando que “tratar a mulher por comandos e nomes infantilizados e diminutivos, com a intenção de menosprezá-la ou ofendê-la;”. Sendo assim, importante destacar que o uso do termo, conforme explicado, diminui a mulher em sua posição de protagonista e a torna mais suscetível a obedecer sem questionar o que lhe é ordenado.

O questionamento seguinte foi sobre o atendimento, se houve recusa, respondido por 83% (10) que não houve recusa no atendimento e por 17% (2) não preferiram responder ao questionamento,

sendo assim, não houve violação do art. 3º inciso VII que considera a conduta imprópria, por se tratar de uma emergência médica.

Mais adiante, as respostas esboçadas no gráfico 8 permitem analisar uma discussão que vem sendo debatida ao longo da pandemia da COVID-19, a se considerar o que determinam as leis e recomendações a seu respeito.

Gráfico 8 - Permissão de acompanhante durante o parto



Fonte: próprios autores, (2021).

Das participantes participantes, 50% (6) não tiveram acompanhamento durante o parto, em contrapartida, 42% (5) tiveram acompanhante, este fenômeno pode ser explicado pela dinâmica que vem acontecendo no estado ao longo da pandemia da COVID-19.

A Lei Federal 11.108/2005 garante a mulher o direito ao acompanhante durante o parto e puerpério, no entanto, a implementação deste direito vem sido debatido como ação de política institucional devido à resistência de algumas maternidades, em virtude da pandemia da COVID-19, o MS, por meio da NOTA TÉCNICA Nº 10/2020-COCAM/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS, estabeleceu diretrizes para atenção do recém-nascido no contexto do Novo Coronavírus, que permitem a presença do acompanhante com restrições aos com sintomas ou diagnosticados com o vírus.

No estado do Tocantins, a Secretaria Estadual de Saúde - SESAU publicou, em novembro de 2020, uma nota de esclarecimento, que versa:

A Secretaria de Estado da Saúde (SES) esclarece que **a decisão de não permitir acompanhantes nos hospitais da rede hospitalar estadual foi tomada pelos técnicos da Secretaria de Estado da Saúde-SES-TO**, orientados pelo

Gabinete de Crise Estadual, os quais sopesaram vários estudos, orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e Ministério da Saúde e medidas necessárias ao enfrentamento deste momento pandêmico, tão atípico da saúde mundial (TOCANTINS, 2020, n.p., **grifo nosso**).

Além desse, a Secretaria da Saúde do Estado do Tocantins publicou o memorando circular nº44/2020/SES/SESUP, determinando a suspensão de acompanhantes nos hospitais do estado, salvo por determinação expressa de médico.

Diante da recomendação apresentada, os hospitais do estado criaram as suas respectivas portarias internas que reafirmavam o posicionamento. Na cidade de Dianópolis/TO, a Instrução Normativa DG/HRD Nº03/2020 de 16 de dezembro de 2020, determina a suspensão de acompanhantes, desde que justificada por profissional médico a necessidade, como medida de proteção contra a COVID-19.

A Defensoria Pública Estadual, através do Núcleo de Apoio a Minorias, protocolou Ação Civil Pública nº 00016414-12.2020.8.27.2729/TO, para requerer que fosse garantido o acompanhamento durante o parto, necessário o fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPI's) e informações sobre o uso para se evitar contaminação (ABREU, 2020). Na sentença proferida, a magistrada reconheceu que houve violação de direito garantido às mulheres, entendendo como arbitrária a restrição que foi imposta, visto que, o acompanhante da mulher em trabalho de parto não é visita, mas sim um usuário do serviço, sendo assim, argumentou da seguinte forma:

[...] situação excepcional ocasionada pelo Covid-19 justificou, quando da edição do ato impugnado, a supressão de alguns direitos individuais, temporariamente, em face da predominância dos interesses sociais envolvidos. Isto porque, a presença de acompanhantes no hospital, num contexto de crise sanitária, agravaria os riscos de contaminação dos pacientes e de todos os profissionais da saúde envolvidos no tratamento dos doentes, sendo via de disseminação da doença, pois, o acompanhante não estaria internado, tendo livre acesso ao ambiente externo e interno. Contudo, há de se reconhecer a modificação da situação de fato causada pela pandemia, com inúmeras flexibilizações nos diversos campos de trabalho e relações sociais, somado a redução dos casos de contaminação, bem como o suporte de medidas sanitárias eficazes na redução do risco de contaminação, dentre elas a vacinação, que, apesar de não ser medida absoluta, é mais um instrumento de enfrentamento dos efeitos da Covid-19 (TOCANTINS, 2021, p.08).

A magistrada reconheceu a excepcionalidade do momento que a medida foi editada, mas que diante das inúmeras flexibilizações em outros setores públicos, não reconheceu a sustentação da tese. Sendo assim, decidiu por:

DETERMINO AO ESTADO DO TOCANTINS 1. apresente Plano de Retomada com o planejamento estrutural e a indicação das medidas de segurança e dos

critérios para admissão do acompanhante da parturiente durante a internação nos hospitais e maternidades públicas e conveniadas da rede pública do Tocantins, no prazo de 30(trinta) dias; 2. assegure a aquisição de EPI's, insumos e materiais de higienização necessários à implementação das medidas de segurança, viabilizando a presença segura dos acompanhantes das parturientes ADOTE-SE como medida transitória a admissão durante o trabalho de parto e parto do acompanhante de escolha da parturiente, desde que assintomático e que não tenha tido contato recente, no intervalo mínimo de 14 (quatorze) dias, com pessoa com sintomas de síndrome gripal ou infecção respiratória comprovada por COVID-19, bem como estar fora dos grupos de risco para COVID-19, ou que apresente a comprovação das duas doses da vacina (TOCANTINS, 2021, p.09).

Em razão disso, a Nota Técnica Nº 2/2021 do Ministério da Saúde recomendou a vacinação de todas as gestantes e puérperas até 45 dias pós-parto, com isso, instituiu a proteção das mesmas a partir daquela data como grupo prioritário de vacinação.

Logo em seguida, a Secretaria estadual de saúde publicou no dia 29 de setembro de 2021 o Plano de retomada a que se referiu a sentença supracitada, o que orienta as unidades hospitalares sob gestão estadual, ficando autorizado a admissão de acompanhantes durante o trabalho de parto e parto, em contrapartida, o mesmo não permitiu acompanhante após o parto, sendo recomendada a retirada do acompanhante que descumprisse o plano. Destaca-se abaixo, trechos da recomendação pertinentes:

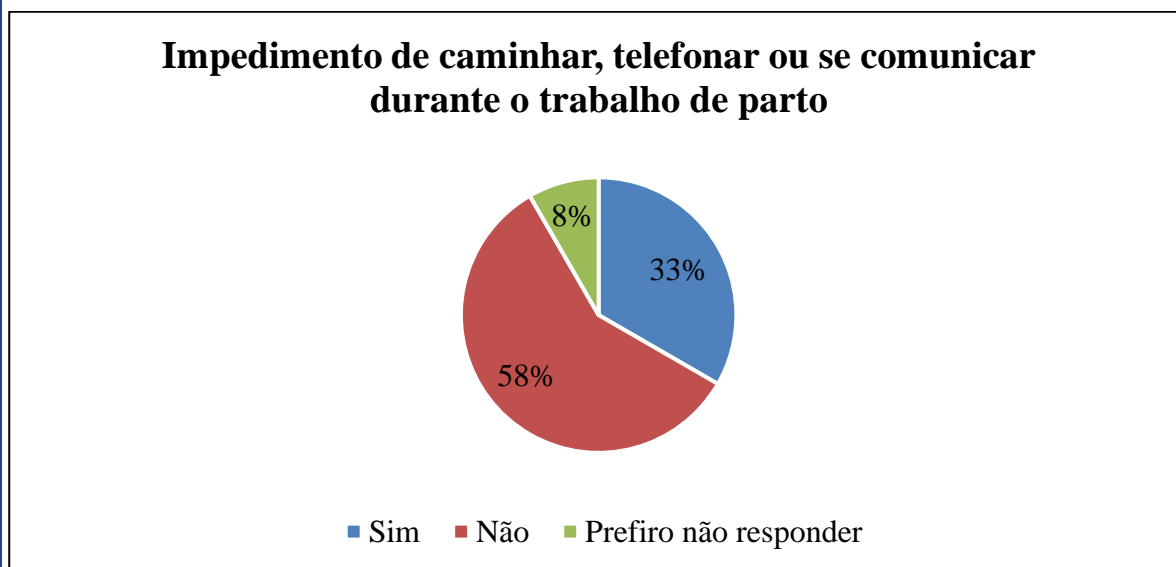
[...] A assistência obstétrica, especialmente nos casos de emergência, não deve ser postergadas em detrimento da testagem para a COVID-19 [...] Ao acompanhante devem ser asseguradas as medidas de proteção e controle, garantindo os equipamentos de proteção individual preconizados.[...] A coleta do material biológico é de responsabilidade dos municípios/unidades de saúde, conforme as recomendações técnicas disponibilizadas e amplamente divulgadas.[...] faz-se pertinentes destacar a possibilidade da utilização Testes Rápidos baseados na pesquisa do antígeno (COVID-19 Ag Rapid Test Device – nasopharyngeal Abbott)[...] o RT-qPCR, o teste rápido para detecção de antígeno tem o potencial para o diagnóstico precoce no curso da doença, diferentemente dos ensaios sorológicos[...] (TOCANTINS, 2021).

Diante disso, sabendo que o direito de acompanhante vem sido discutido desde a criação da Lei Federal 11.108/2005, em que pese a atuação da Secretaria estadual do Tocantins, trata-se de um órgão fiscalizador e aplicador das leis, a situação foi discutida judicialmente que a decisão arbitrária da Secretaria contraria a Lei Federal, mesmo que em situação de calamidade foi equivocada a se determinar qual a melhor conduta, diante de um momento excepcional. Sendo assim, o poder judiciário, no exercício da sua função institucional, proferiu sentença que impôs medidas para que a parturiente e o acompanhante permaneçam no mesmo ambiente durante a internação na unidade hospitalar, o que foi

cumprido pela Secretaria estadual de Saúde, garantindo o plano de retomada para os acompanhantes mediante procedimentos que foram apontados.

Outro fator a ser avaliado foi o impedimento de movimentar-se ou de comunicação durante o parto, apresenta-se no gráfico 9:

Gráfico 9 - Foi impedida de movimentar (caminhar), ou comunicar (telefonar) durante o TP.

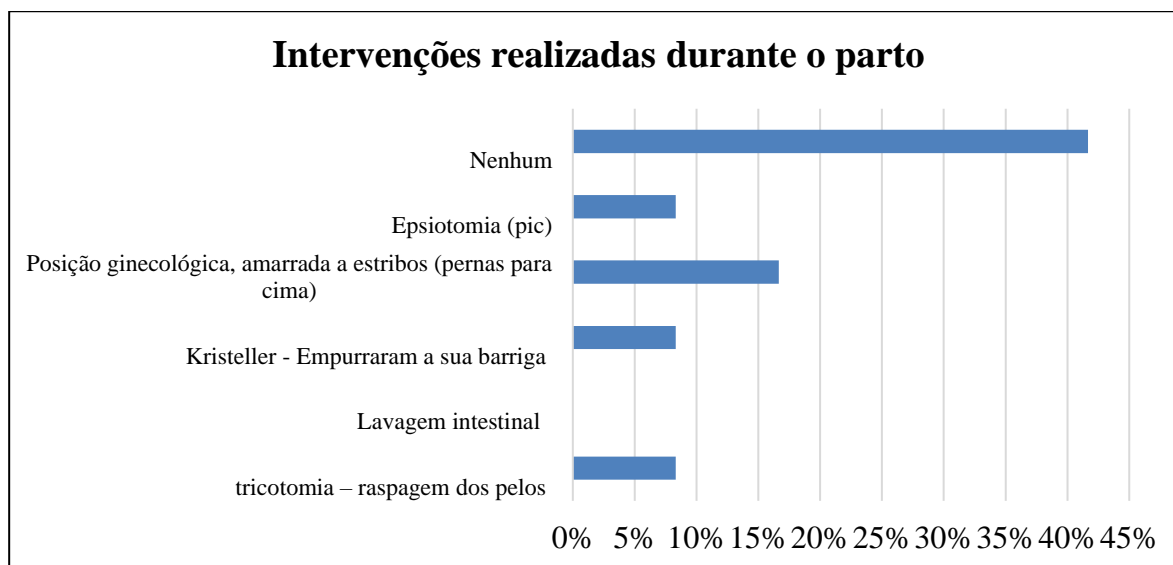


Fonte: próprios autores, 2021.

Segundo o Dossiê "Parirás com dor" a "[...] interdição à movimentação da mulher, tricotomia (raspagem de pelos), manobra de *Kristeller*, uso rotineiro de ocitocina, cesariana eletiva sem indicação clínica, não utilização de analgesia quando tecnicamente indicada[...]" caracterizam violência obstétrica de caráter físico. A Lei estadual 3.385/2018 aponta como violação de direito a recusa de movimentação e comunicação da mulher com seus familiares ou acompanhante. Foi levantado, através do questionário, que das mulheres atendidas em trabalho de parto (58%) (7) não foram impedidas de caminhar ou de se comunicar, apesar dessas outras 33% (4) responderam que foram impedidas, desta forma, destaca-se que houve violação do direito de locomoção e comunicação de parte das parturientes participantes.

Através dos questionários foram abordadas as intervenções realizadas durante o trabalho de parto, que são apresentadas no gráfico 10:

Gráfico 10 - Intervenções durante o parto.



Fonte: próprios autores, 2021.

Das intervenções apresentadas, a maioria das gestantes informou não ter passado por nenhuma delas, são essas 42% (5) das participantes, apesar disso, houve incidência considerável em mulheres que relataram terem sido colocadas em posição ginecológica, que consiste em ser amarrada a estribos em decúbito dorsal, somando 17% (2), essa posição “[...] prejudica a dinâmica do parto e prejudica a oxigenação do bebê” (BRASIL, 2012, p.103). A RDC 36/2008 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) determina que a mulher deve ter liberdade de posicionar-se e movimentar-se como bem desejar durante o trabalho de parto, desde que não existam impedimentos clínicos.

Outra intervenção que foi assinalada pelas participantes foi a tricotomia, que consiste na raspagem dos pelos, somou 8% (1), estes procedimentos, como os demais apresentados, está elencado na Lei estadual 3.385/2018 como violência obstétrica.

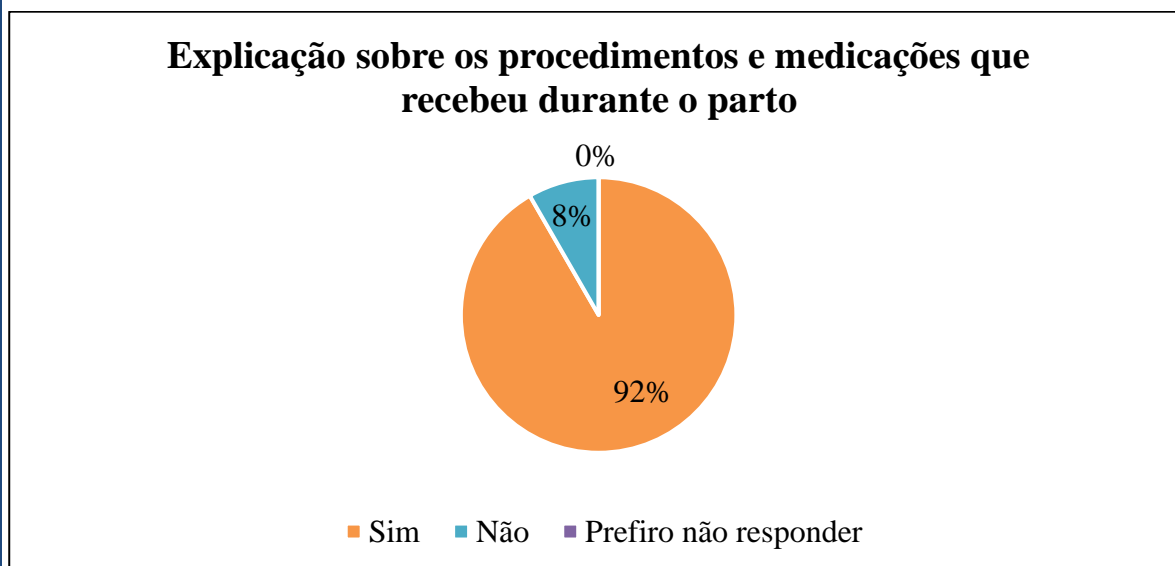
A episiotomia conhecida como “pic” consta em 8% (1) das respostas, considerado um procedimento necessário em casos raros, e cada caso deve ser avaliado individualmente, o problema está em sua utilização rotineira em partos naturais, necessário inclusive o consentimento da parturiente, pode ser considerado nesses casos como uma mutilação genital. Consista em “cirurgia realizada na vulva, cortando a entrada da vagina com uma tesoura ou bisturi, algumas vezes sem anestesia”, é a única cirurgia realizada, na maioria das vezes sem o consentimento ou o conhecimento dos riscos pelo paciente, estima-se que 94% dos partos naturais do Brasil tenham sido realizadas episiotomia, relata-se que, além disso, ao suturar, alguns médicos realizavam o “ponto do marido”, que deixa a vagina mais apertada para o prazer masculino, o que pode acarretar dor e infecções na mulher, assim trata-se de uma violação dos direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2012, p.85).

Além dessas, a manobra chamada *Kristeller* em que o médico empurra a barriga da mulher em direção a região pélvica correspondeu a 8% (1) das respostas. “Este procedimento, além de todos os danos já apresentados, constituindo violência obstétrica de caráter físico e psicológico, contradiz as indicações da RDC 36/2008 da ANVISA” (BRASIL, 2012, p. 106).

Além das intervenções apresentadas, elencadas com base na Lei estadual 3.385/2018, o procedimento de lavagem intestinal, um tipo de violência física, não foi relatado pelas participantes.

O gráfico 11, demonstra a existência/ausência de um direito importante para atendimentos no SUS, que é o de informação:

Gráfico 11 - Explicação à gestante sobre os procedimentos e medicações utilizadas durante o parto.



Fonte: próprios autores, 2021.

Ao serem questionadas se receberam alguma explicação sobre os procedimentos e medicações que receberam durante o parto, as puérperas responderam em sua maioria, 92% (11) que sim e 8% (1) não, verifica-se, portanto, a maioria como informadas. Caracteriza-se como violência psicológica contra a mulher a omissão de informações e/ou a utilização de termos técnicos que a mulher não entenda (BRASIL, 2012). O gráfico 12 investigou sobre a existência de recusa de administração de analgesia durante o trabalho de parto:

Gráfico 12 - Recusa de administrar analgésicos



Fonte: próprios autores, 2021.

Das participantes, 83% (10), responderam não ter sido recusada a administração de analgésicos, em contrapartida, 8% (1), disse que sim. A chamada analgesia é um direito da mulher, conta no art. 3º, V, da Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009: “o acesso à anestesia em todas as situações em que for indicada, bem como as medicações e procedimentos que possam aliviar a dor e o sofrimento” (BRASIL, 2009, p.02).

Outro quesito avaliado foi se as mães tiveram o contato pele a pele com os recém-nascidos, a prática recomendada pela OMS consiste em colocar o bebê próximo à mãe nas primeiras horas após o parto, com isso, foi levantado que 83% (10) responderam que sim, 8% (1) responderam que não, ou não quiseram responder. No plano de retomada apontado acima quanto ao direito de acompanhante, dedica-se a explicar que não há recomendação de suspensão dessa prática mesmo que em tempos de pandemia em parturientes assintomáticas, e que poderia ocorrer de ser evitado em caso de parturiente com sintomas de COVID-19, possibilitando à mãe um contato apenas ocular com a criança (Portal IFF/FIOCRUZ, Sociedade Brasileira de Pediatria, 2020, apud, TOCANTINS, 2021).

Quando perguntadas sobre terem sido discriminadas por suas condições físicas, étnicas, por raça, cor ou por característica pessoal, 92% (11) responderam não, e destas 8% (1) disse que sim. Além da CRFB/88, que define ao crime de racismo pena de reclusão, a Lei 7.716/1989 define ao servidor público que cometer racismo, a perda do cargo ou emprego, além disso, o Código Penal (1940), pune casos de injúria racial.

Através dos gráficos analisados percebe-se que as mulheres participantes sofreram mais intervenções, e através das suas percepções pôde-se perceber que sofreram violência obstétrica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo percebeu-se como as discussões legislativas e institucionais sobre a Violência Obstétrica são importantes para a proteção da Dignidade da Pessoa Humana das mulheres. Diante do avanço tecnológico presente na área da saúde, discutir a humanização torna-se primordial para garantir que direitos não sejam violados em detrimento à rotina na utilização de procedimentos e atendimento hospitalar. Sabendo que mulheres sofrem violência dentro das instituições, cabe ao poder público garantir medidas que visem proteger pessoas vulneráveis, no caso apresentado, mulheres em momento de parto e pós-parto.

Sendo assim, a criação da Lei 3.385/2018 tornou-se um marco à proteção das gestantes no estado do Tocantins, ao apontar formas de implementação de medidas de informação e proteção às gestantes, mesmo com normas pré-existentes em escala federal.

Em contrapartida, diante das discussões recentes no ano de 2019, em que o Ministério da Saúde emitiu nota, inferindo a abolição do termo Violência Obstétrica, por ser inadequado, identifica-se a fragilidade na proteção desses direitos e na discussão pelos órgãos federais, que somente após a intervenção do MPF retificou o Ofício nº 017/19 – JUR/SEC, sendo assim, ressalta a importância de proteção desses direitos pelos órgãos dos três poderes.

Ao analisar-se a percepção das mulheres puérperas sobre o termo Violência Obstétrica, foi descoberto que 58% das mulheres participantes não tinham conhecimento sobre do que se tratava, e diante das violências que são apresentadas pela Lei 3.385/2018, 50% responderam que não possuíam seus acompanhantes no momento do nascimento de seus filhos. Infere-se, portanto, que mulheres que não reconhecem a violência que sofrem, estando desacompanhadas, ficam desprotegidas em um momento de vulnerabilidade física e mental, sendo assim, suscetíveis a qualquer outro tipo de violência.

Ainda assim, é importante destacar que a maioria das mulheres participantes não sofreu violência obstétrica. Isto pode indicar, ao menos em Dianópolis, que os profissionais de saúde estão cada vez mais capacitados e cientes dos direitos das mulheres em relação a realização de um parto humanizado. De modo que, o Estado brasileiro, à luz do debate que vem sendo travado internacionalmente, avançou no campo da positividade e vem apostando na qualificação dos profissionais, mas ainda é deficiente quanto à divulgação do quadro normativo à população, em especial atenção às mulheres.

Como sugestão, apresentamos ações como campanhas educativas, com linguagem simples e acessível a todos. Sugere-se, inclusive, a produção de cartilhas, vídeos, rodas de conversas em postos de saúde, escolas, universidades, conselhos de defesa dos direitos, sindicatos, associações de moradores, entre outros. Considerando o momento pandêmico que impede a aglomeração presencial, deve-se investir em novas tecnologias disponíveis para divulgação dessas informações, como o *Google*

*Meet*¹⁰⁵, para reuniões, ou a criação de aplicativos, acessíveis para aparelhos celulares, que tratem sobre parto humanizado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cinthia. **Defensoria vai à Justiça pela garantia de direitos às mulheres gestantes no momento do parto.** DPE/TO. 25 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/42746-defensoria-vai-a-justica-pela-garantia-de-direitos-as-mulheres-gestantes-no-momento-do-parto>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher e dos Direitos Humanos. **Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos.** Relatórios. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/canais_atendimento/ouvidoria-do-mmfdh. Acesso em: 16 maio de 2020.

BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Conselho nacional dos direitos humanos (Brasil). **Recomendação nº 5, de 9 de maio de 2019 Recomendação ao Ministro da Saúde sobre políticas públicas em relação à violência obstétrica.** Publicado em: 03/06/2019 | Edição: 105 | Seção: 1 | Página: 77. Brasília, DF, 2019 Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/recomendacao-n-5-de-9-de-maio-de-2019-149878165>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011. **Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha.** Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de atenção à saúde departamento de ações programáticas estratégicas (Brasil). **Despacho SEI/MS – 9087621. 2019.** Disponível em: https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 12 de abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **27/05 - Senado debate humanização do parto nesta terça.** 2014. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/area-imprensa/ultimas_noticias/2014/05/27-05-senado-debate-humanizacao-do-parto-nesta-terca. Acesso em: 16 abr. 2021.

¹⁰⁵ Plataforma digital para reuniões online, desenvolvida pela empresa Google.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 580 de 22 de março de 2018**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2018/Reso580.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Governo Federal. **Parto do Princípio - Mulheres em Rede Pela Maternidade Ativa**. Violência Obstétrica. "Parirás Com Dor". Brasil, 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília: Senado. 2005, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm. Acesso em: 14 maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 14 maio de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **DESPACHO DAPES/SAS/MS**. 2019. Disponível em: https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_externo=0. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Despacho/Ofício nº 017/19 – JUR/SEC**, de 03 de maio de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2LcGgXI>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Nota Técnica nº10/2020** -COCAM/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS. 2020. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/202006/03180219-nota-tecnica10-2020-cocamcgcidapessapsms-003.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **PORTARIA Nº 1.820, DE 13 DE AGOSTO DE 2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Brasília: 2009. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html. Acesso em: 10 maio de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 36 de 3 de junho de 2008**. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/040608_1_rdc36.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Área Técnica de Saúde da Mulher**. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher/ Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Área Técnica da Mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8, de 10 de outubro de 2013**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/110487>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vocabulário jurídico**. 2021. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/thesaurus/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da saúde. **NOTA TÉCNICA Nº 2/2021-SECOVID/GAB/SECOVID/MS**. Trata-se de atualização das recomendações referentes a vacinação contra a covid-19 em gestantes e puérperas até 45 dias pós-parto. 2021. Brasília/DF. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/notas-tecnicas/nt-02-2021-secovid-vacinacao-gestantes-e-puerperas-1.pdf/view> Acesso em: 13 jan. 2021.

CERVO, A.L.; BERVIAN P.A. **Metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002.

CIELLO, C.; et al. **Rede do Parto do Princípio** – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. Violência Obstétrica “Parirás com dor”. Dossiê elaborado para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. 188p.

BRASIL. **DATASUS Tecnologia da Informação a Serviço do SUS**. NASCIDOS VIVOS – BRASI. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sinasc/cnv/nvuf.def>. Acesso em: 10 abr. 2021.

DESLANDES, S.F.; GOMES O.C.N.; MINAYO M.C.S. (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

DIANÓPOLIS. **Instrução Normativa DG/HRD Nº03/2020**. De 16 de dezembro de 2020. Normatiza medidas sobre a permanência de acompanhantes e visita a pacientes. Dianópolis, 16 dez. 2020. Publicação interna.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, A.M.A.; NATIONS, M.K.; LUZ, M.T.P. Como pano de fundo: experiência de violência hospitalar no nordeste brasileiro. **Saúde soc.** São Paulo, v. 17, n. 1, p. 61-72, março de 2008. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902008000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

HAMERMULLER, Amanda; UCHÔA, Thayse. Violência obstétrica atinge 1 em cada 4 gestantes no Brasil, diz pesquisa. **Revista humanista jornalismo e Direitos Humanos**. UFRGS, 2018. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2018/01/28/violencia-obstetrica-atinge-1-em-cada-4-gestantes-no-brasil-diz-pesquisa/> Acesso em: 16 abr. 2021.

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

LIMA, Kelly Diogo de. **Raça e violência obstétrica no Brasil**. Monografia (Residência Multiprofissional em Saúde Coletiva, Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz), Recife, 2016.

MAKITA, Martha Alvarez Lopes. **“Meu nome não é mãe”**: Um estudo dos discursos sobre maternidade no jornalismo feminista da “Revista AzMina”. São Paulo, 2019. 252 f.: il., color. Dissertação. Mestrado Profissional em Produção Jornalística e Mercado. São Paulo, 2019.

NASCIMENTO, Samilla Leal do; et al. Conocimiento y vivencias de violencia obstetrica en mujeres que han vivido la experiencia del parto. **Revista Enfermería Actual**. Edicion Semestral nº37, Julio 2019 – Diciembre 2019. Disponível em: <https://www.scielo.sa.cr/pdf/enfermeria/n37/1409-4568-enfermeria-37-66.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

NOBRE JÚNIOR, E.P. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. **Revista de Informação Legislativa**. a. 37 n. 145 jan./mar. 2000. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>. Acesso em: 12 abr. 2020.

NUNES, Iris Rabelo; ESTEVÃO, Roberto da Freiria. Violência obstétrica: comentários sobre o posicionamento oficial do ministério da saúde a respeito o termo. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**. Belém. v. 5. n. 2. p. 01 – 15. Jul/Dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/5783> Acesso em: 06 jun. 2021.

OLIVEIRA, J. C. P. de, et al. **O questionário, o formulário e a entrevista como instrumentos de coleta de dados**: vantagens e desvantagens do seu uso na pesquisa de campo em ciências humanas. 2019. Disponível em: http://www.editorarealize.com.br/revistas/conedu/trabalhos/TRABALHO_EV056_MD1_SA13_ID8319_03082016000937.pdf. Acesso em: 07 maio, 2020.

OMS. **Constitución de la organización mundial de la salud**. Documentos básicos, suplemento da 45ª edição, outubro de 2006. Disponível em: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres**. 1979. Disponível em:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en. Acesso em: 26 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. (2014). **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Genebra: 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

PAPA, Fernanda de Carvalho. **Transversalidade e políticas públicas para mulheres no Brasil: Percursos de uma pré-política**. Dissertação (CMAPG) Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Disponível em: https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/fernanda_de_carvalho_papa.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

RUIZ, J. A. **Metodologia científica**: guia para eficiência nos estudos. – 6 ed. – 8 reimpr. São Paulo: Atlas, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Vocabulário Jurídico** (Tesouro). 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarVocabulariojuridico.asp>. Acesso em: 16 jan. 2021.

TOCANTINS. **Lei Estadual nº 3.385 DE 27/07/2018**. Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Diário Oficial [do] Estado do Tocantins, Palmas, TO, 27 jul. 2018 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=365587>. Acesso em: 07 jun. 2020.

TOCANTINS. **Lei Estadual nº 3.674 DE 26/05/2018**. Altera a Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018, que dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Diário Oficial [do] Estado do Tocantins, Palmas, TO, 27 mai. 2020 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=396083>. Acesso em: 07 jun. 2020.

TOCANTINS. Secretaria Estadual de Saúde. **Nota de esclarecimento**. 2020. Disponível em: <https://www.to.gov.br/saude/noticias/nota-de-esclarecimento/25tcykt1wx4h>. Acesso em: 14 maio 2021.

TOCANTINS. **Decreto nº 6072 de 21 de março de 2020**. Declara estado de calamidade pública em todo o território do Estado do Tocantins afetado pela COVID-19 (novo Coronavírus) - Codificação Brasileira de Desastre 1.5.1.1.0, e adota outras providências. Palmas: Palácio do Araguaia. aos 21 dias

do mês de março de 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391289>. Acesso em: 14 maio de 2021.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (Vara de Execuções Fiscais e Saúde de Palmas). **Ação civil pública nº0016414-12.2020.8.27.2729/TO**. Autor: Defensoria Pública. Réu: Estado do Tocantins. Palmas/TO, 26 de agosto de 2021.

TOCANTINS. **Acompanhante nas maternidades sob gestão estadual** (Plano de retomada). 2021. Disponível em: https://www.jornaldotocantins.com.br/polopoly_fs/1.2329174.1633033516!/menu/standard/file/Plano%20Retomada%20Acompanhantes.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

STALKING: O CRIME DE PERSEGUIÇÃO AMEAÇADORA

MATHEUS COSTA DE SOUZA:
graduando em Direito pela
Universidade de Gurupi –
UNIRG

ALEXANDRE ORION REGINATO¹⁰⁶

(orientador)

Resumo: A perseguição persistente, intrusiva e indesejada há muito deixou de ser uma realidade exclusiva de celebridades. Na verdade, nunca foi: as vítimas de stalking eram amplas e heterogêneas, assim como o comportamento dos perpetradores. Encontre a origem do conceito no termo “perseguição”, que se refere ao período em que comercializamos a palavra, pois essa perseguição ganhou espaço na mídia devido às repetidas perseguições por parte de diversas celebridades. A partir daqui, neste trabalho, partimos para explorar as normas portuguesas e compreender de forma comparativa como tais atos são tratados noutros ordenamentos jurídicos, e claro, sem descuidar a aplicação prática da investigação nos tribunais do nosso ordenamento, adotada uma visão tão crítica. Observa-se o desenvolvimento da abordagem da advocacia a esse tipo de direito, no entanto, interessa-nos também investigar a efetiva necessidade de estabelecer essa norma na proteção penal, atendendo ao requisito da proporcionalidade da intervenção penal no Estado de Direito..

Palavras-chave: Stalking; Crime; Perseguição.

Abstract: Persistent, intrusive and unwanted stalking has long since ceased to be a reality exclusive to celebrities. In fact, it never was: victims of stalking were broad and heterogeneous, as was the behavior of perpetrators. Find the origin of the concept in the term “persecution”, which refers to the period in which we commercialized the word, as this persecution gained space in the media due to repeated persecution by several celebrities. From here, in this work, we set out to explore Portuguese norms and understand in a comparative way how such acts are treated in other legal systems, and of course, without neglecting the practical application of investigation in the courts of our system, adopted such a critical view. The development of the advocacy approach to this type of law is observed, however, we are also interested in investigating the effective need to establish this norm in criminal protection, meeting the requirement of proportionality of criminal intervention in the Rule of Law.

106 Doutor em Direito

Keywords: .Stalking; Crime; Persecution.

Sumário: Introdução; 1. Stalking; 1.1 Lei de Stalking; 1.2 Reflexos Perante a Sociedade; 1.3 Tipificação; Conclusão; Referências

Introdução

O termo *stalking* vem da língua inglesa e deve ser entendido como uma forma de agressão que faz com que a vítima se sinta perseguida. Por definição, *stalking* é assédio repetido e pode assumir diferentes formas, tais como: ligar para a vítima repetidamente; enviar presentes indesejados para o local de trabalho ou para a casa da vítima; enviar cartas com conteúdo inadequado e constrangedor; estar fisicamente próximo e visível sem contato direto; entrar em contato direto ou interceptar a vítima de forma inadequada ou ameaçadora; espalhar rumores falsos sobre a vítima; causar danos materiais (móveis, carros, animais de estimação); rastrear indivíduos no aplicativo, enviar e-mails repetidamente (*cyberstalking*); ameaçar, causar danos corporais imediatos ou mesmo matando pessoas. (MESTER; BIRGER; MARGOLIN, 2016).

Este fenômeno tem uma taxa de vitimização de cerca de 11% na comunidade (quatro vezes a taxa na população feminina). Sua ocorrência está associada a uma alta probabilidade de comprometimento da qualidade de vida, comprometimento psicológico e/ou físico, podendo colocar a vida em risco e aumentar as chances da vítima desenvolver um transtorno mental. A intensidade e a frequência do comportamento de assédio podem afetar o impacto na vítima (DREßING et. al. 2020).

A necessidade de ampliação contínua da lei levou a uma compreensão da criminalização do crime de perseguição. Um dos principais objetivos dessa autonomia é preencher a lacuna na proteção dos direitos interpessoais. Muitas vítimas acreditam que a perseguição sofrida foi apenas um infortúnio, um dano natural causado pelo término do relacionamento, privado da proteção do Estado, ou que muitos acreditavam que eram os responsáveis pela perseguição (WHYTE et. al., 2016).

Além disso, é importante considerar o impacto econômico e social dessas situações nas vítimas, incluindo redução da jornada de trabalho, abandono do emprego, restrições à vida social e custos previdenciários. Diante dessa realidade, o Congresso aprovou em março de 2021 a Lei 14.132/2021, que inclui o artigo 147-A do Código Penal Brasileiro e prevê penas específicas para o assédio reiterado de qualquer forma, entre as quais inclui até dois anos de prisão, que pode ser prorrogado se houver agravantes (BRASIL, 2021).

A nova lei, popularmente conhecida como "lei anti-perseguição", traz essa prática à atenção nacional, o que ajudará a identificá-la e encaminhar adequadamente agressores e vítimas nas esferas judiciária ou sanitária. A lei em questão revoga a Seção 65 da Lei de Contravenção Criminal, que prevê "assédio ou perturbação dapaz" (WHYTE et al., 2016).

Stalking inclui um conjunto extremamente diversificado de casos. Aqueles que perseguem seu cliente com a intenção de vingança ou reconciliação, motivados pelo término de um relacionamento íntimo; aqueles que buscam uma devolução implacável e persistente do que consideram ofensivo; aqueles que pretendem entrar em um novo relacionamento, mas não

procedem adequadamente; aqueles que se imaginam com Aqueles com quem a vítima se relacionava e aqueles que foram atrás da vítima para planejar um ataque predatório.

A intrusão indesejada e persistente de uma pessoa na vida de outra nem sempre pode ser enquadrada por tipos de crimes existentes, como assédio e assédio, ou, nos termos da Lei 14.132/2021, ainda que pudesse, sutil afastado pelos agentes de repressão do Estado devido a uma análise proporcional do ponto de vista do direito penal. Em outras palavras, um juiz pode ter pouco incentivo para criminalizar alguém por fazer telefonemas esporádicos indesejados ou enviar flores e presentes indesejados. No entanto, tais ações podem causar sérios danos à vítima.

O presente estudo é de grande relevância jurídica, social e universitária tendo em vista a gravidade da conduta *stalking* e por ser alguns de seus meios de execução para a prática ilícita de fácil acesso, como o *cyberstalking*, através da internet. Desta forma a importância do estudo deve-se devido ao aumento da prática de crimes de *stalking*, com perseguições cada vez mais intensar e por diversos meios, entre eles virtuais. Além disso, é importante esclarecer por meio de estudo fato do o crime ser de perseguição também no meio físico.

Desta forma tem como objetivo apresentar e explicar o que é *stalking* apresentando os principais crimes praticados no Brasil. Para essa pesquisa foi realizado busca em artigos científicos, documentos e estudos do caso. É teórico, explicativo e descritivo, contando com uma investigação, registro, análise e interpretação de fenômenos atuais, objetivando o seu funcionamento no presente, com o intuito de aprofundar mais sobre o tema abordado, discorrendo os pontos mais criteriosos e importantes.

1. Stalking

A palavra *stalking* é de origem inglesa e significa perseguição contínua. Vem do verbo perseguir, que significa perseguir. No entanto, o uso da palavra *stalk*/perseguição refere-se ao comportamento de caçador/caça. O *stalking* é um fenômeno sociológico com motivos relacionados à violência doméstica, vingança, ódio ou preconceito, e é realizado de diversas formas, não apenas virtuais (SERQUEIRA, 2021).

No entanto, devido ao uso da tecnologia como a forma mais comum de comunicação entre as pessoas, os meios virtuais são os mais utilizados, mensagens via SMS e/ou aplicativos de mensagens instantâneas (*whatsapp, telegram*), *e-mail*, nas redes sociais (*instagram, facebook*) etc., em ligações telefônicas, divulgando fatos ou rumores. No formato presencial, o stalker usa presentes, esperando a vítima passar por lugares e lugares que frequenta, etc (MESTER et. al., 2016).

1.1 Lei de Stalking

Em 31 de março de 2021, foi promulgada a Lei nº 14.132/21, a chamada lei do *stalking*, importante inovação legislativa que inclui o artigo 147-A do Código Penal, que criminaliza o *stalking*.

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: I - contra criança, adolescente ou idoso;

I- contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2º-A do art. 121 deste Código;
II- mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

Esse crime possibilita a perseguição também no ambiente digital, muitas vezes por meio do uso de redes sociais, conhecido como *cyberstalking*. Nesse sentido, o projeto de lei que visa criminalizar esses atos foi apresentado pela senadora Leila Barros em novembro de 2019 e assim descrito:

O avanço das tecnologias e o uso em massa das redes sociais trouxeram novas formas de crimes, sendo necessário o aperfeiçoamento do Código Penal para dar mais segurança às vítimas de um crime que muitas vezes começa on-line e migra para perseguição física (BRASIL, 2021).

O projeto foi posteriormente aprovado pelo presidente Jair Bolsonaro em março de 2021 e entrou em vigor em 1º de abril do mesmo ano. Anteriormente, esse ato era apenas classificado como contravenção penal (artigo 65 da Lei de Contravenção Criminal - Decreto nº 3.688 de 1941), que foi revogado e estabelecido como perturbação do sossego, punível de 15 dias a 2 meses e multa.

É importante observar que para ser criminalmente relevante, a perseguição precisa ser reiterada para, posteriormente, constituir outro crime, como coação ou ameaça ilícita, comprometer a integridade física e mental da vítima, abalar seu estado emocional e gerar medo ou ansiedade (GOMES, 2016).

Segundo Castro e Sydow (2021), "Trata-se, portanto, de crime habitual, pois exige repetição do ato para se completar. Portanto, o ato isolado do agente não pode constituir crime, razão pela qual não são permitidas tentativas". Além disso, qualquer pessoa pode cometer esse crime, homem ou mulher, e se ocorrer com a ajuda de agente ou com o uso de arma, a lei estipula que a pena será

aumentada pelametade. Haverá também um aumento de 50% nas penalidades impostas a crianças, adolescentes, idosos ou mulheres com base no gênero.

As formas bem estabelecidas podem ser vinculadas porque o próprio tipo de crime prescreve “ameaça sua integridade física ou psíquica, restringe sua locomoção, ou de qualquer forma invade ou perturba sua esfera de liberdade ou privacidade” (BRASIL, 2021).

Assim, “a perseguição repetida na internet, que ameaça a integridade física e mental de alguém, interfere na liberdade e privacidade da vítima, constitui *cyberstalking*” (BRASIL, 2021). Ressalte-se que a punição para esse crime não exclua punição correspondente à violência, que proporciona maior proteção à vítima e uma aplicação mais abrangente da lei penal (GOMES, 2016).

1.2 Reflexos Perante a Sociedade

Embora a maioria dos ordenamentos jurídicos só tenha começado a levar a sério o stalking nas últimas décadas do século XX, a verdade é que este fenômeno persiste na sociedade e é muitas vezes entendido como uma forma de afeto. Por isso, muitas vezes são ignorados ou perdoados pela sociedade. Assim, a nível físico, podemos destacar distúrbios digestivos, alterações no apetite, náuseas, distúrbios do sono, dores de cabeça, fadiga e danos físicos devido ao ataque de um *stalker*. Em nível psicológico, podemos destacar a presença de medo, hipervigilância, desconfiança, sentimentos de abandono, depressão, ansiedade, raiva, ideação suicida, paranóia, transtorno de estresse pós-traumático, etc (RAMIDOFF; TRIBERTI, 2021).

Em relação ao estilo de vida, foram relatadas mudanças, ou seja, mudanças na vida cotidiana, redução do contato social (como evitar certas atividades ou ficar longe da família e amigos), mudar de residência ou local de trabalho, etc. Além disso, as vítimas podem sofrer repercussões financeiras como redução de horas, abandono do trabalho, custos com medidas de segurança (como troca de fechaduras em casa ou instalação de câmeras de vigilância), substituição de bens roubados ou danificados pelo *stalker*, etc (WHYTE et al., 2016)

Quanto a este último - em qualquer caso, invadir ou perturbar a esfera de liberdade ou privacidade da vítima - é um termo geral que permite qualquer outro tipo de assédio contínuo, o que pode significar limitar a liberdade ou a privacidade. Mas é importante alertar: a privação da liberdade de ir e vir não é necessariamente efetiva, basta uma restrição a esse direito (SERQUEIRA, 2021).

O crime é um crime de injúria, devendo ser demonstrado que o ato específico de ameaça do persecutor pode violar a liberdade pessoal da vítima. Nesse sentido, ameaças presumíveis não são permitidas simplesmente porque o agente está no mesmo lugar que a vítima, muito menos porque muitas vezes estão no mesmo lugar (RAMIDOFF; TRIBERTI, 2021).

A sociedade brasileira entre a maior parte das vítimas sofre predominantemente de depressão, stress pós-traumático e ansiedade, e ainda o fator medo é crucial, tendo sido sentido pela maioria das vítimas, sendo que esta maioria é representada por mulheres e os *stalkers* maioritariamente pessoas do sexo oposto (SERQUEIRA, 2021).

1.3 Tipificação

Tipificar o stalker ainda não é considerado uma tarefa fácil, principalmente devido ao fato de muitos dos atos praticados pelos stalkers serem ainda considerados "lícitos", já pode ser interpretada apenas como um seguidor ou fã. O objeto legal é a liberdade pessoal e o bem-estar pessoal. O crime está incluído no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, e sua proteção é inquestionável, mas isso não exclui a possibilidade de proteção de outros direitos e interesses legítimos. E, de acordo com a descrição do comportamento típico, parece-nos que a paz da vítima é perturbada antes mesmo que a liberdade pessoal da vítima tenha sido alcançada (CASTRO; SYDOW, 2021).

O elemento central do comportamento criminoso é o verbo "perseguir", que significa perseguir, atormentar, aborrecer, aborrecer. O verbo que denota ato criminoso é complementado pela palavra "repetido", indicando que a categorização depende da repetição do ato, ou seja, o ato e o ato devem ter continuidade para que a execução de um ato isolado não possa ocorrer. O suficiente para um ambiente criminal. Ressalte-se, quando for o caso, que um crime como ato repetitivo não significa que seja um crime habitual (THOMPSON, 2021).

O sujeito ativo é qualquer um, este é um crime comum. Da mesma forma, o contribuinte pode ser qualquer um. Então é uma dupla criminalidade. É importante notar que quando a palavra "alguém" é usada, o tipo de crime exige uma vítima específica (SERQUEIRA, 2021).

Ressalte-se que os crimes estudados não visam apenas punir "homens que perseguem mulheres", embora sejam as maiores vítimas de tais atos. Nesse caso, constituirá a forma de crime predominante quando motivado pela condição de mulher (§ 1º, inciso II) (CASTRO; SYDOW, 2021).

A nosso ver, o tipo de infração exige que a interferência repetida produza ou possa produzir uma das três condições estabelecidas na cláusula, a saber, (a) ameaça à integridade física ou mental; (b) mobilidade restrita; (c) violação ou perturbação da liberdade ou da privacidade. Portanto, mesmo que o agente não tenha intenção específica de gerar esses resultados, o tipo precisa de sua validação. Portanto, resta comprovar que tipo de choque a vítima sofreu no caso concreto (THOMPSON, 2021). Neste ponto, ressaltamos que, realisticamente, a polícia judiciária e o Ministério Público terão dificuldade em provar algumas dessas situações. Não basta reiterar o comportamento do sujeito ativo, é preciso demonstrar que o sujeito passivo vivenciou uma ou outra situação prevista por repetidas perseguições. Após esse tipo de debate, quando não há ameaça à integridade física, como uma tentativa de agressão (que é fácil de verificar), como justificar uma ameaça à integridade psicológica da vítima? (CASTRO; SYDOW, 2021).

É um crime livre porque o sujeito ativo pode praticá-lo "de qualquer forma". Isso significa que a perseguição repetida pode ocorrer de forma real ou remota. O rastreamento verdadeiro é configurado toda vez que um sujeito ativo se envolve em um comportamento face a face, ou seja, ir a um local público ou privado, ir trabalhar, patrulhar a frente de uma casa, etc. Por outro lado, todo o rastreamento remoto será configurado. Uma vez que o sujeito ativo realiza a ação à distância, é impossível para a vítima vê-la pessoalmente. O rastreamento remoto pode ser feito offline (enviando cartas e flores, tocando música no rádio, organizando entregas de pacotes) ou online

(postando nas mídias sociais, enviando mensagens, fazendo ligações telefônicas, etc.) (THOMPSON, 2021).

A atipia surge como resultado de perseguição e não existe conforme especificado no tipo de crime. No entanto, ponderamos: e se esse comportamento repetitivo, ocorrido na mesma noite, ameaçar a integridade psicológica da vítima? Imagine, no mesmo exemplo, ao sair da festa após repelir o sujeito durante todo o evento, a vítima percebe que o mesmo sujeito está seguindo seus passos na via pública e acredita que será alvo de maior persistência (a) na corrida entre carros na estrada (risco de integridade física); (b) você tem asma (ameaça sua saúde); (c) você tem um colapso nervoso que lhe causa pânico, medo, irritabilidade (destruição) sua integridade mental? Temos pecado? (SERQUEIRA, 2021).

Logicamente, para perturbar alguém, você não precisa se acostumar com isso, não precisa persegui-lo, mesmo que por algum motivo seja necessário repetir o comportamento. O aparelho de leitura não parece exigir que o agente tenha o hábito de perseguir as vítimas, bastando o comportamento repetitivo. O tipo de crime é constituído apenas para (a) repetir o ato e (b) circular capaz de produzir qualquer das circunstâncias previstas pelo tipo (ameaçar a integridade física ou psíquica da vítima; limitar a capacidade de ação da vítima); ou violar ou perturbe a liberdade ou privacidade da vítima) (CASTRO; SYDOW, 2021).

Note que habitual significa acrescentar a um hábito, algo feito da maneira usual, quase um hábito. Em outra reviravolta, ser reiterado significa ser repetido, refazer. Eles não são a mesma coisa. Logicamente, a repetição faz parte do hábito, mas não é cansativo ou confuso. O tipo de crime exige "comportamentos repetitivos", o que não é suficiente para justificar um hábito, mas para configurar o crime em estudo (THOMPSON, 2021).

Conclusão

Falar de *stalking* não é falar de uma realidade única, é variável e multifacetada, pelo que entendemos que a partir do momento em que o *stalker* atua em detrimento dos seus legítimos interesses, deve haver recurso efetivo ao direito penal. Mas isso - exatamente isso - é o que já estava acontecendo em nossa ordem antes que a perseguição fosse estilizada. No entanto, outros atos menos intrusivos e menos restritivos, cujos elementos não constituíam anteriormente um tipo ilegal, devem permanecer neutros em relação às leis punitivas. O Estado tem a obrigação de impedir a evolução da escalada intrusiva e violenta que muitas vezes é combinada com atos de perseguição, mas sem nenhum custo.

Entendemos que o *stalking* é uma condição social relativamente grave, dado o comportamento violento e intrusivo que pode provocar, mas no início de um ataque, os stalkers raramente exibem os contornos obsessivos e perigosos que a mídia às vezes insiste, levando à prática do que é comumente conhecido como contravenção (com pena de até cinco anos de prisão).

Por um lado, dada a escalada do comportamento sexual intrusivo e persistente do stalker para outros tipos de crimes que se aplicam, como invasão de privacidade, invasão de segurança pessoal, ameaças ou violência doméstica e, por outro lado, proteções civis adequadas (através de procedimentos especiais de proteção da personalidade ou Contencioso de Responsabilidade Civil Ordinária) A nosso ver, a intervenção em direito penal acaba por interferir no contexto social em que deve manter-se neutra, podendo recorrer-se ao direito civil para travar o início desta escalada de vítimas de perseguição.

Referências

BRASIL. Decreto de Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Lei 14.132/2021, de 30 de março de 2021 Crime de perseguição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2021/Lei/L14132.htm> Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Lei 14.155, de 27 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/28/lei-com-penas-maisdurascontra-crimes-ciberneticos-e-sancionada>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

CASTRO, Ana Lara; SYDOW, Spencer. Stalking e Cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte: D' Plácido, 2021.

DREBING H; GASS P; SCHULTZ K; KUEHNER C. The prevalence and effects of stalking: a replication study. Dtsch Arztebl Int 2020; 117: 347-53. Disponível em: <https://doi.org/10.3238/arztebl.2020.0347-PMid:32657747-PMCid:PMC7373813> Acesso em: 17 mar. 2022.

GOMES, Filipa Isabel Gromicho. O novo crime de perseguição: considerações sobre a necessidade de intervenção penal no âmbito do stalking. Dissertação de mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2016 Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/41675>> Acesso em: 24 mar 2021

MESTER R; BIRGER M; MARGOLIN J. Stalking. Isr J. Psychiatry Relat Sci. 2016; 43 (2): 102-11. Disponível em: https://cdn.doctorsonly.co.il/2011/12/2006_2_6.pdf Acesso em: 17 mar. 2022.

RAMIDOFF, Mário Luiz; TRIBERTI, Cesare. Stalking: atos persecutórios obsessivos ou insidiosos. Lei Maria Da Penha (11.340/06), Lei Antibullying (13.185/15) e Reforma Penal. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2021.

SIQUEIRA, Marcela Scheuer et al. Crimes virtuais e a legislação brasileira. (Re)Pensando o Direito – Rev. do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. v. 7, n. 13 (2021).

Disponível em <http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/468>. Acesso em: 20 mar. 2022

THOMPSON, Carlos Pereira apud PACHECO, Vitor Pereira. O crime de perseguição: Breves críticas sobre o stalking no Direito brasileiro. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342950/o-crime-de-perseguiacao>. Acesso em: 17 mar. 2022.

WHYTE S; PENNY C; CHRISTOPHERSON S; REISS D; PETCH E. The stalking of psychiatrists. Int J Forensic Ment Health 2016; 10:254-60 <https://doi.org/10.1080/14999013.2011.599097> Acesso em: 17 mar. 2022.

DO CONTRATO DE NAMORO EM ÉPOCA DE PANDEMIA (SARS-COV-2) NO BRASIL

ARIANE FABRICIA VIEIRA DE SOUZA SILVA:

Licenciatura em Letras Português pela
Universidade Federal do Piauí- UFPI

ALZIRA FEITOSA FREIRE PASSOS ¹⁰⁷

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA ¹⁰⁸

(orientadora)

RESUMO: As transformações da sociedade ao longo dos anos estão ligadas às necessidades de pacificação dos conflitos entre as pessoas. Nessa seara de modificações, o impacto inicial é o contexto de inter-relações familiares, já que ocorreram significativas mudanças sobre as formas de constituição da família, além de situações excepcionais (como a pandemia da COVID-19), que restringiram a circulação de pessoas e impôs uma convivência maior em residências, admitindo-se, em princípio, relação semelhante à união estável, mas sem possuir todas as características (como o interesse em constituir família). E, nesse viés, surge a valoração do instituto do namoro, já que seria o meio mais adequado à compreensão do conflito estabelecido. Contudo, o ordenamento jurídico permite a utilização desse instituto para validar essa relação interpessoal? Existe proteção patrimonial em sua celebração? Margeia sobre esse aspecto o presente estudo, que levará a uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial, objetivando não exaurir toda a problemática, mas despertar possíveis conclusões a sua solução. Assim, a presente pesquisa volta-se para o estudo do contrato de namoro sob a perspectiva dos vários tipos de famílias constitucionalizadas e sua importância em época de pandemia, em que utiliza como base para seu desenvolvimento revisão bibliográfica por meio da abordagem indutiva.

Palavras-chave: Família, União Estável, Contrato De Namoro, Proteção Patrimonial, Covid-19.

1 INTRODUÇÃO

A constituição das famílias não se dá somente pelo casamento, mas também pela união estável e família monoparental, conforme estabelecido pelo artigo 226 e parágrafos da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ela trouxe ainda diversas mudanças conforme defendido por DIAS (2016, p. 23), dentre as quais: “Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental”.

¹⁰⁷ Bacharel em Turismo pela Faculdade de Piauiense – FAP.

¹⁰⁸ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Professora da UNIFSA.

Tais evoluções ocorridas no direito de família trouxeram a possibilidade de se estabelecer uma relação familiar, mesmo sem a realização do casamento, sendo exigido apenas a intenção de constituir um núcleo familiar que poderá dar-se através da convivência e, conseqüentemente, da produção de bens entre o casal.

A união estável é um instituto que no decorrer dos tempos sofreu várias alterações. Hoje, para configurá-la a legislação não exige mais o tempo, não precisa ter filhos e muitas vezes nem precisa dividir o mesmo lar. Só é necessária a intenção de constituir família, ou seja, o *animus familiae*.

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, na obra intitulada Manual de Direito Civil (2020, pág. 1.388), conceituam “a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família”.

Asseveram ainda que a união estável não se coaduna com a mera eventualidade na relação, equipara-se ao casamento em termos de relação jurídica e firma-se como forma de família.

Para Paulo Lôbo, citado nessa mesma obra, “O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

Diante de todo esse panorama nasceu a necessidade de distinguir namoro de união estável, na medida em que o contrato de namoro se tornou uma saída para diversos casais que passaram a conviver juntos. Todavia, com isso surgiram outras implicações, como a possível alegação da figura da união estável em caso de rompimento do namoro.

Com o início da pandemia (SARS-COV-2) e a necessidade de isolamento, muitos casais que antes viviam separados resolveram se unir, mas sem o intuito de uma constituição familiar e isso fez com que surgisse a necessidade do uso do contrato de namoro como modo de defesa diante de futuras discussões frente ao que foi constituído durante esse período, uma vez que a união estável e namoro são institutos completamente diferentes.

No namoro não se tem o *animus familiae*, diferentemente da união estável que exige esse requisito, excluídas as formalidades do casamento. Dessa forma, com o fim de resguardar e dar uma segurança jurídica, o contrato de namoro começou a existir no Brasil como uma ferramenta necessária para futuras dissoluções de uniões que não se confundem nem com o casamento, nem com a união estável.

O objetivo, portanto, do presente trabalho é demonstrar que o contrato de namoro é um modo de o casal se proteger de futuras contendas judiciais, visto que, como dito acima, com a

pandemia da covid-19, houve uniões de pessoas que objetivavam apenas a convivência mútua, sem a intenção de casamento, sem o interesse de união estável.

Logo, para que o contrato de namoro possa ter efeitos legais é preciso que o casal se dirija a um cartório de registro para formalizá-lo e assim declarar que apesar de terem uma convivência pública e contínua, eles não têm a intenção de *animus familiae*, conforme vem disposto no artigo 1.723, do Código Civil de 2002.

Ao longo do presente estudo, utilizou-se para melhor compreensão da problemática, por meio da abordagem indutiva, a revisão bibliográfica acerca do tema proposto.

Houve-se, por bem, contemplar abordagens sobre a legislação, bem como posicionamentos doutrinários e entendimentos firmados pelos Tribunais Pátrios, concretizando-se, ao fim do trabalho, conclusões assertivas e gerais acerca do tema abordado.

É importante registrar que o tema tem relevância para a comunidade acadêmica do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA) e para a sociedade ao possibilitar a construção de conhecimentos que possam atenuar as dúvidas sobre o tema abordado, propiciar uma maior conscientização a respeito da evolução do direito de família e destacar a importância do contrato de namoro e seus efeitos na sociedade.

2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA AOS DIAS ATUAIS

O Direito de Família no Brasil tem como um dos seus marcos regulatórios a Constituição da República. Maluf e Maluf (2018) afirmam que a Constituição Imperial de 1824 não fez nenhum tipo de referência importante acerca do Direito de Família.

Os autores afirmam ainda que a Constituição de 1891 trouxe o casamento civil de celebração gratuita e desassociou o matrimônio da religião. A Constituição de 1934, por sua vez, incluiu a indissolubilidade do casamento, destinou um capítulo de destaque à defesa da família, bem como não permitiu que fossem estendidos os efeitos civis ao casamento religioso.

Destacaram que a Constituição de 1937, de cunho fascista, teve como característica manter os mesmos direitos da carta constitucional anterior, tendo acrescentado a igualdade entre os filhos naturais e legítimos. A Constituição seguinte, de 1946, trouxe a equivalência entre o casamento civil e o religioso.

Por fim, Maluf e Maluf (2018) lembram que a Constituição de 1967 não apresentou nenhuma alteração no que tange ao direito de família e que a Constituição de 1988 propiciou uma visão mais ampla do instituto do casamento, reconhecendo, além do casamento civil e religioso com efeitos civis, a união estável e a família monoparental, que serão abordados nos tópicos seguintes.

Nesse mesmo sentido, Pereira (2021, p. 45) salienta que o conceito de entidade familiar foi ampliado pelo artigo 226 da CF/88 quando o Estado reconheceu “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Assim, percebe-se que o direito de família sofreu várias alterações ao longo dos anos no texto constitucional, ampliando-se cada vez mais a tutela garantida pelo Estado.

2.1.1 Famílias Constitucionalizadas

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabeleceu como entidade familiar, além do casamento, a união estável (CF/88, art. 226, § 3º), bem como a família monoparental (CF/88, art. 226, § 4º). Vale destacar, porém, que tais tipos de entidades familiares são meramente exemplificativas, conforme defende Dias (2016). Para a Autora, não se pode excluir, por exemplo, as uniões homoafetivas, sendo assegurado, também, acesso ao casamento.

2.1.2 Casamento

O casamento é instituto conceituado por diversos autores. Inicialmente, vale afirmar que o doutrinador Flávio Tartuce (2018) conceitua casamento como a união de duas pessoas, com o objetivo de constituição de família, tendo por base o vínculo afetivo.

Para o doutrinador Tartuce (2018), casamento é vínculo jurídico entre o homem e a mulher, visando o auxílio mútuo material e espiritual, de modo a haver uma integração fisiopsíquica e a constituição familiar.

O casamento também foi tema abordado pela Constituição de 1988 em seu artigo 226. Nesse artigo, o legislador constitucional destacou diversos aspectos do casamento, tais como: a) o casamento é civil e sua celebração é gratuita, b) nos termos da lei, o casamento religioso possui efeito civil, c) a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, d) pelo divórcio, pode o casamento civil ser dissolvido, dentre outros aspectos.

É importante lembrar que a Carta Magna de 1988, no caput desse mesmo artigo, deixou expresso ser a família a base da sociedade, oferecendo a ela proteção especial do Estado. Vale frisar que a CF/88 traz a família e não o casamento como a base da sociedade, conforme entendimento de Dias (2016).

O Código Civil (BRASIL, 2002), por seu turno, trata do casamento no livro IV – Do Direito de Família, a partir do seu artigo 1.511. Inicialmente, o código estabelece que o casamento tem como finalidade a comunhão plena de vida, tendo por base a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Estabelece ainda que é proibido a qualquer pessoa interferir na comunhão de vida, consagrando assim o princípio da liberdade ou da não intervenção.

Em seguida, trata da concretização do casamento, que ocorre pela manifestação de vontade de estabelecer o vínculo conjugal entre homem e mulher, com a declaração de casados pelo juiz. Trata ainda da equiparação do casamento religioso e civil, desde que registrado em registro próprio.

Ainda tratando do instituto do casamento, Dias (2016) esclarece que casamento tem duplo significado: tanto pode significar o ato de sua celebração, como a relação jurídica por ele originada, isto é, a relação matrimonial. Asevera que o efeito por excelência do casamento é a plena comunhão de vida.

Quanto aos caracteres do casamento, Maluf e Maluf (2018, p. 67) explicita que:

“Vários são os caracteres do casamento. Entre eles podemos destacar a liberdade de escolha do consorte; a solenidade do ato nupcial; ser a lei matrimonial de ordem pública; ser a união permanente e exclusiva.

Por ser o matrimônio um ato que deriva da manifestação mais íntima da vontade das partes, a escolha do parceiro amoroso representa um elemento natural do ato nupcial”.

Vê-se, portanto, que os institutos familiares apresentam cada qual características que os identificam e diferenciam.

2.1.3 União Estável

A união estável constitui outro tipo de entidade familiar, entidade essa muito utilizada na atualidade brasileira e, pela sua importância, equiparada ao casamento.

Por sinal, a própria Carta Magna (BRASIL, 1988) reconhece a união estável como entidade familiar em seu art. 226, § 3º quando afirma que “ Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Nesse sentido, depreende-se que o texto constitucional introduziu um reconhecimento à união estável como entidade familiar proporcionando proteção estatal.

Para Tartuce (2018) havia um tratamento diferenciado entre a união estável e o casamento. O texto constitucional de 1988, contudo, determinou à lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Para esse mesmo autor, no entanto, a equiparação restringe-se aos aspectos sucessórios, visto que diferenças entre as entidades familiares ainda persistem.

O Código Civil (BRASIL, 2002), igualmente, trata da união estável no seu Livro IV, Título III, dos artigos 1.723 a 1.727. De início, reconhece a união estável como entidade familiar caracterizada como convivência pública, contínua e duradoura. Em seguida, afirma que as relações existentes

entre os companheiros têm como deveres a lealdade, o respeito e a assistência e ainda a guarda, o sustento e a educação de filhos.

Estabelece o código civil que aos companheiros aplica-se o regime da comunhão parcial de bens e, por fim, que constitui concubinato as relações não eventuais entre aqueles impedidos de se casar.

Importante anotar que Tartuce (2018) defende que não há prazo mínimo para a constituição da união estável, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto para sua caracterização. E o autor continua afirmando que sequer há a exigência de os companheiros residirem sob o mesmo teto.

Quanto aos requisitos da união estável, Maluf e Maluf (2018, p. 239) expõe que:

“A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, reconheceu como entidade familiar a convivência pública, duradoura e continua entre o homem e a mulher com a finalidade de constituir família; apontou em seu art. 1º, como requisitos para a união estável, a dualidade de sexos, a publicidade, a continuidade, a durabilidade da relação, estabelecendo direitos e deveres de cunho pessoal e patrimonial aos conviventes.

A doutrina ampliou essa conceituação, inserindo a finalidade de constituição da família, a estabilidade, a unicidade de vínculo, a notoriedade, o informalismo, a ausência de impedimentos matrimoniais, a convivência *more uxório*, a *affectio maritalis*.”

Percebe-se, portanto, que as características do casamento e da união estável se assemelham, mas há pontos que os diferenciam.

O Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, na ADIN 4277 e ADPF 132, da relatoria do ministro Ayres Brito, expandiu o conceito de união estável ao incluir a união de pessoas do mesmo sexo.

2.1.4 Família Monoparental

A família monoparental, igualmente é reconhecida como entidade familiar pelo artigo 226, §4, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que diz: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Na lição de Maluf e Maluf (2018) são várias as razões que levam à formação da família monoparental, tais como a viuvez, o divórcio, a separação judicial, a adoção unilateral, entre outros.

É importante salientar que esse tipo de família, na maior parte das vezes, é formada por mulheres e sua prole, especialmente em razão da sua cada vez maior independência financeira, conforme exposto por Maluf e Maluf (2018). Entende-se, portanto, que o estigma da mãe solteira a cada dia torna-se obsoleto e passa a ser uma opção da mulher.

Por fim, vale acrescentar que Madaleno (2021) afirma que, embora a família monoparental seja reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 226, §4º, recebendo a mesma proteção que as demais formas de família, não existe legislação infraconstitucional que lhe atribua direitos e deveres específicos. Sendo assim, são aplicáveis a ela as regras do direito de família.

2.2 União Estável

2.2.1 Conceito

É notório que a sociedade evolui e o Direito, que nasceu junto com a própria civilização, sob a forma de costumes, no momento em que os povos entram na história, revelou-se através dos institutos jurídicos, ainda que, num primeiro momento emaranhados com a moral e com a religião (casamento, propriedade, sucessão, o banimento, dentre outros), tornaram-se obrigatórios no convívio social. Isso se justifica, em virtude da exigência do mínimo de ordem e direção, de regras básicas para regular o convívio humano de forma harmônica.

Na seara das relações familiares, diferentes institutos foram, ao longo de tantos anos, sofrendo mudanças que romperam alguns estigmas religiosos e o próprio padrão geral imposto (como o adotado pelo próprio Estado), e nesse caminhar, a união estável, que sempre se fez presente na sociedade, cresceu e teve seu reconhecimento paulatino frente a sociedade.

Considerando que a legislação civil não aponta uma conceituação direta acerca da União Estável, a par disso, vários doutrinadores a conceituaram, dentre eles:

Lôbo (2021, p. 75) que afirma que:

“A união estável é a entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres”.

No mesmo sentido, o autor Carvalho (2018, p. 54): “A família convencional é a constituída fora do casamento pela união estável, caracterizada pela união informal pública, duradora e contínua do homem e da mulher. Até a constituição de 1988 não possuía previsão legislativa”.

Em tempos difíceis como os que ora a sociedade mundial vivencia, especialmente as mudanças de comportamento das pessoas em relação aos efeitos da Pandemia causada pela COVID-19, cujos efeitos modificaram particularmente as relações humanas, inclusive e especialmente, com o distanciamento social, uniões foram formadas e ante esse cenário de incertezas, muito há a se questionar sobre qual ou quais institutos jurídicos poderiam ser utilizados para resguardar direitos advindos dessa mudança repentina dos costumes (existem instrumentos jurídicos tendentes a proteção patrimonial dos ditos “companheiros”? Essas relações gozam de guarida do direito posto? Até que ponto o ordenamento jurídico pátrio poderia guarnecer uma relação da qual os efeitos dela decorrente não representaria o objetivo da união entre pessoas? Toda e qualquer união que não seja aquela tradicionalmente posta – casamento, necessariamente pode ser tida como união estável? Etc.).

E se, de fato os companheiros pretenderem as mesmas intenções similares ao casamento ou união estável (marido e mulher), contudo, não tenham objetivo de compartilhar patrimônio, estabelecer um prazo para a referida relação, a fim de que somente, oportunamente, se estabelecessem os elementos ensejadores da união estável ou mesmo o casamento.

2.2.2 União Estável no Ordenamento Jurídico

Os países ocidentais ante a forte influência religiosa da igreja católica, que certamente influenciou o Direito de Família, em si, tiveram, durante muito tempo inserido em seus preceitos a legitimidade da família apenas aquela oriunda do matrimônio originalmente reconhecido (casamento). Por isso, outras formas de acepção familiar foram ignoradas e até vistas com influências perniciosas à formação familiar tradicional.

Por outro lado, conflitos emergiram já que diversos reflexos jurídicos se mostraram evidentes e que necessitariam de adequada regulação (pode-se citar: questões relacionadas à filiação; direito a alimentos; insegurança patrimonial; etc.).

Com isso, considerando a necessidade de regular essas “relações jurídicas”, até mesmo porque sequer existia forma regular de dissolução do casamento, o Direito foi chamado a intervir a fim de que soluções aos conflitos fossem apresentadas à sociedade, que não mais poderia reconhecer como ilegítimas ou clandestinas as relações até então não reconhecidas.

Sabe-se que essa realidade social, embora tendo demorado muitos anos, pode-se dizer que apenas nas últimas décadas, no Direito Brasileiro, pôde-se perceber avanços significativos, somente após o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que essas uniões, até então chamadas de concubinato, anteriormente eram reconhecidas apenas por precedentes jurisprudenciais e limitadas apenas a dirimir conflitos sobre aquisição/divisão de bens comuns.

Frise-se ainda, que diversos aspectos limitantes foram impostos ao instituto do concubinato ou às uniões concubinárias (à época entendido como sinônimo de união estável), desde o Código Civil de 1916, que ficou mais ligado aos regramentos do Direito das Obrigações e Sociedades de Fato.

Veja-se que o C. Supremo Tribunal Federal, ante o conjunto de decisões proferidas nos Tribunais Pátrios, em 04 de abril de 1964, sumulou a matéria através do verbete de número 380: Súmula nº 380, STF (BRASIL, 1964): Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Inclusive, sobre a coabitação tratada por alguns autores, a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1964), nesses termos fala: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato.” Ou seja, considerando que já existiam casais que viviam em residências diferentes, pois seus trabalhos para custear as despesas do lar, se encontravam em localização distinta, isso não excluiria o status de união estável.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), importante marco regulatório da união estável, inovou ao prever em seu artigo 226, §3º, a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A partir desse momento, muito embora não se tenha efetivamente alçado a união estável ao patamar jurídico do casamento, o legislador constitucional passou a reconhecê-la como relação capaz de formar a entidade familiar.

A partir de então, surgiram os primeiros dispositivos legais que passaram a dispor sobre a união estável como instituto legal de formação da família, com a Lei nº 8.971/94, que trouxe regulamentado direitos sucessórios e alimentares ao companheiro.

Por outro lado, a referida lei restringiu esses direitos aos conviventes desimpedidos, determinando em seu artigo 1º que “a companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo”, que com ele conviveu há mais de cinco anos ou dele tenha prole, terá direito a alimentos e aos direitos sucessórios nela consignados, sendo reconhecidos, pelo parágrafo único do mesmo artigo, iguais direitos ao companheiro da mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Considerando que se vislumbrou várias omissões na referida Lei (8.971/94), alguns projetos de lei foram aprovados e convertidos na Lei nº 9.278/96 (BRASIL, 1996), prevendo no seu art. 1º, que “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”, afastando o requisito objetivo de convivência por cinco anos da Lei de 1994.

Por fim, o Código Civil (BRASIL, 2002) trouxe contornos mais precisos sobre a união estável em nosso ordenamento jurídico, conceituando-se e dando nova roupagem ao instituto, tal como

previsto no art. 1.723, que prevê o seguinte: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Importante marco é o julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694 pelo STF sob o rito da repercussão geral que declarou inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil que diferenciava o regime de sucessão entre cônjuge e companheiro, estabelecendo a tese de que no âmbito da nossa constituição a diferenciação entre os regimes de sucessão entre as pessoas formalmente casadas e aqueles que se denominam companheiros, há que se curvar ao previsto no art. 1.829 do Código Civil.

Outro importante registro é a decisão do C. Supremo Tribunal Federal acerca do reconhecimento da união estável e do casamento de pessoas do mesmo sexo, através da decisão sobre a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, que reconheceu o direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos. A ADI nº 4277 buscava reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais. A ADPF nº 132 tinha como fundamento que o não reconhecimento feria os preceitos fundamentais da igualdade e liberdade, e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos previstos na Constituição Federal.

Com isso, tendo sido legitimada em nosso ordenamento jurídico a união estável como instituto formal e legal para constituição da entidade familiar, regulados pelo Constituição Federal, Código Civil e a Lei nº 9.278/96, depreende-se ser oportuno declinar a existência de vários requisitos ou pressupostos para sua configuração, de ordem subjetiva e objetiva.

2.2.3 Princípios do direito de família

2.2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, como princípio máximo do direito que diz respeito a cada indivíduo fulcrado nos princípios da intimidade e da privacidade, onde ao Estado cave o ônus de garantir ao indivíduo, que este possa usufruir do controle de sua vida de forma digna e sem sofrer preconceitos ou represálias pelas escolhas lícitas que fizer.

O legislador constitucional, ao elevar a dignidade da pessoa como ápice do ordenamento jurídico, quis ratificar que impedir ou negar a existência de uniões de pessoas e a elas disporem da sua própria vontade quanto ao seu patrimônio, por exemplo, estará o Estado negando ao indivíduo a sua própria dignidade, que não é direito e sim valor intrínseco ao ser humano, pois a dignidade da pessoa humana, segundo CORREIA, A.; CAPUCHO, F. J.; FIGUEIREDO, A. A (2019) que a dignidade humana deve ser núcleo fundante do próprio ordenamento jurídico.

2.2.3.2 Princípio da Intimidade

O princípio da intimidade que igualmente se perfectibiliza como uma extensão da dignidade da pessoa humana, se trata de uma escolha pessoal e íntima do indivíduo (Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal).

Há duas perspectivas que não se pode olvidar: a vida íntima (interior) e a vida privada (exterior), sendo ambos, direitos individuais fundamentais invioláveis perante a lei.

Desta forma, pelo princípio da intimidade pode-se afirmar que se trata de um direito personalíssimo do ser humano de decidir sobre sua própria vida e conseqüentemente sobre seu patrimônio ou sua companhia, devendo o Estado proteger essa escolha, garantindo-se assim a dignidade da pessoa humana.

2.2.3.3 Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade é o fundamento máximo da democracia, é por meio dessa liberdade que podemos usufruir de um Estado democrático de direito e de um sistema jurídico que permite ao cidadão viver de forma livre sem arbitrariedades por parte do Estado.

O princípio da liberdade encontra respaldo no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, que prevê entre outros, o direito fundamental a liberdade.

A liberdade assim como os outros princípios nascidos da dignidade da pessoa humana, também se caracteriza por ser um direito personalíssimo, exercido unicamente pela própria pessoa, do qual derivam os direitos civis, políticos e individuais.

2.2.3.4 Princípio da Afetividade

Como se sabe o afeto é elemento essencial das relações interpessoais, e que tem, por óbvio, estreito enlace com o direito à intimidade garantido pela Carta Magna. Sendo assim, a afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, e daí dar início às relações entre as pessoas, surgindo efeitos direitos nas relações jurídicas.

Não há dúvida que é em decorrência do amor que busca demonstrar o afeto, emergindo-se daí a grande importância do princípio da afetividade, com a finalidade precípua de constituição familiar, uma vez que a afetividade busca aproximar as pessoas e é elemento basilar a formação e estruturação familiar na atualidade.

Portanto, as entidades familiares que tem como base o afeto são merecedoras de proteção total do Estado, através do previsto no art. 226, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde se inserem as famílias heteroafetivas (casamento ou união estável), homoafetivas, monoparentais,

socioafetivas, entre outras, na qual todas consideradas entidades familiares merecedoras de todos os direitos a elas inerentes no nosso ordenamento jurídico.

2.3 Contrato de Namoro

É consabido que, mesmo com todo o arcabouço em nosso Ordenamento Jurídico, é natural ocorrer situações em que os parceiros não tenham, ainda que em determinado momento, a pretensão de constituir família ou que tenha a garantia de incolumidade do seu patrimônio, mas pretendem a permanência da relação por um determinado tempo.

E nesse cenário, como aferir se aquela relação é tida como namoro ou União Estável? De fato, muitos casais têm essa dúvida e, obviamente, convivem em um ambiente jurídico de relativa insegurança.

O tema tem sua significativa relevância em face de que nos dias de hoje é comum um namoro ser tido ou ter status de uma união estável, posto que a legislação não exige de modo expresso que duas pessoas, segundo a constituição "homem e mulher", envolvidas numa relação afetiva devam viver sob o mesmo teto, dispensando prazo determinado.

Por outro lado, precisa-se ter em mente que tipo de relação, efetivamente, existe no caso concreto e quais fatores são relevantes que possam, por exemplo, resguardar direitos patrimoniais em eventual dissolução dessa união ou falecimento de uma das partes. Com isso, é possível identificar se o relacionamento é namoro ou se já se tornou uma União Estável?

A princípio, é preciso fazer a distinção e a identificação de um elemento essencial: a vontade de constituir uma família.

Mais recentemente, Zeno Veloso (2018. p. 313) escreveu sobre o assunto em preciosa obra recém-lançada, que congrega a análise de vários temas abordados por esse grande jurista. Ao tratar do namoro qualificado, o doutrinador nos ensina que para distinguir este instituto dos demais, principalmente, da União estável, é preciso aferir condições importantes como a convivência íntima, sexual, como também regular, a frequência em ambientes de trabalho e festivos, viagens, de forma que para aqueles que participam da vida social do casal se perceba um relacionamento amoroso entre os pares, ratificando-se com isso a percepção de união estável. Por outro lado, embora se contemple todas essas características, há uma particularidade essencial e imperiosa, que consiste no ânimo de "constituir uma família". Pelo que, inexistem tal condição, não há que cogitar o reconhecimento da união estável, com suas consequências.

Há ainda outra premissa que deve ser apontada, a diferenciação entre namoro simples e o namoro qualificado, pois aquele se refere a uma relação de troca de experiências, que pode vir ou não chegar ao matrimônio ou mesmo à união estável e o outro, está mais próximo a uma união

estável, sendo diferenciada por apenas um aspecto subjetivo, o *affectio maritalis*. Enquanto o namoro simples é fácil distinguir da união estável, pois não há semelhança quando comparado a esse instituto (ALMEIDA, 2018, p. 37).

A esse respeito já existem diversas decisões judiciais que trazem em seu bojo os elementos a serem considerados, que distinguem o namoro da união estável, senão veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E POSTERIOR DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DE BENS E DANOS MORAIS. OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE NAMORO QUALIFICADO. APELO DESPROVIDO. 1) A união estável se caracteriza pela pública e contínua convivência de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família, conforme disposto no art. 1º da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. 2) A existência de “namoro qualificado” é insuficiente para configurar união estável, se ausentes outros elementos que demonstrem o propósito de constituir família. (TJAP – APL: 00082359620178030002 AP, Relator: Desembargador EDUARDO CONTRERAS, Data de Julgamento: 22/08/2019, Tribunal) (AP, 2019).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - AGRAVO RETIDO - INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO - NÃO CONHECIMENTO - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA, DURADOURA E COM O OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - PROVA INSUFICIENTE - CONFIGURAÇÃO DE NAMORO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil, não há conhecer do agravo retido quando ausente expresso pedido nas contrarrazões. 2. O reconhecimento da união estável, conforme inteligência dos art. 226, § 3º, da CF/88 e art. 1.723 do CC, reclama prova da convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. 3. A eventual coabitação e a constatação de vínculos de afeto são insuficientes para a configuração da entidade familiar, sendo mister a presença concomitante dos pressupostos supra mencionados. 4. Restando patente que o relacionamento do casal era um namoro, a improcedência do pedido é medida que se impõe. 4. Recurso não provido. 5. Sentença mantida. (TJ-MG - Apelação Cível: AC 10778060153252001 MG, Relator: Raimundo Messias Júnior, Data de julgamento. Ementa: 25/03/2014, Câmaras Cíveis, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/04/2014) (TJMG, 2014).

De fato, tem-se discutido com mais relevância no direito das famílias e no direito contratual sobre a possibilidade ou impossibilidade de criação do dito contrato de namoro, isso se justifica pelo fato de haver divergências na jurisprudência e na própria doutrina acerca do tema.

Mesmo assim, ainda que considerando essas relativas divergências, alguns entendimentos passaram a ser modificados com o advento da pandemia da Covid-19, considerando que, a partir desse contexto, houve uma necessidade de ampliação, suspensão e flexibilização das regras do direito, pois as relações se modificaram ou precisaram adequar-se a outras rotinas da convivência entre os parceiros.

Diante desse cenário, devido aos pedidos judiciais de reconhecimento judicial de união estável, os casais tem feito a opção do contrato de namoro, visando assegurar, para um ou ambos, a certeza de que não caracterizam uma união estável, para que com isso se impeçam os efeitos patrimoniais inerentes a esta relação.

2.3.1 Contrato de Namoro em Época de Pandemia

Desde o início da pandemia no Brasil houve a necessidade das pessoas se adaptarem a uma nova realidade, pois esse fato implementou uma rotina nova em suas vidas, em especial nos casais, na suas formas de convivência, de trabalho, de socialização, de estudo, etc. Diante disso, com o intuito de manter o isolamento social ou até mesmo diminuir gastos, alguns casais de namorados passaram a conviver juntos.

Logo, o contrato de namoro passou a ser um instrumento de grande relevância para análise do caso concreto ao possibilitar aos casais resguardar a sua autonomia da vontade de não formar família, o seu direito à dignidade da pessoa humana e a comprovação da inexistência de compromisso de mútua assistência, além de ver garantido o seu do direito de escolher ser ou não ser tutelado pelo Estado quando o assunto envolver a sua intimidade.

O quadro fático atual se enquadra fortemente nas relações que se iniciaram no período pandêmico (COVID-19) em que muitos casais se aproximaram ainda mais, devido ao isolamento social e as medidas governamentais de circulação das pessoas, e que permaneceram sobre o mesmo ambiente, mas que não necessariamente pretendiam afirmarem-se como companheiros no âmbito da relação de união estável ou mesmo pretensões imediatas de matrimônio.

Registre-se que muitos casais passaram a dividir a mesma moradia e, como dito acima, embora não seja requisito é um meio de prova que é levado em consideração quando das decisões judiciais pelos magistrados do juízo de Família.

A origem do contrato de namoro ainda é desconhecida, no entanto sabe-se que seu surgimento é graças as alterações ocorridas na lei de união estável, que extinguiu o prazo de convivência e, também, a prole em comum, sendo assim muito se assemelhou ao namoro.

Tânia Nigri (2022, p. 20), em seu livro Contrato de namoro, diferencia o namoro da união estável por meio da análise dos elementos que os identificam e explica que apesar do contrato de namoro ser conhecido com esse nome, ele configura-se apenas como “uma declaração de vontade do casal, com o intuito de firmar um acordo de vontades que deve se manifestar de forma livre e espontânea, sem vícios e que futuramente possam evitar o reconhecimento de uma união estável”.

Sobre o contrato de namoro esclarece ainda Farias e Rosenvald (2019, p. 528), que o intuito principal de se fazer um contrato de namoro é o de descaracterizar a união estável, bem assim, a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade de seus respectivos patrimônios, em busca de segurança jurídica (Teixeira e Tepedino, 2020, p.188).

Tendo sido firmado uma escritura pública de namoro, o casal pode evitar os efeitos da União Estável, por exemplo, definir, se assim pretenderem, a possibilidade de partilha de bens adquiridos durante a vigência da relação, pensão, direitos sucessórios em caso de falecimento, entre outros.

Mas o que é preciso esclarecer é que se o relacionamento contiver os requisitos da união estável e o casal fizer o contrato de namoro para não incidir os efeitos da união estável o contrato será considerado inválido. Sendo esse igualmente o entendimento de Tartuce (2018), quando afirma ser nulo o contrato de namoro quando houver uma união estável entre as partes.

Posto isso, é salutar afirmar que o contrato de namoro se mostra como uma forma válida e viável de retratar a realidade dos fatos do relacionamento vivenciado na pandemia, e assim, trazer garantias seja no âmbito patrimonial seja no âmbito das relações pessoais, servindo-se, igualmente, como instrumento de prova de não reconhecimento de uma possível união estável futura.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo foram abordados os aspectos relevantes sobre a união estável (com suas características e princípios), o contrato de namoro, marcos históricos relativos às mudanças e conflitos acerca dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, que tem levado significativa insegurança sobre o assunto e, em especial, a necessidade de uma previsão legal acerca do alcance, requisitos e efeitos do contrato de namoro, a fim de dirimir eventuais dúvidas relacionadas ao seu enquadramento legal no âmbito do direito de família.

Verificou-se que, por conta dos efeitos de uma situação pandêmica mundial, fatores relacionados a necessidade de isolamento social e a convivência mais duradoura revelou-se imprescindível uma salutar análise evolutiva no conceito de relacionamento, devendo o mesmo ser

compreendido juridicamente de forma sistêmica, a fim de conferir validade as tratativas firmadas em nosso ordenamento pátrio.

À luz do que se verificou, a existência formal do contrato com todas as suas formalidades legais, deve conferir maior segurança aos contratantes. Por outro lado, aliado ao embasamento jurídico (considerando as formalidades típicas de um contrato, pois inexistente amparo legal específico), viu-se a importância decisiva da análise do caso concreto, pois embora lastreado o contrato na boa-fé e na *donimus animus* das partes, além da vontade de não haver comunhão de bens com o relacionamento, há necessariamente que verificar a comprovação dos referidos elementos, sob pena de se entender como fraude o referido pacto de namoro, ainda que contendo todas as formalidades legais típicas.

De outra forma, é indubitável que o contrato de namoro é uma alternativa juridicamente viável para aqueles que não tem a intenção de constituir família e pretendem evitar problemas presentes e futuros, além de preservar seus bens materiais e seus descendentes. É sim, um importante instrumento de prova capaz de desconstituir uma eventual alegação de reconhecimento de união estável, conferindo maior segurança aos interesses dos contratantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

ALMEIDA, A. F. de. **O papel da *affectio maritalis* na configuração da união estável**: Comentários ao REsp. 1.454.653. Disponível em . Acesso em: 02 Maio 2022.

CARVALHO, D. M. de. **Direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CORREIA, A.; CAPUCHO, F. J.; FIGUEIREDO, A. A. V. **Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma visão crítica**. In: Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Juan (Coordenadores). São Paulo: Manole, 2019.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. livro eletrônico. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Acesso em: 03 de abr. 2022.

FARIAS E ROSENVALD. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Volume 6. 11 edição. Editora Juspodvim, 2019.

FREIXO, M. J. V. **Metodologia científica: fundamentos, métodos e técnicas**. Editora Instituto Piaget, Lisboa, 2010.

GIL, C. A. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. ISBN 85-224-3169-8. Editora Atlas, São Paulo, 2002.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro** v 6 - direito de família. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590210/>. Acesso em: 02 Maio 2022.

LÔBO, P. L. N. **DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS** v. 5. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593655/>. Acesso em: 02 maio 2022.

MADALENO, R. **Manual de Direito de Família** . São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642489/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. do R. F. D. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MELLO, C. A. B. de. **Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 4ª ed, São Paulo: Malheiros, 2021.

PEREIRA, R. da C. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEIXEIRA, A. C. B.; TEPEDINO, G. **Direito de família** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELOSO, Z. **Direito Civil: temas**. Belém: ANOREGPA, 2018. p. 313.

Tribunal de Justiça do Amapá. TJ-AP. **Apelação**. Ementa: Disponível em.: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751009587/apelacao-apl-82359620178030002-ap/inteiro-teor-751009589>. Acesso em: 03 de maio de 2022.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJ-MG. **Apelação**. Ementa: Disponível em.: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113830563/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024096913413004-belo-horizonte/inteiro-teor-1113830569>. Acesso em: 03 de maio de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 380**. Disponível em.: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>. Acesso em: 03 de maio de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 382.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>. Acesso em: 03 de maio de 2022.

STOLZE, P.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de direito civil** V. Ú. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NIGRI, T. **Contrato de namoro**. São Paulo: Editora Blucher, 2021. E-book. ISBN 9786555062052. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555062052/>. Acesso em: 18 out. 2022.

AS PENAS APLICADAS AO SERIAL KILLER PERANTE O DIREITO PENAL BRASILEIRO

MICHELLY CAVALCANTE COUTINHO:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

ALEXANDRE ORION REGINATO¹⁰⁹

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo conceituar o que é um *serial killer*, trazendo uma análise sobre seu *modus operandi*, bem como, os crimes mais comuns praticados por esses indivíduos. Partindo dessa análise, o enfoque principal deste estudo consiste em destacar as penas aplicadas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, através da matéria referente ao concurso de crimes, destacando se os delitos praticados configuram a modalidade de concurso material, concurso formal ou crime continuado. Além disso, para tratar desta temática, também serão utilizados como objeto de estudo os crimes praticados por alguns indivíduos considerados como *serial killer* no território brasileiro.

Palavras-chave: Serial killer, Modus operandi, Penas, Concurso de Crimes.

ABSTRACT: The present work aims to conceptualize what a serial killer is, bringing an analysis of its modus operandi, as well as the most common crimes committed by these individuals. Based on this analysis, the main focus of this study is to highlight the penalties applied within the Brazilian legal system, through the matter related to the concurrence of crimes, highlighting whether the crimes committed configure the modality of material contest, formal contest or continued crime. In addition, to address this issue, crimes committed by some individuals considered to be serial killers in Brazilian territory will also be used as an object of study.

Keywords: Serial killer, Modus operandi, Feathers, Crime Contest.

1 INTRODUÇÃO

O termo *serial killer* é utilizado para descrever o que chamamos de assassino em série. No sentido geral da palavra, o que é um *serial killer*? Como ele costuma agir? Quais são os crimes mais comuns praticados por esses indivíduos? E o principal, como nosso ordenamento jurídico aplica sanções a esses indivíduos? O presente estudo visa esclarecer todos esses questionamentos.

Considera-se *serial killer*, o indivíduo que comete uma série de crimes com determinada frequência. A criminóloga Ilana Casoy define o *serial killer* como um indivíduo que comete uma série de homicídios durante um período determinado, tendo pelo menos alguns dias de intervalo

¹⁰⁹ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

entre eles, sendo este espaço de tempo o que diferencia esses indivíduos e os assassinos em massa. (CASOY, 2014)

Devemos destacar que o *serial killer* possui uma forma de agir e executar suas ações, onde costuma seguir e adotar os mesmos procedimentos. Essa prática adotada pelo *serial killer* é chamada de *modus operandi*, configurando o meio pelo qual esses indivíduos organizam e desenvolvem suas atividades. (PEREIRA, 2020)

Partindo desse pressuposto, para analisar as penas aplicadas a esses indivíduos devemos compreender a matéria referente ao concurso de crimes. Essa matéria está relacionada diretamente à dosimetria da pena privativa de liberdade, sendo de extrema importância a sua análise no momento da aplicação da pena.

Por conseguinte, através deste trabalho busca-se apresentar um estudo acerca dos indivíduos considerados como *serial killer*, bem como a matéria referente ao concurso de crimes, sendo indubitável sua análise quanto à compreensão das penas aplicadas aos crimes praticados por *serial killer*, tendo em vista, que a mesma é responsável por definir a pena a ser aplicada a esses indivíduos.

2 O SERIAL KILLER

O termo "*serial killer*" foi utilizado originalmente pelo agente do FBI, Robert Ressler, em 1970, a partir de sua experiência entrevistando vários criminosos considerados assassinos em série. Seu trabalho consistia em entrevistar alguns dos *serial killers* mais famosos da época, com o intuito de compreender os motivos que impulsionavam esses indivíduos na prática de seus crimes. (PAULA, 2021)

Para conceituar o que é um *serial killer*, Renato Posterli descreve:

Do inglês to kill – killed – killed (matar); daí, killer (matador, assassino). A palavra "assassino", por sua vez, origina-se do persa (e árabe). Da palavra persa hashishin (haxixe) nasceu o termo hashishin, origem do vocábulo assassino, que em francês é assassin. (POSTERLI, 2001, p. 113)

A criminóloga Ilana Casoy traz a seguinte definição para o *serial killer*:

Aceitamos como definição que *serial killers* são indivíduos que cometem uma série de homicídios durante algum período de tempo, com pelo menos alguns dias de intervalo entre esses homicídios. O intervalo entre um crime e outro os diferencia dos assassinos de massa, indivíduos que matam várias pessoas em questão de horas. (CASOY, 2017, p. 22)

Nesse mesmo sentido, Schechter, cita uma definição apresentada pelo Instituto Nacional de Justiça dos Estados Unidos, a fim de esclarecer o que seria um assassino serial:

Uma série de dois ou mais assassinatos cometidos como eventos separados, geralmente, mas nem sempre, por um criminoso atuando sozinho. Os crimes podem ocorrer durante um período de tempo que varia de horas a anos. Muitas vezes o motivo é o psicológico e o comportamento do criminoso e as provas materiais observadas nas cenas dos crimes refletem nuances sádicas e sexuais. (SCHECHTER, 2006, p.76).

Sabendo que existem amplas definições para o que chamamos de *serial killer*, Ilana Casoy destaca como primeiro obstáculo na busca dessa definição, o fato de algumas pessoas precisarem ser mortas para que esses indivíduos sejam assim reconhecidos. Enquanto alguns estudiosos acreditam que cometer dois assassinatos já torna o indivíduo um *serial killer*, outros afirmam que pelo menos quatro pessoas devem ter sido assassinadas. Contudo, o diferencial entre o *serial killer* e um assassino comum vai além da quantidade de vítimas. (CASOY, 2017)

Além de compreender o que é um *serial killer* devemos analisar alguns traços importantes através de seu comportamento, sendo um deles a necessidade do controle sobre a vítima, bem como o ato de reencenar a cena do crime, para que dessa forma possamos entender a sua motivação.

Na tentativa de explicar a motivação dos crimes praticados por um *serial killer*, Ilana Casoy descreve:

O motivo do crime ou, mais exatamente a falta dele é muito importante para a definição de um assassino como serial. As vítimas parecem ser escolhidas ao acaso e mortas sem nenhuma razão aparente. Raramente o *serial killer* conhece sua vítima. Ela representa, na maioria dos casos, um símbolo. Na verdade, ele não procura uma gratificação no crime, apenas exercita seu poder e controle sobre outra pessoa, no caso a vítima. (CASOY, 2017, p. 22)

Nessa perspectiva, John Douglas detalha como motivação para esses crimes, a emoção da caçada, não importando as características da vítima, podendo ser crianças, mulheres ou qualquer outro grupo. (DOUGLAS, OLSHAKER, 2017)

É importante destacar que o *serial killer* ao cometer os seus crimes busca ter sempre o controle sobre a situação, o que em sua maioria só ocorre com a morte da vítima ou através de práticas que a desvalorize.

À vista disso, Ilana Casoy aponta:

Para o *serial killer*, a fantasia provê sua necessidade de controle sobre a situação. Em homicídios em série, o assassinato aumenta a sensação de controle do assassino sobre a vítima. Ele estabelece um comportamento que tem a intenção de demonstrar, sem sombra de dúvida, que está no controle. (CASOY, 2017, p. 28)

Outra característica que o *serial killer* possui está associada a sua necessidade de reencenar a cena do crime, como forma de alimentar a sua fantasia. Após praticar os seus crimes, esses indivíduos buscam de alguma forma revivê-los.

Um dos métodos mais comuns de reencenação é quando indivíduo guarda objetos pessoais de suas vítimas. Podemos citar como exemplo, o assassino Jerry Brudos, que ao ser capturado pela polícia foram recolhidos vários objetos pessoais de suas vítimas, dentre eles se encontravam sapatos, coleção de roupas e até mesmo partes de seus corpos. (CASOY, 2014)

Outro método bastante utilizado como reencenação consiste no ato de colecionar fotografias de suas vítimas nuas ou em situações degradantes após a prática de alguns dos seus crimes, como é o caso do *serial killer*, Jeffrey Dahmer, que além de colecionar fotos, também foram encontrados em seu apartamento partes dos corpos de algumas de suas vítimas. (CASOY, 2014)

Vale destacar, que esses indivíduos conseguem desenvolver uma personalidade completamente dissociada de sua realidade para que assim consigam conviver no meio social ou até mesmo com a finalidade de desenvolver um contato com suas vítimas.

Nesse contexto, Ilana Casoy descreve:

A dissociação que fazem de seus crimes enquanto estão em um contexto social é tão profunda que muitos *serial killers*, quando presos, negam sua culpa e alegam inocência com convicção. (CASOY, 2017, p. 29)

A dissociação faz com que esses indivíduos criem um perfil de uma pessoa completamente normal, conseguindo ter esposa, filhos e até mesmo um emprego. O *serial killer* sabe que sem camuflar a sua verdadeira personalidade não seria possível conviver na sociedade sem ser preso de imediato, o que deixa claro a sua consciência em relação ao seu comportamento.

Em suma, podemos dizer que para que um indivíduo seja considerado um *serial killer* não basta apenas que uma pessoa seja assassinada, devemos analisar a complexidade desses eventos, bem como, algumas características acerca desses indivíduos levando em consideração o padrão desses assassinatos, analisando seu modo de agir e executar suas ações.

3 MODUS OPERANDI E CRIMES MAIS COMUNS PRATICADOS POR SERIAL KILLER

3.1 Modus operandi e assinatura

No geral, o *serial killer* possui algumas características peculiares que os distingue dos outros assassinos. Esses indivíduos costumam adotar um modo de agir e executar suas ações, na maioria das vezes seguindo os mesmos procedimentos. Essas características são o seu *modus operandi* e sua assinatura.

O *modus operandi* pode ser definido como a forma que o indivíduo organiza e/ou desenvolve seus crimes, ou seja, é a maneira de agir do assassino. Geralmente esses indivíduos costumam agir da mesma forma em todos os seus crimes, adotando sempre as mesmas práticas.

Diante disso, John Douglas traz a seguinte definição para o *modus operandi*:

Modus operandi, ou MO, é um comportamento adquirido. É o que o criminoso faz para cometer o crime. É algo dinâmico, ou seja, pode ser mudado. A assinatura, um termo que criei como uma distinção em relação ao MO, é o que o criminoso precisa fazer para se satisfazer. É algo estático: não pode ser alterado. (DOUGLAS, OLSHAKER, 2017, p. 249)

A criminóloga Ilana Casoy descreve que o *modus operandi* pode ser estabelecido ao observar a arma utilizada no crime, a vítima selecionada, bem como a forma em que esses indivíduos agem. (CASOY, 2017)

Por outro lado, a assinatura pode ser classificada como a marca registrada de um *serial killer*, sendo considerada como um traço de seu comportamento responsável por fornecer informações sobre o indivíduo.

Nesse sentido, Ilana Casoy descreve:

A assinatura é sempre única, como uma digital, e sempre está ligada à necessidade de o criminoso serial cometer o crime. Ele precisa expressar suas violentas fantasias e, quando atacar, cada crime terá sua expressão pessoal ou ritual particular baseada em suas fantasias. Só matar não satisfaz a necessidade do transgressor e ele fica compelido a proceder a um ritual completamente individual. (CASOY, 2017, p. 63)

Deve-se destacar que *modus operandi* e assinatura são características distintas, estando o *modus operandi* relacionado à forma de praticar esses crimes, não possuindo tanta ligação com o tipo de assassino. Contudo, a assinatura está relacionada ao seu traço psicológico, sendo considerado um dos meios para traçar o seu perfil.

Na tentativa de diferenciar esses institutos, Ilana Casoy conceitua:

Modus operandi é o comportamento prático. É o que o criminoso faz de necessário para cometer o crime e é dinâmico, podendo mudar e melhorar conforme sua experiência.

“Assinatura” é o que o criminoso faz para se realizar psicologicamente, é produto de sua fantasia e é estática, não muda. (CASOY, 2017, p. 64)

Ante o exposto, é notório que apesar de serem dois elementos diferentes, o *modus operandi* e a assinatura constituem algumas das características de um *serial killer*, estando presentes na prática de seus crimes, sendo útil para traçar o perfil desses criminosos.

3.2 Crimes mais comuns praticados por *serial killer* e sua tipificação no ordenamento jurídico brasileiro

Para mencionar certos crimes praticados por esses indivíduos, iremos analisar aqueles cometidos por alguns *serial killers* bem conhecidos na atualidade.

Ted Bundy, *serial killer* mundialmente conhecido e Francisco de Assis Pereira, ou apelidado como maníaco do parque, sendo este último um assassino brasileiro, são conhecidos pela prática dos crimes de homicídio qualificado, estupro e outros delitos. Além disso, Bundy também sequestrava suas vítimas e, em outros casos, costumava tortura-las. (SOUZA, 2022)

Nesse mesmo sentido, Edmund Kemper, outro *serial killer*, matava suas vítimas e fazia sexo com seu cadáver (SAIBRO, 2022). Nosso ordenamento jurídico tipifica essas mortes como homicídio qualificado. Por outro lado, Kemper também praticava o que nosso Código Penal tipifica como vilipêndio de cadáver, além de cometer atos de necrofilia.

Partindo desse pressuposto, na lista de alguns dos crimes mais comuns podemos destacar: homicídio qualificado, estupro, tortura, vilipêndio de cadáver, dentre outros.

3.2.1 Homicídio qualificado

Esse crime está tipificado no art. 121, §2º do Código Penal. O presente dispositivo estabelece as qualificadoras do crime de homicídio. Diante disso, podemos destacar como principais qualificadoras em um crime cometido por *serial killer*: a) o motivo fútil, tendo vista que esses indivíduos matam sem razão aparente; b) o emprego de fogo, asfixia, tortura ou outro meio cruel, sendo a tortura e o meio cruel uma das práticas mais adotadas por esses criminosos, tendo a vista a sua necessidade de obter controle sobre a vítima; c) por meio de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro meio que torne impossível a defesa da vítima, sendo a dissimulação uma das práticas mais adotadas. Nesse caso, podemos citar como exemplo o maníaco do parque, *serial killer* que se identificava como caça-talento e atraía suas vítimas para fazer uma sessão de fotos.

3.2.2 Estupro

Tipificado no art. 213 do Código Penal, o crime de estupro ocorre quando a vítima é constrangida mediante grave ameaça a ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com o indivíduo. Esse é um crime praticado com muita frequência por um *serial killer*, pois na busca de estabelecer o controle sobre a vítima, esses indivíduos costumam adotar práticas que a desvalorize, sendo esse objetivo alcançado por meio de sexo doloroso ou forçado com a mesma.

3.2.3 Tortura

A tortura está tipificada na Lei 9455/97 na qual dispõe sobre algumas práticas que podem ser consideradas como tortura. O art. 1º, inciso II dessa lei dispõe como uma das formas de tortura: “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”. Destarte, é possível perceber que o crime de tortura praticado por um *serial killer* utiliza sempre o emprego da violência, alguns chegam até mesmo a amarrar suas vítimas. Podemos citar como exemplo, Dennis Rader, auto-intitulado como BTK, que significa “amarrar, torturar e matar”, assim conhecido pela prática de seus crimes que consistia em torturar suas vítimas e mata-las.

3.2.4 Vilipêndio de cadáver

Esse crime está tipificado no art. 212 do Código Penal. Essa conduta está ligada diretamente ao ato de desprezar e ultrajar o cadáver da vítima. Sabemos que após matar as suas vítimas, o *serial killer* costuma mutilar os seus corpos, dissecar, entre outros atos. Em alguns casos, o *serial killer* costuma fazer sexo com o cadáver de suas vítimas praticando o que chamamos de necrofilia, contudo, a sua tipificação ainda é uma discussão doutrinária.

4 CRIMES PRATICADOS POR SERIAL KILLERS BRASILEIROS

Conforme já apresentado, podemos destacar que no Brasil foram cometidos crimes por assassinos considerados *serial killer*. Apesar do número de crimes no Brasil não se comparar com os números apresentados por outros países, como nos Estados Unidos, onde se encontram 70% desses assassinos em série, no Brasil ocorreram crimes dessa natureza, em que sua maioria tornou-se notória. (CASOY, 2017)

A seguir, serão apresentados alguns assassinos em série brasileiros, onde seus crimes chocaram o país e despertou um sentimento de desespero na sociedade. Dentre esses nomes podemos destacar: Francisco da Costa Rocha (Chico Picadinho), Francisco de Assis Pereira (Maníaco do Parque) e Pedro Rodrigues Filho (Pedrinho Matador).

4.1 Chico Picadinho

Francisco da Costa Rocha, conhecido como Chico Picadinho, apelido que recebeu na prisão, foi condenado pelos crimes de homicídio, esquartejamento e estupro das vítimas Margareth Suida e Ângela Silva. Ambas foram encontradas mortas e esquartejadas. (MAGALHÃES, 2021)

Suas vítimas costumavam fazer programas sexuais, situação em que o assassino aproveitava para se aproximar e após o ato sexual costumava espanca-las e estrangulá-las, além de mata-las.

Preso pelo seu primeiro crime no ano de 1966, Chico Picadinho foi condenado a 18 anos de reclusão pelo crime de homicídio qualificado, somados a 2 anos e 6 meses pela prática de destruição do cadáver. Dois anos após ser liberado da prisão por bom comportamento, cometeu o seu segundo crime. No primeiro momento, foi considerado semi-imputável, levando em consideração a tese da defesa, que alegava que Chico Picadinho sofria de insanidade mental. O assassino acabou sendo condenado a pena de 22 anos e 6 meses de reclusão, sendo submetido à Casa de Custódia de Tratamento de Taubaté com a finalidade de tratar a sua insanidade mental.

4.2 Maníaco do Parque

Francisco de Assis Pereira ou chamado de Maníaco do Parque foi um *serial killer* brasileiro que ficou conhecido pelos seus crimes brutais. Em 1998 ocorrerem uma série de crimes no Parque do Estado de São Paulo, localizado na região sul da capital, onde sete mulheres foram encontradas mortas e com sinais de abuso sexual. (LIENEMANN, 2022)

O assassino costumava atrair suas vítimas se identificando como caça talentos de uma revista, e assim, as convidava para realizar uma sessão de fotos em um ambiente ecológico e na ocasião oferecia um excelente cachê. O *serial killer* ainda afirmou durante um interrogatório, que convencer as vítimas era uma tarefa muito fácil. Vale destacar que, as vítimas costumavam ser atraídas pela proposta de emprego.

Condenado pelos crimes de homicídio, estupro, ocultação de cadáver, entre outros, o *serial killer* recebeu a pena de 268 anos de prisão. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro na época previa a duração máxima de 30 anos para a reclusão de um indivíduo, desse modo, não é possível ultrapassar o limite legal no cumprimento da pena. Vale ressaltar, que o Maníaco do Parque continua cumprindo a sua pena até os dias atuais.

4.3 Pedrinho Matador

Considerado o maior *serial killer* do Brasil, Pedro Rodrigues Filho, conhecido como Pedrinho Matador, alegou ter matado mais de 100 pessoas com a justificativa de que as considerava pessoas ruins. O *serial killer* até possui uma tatuagem no seu antebraço direito com a seguinte frase: "mato por prazer". (BAVARESCO, 2021)

Começando a praticar o seus crimes com 14 anos de idade, Pedrinho matador foi responsável pela morte de seu pai enquanto ambos estavam na prisão. Devemos destacar que, Pedro também foi responsável pela morte de vários detentos durante o período em que esteve preso. Esse indivíduo costumava matar suas vítimas usando uma faca, contudo, algumas eram mortas tendo seu pescoço quebrado.

A criminóloga Ilana Casoy, durante uma entrevista com Pedro para sua obra "*Serial Killers: Made in Brasil*", descreve:

[...] Por que ele matava? Mais uma vez a possibilidade da resposta ser mais simples do que aparenta: matar, para esse homem, faz parte de sua história

familiar. Avós e pais mataram, sentindo-se plenamente justificados em seus atos. Ele sabe que é errado, mas não sente remorso. Comenta que já foi castigado, já cumpriu sua pena e agora tem direito à liberdade. (CASOY, 2017, p. 661)

Preso em 1973, aos 18 anos, viveu boa parte de sua vida na prisão, tendo sua liberdade concedida no ano de 2007, devido sua pena ter sido aumentada para quase 400 anos. O *serial killer* foi preso novamente em 2011, condenado pelos crimes de motim e cárcere privado, e se encontra em liberdade atualmente, após ter cumprido 42 anos de pena. (BORGES, 2022)

5 AS PENAS APLICADAS PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO NOS CRIMES PRATICADOS POR SERIAL KILLER

Para fazer uma análise das penas aplicadas é necessário entender a modalidade de concurso de crimes para que assim entendamos o instituto da aplicação das penas, tendo em vista, que cada modalidade de concurso de crimes traz em si um método na aplicação da pena, dentro da fase da dosimetria.

5.1 Concurso de Crimes

Essa matéria está regulada no Código Penal, nos arts. 69 a 71, sendo responsável por dividir as espécies de concursos de crimes em três modalidades: material, formal e crime continuado.

Para entender melhor essa matéria, Rogério Sanches cita Bitencourt:

O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções. Logicamente que a pena a ser aplicada a quem pratica mais de um crime não pode ser a mesma aplicável a quem comete um único crime. Por isso, foram previstos critérios especiais de aplicação de pena às diferentes espécies de crimes. (BITENCOURT apud CUNHA, 2019, p. 563)

Nesse mesmo sentido, Fernando Capez (2020), define concurso de crimes como: "ocorrência de dois ou mais delitos, por meio da prática de uma ou mais ações." (CAPEZ, 2020, p. 910)

Como já mencionado, o concurso de crimes pode manifestar-se sob três modalidades. Veremos a seguir como funciona cada uma delas, bem como, o sistema de aplicação das penas mais adiante.

5.1.1 Concurso material

Tipificado no art. 69 do Código Penal, o concurso material é definido pela ação ou omissão do agente, que pratica dois ou mais crimes, sejam eles idênticos ou não.

Nessa acepção, Cleber Masson conceitua: “Há pluralidade de condutas e pluralidade de resultados. O agente, por meio de duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, pouco importando se os fatos ocorreram ou não no mesmo contexto fático.” (MASSON, 2019, p. 1085)

5.1.2 Concurso formal

Para entender essa modalidade de concurso, Fernando Capez apresenta como conceito:

O agente, com uma única conduta, causa dois ou mais resultados. Na realidade, o concurso formal implica a existência de dois ou mais crimes, que, para efeito de política criminal, são apenados de maneira menos rigorosa. (CAPEZ, 2020, p. 912)

Em resumo, o concurso formal está previsto no art. 70 do Código penal e possui como requisito para o reconhecimento dessa modalidade, a prática de uma única conduta e que da mesma resulte dois ou mais fatos típicos. Além disso, devemos destacar que a doutrina classifica essa modalidade em quatro espécies: homogêneo, heterogêneo, perfeito e imperfeito.

5.1.3 Crime continuado

O crime continuado ou mais conhecido como, continuidade delitiva, tem sua previsão legal estabelecida no art. 71 do Código Penal.

Em vista disso, Fernando Capez conceitua:

É aquele no qual o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, os quais, pelas semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução e outras, podem ser tidos uns como continuação dos outros. (CAPEZ, 2020, p. 918)

Se tratando dos crimes praticados por um assassino serial, é possível observar que a modalidade de crime continuado não se insere como aquela adotada nos delitos praticados por esses indivíduos.

Nesse sentido, faz-se necessário observar a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

(...) às séries delituosas com diferença de meses, não se reconhece a continuidade delitiva, mas sim a hipótese de reiteração criminosa, em que se aplica a regra do cúmulo material, pois a habitualidade não pode ser confundida com continuidade, eis que nesta, a sucessão de crimes é circunstancial, enquanto que naquela a reiteração de condutas reflete a

atividade criminosa como *modus vivendi* do agente (TJPR; ApCr 0639055-2; Terceira Câmara Criminal; Curitiba; Rel. Des. Edvino Bochnia; DJPR 10/09/2010; Pág. 302)

Para compreender a modalidade de concurso em que os crimes cometidos por um *serial killer* se encaixa, vale mencionar o seguinte exemplo citado por Rogério Sanches (2019): "JOÃO adentra o estabelecimento comercial e atira em ANTONIO, dono do comércio. Sai em fuga, subtraindo um carro. JOÃO praticou dois crimes: homicídio e furto, em concurso material." (CUNHA, 2019, p. 564)

Analisando o exemplo anterior e o estudo apresentado, vale salientar que os crimes cometidos por um *serial killer*, em sua maioria, costumam conter a prática de dois ou mais delitos, como é o caso do criminoso Maníaco do Parque, que além de matar suas vítimas, praticava o crime de ocultação de cadáver. Outro exemplo a ser citado, é o caso do *serial killer* Chico Picadinho, que foi condenado pelos crimes de homicídio e destruição do cadáver. Em todos esses casos, é possível perceber, a existência de dois ou mais crimes praticados por esses indivíduos.

Diante da análise referente a essa matéria podemos destacar que os crimes cometidos por *serial killers* se encaixam na modalidade de concurso material, por analisar cada crime de maneira individual, e em seguida somando todas as penas no momento de sua aplicação, instituto que veremos mais adiante.

5.2 Aplicação da pena

Na tentativa de compreender o sistema de aplicação das penas, Rogério Sanches divide da seguinte forma:

- A) Sistema do cúmulo material. Por intermédio deste sistema, o juiz primeiro individualiza a pena de cada um dos crimes praticados pelo agente, somando todas ao final. Adotamos o cúmulo material no concurso material (art. 69, CP), no concurso formal impróprio (art. 70, caput, 2ª parte, do CP) e no concurso das penas de multa (art. 72, CP).
- B) Sistema da exasperação. Neste, o juiz aplica apenas a mais grave dentre as cominadas para os vários crimes praticados pelo agente. Em seguida, majora essa pena de um quantum anunciado em lei. Adotamos o sistema da exasperação no concurso formal próprio (art. 70, caput, 1ª parte, do CP) e continuidade delitiva (art. 71, CP).
- C) Sistema da absorção. Pelo sistema da absorção, a pena aplicada ao delito mais grave acaba por absorver as demais, que deixam de ser aplicadas. (CUNHA, 2019, p. 564)

Partindo do pressuposto de que o concurso material pode ser considerado a modalidade de concurso adotada nos crimes praticados por *serial killer*, à pena a esses assassinos pode ser aplicada da seguinte maneira, conforme estabelece o entendimento de Cleber Masson:

Se houver conexão entre as infrações penais, com a consequente unidade processual, a regra do concurso material é aplicada pelo juiz que profere a sentença condenatória.

O magistrado, em respeito ao princípio constitucional, da individualização da pena, deve fixar, separadamente, a pena de cada uma das infrações penais. Em seguida, na própria sentença, procede à soma de todas elas.

Caso, porém, não exista conexão entre as diversas infrações penais, sendo elas, conseqüentemente, objeto de ações penais diversas, as disposições inerentes ao concurso material serão aplicadas pelo juízo das execuções. [...]. (MASSON, 2019, p. 1085)

Desse modo, vale destacar que na aplicação das penas aos crimes praticados por um *serial killer* prevalece o sistema do cúmulo material, onde sua aplicação ocorre de forma cumulativa, conforme estabelecido no art. 69 do Código Penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *serial killer* é um assassino que comete uma série de crimes tendo um tempo de intervalo entre cada um deles. Um indivíduo pode ser considerado *serial killer* quando cometer dois ou mais assassinatos, contudo, o número das vítimas não é a única característica responsável por definir um assassino como serial.

Uma definição importante que distingue o *serial killer* de outros assassinos está ligada a sua motivação, o que muitas vezes pode ser apenas pela emoção da caçada, como bem definiu John Douglas. Em sua maioria, as vítimas são escolhidas ao acaso, representando na maioria das vezes, um símbolo para o assassino.

Além disso, outro ponto a ser observado acerca desses indivíduos consiste no seu *modus operandi* e assinatura, elementos essenciais na hora da identificação desses assassinos. Vale ressaltar que, o *modus operandi* está ligado diretamente à forma que esses criminosos executam seus crimes, enquanto, a assinatura possui uma relação com seu traço psicológico.

Conhecendo as características de um assassino serial, levando-se em conta o que foi observado, no Brasil existem alguns indivíduos em que a natureza de seus crimes o tornaram conhecidos como *serial killer*. Desse modo, fora apresentado no presente artigo, como objeto de

estudo, as penas aplicadas a eles, bem como a tipificação de alguns dos crimes mais comuns, conforme nosso Código Penal estabelece, a fim de dar ênfase ao estudo relacionado a esses criminosos.

Partindo desse pressuposto, com o propósito de compreender o processo de aplicação das penas, o instrumento utilizado para tanto, partiu da análise da matéria referente ao concurso de crimes, destacando cada método de aplicação das penas conforme as modalidades de concurso estabelecidas na legislação brasileira.

Diante disso, podemos observar que de acordo com a natureza dos crimes cometidos por um *serial killer*, na grande maioria, são praticados mais de um crime, podendo ser idênticos ou não. Segundo essa descrição, esses delitos configuram a modalidade de concurso material, prevista no art. 69 do Código Penal.

Nesse mesmo sentido, no que tange a aplicação das penas, é importante destacar que nessa modalidade de concurso, é aplicado o sistema do cúmulo material, onde no primeiro momento, o juiz irá individualizar a pena de cada um dos crimes praticados pelo assassino serial, e em seguida, somará cada uma delas, de acordo com os termos do art. 69 do Código Penal.

Conclui-se que, para fazer uma análise da aplicação da pena aos crimes praticados por um *serial killer*, tomando como objeto de estudo a matéria concernente ao concurso de crimes, devemos apontar que esses delitos constituem a modalidade de concurso material, e no momento da aplicação das penas, elas serão individualizadas conforme cada crime praticado, e somadas posteriormente, sendo obtido o seu quantum legal.

BIBLIOGRAFIA

CASOY, Ilana. **Arquivos Serial Killer – Limited Edition**. Rio de Janeiro: DarkSide books. 2017.

CASOY, Ilana. **Serial killers: Louco ou cruel?** Rio de Janeiro: Darkside books. 2014.

DOUGLAS, John e OLSHAKER, Mark. **MINDHUNTER: O primeiro caçador de serial killers americano**. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2017.

SHECHTER, Harold. **Serial Killers: Anatomia do Mal**. Edição Especial. Rio de Janeiro: DarkSide Books. 2013.

SOUSA, Vanessa Paiva E. **Serial Killers**. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | Serial Killers \(conteudojuridico.com.br\)](http://Conteúdo Jurídico | Serial Killers (conteudojuridico.com.br)). Acesso em: 11 de outubro de 2022.

MARQUES, Layane de Jesus. **Serial killer: aspectos psicológicos e jurídicos frente ao direito penal brasileiro**. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | Serial killer: aspectos psicológicos e jurídicos frente ao direito penal brasileiro \(conteudojuridico.com.br\)](http://Conteúdo Jurídico | Serial killer: aspectos psicológicos e jurídicos frente ao direito penal brasileiro (conteudojuridico.com.br)). Acesso em: 11 de outubro de 2022.

GUIMARÃES, Rafael Pereira Gabardo. **O perfil psicológico dos assassinos em série e a investigação criminal.** Disponível em: [O PERFIL PSICOLÓGICO DOS ASSASSINOS EM SÉRIE E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL | Revista da Escola Superior da Polícia Civil \(revistas.pr.gov.br\)](#). Acesso em: 11 de outubro de 2022.

GALENO, Juliana França de Araújo. **Serial killers.** Disponível em: [Serial killers - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 11 de outubro de 2022.

OLIVEIRA, Natalia Ramos de. **O homicídio e a identificação do serial killer.** Disponível em: [O HOMICÍDIO E A IDENTIFICAÇÃO DO SERIAL KILLER | OLIVEIRA | ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498 \(toledoprudente.edu.br\)](#). Acesso em: 11 de outubro de 2022.

PEREIRA, Jhany Brendha Silva. **A tipificação do serial killer no projeto de reforma do Código Penal brasileiro.** Disponível em: [RI Unilavras: A TIPIFICAÇÃO DO SERIAL KILLER NO PROJETO DE REFORMA DO CODIGO PENAL BRASILEIRO](#). Acesso em: 12 de outubro de 2022.

PAULA, Sara Guerra de. **Serial killer: Uma Análise da Eficácia dos Meios de Execução da Pena no Brasil.** Disponível em: [SerialKillerAnalise.pdf \(ufu.br\)](#). Acesso em: 12 de outubro de 2022.

OLIVEIRA, Edinaldo. **Psicopatia e o caso BTK.** Disponível em: [Psicopatia e o Caso BTK | Linguagem Corporal | IBRALC](#). Acesso em: 12 de outubro de 2022.

COSTA, Vitor Castro. **Fazer sexo com cadáver é crime?** Disponível em: [Fazer sexo com cadáver é crime? | Jusbrasil](#). Acesso em: 12 de outubro de 2022.

Conteúdo aberto In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. **Assassinos em série brasileiros.** Disponível em: [Assassinos em série brasileiros – Wikipédia, a enciclopédia livre \(wikipedia.org\)](#). Acesso em: 14 de outubro de 2022.

MAGALHÃES, Gladys. **Memória: Chico Picadinho, o esquartejador de mulheres.** Disponível em: [Memória: Chico Picadinho, o esquartejador de mulheres - Gazeta de São Paulo \(gazetasp.com.br\)](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

FAGUNDES, Gabriel. **Os brutais assassinatos de Chico Picadinho, que chocaram o país nas décadas de 60 e 70.** Disponível em: [Os brutais assassinatos de Chico Picadinho, que chocaram o país nas décadas de 60 e 70 \(uol.com.br\)](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

Conteúdo aberto In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. **Chico Picadinho.** Disponível em: [Chico Picadinho – Wikipédia, a enciclopédia livre \(wikipedia.org\)](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

GEARINI, Victória. **O que aconteceu com o Maníaco do Parque, o serial killer brasileiro.** Disponível em: [O que aconteceu com o Maníaco do Parque, o serial killer brasileiro \(uol.com.br\)](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

MAGALHÃES, Gladys. **Memória: Maníaco do Parque aterrorizava as mulheres há 23 anos.** Disponível em: [Memória: Maníaco do Parque aterrorizava as mulheres há 23 anos - Gazeta de São Paulo \(gazetasp.com.br\)](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

LIENEMANN, Marianna. **Maníaco do Parque: relembre o caso que chocou o país nos anos 90.** Disponível em: [Maníaco do Parque: relembre o caso que chocou o país nos anos 90 – Metro World News Brasil](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

BORGES, Maria Paula. **Conheça a história de “Pedrinho Matador”, considerado o maior assassino em série do Brasil.** Disponível em: [Conheça a história de “Pedrinho Matador”, considerado o maior assassino em série do Brasil - O Hoje.com](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

Conteúdo aberto In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. **Pedrinho Matador.** Disponível em: [Pedrinho Matador – Wikipédia, a enciclopédia livre \(wikipedia.org\)](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

NASCIMENTO, Iná do Carmo Almeida. **Por que não são considerados crimes continuados aqueles cometidos por um serial killer?** Disponível em: [Por que não são considerados crimes continuados aqueles cometidos por um serial killer? | Jusbrasil](#). Acesso em: 16 de outubro de 2022.

SAIBRO, Henrique. **Edmund Kemper, o gigante assassino.** Disponível em: [Edmund Kemper, o gigante assassino \(canalcienciascriminais.com.br\)](#). Acesso em: 25 de outubro de 2022.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **Ted Bundy, o anjo da morte.** Disponível em: [Bernardo de Azevedo e Souza, Autor em Canal Ciências Criminais \(canalcienciascriminais.com.br\)](#). Acesso em: 29 de outubro de 2022.

BAVARESCO, Thainá. **Pedrinho matador – o maior serial killer do Brasil.** Disponível em: [Pedrinho Matador - O maior Serial Killer do Brasil \(thecrimebrasil.com.br\)](#). Acesso em: 29 de outubro de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal - Parte Geral.** 7ª Edição, 2019. Editora Juspodivm.

MASSON, Cleber. **Direito Penal - Parte Geral (arts. 1º a 120).** 13ª Edição, 2019. Editora Método.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Vol. 1 – Parte Geral: arts. 1º a 120.** 24ª Edição, 2020. Editora Saraiva.

POSTERLI, Renato. **Temas de Criminologia.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

O PANORAMA ATUAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA

ADRIELY COSTA DO ESPÍRITO SANTO:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Fаметro.

Resumo: Este artigo tem como objetivo estudar os fatores que levaram a pandemia da COVID-19 a contribuir para o agravamento da violência doméstica contra a mulher. Nesses tempos de pandemia da COVID-19, houve um aumento expressivo da violência contra a mulher, contendo grande influência do isolamento social, bem como do fortalecimento pela grande convivência, culminando em situações traumáticas da vida da mulher, como perda de empresa e o risco de doenças psicológicas. Um ponto de grande relevância no decorrer dessa pesquisa é o estudo da Lei nº 11.340 de 2006, elaborada com o propósito de proteger, amparar e ofertar segurança às vítimas de violência doméstica, bem como o resguardo das mulheres que resistem às inúmeras formas de agressão. Para atingir o objetivo proposto, esse estudo teve como método uma criteriosa pesquisa bibliográfica, fazendo uso das seguintes bases de dados: Google Acadêmico, Scientific Electronic Library Online (SciELO) e Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (Lilacs). Nota-se a importância do debate sobre a violência contra a mulher e a necessidade de fortalecer as iniciativas existentes e desenvolver medidas criativas e inéditas para atender e acolher essas vítimas.

Palavras-Chave: Pandemia. Violência Doméstica. Isolamento Social. COVID-19. Medidas Protetivas.

Abstract: This article aims to study the factors that led the COVID-19 pandemic to contribute to the worsening of domestic violence against women. In these times of the COVID-19 pandemic, there was a significant increase in violence against women, containing a great influence of social isolation, as well as the strengthening of the great coexistence, culminating in traumatic situations in women's lives, such as loss of company and the risk of psychological illnesses. A point of great relevance in the course of this research is the study of Law nº 11.340 of 2006, elaborated with the purpose of protecting, supporting and offering security to victims of domestic violence, as well as the protection of women who resist the numerous forms of aggression. To achieve the proposed objective, this study used a careful bibliographic research method, using the following databases: Google Scholar, Scientific Electronic Library Online (SciELO) and Latin American and Caribbean Literature on Health Sciences (Lilacs). It is noted the importance of the debate on violence against women and the need to strengthen existing initiatives and develop creative and unprecedented measures to assist and welcome these victims.

Keywords: Pandemic. Domestic violence. Social isolation. COVID-19. Protective Measures.

Sumário: 1. Introdução; 2. Pandemia da COVID-19, sua Ocorrência e Efeitos Jurídicos; 3. O Que é a Violência?; 3.1. Violência Doméstica contra a Mulher; 3.2. Lei Maria da Penha; 4. Impactos da Pandemia Acerca do Aumento da Violência Doméstica contra a Mulher; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a pandemia da COVID-19 afetando inesperadamente o mundo e o rápido avanço no número de casos da doença, os impactos globais tornaram-se perceptíveis, e isso fez com que o distanciamento social se mostrasse indispensável. Entretanto, toda essa situação reverberou e ocasionou danos de diversas origens, como o aumento da violência contra a mulher. Isso ocorreu porque os espaços foram limitados em suas residências, o que fez com que os agressores se mantivessem mais perto do que o comum de suas vítimas, e por maior espaço de tempo, fomentando a já existente insegurança de muitas mulheres dentro de seus próprios lares em virtude da exposição a todos os tipos de violência. Durante o isolamento social, as mulheres são impedidas de socializar com outras pessoas e constantemente vigiadas. Essa forma de persuasão expande a margem de ação para manipulação e agressão psicológica e física.

A violência contra a mulher é um fenômeno antigo. Todavia, a pandemia do Novo Corona Vírus e as medidas de prevenção para com ela, principalmente o isolamento social geraram vários efeitos para a sociedade, inclusive nas ocorrências de violência de gênero, que acometem milhões de mulheres diariamente, no mundo todo. A combinação de tensões sociais e econômicas causadas pela pandemia, assim como as restrições de movimento, fizeram com que os números de violência e os serviços de atendimento às mulheres aumentaram drasticamente, enfrentando dificuldades globais.

Nesse contexto, esse trabalho se justifica em um primeiro momento por se tratar de uma temática polêmica, preocupante e atual, tanto pela evidência, quanto pela realidade em que rotineiramente uma mulher é submetida. O tema é ainda de interesse social, o que contribuirá significativamente para a sociedade em geral, e para a acadêmica.

O tema é justificado pela grande contribuição para os profissionais que atuam na área, tirando dúvidas já existentes e incitando nova delas, elevando perspectivas do setor por meio de informações relevantes. Na área acadêmica, o tema também é de suma importância, pois oportunizará contribuições futuras aos estudos e pesquisas, proporcionando que o acadêmico adquira mais conhecimento sobre o tema abordado.

Com base no exposto, essa pesquisa tem como objetivo geral: estudar os fatores que levaram a pandemia da COVID-19 a contribuir para o agravamento da violência doméstica contra a mulher. E os específicos: descrever sobre a pandemia da COVID19, sua ocorrência e efeitos jurídicos de forma geral; estudar a violência de maneira ampla, afunilando o tema para a violência contra mulher; explicar os impactos da pandemia acerca do aumento da violência doméstica contra a mulher. Junto aos objetivos, encontra-se a problemática: quais foram os impactos da pandemia

sobre o aumento da violência doméstica contra a mulher, e quais as punições legais para o agressor?

Utilizando-se a classificação de Marconi e Lakatos (2014, p. 116) tem-se que o método de abordagem a ser adotado será o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”.

Tomando ainda por referência a classificação dos referidos autores será adotada a seguinte técnica de pesquisa neste projeto: documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagem, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões etc.).

2. PANDEMIA DA COVID-19, SUA OCORRÊNCIA E EFEITOS JURÍDICOS

De acordo com a Organização Mundial da Saúde OMS (2019), no dia 31 de dezembro de 2019, em Wuhan, na China, foram identificados os primeiros casos de pneumonia causados por um agente até então desconhecido e reportados às autoridades de saúde. Em 07 de janeiro de 2020, foi anunciado o sequenciamento do genoma viral, e em 12 de janeiro, a China, por meio do banco de dados internacional *Global Initiative on Sharing All Influenza Data* (GISAID) compartilhou com a OMS e com os demais países a sequência genética. Os casos então, começaram a se propagar mundialmente (ZU et al., 2019).

Em 28 de fevereiro de 2020, no Brasil, mais precisamente do Distrito Federal (DF) foram iniciadas as medidas de mitigação da COVID-19, logo em seguida, os demais estados também aderiram aos protocolos de segurança recomendados pelos órgãos de saúde internacionais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020; RODRIGUEZ-MORALES et al., 2020).

A situação pandêmica em que o mundo viveu e ainda vive causa as mais variadas consequências, em todos os setores sociais e até mesmo do Poder Judiciário, que sofreu suspensões, paralizações e outras mudanças em determinados prazos e atividades (PEIXOTO; BECKER, 2020).

Além das questões de saúde, cuidados com a higienização, protocolos de segurança, problemas no Judiciário, entre outras questões, Alencar et al., (2020) enfatizam que a pandemia também trouxe outro problema social, a violência doméstica e familiar por meios de fatores como impacto econômico, isolamento social, estresse e demais efeitos emocionais, aumento do uso de drogas e álcool, sobrecarga no trabalho e diminuição da atuação em serviços de enfrentamento.

O cenário inédito e trágico começou a surtir efeitos rapidamente a respeito da ordem jurídica. As medidas provisórias 927 e 936 foram editadas com o objetivo de prevenir as demissões em massa e auxiliar empresas a manter seus colaboradores durante a pandemia. Em junho foi

sancionada a Lei nº 14010 a Lei do Regime Emergencial e Transitório das Relações de Direito Privado, que fez mudanças em várias normas, inclusive no Código Civil, Lei do Inquilinato, Código de Defesa do Consumidor, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Após, a Medida Provisória 936, conhecida como Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda, tornou-se a Lei nº 14020/20 (GALLANI, 2021).

Peixoto e Becker (2020) dissertam que processos tramitaram com mais dificuldade e lentidão, prazos não cumpridos, advogados sem condições de arcar com suas despesas profissionais, entre outras. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Supremo Tribunal Federal (STF), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Procuradoria Geral da República (PGR) não mediram esforços para que soluções sejam encontradas e medidas tomadas de maneira uniforme, para que não houvesse uma paralisação total da atividade jurisdicional.

Em um primeiro momento, vale salientar que através do Projeto de Lei nº 1179/20, tramitou a análise do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET). O intuito do legislador, em suma, aponta preocupação em efetivar a homogeneidade das decisões judiciais e assegurar a qualidade do trabalho do Ministério Público (MP), Defensoria Pública e advogados em geral. Além disso, objetiva prognosticar possíveis contendas singulares e coletivas para resolvê-las assertivamente (MARTINS, 2020).

A Lei nº 13.979 que foi sancionada em fevereiro no ano de 2020 determinava medidas para enfrentar a COVID-19 e prevê quarentena, isolamento e exames compulsórios. E, dependendo da situação, a falta de trabalho poderia ser justificada, tanto no setor privado quanto no público (LEITE, 2020).

O artigo 2º da referida lei dissertava sobre as ações do isolamento e quarentena, de forma a evitar a possível contaminação ou a propagação do vírus. Prevê ainda a realização de exames, coletas de amostras clínicas, testes laboratoriais, vacinação e outras medidas, além de restringir excepcional e temporariamente a entrada e a saída no país, de acordo com a recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 2020a).

Ainda de acordo com a Lei nº 13.979, assegura-se às pessoas afetadas por tais medidas o direito de ser informadas permanentemente e de possui atendimento gratuito. No item § 3º a lei determinava que era considerado “falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo” (BRASIL, 2020a).

Durante a pandemia uma das medidas sugeridas a fim de evitar aglomerações foi o conhecido *home office* ou tele trabalho. Segundo o artigo 75C da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a prestação de serviços nessa modalidade precisaria constar expressamente no contrato de trabalho, que determinaria as atividades executadas pelo empregado. O tele trabalho poderia ser determinado por mútuo consentimento entre empregador e empregado por meio de um aditivo contratual (BRASIL, 1943).

Entretanto, em situações de emergência, como a da pandemia da COVID-19, a adoção do método de trabalho “pode prescindir de algumas etapas formais, desde que respeitados os limites estabelecidos na legislação trabalhista e no contrato de trabalho” (TRIBUNAL SUPERIOR DO

TRABALHO, s.d). Leite (2020) acrescenta que está entre as obrigações da empresa fazer cumprir e cumprir com as determinações de segurança e de medicina do trabalho, conforme o citado no artigo 157 da CLT.

Segundo Gallani (2021) no âmbito do Direito Familiar e Sucessões determinou-se que até 30 de outubro de 2020, a prisão civil devido à pensão alimentícia (artigo 528, § 3º e seguintes do Código de Processo Civil) deveria ser cumprida em casa, sem danos da exigibilidade das obrigações pertinentes, e, no que diz respeito ao processo de partilha e inventário, o prazo determinado no artigo 611 do Código Civil (2 meses para instaurar a contar da abertura da sucessão e 12 meses para a conclusão) teria o início dilatado para 30 de outubro de 2010 no que concerna as sucessões iniciadas a partir do dia 1º de fevereiro de 2020. O prazo determinado de 12 meses para concluir os processos que tiveram início antes dessa data também ficou suspenso até 30/10.

No que diz respeito à Lei de Proteção de Dados (LGPD), determinou-se a dilatação do prazo, até 1º de agosto de 2021, para que os agentes de tratamento dos dados começassem a sofrer penalidades conforme expresso nos artigos 52,53 e 54 da referida Lei, que determinam, por exemplo, advertência, possuindo indicação de prazo para adotar medidas de correção, multa simples de até 2% do faturamento da Pessoa Jurídica (PJ) de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil em seu derradeiro exercício, exceto os tributos, com limite de R\$ 50.000.000,00 por infração; multa diária; bloqueio dos dados pessoais e até mesmo eliminação dos dados a que se refere a infração (GALLANI, 2021).

Em outra vertente, surgiu a Lei nº 13982/20 determinando o Auxílio Emergencial e adotando outras medidas para o enfrentamento da crise causada pela COVID-19, dentre as quais, o próprio auxílio financeiro de R\$ 600,00 a quem não possuía emprego formal, aumento de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ salário mínimo o limite da renda familiar mensal per capita para idosos e para deficientes possuírem acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC). A Lei nº 13987 de 2020 alterou a 11947/09 que trata sobre a alimentação escolar das escolas de ensino básico, acrescentando o artigo 21ª que diz que:

Durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública, fica autorizada, em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados, com acompanhamento pelo CAE, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos financeiros recebidos, nos termos desta lei, à conta do PNAE (BRASIL, 2020b).

E por fim, em 03 de fevereiro de 2020, de quando por meio da Portaria nº 188, o Ministério da Saúde declarou emergência em saúde pública a nível nacional devido a pandemia da COVID-19 até o Decreto nº 10664 de 2021, foram mais de 400 normas editadas devido à pandemia da COVID-19, entre portarias, medidas provisórias, instruções normativas, decisões e etc. (GALLANI, 2021).

3. O QUE É A VIOLÊNCIA?

A violência é entendida como um problema de saúde pública, e segundo Minayo e Souza (1998), violência é qualquer ação deliberadamente cometida por um grupo, sujeito, instituição, classe ou estado contra outrem, causando danos físicos, psicológicos, sociais, etc.

Santos (1996), por sua vez, configura a violência como uma forma aberta e persistente de controle, ou seja:

A relação social caracteriza pelo uso virtual ou real da coerção, que reprime o conhecimento de outros, pessoas, classes, gêneros ou raças, através de coerção ou uso da força física, causando danos, configurando o oposto do que se espera de uma sociedade democrática contemporânea.

A (OMS) (1996) também define violência como:

Uso da força física ou de poder, na prática ou em ameaça, contra si mesmo, outro sujeito ou contra um coletivo ou comunidade que culmine ou resulte em sofrimento, dano psicológico, morte, privação ou desenvolvimento prejudicado.

Existem muitas teorias para entender a violência. Pode ser visto como um fenômeno histórico, supraclasse, de natureza global, constituindo-se em simples ferramenta técnica e de análise da realidade social.

Segundo expõe Coelho et al., (2014) um dos prismas mais fortes e difíceis de definir é o comportamento intencional. Há dois pontos relevantes a serem observados sobre isso. Em primeiro lugar, embora haja uma distinção entre atos de violência e danos intencionais, a intenção de usar um padrão em algum comportamento nem sempre implica a intenção de causar danos. Na verdade, pode haver uma enorme diferença entre os resultados esperados e o comportamento esperado. Em outras palavras, um agressor pode agir de intento que sob a justiça poder ser cabido como perigoso e poder ter efeitos negativos sobre a saúde dos voluntários. Mas não percebe assim, todavia. Por sua vez, a violência por parceiro íntimo pode ser descrita como: abuso físico (comportamento moderado, comportamento severo, abuso psicológico); abuso sexual; abandono ou negligência. Além dessas normas, a violência também pode ser determinada considerando qual grupo ou indivíduo é o alvo (COELHO et al., 2014). Diante do pressuposto, busca-se compreender as especificidades da violência doméstica.

3.1. Violência Doméstica contra a Mulher

A violência contra as mulheres é a violência cometida por razões baseadas no gênero. Segundo alguns estudiosos, esse tipo de violência sempre existiu na sociedade e está relacionado a diversos fatores, principalmente no que diz respeito às questões de gênero (GADONI-COSTA; DELL'AGLIO, 2010).

Ao estudar a respeito, um grande efeito foi observado associado ao fenômeno. Devido à dependência emocional e financeira, a maioria das vítimas se vê forçada e presa em um relacionamento que culmina em violência periódica. Na maioria dos casos, a violência é cometida em casa pelo parceiro (CÔRTEZ, 2012)

A violência doméstica contra as mulheres afeta todos os aspectos de suas vidas, incluindo trabalho, saúde física e mental e relações sociais. Ribeiro e Coutinho (2011) destacam que um em cada cinco dias de falta ao trabalho é por violência doméstica; a cada cinco anos, se uma mulher sofre violência doméstica, perde um ano de vida saudável; na América Latina, de 25% até 50% das mulheres sofrem violência doméstica; as mulheres que sofrem dessa condição geralmente ganham menos do que as mulheres que não sofrem violência; o custo da violência doméstica varia de 1,6% a 2% do Produto Interno Bruto (PIB) de um país. Esses fatos confirmam que a violência contra a mulher afeta a sociedade como um todo.

A incidência da violência é crescente e assustadora. Em pesquisa realizada pelo Instituto Patrícia Galvão, cerca de 30% das mulheres afirmaram ter sido agredidas sexual e fisicamente; mais de 60% afirmaram ter sido agredidas fisicamente e menos de 10% afirmaram ter sido sexualmente isoladas. Entre janeiro de 2018 e novembro de 2018, a mídia brasileira expôs 14.796 casos de violência doméstica no país. Vale lembrar que esses números consistem apenas em reclamações registradas (BRASIL, 2018).

3.2. Lei Maria Da Penha

No contexto brasileiro, o enfrentamento à violência contra a mulher teve início com o ressurgimento do feminismo na década de 1970, quando os movimentos citados e outras mulheres no contexto da redemocratização entraram em cena, inclusive com a condenação do assassinato de mulheres (MEDEIROS, 2016).

A Lei nº 11.340/06 denominada “Maria da Penha” visa desenvolver métodos para coibir a violência doméstica. Antes de sua criação, os homens atacavam suas parceiras indiscriminadamente porque sabiam que não havia respaldo legal suficiente e seriam enquadrados por crimes menos agressivos. Nesse caso, antes da Lei Maria da Penha, as penalidades e consequências eram menos severas (SILVA; LOPES, 2021).

Nesse período, a legislação brasileira, contava com amparos legais e contraditórios referentes à violência contra a mulher, uma vez que a Lei nº 9.099/95 – Leis dos Juizados Cíveis e Criminais, ao crescer a violência contra a mulher como um crime de menor gravidade (BARSTED, 2007).

Após a promulgação da Lei nº 11.340/06, a expectativa da sociedade era que a lei levasse a uma situação diferente em que as vítimas dessa violência fossem totalmente amparadas. Em seu artigo 1º, a lei previa uma série de alterações:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

A lei em questão também mudou o Código Penal Brasileiro (CPB), incluindo em seu artigo 129, §9º, a lesão corporal como forma de violência doméstica:

Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos (BRASIL, 1940).

Após a promulgação da Lei Maria da Penha, foram estabelecidas políticas de prevenção e proteção às mulheres expostas a esse ambiente doméstico (BARSTED, 2007). Expõe o Artigo 8º da lei pertinente:

A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais, tendo por diretrizes:

[...]

IV - A implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - A promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - A celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006).

Em suma, pode-se dizer que após a promulgação da Lei, diversos instrumentos, políticas públicas e políticas de prevenção à violência doméstica foram criados para a igualdade de gênero. Um fato extremamente importante é que as mulheres envolvidas nessa situação têm o direito de participar de programas de ajuda do governo para que possam conquistar a independência e não se sentirem amarradas pelos agressores.

No que se refere às medidas de proteção de emergência, está previsto no Capítulo II da referida lei, que dispõe sobre os auxílios estatais, quando necessário, às mulheres vítimas de agressão e suas famílias. De acordo com o artigo 9º da Lei nº 11.340/6, medidas cautelares imediatas podem ser concedidas se solicitadas pelas partes ou pelo Ministério Público (MP), e os infratores podem estar sujeitos a penas severas, conforme artigo 22. A mesma lei:

Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente;

II - Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - Proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios;

VI – Comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação;

VII – Acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio (BRASIL, 2006).

Em conclusão, as medidas de proteção emergencial mantêm as vítimas seguras e afastam os agressores para evitar a morte. Se essas medidas não forem cumpridas, o agressor pode ser preso de 3 meses a 2 anos, nos termos do artigo 24º. Nota-se que a referida lei carrega uma missão de amparo às vítimas, que antes passava despercebida, e busca demonstrar eficácia e segurança para as mulheres que passam por essas situações.

No entanto, entre 2008 e 2018, os assassinatos de mulheres no Brasil aumentaram 4,2%, segundo o Atlas da Violência de 2020 do Governo Federal. Assim, percebe-se que mesmo com a existência da Lei Maria da Penha, as mulheres continuam vivenciando situações de violência que chegaram a extremos diversas vezes, resultando na morte dessas vítimas. Assim, a promulgação da lei trouxe ganhos e avanços significativos, mas em relação a antes.

4. IMPACTOS DA PANDEMIA ACERCA DO AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher é um fenômeno global. Uma em cada três mulheres em idade reprodutiva sofreu violência física ou sexual por um parceiro íntimo em sua vida, e mais de um terço de todos os homicídios femininos são cometidos por um parceiro íntimo (STÖCKL et al., 2013). O isolamento social causado pela pandemia da COVID-19 tem destacado alguns indicadores preocupantes de violência doméstica contra a mulher de forma potencializada. Organizações que trabalham para lidar com esse tipo de violência viram um aumento na violência doméstica devido à coexistência forçada, estresse financeiro e medos do Coronavírus (SUIÇA, 2022).

Segundo expõem Peterman et al., (2020) embora as evidências sobre o impacto do isolamento na violência doméstica ainda estejam em seus estágios iniciais, comunicados na mídia e relatórios de organizações internacionais sugerem que esse tipo de violência está em ascensão. Na Itália, França e Espanha, a incidência de violência doméstica também aumentou após a imposição da quarentena domiciliar obrigatória (LA PROVINCIA, 2020; EURONEWS, 2020; REUTERS, 2020)

No Brasil, segundo a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), o serviço disque 100 e ligue 180 registraram um aumento de 18% nas reclamações durante o Mês da Mulher de 1º a 25 de março (BRASIL, 2020). No país, o distanciamento social necessário para enfrentar a pandemia revelou uma dura

realidade: as mulheres brasileiras não estão seguras nem em casa, apesar de 28,9 milhões de famílias serem chefiadas por elas (EURONEWS, 2020).

Dos 3.739 homicídios de mulheres no Brasil em 2019, 1.314 (35%) foram classificados como feminicídio. Isso equivale a dizer que a cada sete horas uma mulher é morta por ser mulher. Ao analisar os vínculos com os autores, verificou-se que 88,8% dos feminicídios foram cometidos por parceiros ou ex-companheiros. Portanto, é comum que as mulheres enfrentem o perigo quando são expulsas do ambiente familiar (REUTERS, 2020).

Durante a pandemia, de acordo com Viera et al., (2020) as mulheres são mais frequentemente monitoradas e impedidas de conversar com familiares e amigos, aumentando o escopo da manipulação psicológica. O controle sobre as finanças domésticas também se tornou mais rígido, com uma presença masculina mais forte em um ambiente geralmente dominado por mulheres. A perspectiva de os homens perderem o poder fere diretamente a imagem de provedores masculinos e atua como um gatilho para a violência.

Segundo Frederici (2019) a divisão desigual dos afazeres domésticos, especialmente a carga sobre as mulheres casadas e com filhos, comprova que o ambiente familiar é outro espaço de exercício do poder masculino. Na maioria das vezes, estar em casa para os homens não significa cooperação ou distribuição mais harmoniosa de tarefas pela família, mas sim um aumento do trabalho invisível e não remunerado para as mulheres. Seja trabalhando em casa ou buscando uma fonte sustentada de renda no trabalho informal durante o isolamento social, o trabalho doméstico não tem descanso. Em vez disso, aumentará à medida que mais pessoas passarem mais tempo em casa.

A construção de estereótipos de gênero feminino associa as mulheres a habilidades sensíveis, instintivas e intuitivas, confrontando-as com questões universais, racionais, políticas e culturais. Como tal, elas estão destinadas a se dedicar a coisas específicas: amor familiar, cuidados domiciliares, programas de fertilidade. Esse senso comum dificulta a distribuição justa das responsabilidades familiares (FREDERICI, 2019).

Para Vieira et al., (2020) as questões aqui elencadas e as muitas outras desigualdades que assolam o universo feminino não são novidades da pandemia do COVID-19. Vive-se de forma estressante com a exacerbação dos problemas que acompanham as mulheres, reforçados pelo pensamento retrógrado, misógeno, e padrões de ataque ao papel do Estado, estreitando as políticas públicas que são fundamentais para enfrentar de forma justa, o contexto pandêmico.

Combater o ditado popular "Em briga de marido e mulher, não se mete a colher" é um desafio urgente para a sociedade. A apropriação masculina das mulheres e a naturalização da violência cotidiana, especialmente a invisibilidade da violência simbólica que as mesmas sofrem, tem raízes comuns em sociedades patriarcais, machistas e misóginas (BOURDIEU, 2002).

No prisma de Vieira et al., (2020) globalmente, como no Brasil, durante a pandemia de COVID-19, enquanto a violência contra as mulheres aumentou, o acesso das vítimas a serviços de apoio diminuiu, principalmente nos setores de assistência social, saúde, segurança pública e justiça. Os serviços de saúde e policiais são frequentemente o primeiro ponto de contato para vítimas de violência doméstica e redes de apoio. Durante uma pandemia, a redução na oferta de serviços é acompanhada por uma redução na demanda, pois as vítimas podem não procurar os serviços por medo de contágio.

Ainda conforme explana Vieira et al., (2020) para superar essas dificuldades e acolher as denúncias de violência familiar e doméstica, o MMFDH criou plataformas digitais dos canais de atendimento da ONDH: o aplicativo Direitos Humanos BR bem como o site ouvidoria.mdh.gov.br, que pode ser acessado por meio do endereço disque100.mdh.gov.br e ligue180.mdh.gov.br. Através desses canais, as vítimas, vizinhos, familiares ou até desconhecidos podem enviar vídeos, áudios, fotos e outras formas de documentos que registrem as violências doméstica e as demais violências de direitos humanos.

Todavia, o enfrentamento dessa violência no contexto pandêmico não pode ser restrito ao acolhimento das denúncias. Os esforços precisam ser voltados para a expansão das equipes nas linhas diretas de prevenção e a resposta à violência, assim como uma vasta propagação dos serviços ofertados, a capacitação dos trabalhadores da saúde para notar situações de risco, de forma a não reafirmar a orientação para o isolamento doméstico nesses casos, e a expansão e fortalecimento das redes de apoio, inclusive assegurando o funcionamento e a expansão da quantidade de vagas em abrigos para mulheres que sobrevivem à essas violências. Redes de apoio social informais e virtuais devem ser incentivadas, pois são uma forma de ajudar as mulheres a se sentirem conectadas e apoiadas, além de servir de alerta aos agressores de que as mulheres não estão completamente desamparadas. Em países como França e Espanha, mulheres vítimas de violência procuram ajuda em farmácias, usando palavras-chave para informá-las sobre a violência (KOTTASOVÁ, 2020).

Todas as estratégias acima são eficazes e se reforçam mutuamente para enfrentar a violência doméstica contra as mulheres no contexto da pandemia. O distanciamento social no contexto pandêmico foi de grande importância para conter a escalada da COVID-19 no Brasil, minimizando assim a morbimortalidade associada à doença. O Estado e a sociedade devem se mobilizar para garantir o direito da mulher brasileira de viver sem violência. Embora deveras excluídas do processo decisório, as mulheres constituem a maioria da população brasileira e a maior parte da força de trabalho em saúde. Como tal, desempenham um papel fundamental na superação da pandemia e das suas graves consequências sanitárias, econômicas e sociais.

5. CONCLUSÃO

De acordo com esta pesquisa, percebe-se a importância do debate sobre a violência contra a mulher, bem como a necessidade de fortalecer as iniciativas já desenvolvidas e criar medidas criativas inéditas para atender e acolher essas vítimas.

A prioridade do cenário durante a pandemia é salvar vidas, seja no combate ao COVID-19 ou no combate à violência doméstica. O objetivo da nossa sociedade é acabar com a violência contra mulheres, crianças e jovens, idosos, deficientes e os mais vulneráveis.

No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer até que as leis promulgadas na prática sejam implementadas. Entende-se que a pandemia de COVID-19 causou um verdadeiro colapso na saúde pública e, como resultado, deve haver um grande número de mulheres em estado economicamente vulnerável.

Conforme mencionado anteriormente, essa vulnerabilidade leva a uma grande dependência das vítimas de violência doméstica em relação aos seus agressores, dificultando a quebra desse ciclo de violência.

Portanto, os investimentos em políticas públicas de empoderamento feminino voltados ao empreendedorismo e à economia são efetivos, trazendo novas perspectivas para as vítimas seguirem seus caminhos, rompendo esses vínculos de dependência e restaurando o amor próprio.

6. REFERÊNCIAS

ALENCAR, J. *et al.* **Políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia da Covid-19**: ações presentes, ausentes e recomendadas. Brasília: Ipea, 2020. (Nota Técnica, n. 78). Disponível em: <<https://bit.ly/3og3xcD>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BARSTED, L. L. A resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil. In: *Violência de gênero e políticas públicas*. ALMEIDA, Suely Souza de. (org.) Rio de Janeiro. Editora UFRJ. 2007.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Mapa da violência contra a mulher. 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. **Coronavírus**: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena [Internet]. Brasil: Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ODNH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero->

de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso em: 24 out. 2022.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

_____. **Lei Maria da Penha**. Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006.

_____. **Lei n. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 fev. 2020.

_____. **Lei n 13.987, de 7 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 11.947 de 2009 para autorizar, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do PNAE aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas da educação básica. Brasília, DF.

_____. **Ministério da Saúde declara transmissão comunitária nacional**. 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46568-ministerio-da-saude-declara-transmissao-comunitaria-nacional>>. Acesso em: 10 maio 2022.

COELHO, E. B. S. et al. **Violência**: definições e tipologias [recurso eletrônico] / Universidade Federal de Santa Catarina — Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. 32 p.

CÔRTEZ, G. R. Violência doméstica: centro de referência da mulher "Heleieth Saffioti". **Estudos de Sociologia**, 17(32), 149-168. 2012.

EURONEWS. Domestic violence cases jump 30% during lockdown in France. **Euronews**, 2020. Disponível em: <<https://www.euronews.com/2020/03/28/domestic-violence-cases-jump-30-during-lockdown-in-france>>. Acesso em: 23 out. 2022.

FEDERICI, S. **O Ponto Zero da Revolução**: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista. São Paulo: Elefante; 2019.

GADONI-COSTA, L. M.; DELL'AGLIO, D. D. Mulheres em situação de violência doméstica: vitimização e coping. **Interinstitucional de Psicologia**, 2(2), 151-159. 2010.

GALLANI, F. **Atos normativos:** A pandemia de covid-19 e suas consequências jurídicas. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/343756/atos-normativos-a-pandemia-de-covid-19-e-suas-consequencias-juridicas>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

KOTTASOVÁ, I. Women are using code words at pharmacies to escape domestic violence during lockdown. **CNN**, 2020. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2020/04/02/europe/domestic-violence-coronavirus-lockdown-intl/index.html>>. Acesso em: 25 out. 2022.

LA PROVINCIA. Coronavirus: casi di violenza sulle donne raddoppiati in emergenza. **La Provincia**, 2020. Disponível em: <<https://www.laprovinciacr.it/news/italia-e-mondo/244892/coronavirus-casi-di-violenza-sulle-donne-raddoppiati-in-emergenza.html>>. Acesso em: 23 out. 2022.

LEITE, G. **Consequências jurídicas do coronavírus (covid-19):** COVID-19 e o direito brasileiro. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81870/consequencias-juridicas-do-coronavirus-covid-19>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

MARTINS, H. **A regulação de direito privado ante os efeitos da pandemia da Covid-19:** o PL 1.179/20 (Parte I). Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/regulacao-direito-privado-durante-epidemia-pl-117920-parte>>. Acesso em: 14 maio 2022.

MEDEIROS, L. Em briga de marido e mulher o Estado deve meter a colher: políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica. Rio de Janeiro: Ed. PUCRio; São Paulo: Reflexão, 2016.

MINAYO, M. C. S.; SOUZA, E. R. Violência e saúde como um campo interdisciplinar e de ação coletiva. **Hist. cienc. Saúde** - Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 4, n.3, p. 513-531, nov. 1997.

PEIXOTO, M. A.; BECKER, R. Pandemia jurídica – impactos do novo coronavírus na atividade jurisdicional. **JOTA**. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/pandemia-juridica-impactos-do-novo-coronavirus-na-atividade-jurisdicional-20032020>>. Acesso em: 17 maio 2022.

PETERMAN, A. et al. Pandemics and Violence Against Women and Children **Center For Global Development**, 2020. Disponível em: <<https://www.cgdev.org/sites/default/files/pandemics-and-violence-against-women-and-girls.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2022.

REUTERS. Calls to Spain's Gender Violence Helpline Sharply During Lockdown. **The New York Times**, 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/reuters/2020/04/01/world/europe/01reuters-health-coronavirus-spain-domestic-violence.html>>. Acesso em: 25 out. 2022.

RIBEIRO, C. G.; COUTINHO, M. L. L. Representações sociais de mulheres vítimas de violência doméstica na cidade de João Pessoa-PB. **Psicologia e Saúde**, 3(1), 52-59. 2011.

RODRIGUEZ-MORALES, A. J. et al. COVID-19 in Latin America: The implications of the first confirmed case in Brazil. **Travel Med Infect Dis**. 2020. 35(101613). 1-3.
10.1016/j.tmaid.2020.101613.

_____. **Coronavirus disease 2019 (Covid-19):** situation report 51. Geneva: World Health Organization; 2020[acesso 27 mar 2020]. Disponível em:
<<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331475/nCoVsitrep11Mar2020-eng.pdf> 2.>.
Acesso em: 15 maio 2022.

SANTOS, S. C. M. Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: Lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. CES, 2008. Disponível em:
<<https://ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/301.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2022.

SILVA, J. B.; LOPES, M. L. S. **A Violência Doméstica como Fator Gerador para o Femicídio**. 28f. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito – Centro Universitário Una Contagem), Contagem, 2021.

STÖCKL, H. et al. The global prevalence of intimate partner homicide: a systematic review. **Lancet**, 2013; 382(9895): 859-65. Disponível em: <[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(13\)61030-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(13)61030-2)>.
Acesso em: 27 out. 2022.

SUÍÇA. **Global Rapid Gender Analysis for Covid-19**. Care International / International Rescue Committee; 2020. Disponível em: <https://www.care-international.org/files/files/Global_RGA_COVID_RDM_3_31_20_FINAL.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

ZHU, N. et al. A novel coronavirus from patients with pneumonia in China, 2019. **N Engl J Med**. 2020;382(8):727-33. Disponível em: <<https://doi.org/10.1056/NEJMoa2001017>>. Acesso em: 15 maio 2022.

VIEIRA, P. R. et al. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? **Rev. bras. epidemiol.** 23 • 2020 • Disponível em:
<<https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhQYjtQM3hXRywsTn/?lang=pt>>. Acesso em: 15 out. 2022.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global consultation on violence and health.Violence:** a public health priority. Geneva: WHO; 1996.

RESPONSABILIDADE CIVIL: INDENIZAÇÃO POR INFIDELIDADE CONJUGAL

HENRIQUE MOTA VALADÃO:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Unirg de Gurupi -
TO.

VANUZA PIRES DA COSTA¹¹⁰

(orientadora)

RESUMO: Esta pesquisa visa a análise acerca da viabilidade jurídica condenação ao pagamento de indenização decorrente da responsabilização civil pela infidelidade conjugal. O presente trabalho consiste em um breve estudo sobre a caracterização da infidelidade, analisando-se a possibilidade da responsabilização civil decorrente desta prática no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a moderna teoria da responsabilidade. O trabalho se valeu do método dedutivo, de abordagem qualitativa e no procedimento foi feito por meio de ampla pesquisa bibliográfica em doutrina, legislação e internet. Conclui-se que a infidelidade conjugal, quando violadora de direitos da personalidade, é capaz de ensejar a responsabilidade civil, possibilitando a condenação ao pagamento de verbas indenizatórias.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito Civil. Indenização. Infidelidade Conjugal.

ABSTRACT: This research aims to analyze the legal feasibility of condemning the payment of compensation arising from civil liability for marital infidelity. The present work consists of a brief study on the characterization of infidelity, analyzing the possibility of civil liability arising from this practice in the Brazilian legal system, considering the modern theory of responsibility. The work used the deductive method, qualitative approach and the procedure was done through extensive bibliographic research in doctrine, legislation and internet. It is concluded that marital infidelity, when violating personality rights, is capable of giving rise to civil liability, enabling the conviction to pay compensation.

Keywords: Civil Liability. Civil Law. Indemnity. Marital Infidelity

1 INTRODUÇÃO

¹¹⁰ Mestra em Direito. Professora da Universidade de Gurupi (UNIRG) e Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: vanuzapires.adv@gmail.com

Nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro, todo aquele que cometer um ato ilícito deve ser obrigado a indenizá-lo e, conforme o mesmo diploma, esta indenização deve ser medida pela extensão do dano provocado.

Visto isso, cabe discutir se é possível que a infidelidade conjugal gere dever de indenizar, haja vista que, como é sabido, nesta situação há clara violação dos deveres inerentes ao matrimônio, havendo, sem dúvida alguma, desrespeito claro à boa-fé objetiva, se partirmos da visão amplamente defendida na doutrina de que o casamento é, antes de tudo, um contrato solene.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o dano moral para todo aquele que for vítima de violação de direitos da personalidade, estando neles incluídos a honra, a imagem, a integridade física ou psicológica.

Trata-se de direito constitucionalmente reconhecido, tipificado no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988. No âmbito do Direito de Família contemporâneo, constitucionalizado e pós-positivista, muito se tem discutido acerca da existência ou inexistência da pretensão indenizatória ocasionada por dano moral originado de infidelidade conjugal. Afinal, seria realmente possível recorrer ao Poder Judiciário a fim de ver reconhecido esse direito constitucional à reparação de um dano por desrespeito ao dever matrimonial da lealdade?

O trabalho se vale do método dedutivo, de abordagem qualitativa e no procedimento se dá por meio de ampla pesquisa bibliográfica em doutrina, legislação, jurisprudência e internet.

Inicialmente é feito um levantamento da evolução da união civil no Brasil, adentrando no contexto da abolição da prática do crime de traição, que ocorreu no ano de 2005, quando a lei n.º 11.106 de 2005 retirou tal conduta punível do Código Penal e em seguida, é apresentado um breve estudo sobre a caracterização da infidelidade, expondo o contexto histórico do divórcio.

Finalmente, será abordada a possibilidade de indenização por dano moral decorrente da infidelidade conjugal, onde será empreendida uma análise acerca do instituto da responsabilidade civil e sua aplicação nos casos de traição.

2 UNIÃO CIVIL: PROCESSO DE EVOLUÇÃO NO BRASIL

A priori, o casamento, até meados do século XIX era tratado como uma espécie de negócio entre as famílias dos nubentes, visto que a opinião dos futuros cônjuges não tinha grande relevância na decisão. As cerimônias de casamentos eram sempre realizadas pelas igrejas, devido a influência religiosa dos portugueses colonizadores deste país (MATOS, ANA CARLA HARMATIUK, 2021, p. 327).

Acerca do instituto do casamento, leciona Daniel Sarmiento (2020, p. 625) que, apesar das variadas definições doutrinárias, a Lei nº 10.406 de 2002 que instituiu Código Civil vigente, em sede de seu Livro IV, por mais que tenha atribuído destaque ao casamento, sendo, dessa forma, o

primeiro tópico a ser tratado no âmbito do Direito de Família positivado, não se deteve simplesmente a conceituá-lo, muito menos previu qualquer conceito exaustivo para o termo “família”. Limitou-se, na verdade, a regulamentar questões pertinentes aos requisitos para sua celebração, impedimentos, causas suspensivas, sua eficácia e os variados regimes patrimoniais entre os cônjuges.

De acordo do Daniel Carnacchioni (2020, p. 664), seguindo a linha histórica, o casamento civil surgiu no Brasil em seu período de República através do decreto n.º 181, publicado no dia 24 de janeiro de 1890 do chefe de Governo Provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, onde a união passou a ser por meio de negócio jurídico (contrato) entre duas pessoas que expressamente visam a união.

O citado autor ressalta ainda que naquele tempo este “casamento” celebrado era tratado como indissolúvel, sob influência propagada pela religião, não levando em consideração o fim da união do casal. Era possível tão somente a separação física dos cônjuges, também conhecida como separação de corpos, por determinados motivos, sendo um deles o adultério, contudo, o casamento não era desfeito (CARNACCHIONI, 2020, p. 653).

Rodrigues (2002, p. 435) conceitua o casamento como “um contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Anderson Schreiber (2019, p. 568) aponta que o Código Civil de 1916 trouxe algumas alterações e obrigações do casal de um para com o outro. Porém, o ápice foi em 1977, 61 anos após a publicação no Código Civil, com a introdução da novíssima Lei do Divórcio possibilitando o divórcio entre os cônjuges, tendo sido sedimentada em 1988, com a publicação da Constituição Federal.

Ainda atento à evolução do conceito de entidade familiar na legislação civil brasileira, o mencionado autor acrescenta que, com o advento na nova Carta Magna, o conceito de família foi ampliado, deixando de ser o clássico e obsoleto pai-mãe-filhos, passando a proteger de forma igualitária todos os membros da família. De forma que, também passou a reconhecer a existência de novas e diferentes estruturas familiares, a exemplo das monoparentais, onde a família é chefiada somente pelo pai ou pela mãe, passando a reconhecer também as uniões estáveis e a possibilidade de convertê-las em casamento civil. (SCHREIBER, 2019, p. 547)

Por conseguinte, o Código Civil de 2002 trouxe novas atualizações para o casamento, firmando que o casamento é a forma de estabelecer a comunhão plena de vida dos cônjuges possuidores de iguais condições, se tratando de direito e deveres na Ordem Civil.

Segundo Maria Berenice Dias:

A vida é dinâmica e a evolução da sociedade, aliada ao rompimento de dogmas até então impostos, queda de tabus, ou seja, transformações diversas, acabaram por produzir mudanças arrojadas na seara do direito de família, sendo a última delas, e talvez a mais notória e importante, a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010 que instituiu o divórcio, sem procedimento prévio, prazo ou culpa do outro cônjuge, no direito pátrio. (DIAS, 2020, p.322).

Conforme a doutrina de Paulo Nader (2018, p. 641), após o processo de evolução do direito de família, atualmente, é sabido que para a validação do casamento, os cônjuges deverão comparecer a qualquer Cartório de Registro Civil dentro da jurisdição do registro do local da cerimônia/festa, devendo ser observados os requisitos legais para a celebração, atentando-se ao art. 226 da Constituição Federal, que conceitua a entidade familiar.

3 DIVÓRCIO: CONTEXTO HISTÓRICO

Abordando a temática do casamento, em seu Manual de Direito Civil, Daniel Carnacchioni (2020) aduz que, apesar da relevante da conquista obtida pela sociedade brasileira com a instituição do divórcio – que assegurou não só a liberdade individual, mas também representou um importante distanciamento entre o Estado e a Igreja – ainda que contando com inovações diversas, o mesmo somente era possível “após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, conforme se extrai da anterior redação do art. 226, § 6º da Constituição da República de 1988.

Segundo Maria Berenice Dias:

Introduz-se no direito pátrio o sistema binário de dissolução da sociedade e vínculo conjugal, em que é necessária primeiramente a separação dos cônjuges, para somente após se divorciarem. Ademais, necessário ainda o apontamento das causas que motivaram tal dissolução. (DIAS, 2020, p. 821).

Adentrando novamente no contexto histórico, de acordo com a Mestre em história social, Andrea Borelli (2004, p. 225), nos séculos XIX e XX o adultério era considerado com uma escamoteação destruidora do amor carnal no âmbito do afeto conjugal. Naquele momento, somente a mulher era penalizada pela prática do adultério, o marido somente era apregoado infração se caso fosse descoberto que ele detinha outra família alheia ao seu casamento, todavia não era caracterizado como o adultério, em si.

Naquela época, segundo Borelli (2004, p. 226), o machismo era tão predominante que não existia o adultério masculino, havendo somente aquele praticado pela esposa, sendo previsto no artigo 250 do CP de 1830, que por sinal era bem claro sobre isso. Contudo, com o advento do CP de 1940, o adultério passou a valer tanto para a figura masculina quanto para a feminina, sendo

previsto no referido artigo 240 do CP que era punido com pena de detenção, de quinze dias a seis meses.

Contudo, prossegue a mencionada autora, diante de inúmeras discussões acerca do instituto do adultério tanto na esfera cível como na penal, pondo em evidência a constatare evolução da sociedade, concluiu-se que a traição/adultério não mais justifica ser considerada como crime. Dessa forma, com a vigência da lei 11.106 de 2005, o crime de traição deixou de existir, sendo revogado o art. 240 do Código Penal, passando a gerar somente efeitos extrapenais, a exemplo dos danos morais. (BORELLI, 2004, p. 220).

Acerca da descriminalização da prática, Borelli (2004, p. 235) afirma que o adultério deixou de ser crime não por se tratar de questões de foro íntimo ou por não ser do interesse público, se fosse assim nenhum litígio que chega ao judiciário seria de interesse público, a exemplo de uma negativação no Serasa indevidamente feita, decorrente de um cartão de crédito recebido sem ter sido solicitando, dentre vários outros motivos.

Carnacchioni (2020, p. 689) aduz que foi necessário o transcorrer de pelo menos longos 30 (trinta) anos de avanços doutrinários e jurisprudenciais e, sobremaneira, o amadurecimento e a evolução social da sociedade brasileira para que culminasse na aprovação e promulgação, em julho de 2010, da Emenda Constitucional nº 66/2010 que, promovendo significativa alteração no parágrafo 6º do art. 226 da Constituição da República de 1988, instituiu o divórcio direto no Brasil.

A indigitada norma constitucional, dispensada sua regulamentação por qualquer legislação infraconstitucional, ingressou no ordenamento jurídico com eficácia imediata e direta, permanecendo a Lei nº 6.515/1977 vigente apenas no que diz respeito às normativas de caráter processual. Dessa forma, possibilitou-se a qualquer dos cônjuges a busca pelo divórcio, sem a necessidade de aguardar prazos ou declinar motivos e causas para tanto. (CARNACCHIONI, 2020, p. 691).

4 DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL

No que diz respeito ao dano moral, é desse modo que Carlos Roberto Gonçalves tenta conceituá-lo:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta a lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2019, p. 315).

Entretanto, esse autor leciona que a dor, angústia, dissabores e humilhação experimentados pela vítima não são propriamente o dano moral, mas sim o conteúdo, a consequência eventual do dano.

De acordo com Lilian Iati Gaspar (2021, p. 214) nos Tribunais Superiores brasileiros vem prevalecendo o entendimento segundo o qual a viabilidade da indenização por esta modalidade de dano moral, decorrente de infidelidade conjugal, exige que o sofrimento suportado pelo cônjuge que fora traído deve sempre ultrapassar o mero dissabor resultante do término de todo e qualquer relacionamento, devendo ainda ter o potencial de afetar o seu psicológico, causando sofrimento de ordem física, tendo em vista a humilhação, os constrangimentos daí decorrentes e, muitos casos, a exposição dos envolvidos à opinião pública.

Ainda de acordo com a autora:

Assim, para que o Judiciário reconheça o dever de indenizar, essas circunstâncias devem ser, necessariamente, provadas, pois constituem um dos requisitos necessários à responsabilização civil: o efetivo dano. Além dele, devem ser comprovados a conduta dolosa e o nexo causal entre essa conduta e o dano efetivamente sofrido. Ausentes um desses três elementos, não haverá reconhecimento de indenização por dano moral. (GASPAR, 2021, p. 215).

Oportuna a citação de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deixa claro o citado entendimento majoritário dos tribunais pátrios:

EMENTA: APELAÇÃO - DIREITO DE FAMÍLIA - INDEFERIMENTO DE COMPLEMENTAÇÃO DA PROVA PERICIAL - CERCEAMENTO DEFESA - INOCORRÊNCIA - DIVÓRCIO - INFIDELIDADE CONJUGAL - DANO MORAL - CONDENAÇÃO - NÃO CABIMENTO - AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO PÚBLICA DO CÔNJUGE TRAÍDO - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. - Não se configura cerceamento de defesa o indeferimento de perícia ou a complementação daquela já realizada, pois a demonstração de dano psíquico sofrido pela vítima não constitui prova suficiente para qualificar o dano moral, sendo indispensável a demonstração do propósito de ultrajar, humilhar o cônjuge traído, o que não poderia ser revelado pela prova requerida. - O descumprimento do dever de fidelidade não gera, por si só, o dever de indenizar. A configuração do dano moral em tais hipóteses pressupõe que se demonstre, além da dor e do sofrimento, que, com a traição, o consorte traído foi colocado em situação vexatória, humilhante, exposto publicamente, situação esta não demonstrada nos autos. (TJMG - Apelação Cível 1.0395.13.003377-6/001,

Relator(a): Des.(a) Maria Inês Souza, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/08/2021, publicação da súmula em 09/08/2021).

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do estado do Amapá, porém, reconhecendo a configuração do dano moral por infidelidade conjugal na hipótese, em virtude da exposição social do cônjuge traído:

APELAÇÃO CÍVEL. INFIDELIDADE CONJUGAL. SUCESSIVOS CASOS EXTRACONJUGAIS DO MARIDO. FILHO FORA DA RELAÇÃO MATRIMONIAL. ABALO PSICOLÓGICO DA ESPOSA TRAÍDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. CRITÉRIO BIFÁSICO ADOTADO. NÃO PROVIMENTO. 1) A infidelidade conjugal, como causa isolada, não gera dever de indenizar o cônjuge traído. 2) Configura dano moral, no entanto, a comprovação de nexo de causalidade entre as condutas e o dano experimentado. 3) No caso, ocorreram sucessivas condutas infiéis do marido ao longo da relação matrimonial, uma das quais gerou um filho fora do casamento, no que resultou exposição social da esposa, incluindo conversas de terceiros em redes sociais atribuindo alcunhas depreciativas a ela, humilhação e dano psicológico suportado. 4) Critério bifásico de quantificação do dano adotado. 5) Apelações não providas. Sentença mantida. (APELAÇÃO. Processo Nº 0044016-51.2018.8.03.0001, Relator Juiz Convocado MARIO MAZUREK, CÂMARA ÚNICA, julgado em 1 de Outubro de 2020).

Lilian Iati Gaspar, já citada, informa que existe uma posição minoritária no âmbito do Poder Judiciário que caminha na direção de que as relações desse mundo pós-moderno não permitem mais que seja reconhecido o dano moral decorrente de infidelidade conjugal, haja vista que o adultério se tornou prática comum na atualidade, em razão da “precarização” do instituto do casamento, já não mais tão solene quanto antes, e que se deve considerar o adultério até mesmo como algo previsível, esperado, especialmente diante das inúmeras facilidades encontradas nos dias atuais visando a aproximação das pessoas. (GASPAR, 2021, p. 215).

Ainda segundo Iati Gaspar (2021, p. 220), apesar dessa corrente que vem sendo adotada por pequena parcela do Poder Judiciário, merece destaque que, para boa parte dos indivíduos, a infidelidade conjugal ainda é assunto extremamente delicado e capaz sim de gerar inúmeros transtornos psicológicos que podem ser capazes de justificar a condenação no dever de indenizar por parte do cônjuge faltoso, a fim de que seja obrigado a reparar o dano causado. Entretanto, ressalva-se, caso pretenda ver reconhecido o seu direito constitucional de reparação civil pelos danos morais suportados, o cônjuge lesado enfrentará a inevitável subjetividade do julgador da causa – haja vista que inexistente responsabilidade objetiva no caso.

Conforme Cunha Pereira:

A indenização por danos morais vem crescendo no Brasil a partir de 1988, com a Constituição da República, principalmente nas relações de consumo. Indeniza-se facilmente por um constrangimento ou sofrimento causado por um cheque devolvido incorretamente pelo banco, por exemplo. No Direito de Família o assunto é recente, e as resistências ficam, inclusive, por conta do medo de se instalar uma indevida indústria indenizatória, com uma avalanche de pessoas requerendo, aos tribunais indenização por todo e qualquer sofrimento nas relações amorosas. (PEREIRA, 2013, p. 414).

Com essa posição não concorda Anderson Schreiber (2020, p. 825), pois afirma que ainda que seja inexistente na legislação brasileira dispositivo expresso que trate da reparação decorrente do dano em face da conduta infiel do consorte que dá causa à dissolução do vínculo matrimonial, percebe-se que diante daqueles outrora citados de ordem constitucional ou civil, no que tange ressarcibilidade, não há restrição sequer em sua aplicação a qualquer seara do direito, inclusive de família, razão pela qual não se sustenta a intransigência ao entendimento da inadmissibilidade de indenização por danos morais decorrentes da infidelidade conjugal, que deflagre na ruptura do vínculo, ao singelo argumento de ausência de previsão legal.

Conforme Iati Gaspar:

Dessa forma, havendo regramento acerca da violação do dever de fidelidade recíproca, como, por exemplo, a estipulação de multa caso o fato se torne público, o cônjuge traído poderá buscar o Poder Judiciário para obrigar o cônjuge faltoso a, de fato, efetuar o pagamento do valor pecuniário estabelecido pelas próprias partes, em momento anterior ao casamento, pelo descumprimento do dever de fidelidade recíproca. (GASPAR, 2021, p. 236).

Ainda conforme Iati Gaspar (2021, p. 214), nesse ínterim, não será necessário que o interessado demonstre o dano do mesmo modo tal como na situação em que não há qualquer regulamento específico acerca do assunto entre os cônjuges. No exemplo citado, é suficiente que seja demonstrado que o ato se tornou publicamente conhecido, sendo despicienda a constatação de que as circunstâncias foram capazes de afetar o psicológico do cônjuge vítima da traição.

Assim, percebe-se que o tema é por demais tormentoso, havendo divergência doutrinária no que tange à responsabilização civil por danos morais decorrente da infidelidade conjugal, havendo aqueles que reconhecem a violação do dever da lealdade como sendo um ato ilícito e aquelas que o relevam considerando o contexto socioeconômico da sociedade hodierna. Porém, na jurisprudência, tem prevalecido que cabe a indenização quando o cônjuge traído teve que suportar situação causadora de vexame, humilhação e exposição pública da traição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações que foram desenvolvidas ao longo deste artigo, foi possível notar que a infidelidade constitui conduta capaz de gerar transtornos muitos severos ao indivíduo traído, o que, conseqüentemente, pode vir a afetar os âmbitos emocionais/psicológicos, ético-profissionais, físicos e sociais.

O ordenamento jurídico pátrio compreende que esses transtornos são sim ensejadores do dano moral, vez que são capazes de violar direitos da personalidade, e que a controvérsia estaria apenas no debate se esse dano seria suficiente para suscitar a reparação civil em pecúnia. Ademais, foi possível observar que existe, ainda, uma responsabilidade civil objetiva decorrente da quebra do dever de lealdade, que constitui, segundo a moderna doutrina de direito civil, um dever jurídico anexo a todo e qualquer contrato.

Desse modo, o presente artigo atingiu o objetivo a que se propôs, haja vista que foi capaz de demonstrar que a infidelidade pode vir a ferir direitos da personalidade, impostos no ordenamento jurídico e pela sociedade, podendo o traidor vir a ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

Além disso, em que pese a controvérsia que versa se o dano seria capaz ou não de ensejar o pagamento de indenização, foi possível constatar que o instituto jurídico do dano moral é essencial ao ordenamento, no que atine à doutrina da responsabilização civil, não somente às partes, mas também para toda a coletividade, tendo em vista as suas funções de reparação, punição e a educação.

Dessarte, a condenação do infiel ao pagamento de verba decorrente dos danos morais praticados à vítima da traição é uma forma de demonstrar não só para o ofendido como também para o ofensor, e até mesmo para a sociedade civil organizada, que o ordenamento jurídico nacional não tende a compactuar com a ameaça ou violação a direitos da personalidade, tratados explicitamente ou mesmo implicitamente, constituindo forma de desencorajar comportamentos violadores de direitos essenciais.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ, Tribunal de Justiça do Amapá. Apelação nº 0044016-51.2018.8.03.0001. Relator Juiz Convocado MARIO MAZUREK. Julgamento: 1 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-jurisprudencia/consultar-jurisprudencia.html>. Acesso em 09/11/2022.

BORELLI, Andrea. História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Editora Fórum, 2004.

BRASIL. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo Código Civil. DOU de 11.01.2002.

BRASIL. DECRETO - LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal.

CARNACCHIONI, Daniel. Manual de Direito Civil. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

DÍAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 13ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso de Direito Civil – Direito de Família. 14ª edição. São Paulo, Saraiva Jur, 2017.

IATI GASPAR, Lilian Regina. Responsabilidade Civil no Direito das Famílias. Vol. 1. Editora: Cancelo, 2018.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Responsabilidade Civil e Direito de Família. Vol. 4. Editora: Foco, 2021.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas gerais. Apelação Cível 1.0395.13.003377-6/001.

Relator: Des.(a) Maria Inês Souza. Julgamento em 03/08/2021. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=13&procCodigo=1&procCodigoOrigem=395&procNumero=3377&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>. Acesso em 09/11/2022.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Vol. 5. Direito das Famílias. São Paulo: Grupo Gen, Editora Forense: 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Grupo Gen, Editora Método, 2013.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Editora Fórum, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil – Volume Único. 3ª edição. São Paulo, Grupo Gen, Editora Método, 2019.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil – Volume Único. 5ª edição. São Paulo, Grupo Gen, Editora Método, 2021.

DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOBRE SUA DEFINIÇÃO, SEU DISCURSO COM BASE NA CARTA DA ONU E SUA ESTRITA RELAÇÃO COM O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO.

LORENA ABREU LEITE DE ALMEIDA

RESUMO: O termo “direitos humanos” apresenta variadas conceituações advindas dos mais diversos juristas e autores nacionais e internacionais. O objetivo desse artigo é analisar, de maneira crítica, tais conceitos, seu discurso com base na Carta da Organização das Nações Unidas e sua relação com o princípio do desenvolvimento. O primeiro tópico abordou diversos conceitos do termo direitos humanos no âmbito nacional e global. O segundo, tratou do discurso único dos Direitos Humanos e a importância da Carta da ONU para tal. O terceiro, da relação dos direitos humanos com o direito ao desenvolvimento. O presente trabalho mostra, que, embora exista inúmeros conceitos de direitos humanos, não há motivos para desconsiderá-los e não os aplicar. No entanto, não se pode descartar os problemas apresentados que comprometem sua efetivação e importância na proteção das sociedades.

Palavras-chave: Direitos humanos; Conceito; Crítica; Desenvolvimento; ONU.

1 INTRODUÇÃO

Princípios ratificados internacionalmente com o objetivo de proteger e respeitar a pessoa humana, os direitos humanos garantem - a todos os indivíduos, independente de cor, raça, sexo, religião, língua, nacionalidade, opinião, estado, orientação sexual ou condição social - o direito à liberdade, vida, trabalho, propriedade, saúde, moradia e à educação.

Inúmeros serão os conceitos de direitos humanos apresentados neste artigo, no entanto, de maneira resumida, considerara-se eles como direitos e liberdades individuais de cunho civil e político, e liberdades e direitos sociais econômicos. Esses e outros direitos fundamentais são derivados dos três grandes princípios da Revolução Francesa (Igualdade, Liberdade e Fraternidade).

Em meados do século XX - a luta pela vida e pela liberdade em um contexto de pós-guerra, contra regimes opressores no âmbito econômico, social e político - faz emergir impulsos das mais variadas nações do mundo em busca do reconhecimento de garantias individuais e coletivas.

Assim, conclui-se que os direitos humanos decorrem dos princípios conhecidos e aplicados universalmente (liberdade, igualdade, fraternidade), garantindo o mínimo de uma vida digna à pessoa humana. Ele é aplicado em todas as sociedades, mesmo que não sejam aceitos em todas as nações e são considerados direitos naturais da pessoa humana. Devido a isso, mesmo que não legitimados em constituições, leis ou tratados, os direitos humanos

devem ser exigidos por todos os cidadãos e podem ser aplicados contra todos os poderes, sejam eles legítimos ou não.

Com base nisso, fica proposto no presente artigo discorrer sobre o conceito de Direitos Humanos, seu discurso tendo como base a carta da ONU e sobre o direito humano ao desenvolvimento, este tema que tem em vista as discussões atuais ocasionadas pela globalização e pelos avanços tecnológicos que influenciam a sociedade. Para tanto, será analisado o desenvolvimento humano de acordo com o contexto social e histórico, objetivando-se entender como ele se deu na sociedade, levando-se em conta suas variáveis dentro da doutrina e na legislação brasileira.

2 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

A Organização das Nações Unidas (ONU) definiu os Direitos Humanos como sendo uma garantia fundamental e universal que tem por objetivo a proteção dos indivíduos e grupos sociais contra as mais variadas ações e omissões daqueles que atentam contra a dignidade da pessoa humana.

O estudo do conceito de Direitos Humanos pode ser feito a partir de uma grande variedade de enfoques, disciplinas e perspectivas, levando-se em conta o fato de se tratar de uma ideia que pode ser aplicada nas mais diversas áreas da vida humana, visto sua inegável importância teórica e prática. No entanto, é necessário que se observe os posicionamentos de uma gama de autores, para que se chegue, então, a um entendimento pessoal do assunto em questão, visto que seu significado é resultado de um desacordo de entendimentos generalizado.

Para Maurice William Cranston (1973), por exemplo, o direito humano é moral universal, ou seja, é um direito que todas as pessoas devem ter nos mais variados lugares e tempos. Para Cranston, o direito humano é algo de que ninguém pode ser privado sem uma afronta grave à justiça, algo que é devido a cada ser humano simplesmente porque ele é humano. Logo, um conceito inicial de direitos humanos que será neste trabalho apresentado, é o de que se trata de um conjunto básico de direitos com vocação universal, que todos possuem pelo simples fato de serem humanos.

Norberto Bobbio (1991) discorre sobre esse problema ocasionado por esses diversos conceitos estabelecendo relação com a dignidade da pessoa humana, que é um dos valores universais sobre o qual se baseiam os direitos humanos. Discutindo essa temática, Viviana Bohórquez Monsalve e Javier Aguirre Román (2009) elaboram uma análise crítica sobre o desacordo e as apreensões quanto ao conceito da dignidade humana.

Existe ainda uma outra maneira de classificar os direitos humanos, que se subdivide em direitos humanos como direitos ou como processo e dinâmica social para a obtenção de direitos. A primeira concepção determina que o conteúdo básico e tradicional dos direitos humanos são os

direitos em si mesmos, logo podem ser conceituados como o “direito a ter direitos” (Flores, 2009, p. 33). A segunda concepção, no entanto, determina que “os direitos humanos, mais que direitos ‘propriamente ditos’, são processos”; e isso significa que é o resultado sempre provisório das lutas para se ter acesso aos bens necessários para a vida.

Robert Alexy (1999) também apresenta uma definição de direitos humanos divergente das apresentadas até então neste presente artigo. Segundo ele, os direitos humanos englobam interesses e carências essenciais aos seres humanos, preenchem uma posição de prioridade no sistema jurídico, tem uma validade que existe independentemente da positivação pela norma jurídica, sua utilização depende de algum tipo de limitação no caso concreto e têm por titulares todo e qualquer ser humano.

Louis Henkin, em “The rights of man today”, determina que os direitos humanos compõem um termo de uso comum, porém categoricamente definido. Esses direitos são criados com o intuito de incluir as reivindicações morais e políticas que todos os seres humanos têm ou devem ter diante de sua sociedade ou governo; reivindicações estas identificadas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade.

Os direitos humanos devem ser estudados sistematicamente utilizando-se de um posicionamento interdisciplinar que analise todos os seus aspectos e não deixe de estudar o contexto histórico e social em que estão inseridos. Afinal, além dos aspectos normativos, os direitos humanos são resultado de lutas políticas e dependem de fatores históricos e sociais que são reflexos dos valores e ambições de cada sociedade, além de também necessitarem de um ambiente propício para que imponham respeito.

António Peres Luño (1995, p. 22) determina que há três tipos de conceito dos direitos humanos: a primeiro é a definição tautológica, que não apresenta nenhum novo elemento que caracterize tais direitos. Por exemplo, tem-se a definição segundo a qual os direitos humanos são todos aqueles que correspondem aos homens pelo simples fato de serem homens. No entanto, Carvalho Ramos (2005) afirma que todos os direitos são possuídos pelo homem ou por pessoas jurídicas, de forma que a definição supracitada põe fim à uma certa repetitividade do princípio.

O segundo conceito que Luño apresenta é o formal, que, ao não particularizar o conteúdo dos direitos humanos, põe barreiras a qualquer indicação sobre o seu regime jurídico especial. Essa definição estabelece que os direitos humanos pertencem a todos os homens e que não podem ser deles retirado, devido ao seu regime indisponível e *sui generis*. Para Jorge Miranda (1993, p. 9), a definição formal determina que “direitos humanos é toda posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagradas na lei fundamental”.

O terceiro e último conceito é o finalístico ou teleológico, que afirma que os direitos humanos são essenciais para o desenvolvimento digno da pessoa humana. Esse conceito utiliza o objetivo ou fim para determinar o conjunto de direitos humanos. Para essa definição, Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 7) afirma que os direitos humanos se colocam como uma forma resumida

de se referir aos direitos fundamentais da pessoa humana, estes que são fundamentais por permitirem que o ser humano exista, se desenvolva e participe plenamente da vida social e política.

Seguindo esse raciocínio, tem-se a definição de um pouco mais completa de direitos humanos elaborada por Gregório Peces-Barba:

“são faculdades que o direito atribui a pessoa e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação” (PECES-BARBA, 1982, p. 7)

Adentrando um pouco mais nos conceitos de direitos humanos, pode-se citar o estabelecido por Peres Luño (1995, p. 48), que classifica os direitos humanos como o conjunto de faculdades e instituições que efetivam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser identificadas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Existem diversas outras possibilidades de conceituação dos direitos humanos e tendo em vista isso, fica conhecido e determinado a existência de uma infinita gama de possibilidades, não podendo-se chegar à uma unidade no discurso.

3 O DISCURSO ÚNICO DOS DIREITOS HUMANOS E A CARTA DA ONU

A Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) se coloca como um documento de suma importância no século XXI no que se refere ao reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos do ser humano no mundo pós-guerra. Ela surgiu da necessidade de se evitar que as atrocidades e horrores cometidos durante o nazismo fossem revividos, evitando, assim, o sofrimento das gerações futuras

A supracitada Carta apresenta em seu corpo fundamentos para que se garanta a paz e a segurança internacional, priorizando a determinação das condições necessárias para que se efetive a justiça e o respeito às obrigações resultantes da assinatura dos tratados. A Carta ainda garante as condições necessárias ao progresso humano e social e à melhoria na qualidade de vida dos seres humanos.

Nesse contexto, o preâmbulo da carta preceitua, *in verbis*:

Faço saber, aos que a presente Carta de ratificação vierem, que, entre a República dos Estados Unidos e os países representados na Conferência

das Nações Unidas sobre Organização Internacional, foi concluída e assinada, pelos respectivos Plenipotenciários, em São Francisco, a 26 de junho de 1945, a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, tudo do teor seguinte:

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS:

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins: praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e pela instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e em devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas, que foi aberta à assinatura na Conferência de São Francisco, no estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América na data de 26 de junho de 1945, fez surgir, jurídica e politicamente, a Organização das Nações Unidas (ONU). A carta foi assinada pelo Brasil na data de 21 de setembro de 1945, aprovada pelo Decreto Lei n. 7.935/1945 e promulgada pelo Decreto n. 19.841/1945.

Nesse contexto do final da Segunda Guerra foi criada, então, a ONU, com os objetivos de assegurar a paz, a segurança mundial, o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações e a promoção do progresso humano e social, assim como também a garantia de melhores padrões de vida para todas as sociedades.

Verifica-se que o objetivo principal da ONU é providenciar e incentivar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para toda a população, sem fazer distinção por motivo de raça, sexo, língua ou religião.

Tendo em vista esse intuito principal, Leilane Serratine Grubba (2017) destaca que:

Fundada com o objetivo e a determinação dos povos em preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, a Organização das Nações Unidas nasceu com alcance universal e, dessa forma, promulgou direitos humanos inerentes e universais a todos os povos e a todas as pessoas membros da família humana. Nesse sentido, a Declaração Universal de 1948 representa o reconhecimento global de que os direitos básicos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os humanos, inalienáveis e aplicáveis a todos, considerando-se que cada ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos. (GRUBBA, 2017, p. 40).

Foi após a aprovação da Carta das Nações Unidas que a ONU passou a oficialmente a ter espaço no plano jurídico e político.

Levando-se em consideração o seu propósito no plano global, torna-se importante destacar o seu artigo 1º, que regula sobre os seus principais objetivos, *in verbis*:

Artigo 1º. Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e (sic) reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou (sic) solução das controvérsias ou (sic) situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos Humanos Trabalhistas 132 Artigos humanos e às liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Depois que a Carta de 1945 foi oficializada, iniciou-se inúmeras transformações no Direito Internacional, representando uma nova modelagem nas relações internacionais que tem por objetivo a proteção internacional dos direitos humanos.

Este documento é de extrema importância, pois visa a proteção internacional dos direitos humanos por meio da elaboração de uma Organização internacional que engloba todas as nações do mundo com o intuito de defender a dignidade da pessoa humana, mantendo a paz e a segurança internacional, e estabelecendo políticas sociais e econômicas que garantam o desenvolvimento social das nações mais pobres.

Nesse contexto, Leilane Serratine Grubba (2017) afirma que a Organização das Nações Unidas atua mundialmente [...]

[...] Por meio de programas de manutenção da paz, prevenção de conflitos, assistência humanitária, desenvolvimento sustentável, proteção do meio ambiente e de refugiados contra terrorismo, de não proliferação de armas e desarmamento, promoção da democracia, direitos humanos, igualdade de gênero, governabilidade, desenvolvimento econômico e social, 135 Artigos Direitos Humanos Trabalhistas saúde internacional, erradicação de minas terrestres, expansão da produção de alimentos, além de outros programas que objetivam alcançar os propósitos da Organização no intuito da obtenção de um mundo mais seguro para as gerações atuais e futuras. (GRUBBA, 2017, p. 41).

O reconhecimento dos direitos humanos como objeto com o intuito de se proteger e promover, se fundou com a redemocratização do Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. O referido diploma legal institucionalizou a instauração da democracia no Brasil, introduzindo inúmeros avanços que consolidaram legalmente as garantias e os direitos fundamentais, protegendo setores vulneráveis da sociedade brasileira. Desde então, os direitos humanos ganharam grande importância, colocando a Carta Magna como o documento mais relevante e específico em matéria de direitos humanos no Brasil.

Portanto, se queremos definir os direitos humanos, ou o que é o mesmo, delimitá-los dos interesses dos poderosos e trazê-los as reivindicações, anseios e valores dos indivíduos, grupos e culturas subordinadas, devemos entendê-los dentro dessa concepção contextualizada de direito: conjunto de processos dinâmicos de confrontação de interesses que lutam por ver reconhecidas as suas propostas partindo de diferentes posições de poder. Desde aqui os direitos humanos devem ser definidos como isso, como sistemas de objetos (valores, normas, instituições) e sistema de ações

(práticas sociais) que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana. É dizer, marcos de relação que possibilitam alternativas e tendem a garantir possibilidades de ação amplas no tempo e no espaço a fim de alcançar os valores da vida, da liberdade e da igualdade (HERRERA FLORES, 2000, p. 52-53).

Para que se amplie as discussões no que tangem às reivindicações políticas, sociais e de reconhecimento dos direitos humanos aos cidadãos, deve-se compreender que as normas que qualificam o "outro" são estabelecidas por meio de um "conjunto de normas que governam a reconhecibilidade da humanidade" (BUTLER, 2015, p. 39). Com base nisso, o "outro" terá sua condição humana reconhecida e será taxado como um sujeito merecedor de direitos humanos se estiver seguindo as normas supremas da condição humana.

Resultado de um extenso processo histórico-social de atribuição de valores classificados como essenciais à condição humana, os direitos humanos tentam, atualmente, ressignificar seu discurso para que passem a ser considerados base fundamental de uma política pós-moderna que está em desenvolvimento.

As lutas sociais travadas em busca de afirmação e reconhecimento de direitos relacionados à condição humana são consideradas verdadeiras conquistas da sociedade contemporânea (WOLKMER, 2012). O caminho traçado na busca de reconhecimento dos direitos atrelados à condição humana foi orientado, de início, "pelas ideias da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do jusracionalismo deve-se, atualmente, à estreita conexão com as transformações sociais" (WOLKMER, 2012, p. 18).

O discurso dos Direitos humanos teve seu desenvolvimento ligado à um modelo insatisfatório, visto que não se adequou às particularidades das realidades culturais e sociais. Seguindo essa linha de raciocínio, Escrivão Filho e Sousa Júnior (2016) usaram dos estudos de Boaventura de Sousa Santos identificaram que o parecer do universal é aquele tido como válido em qualquer contexto, lugar e tempo.

Dessa maneira:

muitos discursos ocidentais (científicos, jurídicos, políticos) são considerados como "universais" e, com isso, são impostos para todo planeta, diferentes dos saberes "outros" (indígenas, orientais e africanos) que são tratados como saberes menores, locais, incompletos, míticos, ou seja, inferiores (SPAREMBERGER, 2015, p. 5).

Boaventura de Sousa Santos demonstra a necessidade da realização de uma conduta não hegemônica do discurso dos Direitos Humanos, visto que "os direitos dos cidadãos não estarão

seguros enquanto os não-cidadãos sofrerem um tratamento sub-humano” (p. 38, 2010). Para o autor, tal prática:

além de ver nos direitos humanos uma arma de luta contra a opressão independente de condições geoestratégicas, avançam propostas de concepções não ocidentais e de direitos humanos e organizam diálogos interculturais sobre direitos humanos e outros princípios de dignidade humana. (SANTOS, 2010, p. 445).

4 DIREITOS HUMANOS E A NOÇÃO DE DESENVOLVIMENTO

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável utilizado pela sociedade para participar de um desenvolvimento econômico, social, cultural e político. A pessoa humana hoje é como sujeito central do desenvolvimento, sendo todos os seres humanos incumbidos do desenvolvimento individual e coletivo. Destaca-se também a responsabilidade dos Estados na elaboração de condições nacionais e internacionais objetivando o desenvolvimento de uma cooperação internacional para tal:

Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional baseada na igualdade, soberania, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos. (Art. 3.3, Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento, 1986).

A ideia de direito ao desenvolvimento surgiu em um debate internacional em meados do século XX, como resultado de reivindicações dos países em desenvolvimento e de algumas idealizações teóricas e doutrinárias.

Para a introdução da ideia de desenvolvimento atribui-se a ele sua classificação como um direito humano ao jurista Kéba M'Baye, que defendeu o direito ao desenvolvimento no conjunto dos direitos e das liberdades públicas, classificando-se, desta maneira, como um direito humano (BAYE, 1972).

Até mesmo no século XXI, a noção de desenvolvimento tem ocasionado nas Nações Unidas uma definição controversa. Ainda que tenha sido reconhecido como um direito, o conteúdo, as características e as possibilidades de aplicação desse direito continuam em processo de discussão e de detalhamento, mesmo transcorridas mais de duas décadas da aprovação da Declaração do Direito ao Desenvolvimento.

O Direito ao Desenvolvimento é um direito humano por meio do qual todo ser humano e todas as sociedades são chamadas a participar, ajudar e a gozar do processo de desenvolvimento, assim aponta Sengupta (2000). Deve-se atentar para um entendimento de desenvolvimento como processo, por meio do qual se faz realizar os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

O início dos debates sobre o desenvolvimento baseada em direitos e sua relação com a baixa produtividade e indiscutibilidade dos esforços produzidos na Organização das Nações Unidas foi estudado por Alston (2005). Para ele, esse fato teria levado acadêmicos e profissionais envolvidos com o tema do desenvolvimento a propiciar, no final do século XX, uma série de discussões sobre a proximidade entre desenvolvimento e direitos humanos. O autor afirma que, diferentemente da guerra diplomática existente na ONU, outros debates foram promovidos e envolveram uma série de organizações, que refletiram sobre a inclusão dos direitos humanos em suas políticas e práticas de desenvolvimento, estendendo a discussão para a parte externa da ONU e dos Estados.

Atribui-se hoje em dia importância à inclusão e ao empoderamento dos seres humanos, com foco nos grupos mais vulneráveis – como por exemplo mulheres, indígenas, crianças, imigrantes etc. - e nas causas estruturais, e também à procura por equidade. No entanto, na medida que foram sendo aplicadas, o significado do conceito de direito ao desenvolvimento recebeu interpretações múltiplas, fazendo com que as mais variadas organizações do mundo atribuíssem um conceito diferente.

É possível admitir que, embora enfraquecida, a adoção da Declaração do Direito ao Desenvolvimento teve repercussões positivas nas esferas da prática dos Estados, teoricamente mais voltados à realização de políticas nacionais de desenvolvimento, e no progresso de uma política social global entre nações como, por exemplo, o discurso das Metas do Milênio.

O desenvolvimento se livra de um significado reducionista, advindo do pós-guerra e em estrita relação com o de crescimento econômico, para obter, na vinda da terceira geração dos direitos humanos, o estatuto de objeto de um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos. O ser humano, colocando como centro, constituiu a medida de todas as coisas, o propósito essencial e o marco derradeiro ao próprio desenvolvimento. Este passou a não necessitar mais de sua afirmação como harmonioso, ecologicamente equilibrado, sustentável, ou de rosto humano. Atualmente, como base de um direito fundamental, o desenvolvimento integrou todas essas dimensões, constituindo elementos de seu conceito.

Delors acreditava nos atributos e nas oportunidades para uma "coesão econômica e social" e a União Monetária se mostrava como um passo resolutivo e indispensável para que se chegasse à uma união política. Se discutia sobre cidadania europeia e agregava-se os Direitos Humanos nos estatutos específicos da União.

Devido ao desenvolvimento, estabeleceu-se e ampliou-se a sociedade da informação, do conhecimento, da inovação e das novas competências. Se observou um *boom* das novas tecnologias e à rápida disponibilidade do acesso a muitas delas para a maioria da população.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo fez uma análise e estudo dos direitos humanos enquanto discurso e o que deles têm sido realizado enquanto ação, considerando-se o cenário brasileiro. Analisou-se também os mais variados conceitos atribuídos ao termo "Direitos Humanos", usando para tanto, a doutrina a legislação nacional, e fez-se ainda um apanhado geral sobre o supracitado tema e sua relação com o desenvolvimento no campo político, social e cultural.

Dos estudos efetuados, se pôde notar a relevância das suposições científicas, políticas e éticas na construção de uma análise do discurso dos direitos humanos na contemporaneidade. Apesar das divergências teóricas e conceituais, os direitos humanos formam a base das democracias contemporâneas, já que nascem da ideia de dignidade da pessoa humana e do seu papel de proteger e promover realizado pelos entes estatais e não estatais.

Abordou-se ainda neste artigo a discussão em torno dos Direitos Humanos ao desenvolvimento, tema este que se encontra em debate constante, tendo em vista as mudanças evolutivas pelas quais a sociedade passa diariamente. Levando-se em consideração esse motivo, o presente artigo mostrou apenas um pouco das análises e discussões acerca do assunto, já muito se tem a debater e estudar futuramente.

O presente estudo constatou que as adversidades práticas para se concretizar e efetivar os direitos têm acabado com seu caráter originário transformador. O que se conclui analisando os conceitos apresentados pelos mais diversos autores e doutrinadores, além de observado o discurso dos Direitos Humanos na atualidade, é que são necessárias iniciativas urgentes de fortalecimento das relações e movimentos sociais, para que assim se resgate o verdadeiro sentido dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 58 et seq., jul./set. 1999.

ALSTON, P. **Ships passing in the night: the current state of the Human Rights and development debate seen through the lens of the Millenium Development Goals**. Human Rights Quarterly 27 (2005). The Johns Hopkins University Press. pp 755- 829

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 out. 2022.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5º. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CRANSTON, Maurice William. **What are human rights?** London: Bodley Head, 1973.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio, SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os DIREITOS HUMANOS**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GRUBBA, Leilane Serratine. **Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas**. Curitiba: Prismas, 2017.

HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). **Hacia una visión compleja de los derechos humanos**. In: _____. El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée, 2000. p. 19-78.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais - Diálogos Interculturais e Democracia**. São Paulo: Editora Paulus, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Vol. IV, 2ª Edição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MONSALVE, Viviana Bohórquez; Román, Javier Aguirre. **As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos**. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 41-63, dez. 2009.

PECES-BARBA, Gregório. **Trânsito a La Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PERES LUÑO, António. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª Ed., Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. _____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In.: SANTOS, Boaventura de Sousa, MENESES, Maria Paula. Epistemologia do Sul. São Paulo: Cortez, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos "Novos" Direitos**. In.: Os "novos direitos no Brasil-Natureza e Perspectivas - Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas". (Org): WOLKMER, Antônio Carlos, MORATO LEITE, José Rubens. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A INFLUÊNCIA DA PERSONALIDADE DO INTÉRPRETE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ISENÇÃO, EMPATIA E JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

RENATA MAHALEM DA SILVA TELES: juíza de Direito, mestranda em Direito Constitucional pela PUC-SP, Pós graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina, graduada em Direito pela Universidade São Francisco- campus Bragança Paulista

RESUMO: A personalidade do intérprete influencia na interpretação das normas constitucionais. A consciência permite com que o intérprete exerça sua função isento de pré-conceitos. Ao interpretar a norma, deve ele agir com isenção e empatia, a fim de colocar-se no lugar das partes, observando-se o contexto pessoal e social em que se inserem, visando, dessa forma, garantir a igualdade e a justiça no concreto.

Palavras Chave: personalidade, interpretação, normas constitucionais, isenção, empatia, justiça.

ABSTRACT: The personality of the interpreter influences the interpretation of constitutional norms. Consciousness allows the interpreter to exercise his function free of preconceptions. When interpreting the norm, it must act with exemption and empathy, in order to put itself in the place of the parties, observing the personal and social context in which they are inserted, aiming, in this way, to guarantee equality and justice in the concreteness.

Keywords: personality, interpretation, constitutional norms, exemption, empathy, justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Quem é o intérprete? 2.1 Pessoa e Personalidade. 2.2 A Teoria da Psicanálise na formação da Personalidade. 2.3 A Teoria Analítica de Jung e a personalidade. 2.4 O Direito à Personalidade. 3. Interpretação e hermenêutica: a atividade do intérprete. 4 Hermenêutica e minorias na interpretação das normas constitucionais. 4.1 Isenção, autoconhecimento e empatia como instrumentos da atividade do intérprete para o atingimento da justiça no caso concreto. 5 Considerações finais. Bibliografia.

“A pessoa não deve lutar para eliminar seus complexos, mas para entrar em acordo com eles; os complexos são guias legítimos de sua conduta no mundo” (Sigmund Freud)

1. Introdução

Como qualquer ser humano, o intérprete sofre as influências do mundo em que se encontra. Fatores genéticos e ambientais influenciam ativamente em sua personalidade, entendida como o modo particular de ser de cada um.

O intérprete, como tradutor da norma, ao exercer a atividade interpretativa, não dissocia da interpretação o seu “olhar de mundo”, de suas experiências pessoais, sua cultura, suas vivências, classe socioeconômica, raça, etnia, gênero, formação intelectual, familiar, além de seus sentimentos, temperamento e emoções. O modo como olha a norma diz muito de si. E, sob esse aspecto, torna-se tormentoso dizer que a interpretação é neutra, pois estará atrelada às impressões pessoais do intérprete – inculcadas em seu modo de vida – e às influências internas e externas que influenciam sua personalidade.

Assim, a interpretação não é realizada apenas de forma racional, dada a influência da personalidade do intérprete e suas emoções na compreensão da norma. Faz-se necessário que o intérprete tenha consciência do influxo de tais circunstâncias para promover uma interpretação imparcial e justa, o que se alcança por meio do autoconhecimento.

Entretanto, não basta ao intérprete estar atento às suas influências pessoais para que a interpretação seja realizada de forma justa, é de fundamental importância que aja com empatia, atentando-se ao meio social e às circunstâncias em que os envolvidos se encontram inseridos para que a aplicação da norma constitucional atenda aos princípios da igualdade, solidariedade e dignidade humanas.

O intérprete-juiz branco, de sexo masculino, além de suas experiências pessoais, sofrerá influências referentes ao seu grupo de pertencimento e *status* social, mas, consciente de tais circunstâncias, ao aplicar a norma onde a parte envolvida se refere a uma mulher negra, com pouca escolaridade e baixo *status* econômico levará em consideração esses elementos, pois a aplicação da norma geral e abstrata poderá gerar desigualdades e inconstitucionalidades.

Assim, não há como se considerar a figura do intérprete-julgador despido de sentimentos e influências de seu meio social, mas este deverá ter consciência de tais influências e agir com empatia para analisar as situações peculiares do caso concreto e os elementos de pertencimento dos envolvidos para, ao aplicar a norma, garantir justiça, equidade e dignidade concretas.

2. Quem é o intérprete?

2.1 Pessoa e Personalidade

Nas palavras de Oliveira (2019:129), “quem interessa para a interpretação é o ser humano”. Para Diniz (2014), ser humano é a pessoa¹¹¹, sujeito de direito, que tem o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Ao conceito de pessoa liga-se o conceito de personalidade, que se refere às particularidades do indivíduo e consiste no conjunto das características pessoais de cada um.

A personalidade pode ser definida como “o padrão total de comportamento, único e exclusivo de cada indivíduo e que se manifesta nos valores, crenças, interesses, atitudes, expressões e ações daquele indivíduo” (WILLIAMS, 1973)

Groeninga (2018) define personalidade como sendo “a condição ou maneira de ser da pessoa. É a organização, mais ou menos estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constitui. O aspecto físico e os psíquicos como a vontade, a emoção e a inteligência são aspectos da personalidade.”

Pervin *et al* (2004) acrescentam que:

“personalidade representa as características da pessoa que explicam padrões consistentes de sentimentos, pensamentos e comportamentos. E, revela-se de particular interesse a maneira como esses pensamentos, sentimentos e comportamentos se relacionam entre si para formar o indivíduo único e peculiar.”

A personalidade, então, constitui-se como um direito do indivíduo, de ser e se identificar na sociedade, segundo características que lhe são próprias. Tais características são influenciadas por fatores genéticos ou hereditários, bem como por circunstâncias externas ou ambientais e que se consubstanciam nos “determinantes da personalidade.” (PERVIN *et al*, 2004, p. 27)

Os fatores herdados formam a base da personalidade – que se complementa pelos fatores adquiridos – e “desempenham importante papel na determinação da personalidade,

111 Segundo Monteiro (1968:58-9), o vocábulo “pessoa” é oriundo do latim *persona*, que, adaptado à linguagem teatral, designava máscara. Isto é assim porque *persona* advinha do verbo *personare*, que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma *persona* que fazia ressoar, mais intensamente, a voz da pessoa por ela ocultada. Mais tarde, *persona* passou a exprimir a própria atuação do papel representado pelo autor e, por fim, complementando esse ciclo evolutivo, a palavra passou a indicar o próprio nome que representava o papel. Passa, então, por três acepções: a) *vulgar*, em que a pessoa seria sinônimo de ser humano, porém não se pode tomar com precisão tal assertiva, ante a existência de instituições que têm direitos e deveres, sendo, por isso, consideradas como pessoas, e devido ao fato de que já existiram seres humanos que não eram considerados pessoas, como os escravos; b) a *filosófica*, segundo a qual pessoa é o ente, dotado de razão que realiza um fim moral e exerce seus atos de modo consciente; c) *jurídica*, que considera como pessoa todo ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações.

particularmente, em relação àquilo que é único no indivíduo, como inteligência e temperamento.” (*Idem*, p. 27)

Já os determinantes ambientais como fatores culturais, sociais e familiares interferem no modo de ser e agir de cada um. “Sob o aspecto cultural, cada cultura tem seus próprios valores, crenças e padrões comportamentais, de modo que a maioria dos membros de uma cultura terão características comuns de personalidade.” (*Ibidem*)

O grupo social a que o indivíduo pertence, seja ele classe baixa, média, alta ou operária, revela seu “status”, ou papel que aquele indivíduo desempenha.

No que tange aos aspectos familiares, o padrão comportamental dos pais em relação aos filhos influencia no modo de ser da criança. Comportamentos afetuosos, amorosos, hostis, superprotetores ou possessivos irão influenciar na formação da personalidade, pois servem como modelo de comportamento.

No entanto, membros de uma mesma família, embora sofram influência do mesmo padrão comportamental, diferem em virtude das experiências vividas fora do ambiente familiar. Pervin *et al* (2004:31) lembram que “os laços parentais são importantes para o desenvolvimento inicial, mas, o importante para o desenvolvimento posterior e mais duradouro da personalidade é o envolvimento com os pares.”

Nos dizeres de Galton (2016), “a personalidade é composta de duas fontes distintas: a natureza, que consiste no que herdamos ao nascer e a criação, que é o que experimentamos a partir do nascimento.”

A interrelação entre os fatores genéticos e as variantes externas ou ambientais formam a personalidade de cada indivíduo. As teorias da personalidade servem para nos auxiliar na compreensão de como a personalidade se forma e se desenvolve e como se manifesta no comportamento humano.

2.2 A Teoria da Psicanálise na formação da Personalidade

A Teoria da Psicanálise de Freud, entendida como uma teoria da personalidade, “revela um comportamento motivado (impulsionado) pelo inconsciente.” (FREUD, 2016)

Freud foi o pioneiro a explorar a vida inconsciente e a estabelecer ligações entre o inconsciente e o comportamento humano. Ele buscou acessar o “mundo inconsciente” por meio da interpretação dos sonhos, atos falhos, neuroses e psicoses. (*Idem*, p. 95)

Para ele, a psique humana é formada por três sistemas que se conjugam: o consciente, o pré-consciente, e o inconsciente.

O consciente consiste na percepção que temos do mundo e existe em um nível superficial, que temos acesso fácil e imediato. Tudo o que é consciente (aquilo que temos um saber ativo) esteve em algum momento nas profundezas do inconsciente antes de emergir à consciência, entretanto, nem tudo se torna consciente. (*Ibidem*)

As lembranças que não estão na memória cotidiana, mas que não foram reprimidas, habitam a mente consciente, denominada por Freud (2016) de pré-consciente e, que são facilmente trazidas à consciência a qualquer momento. Herrmann (1985) lembra que “a pré-consciência é o lugar do esquecido, do guardado, que pode ser um tanto incômodo, sendo, contudo, mais brando que o recalçamento.”

Já o inconsciente consiste na parte referente às memórias decorrentes de emoções recalçadas. Quando se revelam dolorosas ou inapropriadas demais para que a mente consciente possa suportá-las, os impulsos ou memórias são reprimidos e armazenados no inconsciente e não são acessíveis de maneira imediata. “O que está no inconsciente está lá por razões motivadas e esses conteúdos exercem uma influência motivacional sobre o comportamento cotidiano.” (PERVIN *et al*, 2004, p. 81)

Para Freud (2016), o sofrimento emocional deriva de um conflito inconsciente. A teoria psicanalítica consiste em trazer à tona essas emoções armazenadas no inconsciente, proporcionando um estado de alívio ao paciente.

O inconsciente é capaz de se externar ao mundo consciente, comunicando-se de forma silenciosa por meio de nossas preferências, modo de compreensão das coisas, símbolos que criamos e padrões de comportamento. O inconsciente, assim, dirige em silêncio os pensamentos e comportamentos do indivíduo.

Conforme preconiza Freud, “no inconsciente também residem as pulsões instintivas biológicas, que orientam o comportamento e direcionam as condutas em relação à satisfação das necessidades básicas de sobrevivência: necessidade de comida, água, abrigo, companhia e desejo sexual. Além disso, afirmou que no inconsciente também abrigamos a pulsão de morte, que é autodestrutiva.” (FREUD, 2016, p. 96)

Portanto, além das pulsões de vida e morte, o inconsciente abriga todas as memórias recalçadas.

Posteriormente, o psicanalista trouxe novos conceitos em relação à estrutura da mente: o *id*, o *ego* e o *superego*.

“O *id* é a instância original da psique.” (HERRMANN, 1985) É constituído pelos impulsos primitivos, pelas emoções e contém tudo o que herdamos desde o nascimento. “Ao nascer, o

indivíduo seria puro *id*." (*Idem*, p. 51). É impulsionado pelo princípio do prazer, de satisfação imediata dos desejos e necessidades básicas. O *id* quer tudo agora e se assemelha à criança que não sabe esperar.

O *superego* é o julgamento crítico, a fonte da consciência, da culpa e da vergonha. É o pai que atua como uma instância moral. Segundo Freud (2016), o *superego* representa a influência da infância de uma pessoa, do cuidado e da educação que lhe foram dados pelos pais e de sua dependência destes. Não se trata apenas das qualidades pessoais desses pais, mas tudo aquilo que desempenhou um efeito determinante sobre eles, os gostos, padrões sociais, classe social, raça e tradições em que se originaram. Atua como uma forma de controle do comportamento de acordo com as regras da sociedade. É o código moral de cada um e tem influência na personalidade de acordo com sua maior ou menor rigidez.

O *ego* é o agente moderador de conduta e revela a forma como as pessoas se comportam diante das experiências vivenciadas, estabelecendo um ponto de equilíbrio entre as pulsões do *id* e os limites do *superego*. A razão e a moral constituem o limite de atuação, eis que não podemos ter tudo o que desejamos, no momento em que desejamos (*id*). O *ego* opera segundo o princípio da realidade:

"Toda a consciência cabe no *ego*, que se responsabiliza pelo contato com o ambiente, com a realidade externa. O *ego*, nesse sentido, é um feixe de funções: percepção, atividade, juízo (ou julgamento do que é real e dos fins a perseguir). Mas o *ego* não é só consciência. Há funções inconscientes no *ego*, que são os mecanismos de defesa. Por conseguinte, se o *id* é puro inconsciente, o *ego* liga-se estreitamente ao sistema pré-consciente – consciência." (PERVIN *et al*, 2004, p. 81)

O funcionamento do *ego* refere-se à maneira particular que os indivíduos interpretam a experiência e agem no mundo: como eles processam informações, controlam pulsões e relacionam-se com os outros.

Segundo Pervin (2004), Freud deu pouca importância ao *ego*, porque o considerava uma estrutura fraca, que servia a três senhores severos: o *id*, a realidade e o *superego*. No entanto, seguindo Jane Loevinger, Pervin revelou que a importância do *ego* no desenvolvimento da personalidade varia de acordo com o maior ou menor grau de maturidade de seu funcionamento:

"Os indivíduos localizados nos estágios mais inferiores de desenvolvimento do *ego* pensam de maneira simplista e estereotipada, são impulsivos e autoprotetores e estão preocupados com questões básicas e imediatas. Os indivíduos localizados nos estágios médios de desenvolvimento do *ego* veem o mundo em termos de bom ou mau, valorizam o respeito às regras e a lealdade aos amigos e à família e preocupam-se com a aceitabilidade

social. Nos estágios mais elevados, os indivíduos não pensam de forma complexa, tentam integrar a intimidade e a independência em seus relacionamentos e aceitam a complexidade e ambiguidade da vida. As pessoas podem permanecer em qualquer estágio da sequência, de modo que os indivíduos diferem dramaticamente quanto ao desenvolvimento do *ego* em qualquer grupo ou idade." (*Idem*, p. 83)

As estruturas do psiquismo se interrelacionam. O *superego* controla o *ego*, que, por sua vez, propicia ao *id* o alcance de seus desejos de forma racional, sensata, sem causar danos ou traumas.

"Quando tudo vai bem, forma-se um todo harmonioso. Mas, diante de uma pulsão do *id* que o *superego* desaprova, o *ego* se vê tensionado. Se a pulsão é aceita, representada conscientemente e posta em ação, a condenação do *superego* irá se expressar sob a forma de dor psíquica, angústia, sentimento de culpa. Se ao acesso da pulsão é inteiramente proibido, essa continuará a insistir e a pedir passagem. E, por isso, o *ego* acaba aceitar a pulsão de forma disfarçada. (*Ibidem*)

"O *id* e o *superego* possuem algo em comum: ambos representam as influências do passado. O *id*, a influência da hereditariedade. O *superego*, a influência do que, essencialmente, é retirado de outras pessoas, enquanto o *ego* é, principalmente, determinado pela própria experiência do indivíduo, isto é, por eventos acidentais e contemporâneos." (FREUD, 2011)

A psicanálise tem a função de interpretar, decodificar as mensagens trazidas do inconsciente ao consciente e que determinam o comportamento do indivíduo, interferindo sobremaneira em sua personalidade¹¹².

2.3 A Teoria Analítica de Jung e a personalidade

Carl Gustav Jung (1875-1961), psiquiatra e psicoterapeuta foi discípulo de Freud, mas dele se distanciou para fundar sua Teoria Analítica, trazendo o conceito de inconsciente coletivo e a existência dos arquétipos¹¹³.

112 Na terminologia freudiana, "a 'catarse' é o ato de liberar e sentir as emoções profundas ligadas às memórias recalçadas. E um evento significativo – como a morte do pai – não foi totalmente experimentado à época por ser muito devastador, a dificuldade e a energia ficam preservadas e são liberadas no momento da catarse." (FREUD, 2011, nota p. 99)

113 Esse conceito, formulado em 1919 por Jung, foi influenciado por Platão, Kant e Schopenhauer. Mas Jung diferenciou-se desses filósofos, porque entendeu que os arquétipos promovem experiências fundamentais e

De acordo com a teoria psicanalítica de Freud, o comportamento humano é motivado pelo inconsciente, constituído pelas pulsões e emoções recalçadas.

Para Jung, a mente é formada por três componentes: O *ego*, o *inconsciente pessoal* e o *inconsciente coletivo*.

O *ego* é a consciência ou o chamado *self*.

O *inconsciente pessoal* se consubstancia nas memórias individuais que foram reprimidas, esquecidas, como traumas e frustrações. Também abarca as informações adquiridas de forma subliminar, que apreendemos sem nos darmos conta. Cada indivíduo tem um *inconsciente pessoal* único e algumas das informações que nele existem podem ser lembradas facilmente, outras são mais difíceis de lembrar e há ainda as que jamais serão lembradas. (JUNG, 2016)

Já o *inconsciente coletivo* se refere à parte onde encontram-se abrigados os arquétipos e correspondem às categorias herdadas.

"Jung percebeu que diferentes sociedades espalhadas pelo mundo tinham importantes semelhanças, a despeito de suas diferenças culturais. Essas sociedades apresentavam um misterioso compartilhamento de mitos e símbolos há milhares de anos. Jung concluiu que isto era algo maior que a experiência individual de um homem; os símbolos existem como parte da psique humana. A existência desses mitos compartilhados era a prova de que parte da psique humana contém ideias preservadas em uma estrutura atemporal que age como uma espécie de 'memória coletiva'." (*Idem*, p. 104)

Para Jung, esses símbolos existem como parte da memória hereditária, que é passada de geração para geração e que sofrem sutis mudanças de acordo com as diferentes culturas e épocas:

"É o mundo da mente primitiva que se mantém profundamente inconsciente enquanto tudo corre bem na vida, mas que emerge dessa profundidade assim que algo de funesto se apresente à consciência. A essa camada impessoal da alma, Jung conceituou de *inconsciente coletivo* e é

não têm caráter metafísico, por estarem ligados aos instintos. Em uma formulação muito simplificada, os arquétipos seriam predisposições humanas típicas para agir, pensar, sentir, sendo que cada pessoa pode vivenciá-las particularmente. Há tantos arquétipos quantas são as situações típicas na existência da humanidade, ou seja, seu número é ilimitado. Os arquétipos dependem de circunstâncias a fim de serem ativados na psique coletiva ou individual. Assim, há épocas em que o arquétipo do guerreiro não é valorizado (situação de paz, por exemplo). Através da noção de arquétipo pode-se compreender por que, em locais e tempos diferentes, aparecem temas idênticos nos sonhos, nos mitos, nos dogmas e rituais das religiões, nas artes, enfim nas produções do inconsciente. Os filósofos do Direito afirmam que a justiça, desde tempos imemoriais, aparece nas simbolizações da humanidade. Pode-se assim afirmar, que a justiça é um arquétipo. (PRADO, 2018)

assim chamada por que não foi adquirida pessoalmente. O funcionamento dessa estrutura herdada do cérebro, em traços gerais, é a mesma em todos os seres humanos e, de certo modo, em todos os mamíferos. O cérebro herdado é o resultado da vida de nossos antepassados.” (JUNG, 1983)

“Nossa consciência pessoal é como que um edifício erguido sobre o *inconsciente coletivo*, de cuja existência ela normalmente nem suspeita. Esse *inconsciente coletivo* apenas ocasionalmente influencia nossos sonhos. Quando tal ocorre surgem aqueles sonhos raros e admiráveis, de notável beleza ou terror demoníaco ou de sabedoria enigmática, aos quais certos povos primitivos dão o nome de ‘grandes sonhos’. As pessoas costumam ocultar esses sonhos e são de grande significado para o equilíbrio psíquico do indivíduo.” (*Idem*, p. 122)

Os arquétipos são padrões herdados de comportamento e emoção e que usamos de forma inconsciente. Temos a impressão de agirmos instintivamente, mas, para Jung (2016), o que julgamos ser instinto é, na verdade, o uso inconsciente dos arquétipos.

Assim, na teoria analítica, a psique é formada: pelo consciente (*ego*) e pelo inconsciente. Este último é formado pelo *inconsciente individual* e pelo *inconsciente coletivo*, que contém os arquétipos.

Segundo Jung (2016), os arquétipos estão presentes na mente humana, antes mesmo do pensamento consciente (percepção do mundo), haja vista que fazem parte da estrutura psíquica herdada.

“Os arquétipos possuem impacto na percepção de nossas experiências. Seja qual for a aceção consciente do que esteja acontecendo, quem pauta o que escolhemos perceber são as ideias preestabelecidas alojadas no inconsciente. Dessa forma, o *inconsciente coletivo* e seu conteúdo afetam o estado consciente. Muito do que consideramos ser pensamento consciente deliberado foi na realidade orientado pela atividade inconsciente, sobretudo pelas figuras organizadoras dos arquétipos.” (*Ibidem*, p. 107)

No mesmo sentido de Freud, Jung (2016) concordava com a existência do inconsciente humano, contudo, dele divergia no tocante aos elementos que o compunham. Para ele, o inconsciente não advém apenas das experiências pessoais – emoções ou memórias recalçadas freudianas – mas também dos símbolos de determinada cultura que são transmitidos de geração para geração, e que fazem parte do inconsciente coletivo sob a forma de arquétipos.

Os arquétipos influenciam na forma como apreendemos determinadas situações e nos comportamentos diante delas.

“O *self* que apresentamos ao mundo – nossa imagem pública – é um arquétipo que Jung chamou de ‘*persona*’. Jung acreditava que o *self* tem partes masculinas e femininas e é moldado para ser totalmente masculino ou feminino tanto pela sociedade quanto pela biologia. Quando nos tornamos inteiramente homem ou mulher damos as costas para metade de nosso potencial, embora possamos acessá-lo por intermédio de um arquétipo. O *animus* é o componente masculino da personalidade feminina e o *anima* refere-se aos atributos femininos da psique masculina. Trata-se da outra metade da parte que nos foi suprimida à medida que nos constituímos homem ou mulher. O *animus* é representado em nossa cultura como o ‘homem real’; é o homem musculoso, o comandante de soldados, o lógico de sague frio e o sedutor romântico. A *anima* aparece como uma ninfa da floresta, uma virgem, uma mulher sedutora. Pode ser próxima da natureza, intuitiva e espontânea. Esta presente em quadros e histórias como Eva, Helena de Troia ou em personalidades como Marilyn Monroe, enfeitiçando homens ou sugando suas vidas. Como existem em nosso inconsciente, podem afetar nosso estado de humor e nossas reações, manifestando-se como declarações proféticas (*anima*) ou uma rígida racionalidade (*animus*). De todos os arquétipos, o *self* é o mais importante. É o arquétipo central, organizador que tenta harmonizar todos os outros aspectos para formar um *self* unificado, inteiriço.” (*Ibidem*)

Assim, na formação da personalidade, o indivíduo sofre influência do *inconsciente coletivo* que se manifesta por meio dos vários arquétipos existentes.

2.4 O Direito à Personalidade

O Código Civil não define o que é personalidade, mas dispõe, em seu artigo 2º, que a personalidade civil começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Assim, o nascimento com vida estabelece o início da personalidade sendo, portanto, o marco inicial do conjunto de direitos e deveres a que o sujeito passa a dispor.

Segundo França (1978), os direitos da personalidade consistem em “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos”.

Diniz (2014), citando Goffredo Telles Jr, aponta que os direitos da personalidade são:

“os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.” (DINIZ, 2014, p. 134)

Os direitos da personalidade constituem atributos inatos da pessoa e guardam relação com a própria dignidade humana (Art. 1º, Inciso III da Constituição Federal).

Tartuce (2007) lembra que “o Código Civil protege os direitos da personalidade na seara privada, enquanto a constituição garante proteção aos direitos fundamentais na esfera pública. Na visão civil-constitucional há uma interrelação entre ambos, cujo fundamento encontra-se na dignidade da pessoa humana”.

Os direitos da personalidade no Código Civil integram cinco categorias: (1ª) vida e integridade físico- psíquica; (2ª) nome da pessoa natural ou jurídica; (3ª) imagem, que se subdivide em imagem-retrato (reprodução corpórea da imagem de alguém) e imagem-atributo (repercussão social da imagem); (4ª) honra consubstanciada na honra subjetiva (autoestima) e na honra-objetiva (repercussão social da honra) e; (5ª) intimidade. (TARTUCE, 2007, pp. 153-5)

Assim, há um direito particular de cada ser humano, de ser e comportar-se de acordo com características que lhes são próprias e que se fundamentam no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, Inciso III da Constituição Federal).

3. Interpretação e hermenêutica: a atividade do intérprete

Segundo Bleicher (2002), a hermenêutica pode ser definida, em termos genéricos, “como a teoria ou filosofia da interpretação do sentido. Esse processo passa pela subjetividade do intérprete”.

Seguindo a orientação de Bastos (1999:17), pode-se dizer que interpretar é atribuir um sentido ou um significado a signos ou símbolos, dentro de determinados parâmetros.

O autor prossegue dizendo que “a tarefa do intérprete consiste em mediar o que deverá ser interpretado (objeto da interpretação) e os destinatários do objeto interpretado”. (*Idem*, p. 18)

A norma jurídica deve ser geral, para garantir sua aplicação a diversas hipóteses. Diante disso, não contém expressões unívocas ou linguagem clara, de modo que a interpretação se faz necessária.

Bastos (1999) enfatiza ainda que, inobstante haja doutrinadores que não vislumbrem diferenças entre hermenêutica e interpretação, o autor diferencia a atividade do hermeneuta e do intérprete, esclarecendo que “enquanto a hermenêutica estuda abstratamente os enunciados que podem servir à interpretação, esta é a aplicação desses enunciados a determinado objetivo, aclarando-lhe o sentido, para, a partir daí, se aplicar a norma ao caso concreto.” (*Ibidem*, p. 22)

“O Direito enquanto fenômeno cultural criado pelo homem carrega em si uma significação e, como tal, depende de interpretação. Entretanto, a interpretação nunca será absolutamente neutra. O vazio é preenchido em grande parte com preconceitos, valores e visões pessoais do aplicador da lei. [...] em havendo o exercício da personalidade no ato interpretativo, não se pode desdenhar o alto grau de possibilidade de chegar a resultados diversos. (*Ibidem*, p. 33)

O jurista Miguel Reale (s/d) preconiza que interpretar significa “re-criar” e transfigurar, por meio de um processo paradoxal de “des-personalização”, mediante o qual o intérprete procura se identificar com a pessoa do outro (do artista por ele interpretado), o que só é possível graças à afirmação desveladora de sua própria personalidade.

Oliveira (2019), citando Hans Gadamer, sustenta que:

“não basta a incidência da subsunção sujeito e objeto. Faz-se necessária a existência de uma relação tríplice: norma, fenômeno e sujeito. O sujeito depara-se com a coisa que a ele se apresenta, a qual somente terá relevância na medida em que se relaciona com o sujeito. É o significado ou perfil como a coisa se apresenta que deflagrará determinado efeito. A coisa em si não é nada e apenas passa a ter existência para o interior do sujeito quando se apresenta a ele segundo determinado perfil. A partir daí é que se pode falar da hermenêutica como interpretação dos fenômenos jurídicos e não dos fatos.” (OLIVEIRA, 2019, p. 104-5)

O sujeito por sua vez, passa a fazer parte da relação e é movido por sentimentos. E, na medida em que se encontra no mundo é influenciado por uma gama de situações que despertam sentimentos bons ou maus. “Quando o sujeito entra em relação com o fenômeno e com a norma jurídica ele é alguém prenhe de afetos e, ao visualizar o perfil do fenômeno, interpreta-o de determinada maneira.” (*Idem*, p. 107)

Cada sujeito que se deparar com o fenômeno o interpretará de forma diversa, a depender dos sentimentos que o preenchem.

“Regis cita como exemplo a situação de dois sujeitos que recebem a notícia de uma invasão de terras ou imóvel urbano. Cada qual receberá o

fenômeno sob determinado ângulo. Alguém mais conservador verá o fato pelo perfil do desregramento normativo, de comportamento contrário àquele previsto no sistema em detrimento do direito de propriedade. Outro, tomado por sentimentos sociais, verá o fenômeno como fruto das diferenças sociais e das desigualdades existentes na sociedade e o perceberá por outro perfil." (*Ibidem*)

O ser humano está atrelado aos seus sentimentos e emoções¹¹⁴. Assim, as convicções filosóficas, culturais, políticas, religiosas, sociais, econômicas, intelectuais, familiares, raciais e sexuais interferem no modo como cada ser humano vê o mundo e interpreta os fenômenos que lhe são postos, de modo que não há neutralidade na interpretação.

Ao se deparar com o fenômeno jurídico, o juiz, em sua atividade interpretativa, não fará a aferição de qual princípio maior incidirá sobre o caso concreto (p. ex.: vida da mãe e morte do feto), porque a interpretação não capta a generalidade, mas como "o fenômeno é captado em sua intimidade de acordo com seus valores, pré-conceitos, ideologia e religião." (BLACKBURN, 1997, p. 18)

Conforme já mencionado, o inconsciente influencia o comportamento humano. Segundo Jung os arquétipos interferem no modo de percepção de nossas experiências, ou seja, quem pauta o que escolhemos perceber são as ideias preestabelecidas alojadas no inconsciente.

O juiz, assim como qualquer pessoa, não está imune ao seu inconsciente e transfere para a interpretação suas emoções e sentimentos.

4 Hermenêutica e minorias na interpretação das normas constitucionais

Moreira (2019) propõe uma hermenêutica negra e menciona "sou um jurista negro e penso como um negro". Essa circunstância determina o modo como se interpreta o significado das normas jurídicas e sua compreensão do Direito.

O autor prossegue mencionando que, como membro de um grupo minoritário, percebe a realidade com este olhar, distinto dos juristas brancos. Como um negro, passou por experiências distintas e discriminatórias oriundas de sua raça e enfatiza:

¹¹⁴ "As emoções humanas típicas são o amor, o desgosto, o medo, a raiva e a alegria. Cada uma delas indica um estado que envolve um certo excesso, um estado que pode desencadear determinadas ações e interferir em outras. Esses estados encontram-se associados a sentimentos característicos e apresentam expressões corporais típicas. Ao contrário dos estados de espírito ou disposições, as emoções têm um objeto: uma pessoa sofre por algo ou e alguém em particular, ou sente raiva de algo ou alguém." (BLACKBURN, 1997)

“Juristas brancos pensam o Direito a partir da articulação do formalismo e do liberalismo. Enquanto um jurista que pensa como um negro compreende o Direito a partir do ponto de vista subalterno, como um instrumento de transformação e que inclui a consideração da situação social e política dos grupos afetados por normas jurídicas e práticas sociais. Ele rejeita o individualismo e o formalismo como parâmetros interpretativos porque possibilitam a preservação das diferenças de *status* material entre brancos e negros, afastando-se da imagem do intérprete como sujeito abstrato que observa o mundo a partir de uma postura baseada na objetividade e imparcialidade.” (MOREIRA, 2019)

A interpretação constitucional não pode deixar de lado o contexto social em que os indivíduos estão inseridos.

A igualdade formal parte do pressuposto de que os indivíduos que compõem uma mesma sociedade possuem experiências similares, logo, a norma constitucional a eles se aplica da mesma maneira, valendo-se do mesmo parâmetro interpretativo. Pessoas negras possuem experiências sociais distintas das pessoas brancas. A diferença também ocorre entre homens e mulheres, heterossexuais e homossexuais. Assim, as interseccionalidades¹¹⁵ revelam diferenças que o intérprete não pode desconsiderar, sob pena de incorrer em situações geradoras de desigualdades e que não atendem à dignidade humana.

Pensar que as pessoas negras e as mulheres passam por experiências sociais diversas é o ponto de partida para a interpretação da norma constitucional. Inobstante o intérprete esteja influenciado por suas condições pessoais, ter consciência sobre tal situação revela-se de extrema relevância para se buscar a igualdade material diante do fenômeno jurídico concreto, propiciando o atingimento da dignidade das minorias.

4.1 Isenção, autoconhecimento e empatia como instrumentos da atividade do intérprete para o atingimento da justiça no caso concreto

Conforme já mencionado, a interpretação não é neutra em razão das experiências e sentimentos do intérprete, mas deverá ser isenta de “pré-conceitos” e “pré-compreensões”. Essa isenção pode ser alcançada por meio do autoconhecimento.

¹¹⁵ “A interseccionalidade investiga como as relações interseccionais de poder influenciam as relações sociais em sociedades marcadas pela diversidade, bem como as experiências individuais na vida cotidiana. Como ferramenta analítica, a interseccionalidade considera que as categorias de raça, classe, gênero, orientação sexual, nacionalidade, capacidade, etnia, faixa etária, dentre outras, são inter-relacionadas e moldam-se mutuamente. A interseccionalidade é uma forma de entender e explicar a complexidade do mundo, das pessoas e das experiências humanas.” (COLLINS & BILGE, 2021)

Rogers (2009) defendia a terapia centrada na pessoa, onde o indivíduo, que é seu foco, torna-se capaz de controlar a si próprio, permitindo uma experiência integral e plenamente consciente de todas as suas reações, incluindo seus sentimentos e emoções. A pessoa se experiencia e, a partir de então, há o autoconhecimento.

Na terapia centrada na pessoa, “o terapeuta deve adotar internamente uma atitude de profundo respeito em relação ao cliente, aceitando-o como ele é, estabelecendo uma relação de confiança em suas potencialidades para resolver os próprios problemas. O terapeuta sente em relação ao cliente uma reação afetiva, calorosa e positiva. O terapeuta é verdadeiro, age com empatia e não faz julgamentos do cliente.” (ROGERS, 2009, p. 83)

No processo de interpretação, o interprete-juiz deverá aproximar-se das partes e agir com sentimento de empatia¹¹⁶, a fim de se verificar o lugar que ocupam na sociedade e as condições pessoais que possuem para aplicar a norma da maneira mais justa ao caso, observando o contexto social em que a situação se apresenta.

Estar equidistante das partes não significa estar alheio à realidade em que os envolvidos se encontram inseridos, mas propiciar tratamento isonômico aos mesmos, garantindo a imparcialidade necessária. Ao agir com consciência de sua personalidade (autoconhecimento), bem como do contexto social das partes envolvidas, deixando de lado as influências pessoais, “pré-conceitos” e “pré-compreensões”, o propiciará o atingimento da igualdade material, da justiça social e da equidade no caso concreto.

Moreira (2019) enfatiza que:

“pressupor que a uniformidade de *status* jurídico pode significar a homogeneidade de experiências sociais permite que relações de subordinação sejam reproduzidas dentro da sociedade, mantendo classes de pessoas em uma condição de subalternidade ao longo do tempo.” (MOREIRA, 2019, p. 107)

E prossegue dizendo que “cabe ao intérprete considerar que há grupos que estão em uma condição de exclusão estrutural, fato que deve guiar a forma como se interpreta o princípio da igualdade para que possa ter a força transformadora que lhe confere o texto constitucional.”

¹¹⁶ “Empatia é a capacidade psicológica de se colocar no lugar do outro, *significa viver temporariamente a vida do outro, morar ali dentro, e se mover ali de forma muito delicada, sem fazer nenhum tipo de julgamento, buscando perceber sentimentos que ela provavelmente não tomou consciência, bem como procurando não reprimir os sentimentos que pareçam ameaçadores e que ela porventura já tenha percebido.*” (ROGERS, 1974)

5 Considerações finais

Não podemos negar que as vivências e experiências pessoais influenciam na formação da personalidade humana. O intérprete, como ser humano, detentor de personalidade, está influenciado por suas experiências culturais, sociais, religiosas, sua condição de raça, sexo, classe social, por seus sentimentos e emoções, ainda de que forma inconsciente.

Não há como se dissociar essas circunstâncias da atuação do intérprete, pois não somos máquinas programadas para agir desta ou daquela maneira. Como seres humanos, fazemos parte do mundo e sofremos influências das mais diversas ordens, que variam segundo as vivências de cada um.

Ao realizar a interpretação, o intérprete não parte da neutralidade. Ao contrário, conforme menciona Oliveira (2019), ele está “preche de sentimentos” e, como tal, compreenderá a norma influenciado pelas circunstâncias em que se encontra inserido, imbuído de sentimentos e vivenciais pessoais.

A racionalidade na interpretação vem perdendo espaço. E tal circunstância tem seus aspectos positivos pois, ao interpretar a norma constitucional, o intérprete terá sensibilidade com o caso concreto, preocupando-se com a situação dos envolvidos e com o impacto que a aplicação da norma gerará em suas vidas.

O juiz, em sua atividade de intérprete, não é neutro, haja vista que, como qualquer ser humano, é influenciado por suas vivências e sentimentos. Entretanto, deverá agir com isenção, autoconhecimento e empatia. Ciente de que seu status social, cultural e econômico não representa a experiência vivenciada pelas minorias (autoconhecimento), será capaz de agir isento de “pré-conceitos” e “pré-compreensões”. E, ao agir com sentimento de empatia, vislumbrando as circunstâncias de pertencimento das partes envolvidas, propiciará a interpretação com igualdade material e respeito pelas diferenças. Agindo de forma consciente, sem pré-conceitos e com empatia é que o intérprete proporcionará o atingimento dos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade, justiça social e dignidade humanas.

Bibliografia

BASTOS, C. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BLACKBURN, S. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BLEICHER, J. **Hermenêutica Contemporânea**. São Paulo: Almedina. 2002.

COLLINS, P; BILGE, S. **Interseccionalidade**. São Paulo: Boitempo, 2021.

DINIZ, M. **Curso de Direito Civil Brasileiro 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANÇA, R. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Vol. 28. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978.

FREUD, S. **O Livro da Psicologia: o Inconsciente É Verdadeira Realidade Psíquica**. Trad. De Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins. 2. ed. São Paulo: Globo, 2016.

_____. **Obras Completas – Vol. 16: o Eu e o Id, “Autobiografia” e Outros Textos (1923-1925)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GALTON, F. **O Livro da Psicologia: a Personalidade É Constituída por Natureza e Criação**. Trad. de Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins. 2. ed. São Paulo: Globo, 2016.

GROENINGA, G. **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica: os Direitos da Personalidade e o Direito a Ter uma Personalidade**. 4. ed. Campinas: Millennium, 2018.

HERRMANN, F. **Leituras Afins: O Que É Psicanálise**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

JUNG, C. **O Desenvolvimento da Personalidade**. Trad. de Frei Valdemar do Amaral, OFM. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

_____. **O Livro da Psicologia: o Inconsciente Coletivo É Formado por Arquétipos**. Trad. de Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins. 2. ed. São Paulo: Globo, 2016.

MONTEIRO, W. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1968.

MOREIRA, A. **Pensando como um Negro: Ensaio de Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

OLIVEIRA, R. **Interpretação, Paixões e Direito: o Sentimento Trágico do Direito e Seu Ignorado Aspecto Fenomenológico**. São Paulo: Estante de Direito, 2019.

PERVIN, L. *et al.* **Personalidade: Teoria e Pesquisa**. 8. ed. São Paulo: Artmed, 2004.

PRADO, L. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. Org. de ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. & BIZZI, I. 4. ed. Campinas: Millennium, 2018.

ROGERS, C. **Tornar-se Pessoa**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Uma Definição de Empatia**. Transcrição de palestra proferida em 1974. Disponível online em: <https://medium.com/@dan.musashi/uma-defini%C3%A7%C3%A3o-de-empatia-por-carl-rogers-acb7386cbfbf>_Acesso em: Fev. 2020.

TARTUCE, F. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2007.

WILLIAMS, M. **Relações Humanas. Série para Supervisores**. São Paulo: Atlas, 1973.

TEORIA DA IMPREVISÃO EM TEMPO DE PANDEMIA

LUCIANA MARTINS PEREIRA CALIL:

Graduada em Direito pela PUC/GO em 1994. Pós-Graduada em Direito Constitucional, Direito e Processo Tributário, Civil e Processo Civil. Mestranda em Função Social do Direito. Trabalha como assessora de Desembargador no TJGO desde 1995.

EVERALDO AUGUSTO CAMBLER

(orientador)

O assunto a ser abordado refere-se à teoria da imprevisão, e a possibilidade de sê-la aplicada aos contratos em tempo da Pandemia da COVID-19.

É salutar fazer um estudo a respeito da teoria da imprevisão, para depois discutir sobre a possibilidade de sua aplicabilidade nos contratos após ocorrência da PANDEMIA DA COVID-19.

O assunto é recente e não possui estudo preciso a respeito, mas tão somente alguns debates, artigos científicos, e algumas decisões judiciais.

O tema será desenvolvido basicamente baseado nas doutrinas a respeito da Teoria da Imprevisão, a sua aplicabilidade em casos concretos e decisões judiciais.

Cabe destacar que é de suma relevância o estudo a respeito do assunto, posto que, o Judiciário já se deparou com situações semelhantes (alta do dólar e praga da ferrugem asiática), e no momento atual, depara-se com a pandemia da covid-19.

Um dos princípios mais relevantes relacionados aos contratos é, sem dúvida, o princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*), segundo o qual o contrato, uma vez celebrado, constitui-se como verdadeira **lei entre as partes**, possuindo, suas cláusulas, força obrigatória. Nesse sentido, o contrato é intangível, uma vez que é impossível a sua revogação ou modificação de suas cláusulas de forma unilateral.

A importância desse princípio funda-se no fato de ser essencial para **garantir a segurança** no comércio jurídico. Como reflexo deste princípio da força obrigatória existe, ainda, o princípio da **intangibilidade contratual**, de acordo com o qual o conteúdo das cláusulas avançadas não pode ser modificado por autoridade judicial. Afinal, caso o juiz adotasse esta conduta, haveria flagrante **ofensa ao princípio da autonomia de vontade**, segundo o qual cabe somente à parte restringir, voluntariamente, a sua liberdade por meio de um negócio jurídico.

Tais princípios ganharam força à época da doutrina do individualismo, oposta à ingerência indevida do Estado na vida dos particulares.

No entanto, como sabido, os princípios do pacta sunt servanda e da intangibilidade foram relativizados por outros elevados a similar importância, posto que a sua inflexibilidade gerava situações injustas. Dentre eles, destacam-se, indubitavelmente, o princípio da equidade, da boa-fé objetiva e a função social dos contratos, posto que no decorrer do desenvolvimento jurídico, constatou-se que a rigidez contratual excessiva podia gerar situações de grave iniquidade (pecado).

Em vista disso, principalmente, a partir da Primeira Guerra Mundial, a doutrina, principalmente **alemã e francesa**, passou a desenvolver teorias que embasassem, de maneira objetiva, a possibilidade de relativização da força obrigatória dos contratos e sua intangibilidade. Dessa maneira, surge a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, segundo a qual, atendidos critérios objetivos, é possível alterar ou rescindir contratos por intervenção judicial.

A doutrina costuma remontar a origem história da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva à Idade Média, período histórico em que vigorava princípio segundo o qual os contratos deveriam ser cumpridos desde que mantidas as condições presentes no momento em que foram celebrados.

Iniciou-se, dessa forma, a construção teórica da Teoria da Imprevisão, também como forma de agasalhar o princípio da boa-fé objetiva, passando-se a exigir, além da modificação do estado de fato, a imprevisibilidade deste acontecimento.

Mais recentemente, ordenamentos jurídicos, como o alemão, o italiano e o francês, passaram a invocar o **princípio da equidade** com intuito de respaldar a aplicação da **teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva**.

Prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil, a **teoria da imprevisão** justifica a resolução ou a revisão de um contrato caso ocorra um acontecimento superveniente e imprevisível que desequilibre a sua base econômica, impondo a uma das partes obrigação excessivamente onerosa.

A Teoria da Imprevisão foi criada pela Lei **Faillot** e **passou a mitigar o princípio da força obrigatória dos contratos**.

O primeiro requisito para a aplicabilidade da teoria é a superveniência, à celebração do contrato, de um acontecimento extraordinário imprevisível e imprevisível. **Considera-se extraordinário aquele acontecimento que seja anormal, isto é, quando ocorrer em momento ou de forma diversa de como ordinariamente ocorre. Ou, ainda, quando, em regra, simplesmente, não se verifica.**

Vale destacar que tem-se como imprevisível o acontecimento que as partes não poderiam vislumbrar como possível por mais diligente que fosse. Isto significa que a imprevisibilidade é auferida sob uma perspectiva objetiva, isto é, nenhum contratante, de diligência normal, poderia prever a sua ocorrência.

Insta observar que o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

O segundo requisito é a necessidade de este acontecimento influir, de maneira direta, na prestação do devedor. É fundamental, portanto, que o fator externo cause sacrifício excessivo ao obrigado. Isto é, a obrigação deve tornar-se desproporcional a ponto de desequilibrar, sobremaneira, a relação contratual. Além disso, diante do empobrecimento significativo de uma das partes, deve, também, haver o enriquecimento excessivo da outra.

O terceiro requisito refere-se à espécie de contrato.

É imperioso que este seja um contrato de execução continuada ou diferida. Afinal, se a execução for instantânea, não haverá a possibilidade de haver um acontecimento superveniente que o onere excessivamente. Além disso, o contrato deve ser comutativo ou unilateral oneroso.

A matéria de revisão contratual por fato superveniente dos contratos civis pode ser retirada dos arts. 317 e 478 do CC, despertando uma série de polêmicas.

Destaca-se que em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução, consoante Enunciado n. 176 do CJP/STJ, da III da Jornada de Direito Civil de 2002.

O CC permite, prioritariamente, a resolução em detrimento da revisão.

A revisão somente ocorrerá, de acordo com o art. 479 do CC, se houver vontade do credor, enquanto que no CDC é direito do consumidor e deverá ser promovida pelo juiz, independente da vontade do fornecedor.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6, V, consagra a teoria da imprevisão em favor do consumidor dispensando o elemento da imprevisibilidade. O consumidor pode pleitear a revisão do contrato quando a circunstância superveniente desequilibrar a base objetiva do contrato, impondo-lhe prestação excessivamente onerosa. Como o CDC não exige a imprevisibilidade para rediscutir os termos do contrato, a doutrina e a jurisprudência denominam a teoria de teoria da onerosidade excessiva.

Segue um quadro comparativo entre os institutos:

TEORIA DA IMPREVISÃO - CC	TEORIA DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO - CDC
Exige a imprevisibilidade e a extraordinariedade do fato superveniente	Não exige – somente exige o fato superveniente
Exige a extrema vantagem para o credor	Não exige esta condição
Implica resolução – a revisão somente com a	Implica revisão – resolução somente quando não houve possibilidade de revisão. Aplicação do

Diferentemente do CDC, o CC contempla dois elementos: um objetivo, qual seja, uma desproporção significativa entre as prestações acarretando um desequilíbrio entre prestação e a contraprestação, e o outro subjetivo, qual seja, a lesão decorrente do aproveitamento da situação de premente necessidade ou por inexperiência, tendo a pessoa que provar ao juiz que foi lesada por esses motivos (necessidade ou inexperiência).

Já para a configuração da lesão no CDC, basta somente a demonstração do elemento objetivo – da desproporcionalidade das prestações .

Segundo o próprio CDC, o consumidor tem a seu favor, como princípio estampado no art. 4º, o reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado de consumo. Sendo assim, não se torna necessário provar o elemento subjetivo, uma vez que já é presumido pelo microsistema.

É relevante salientar que a rescisão ou revisão do contrato, nessa hipótese, é admitida somente no âmbito do Poder Judiciário. Isto quer dizer que a revisão e a resolução do contrato, por onerosidade excessiva, se operam mediante intervenção judicial no contrato.

E, ainda, é necessário que o devedor prejudicado mova ação em que solicite a resolução do contrato ou a redução do montante da prestação desproporcional. Portanto, não é raro que o juiz, ao invés de resolver o contrato, decida impor uma limitação ao valor da prestação para reajustá-lo a bases razoáveis. Entretanto, caso o pedido restrinja-se a resolução da avença, não poderá o juiz, de ofício, reduzir o valor da prestação com fim de manter o contrato eficaz.

Rememorando, diferentemente do CDC, o CC contempla dois elementos, um **objetivo**, qual seja, uma desproporção significativa entre as prestações acarretando um desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, e outro **subjetivo**, qual seja, a lesão decorrente do aproveitamento da situação de premente necessidade ou por inexperiência, tendo a pessoa que provar ao juiz que foi lesada por esses motivos (necessidade ou inexperiência).

Já para a configuração da lesão no CDC, basta somente a demonstração do elemento objetivo – a desproporcionalidade das prestações.

Outra questão que se discute é a relativa à possibilidade de exclusão da revisão judicial por meio de cláusula contratual. O entendimento sobre essa matéria tem sido no sentido de ser inválida cláusula nesse sentido. Afinal, seria uma forma de restringir o direito de ação e de renunciar, de forma prévia e genérica, direitos.

O CC se filiou à Teoria da Imprevisão exigindo que o evento seja imprevisível. Outra questão é que esse dispositivo, art. 478, contempla um elemento que, originariamente, não constava nas formulações da teoria da imprevisão, qual seja, “trazer extrema vantagem à outra parte”.

Segundo o art. 478 do CC, a parte prejudicada tem que provar o enriquecimento da outra parte através da obtenção de uma vantagem substancial, além, é claro, de demonstrar que houve onerosidade, o que é criticado pela doutrina, que entende que não ocorre necessariamente uma vantagem, ainda mais extrema, da outra parte.

Com efeito, a função social do contrato está intimamente ligada ao ponto de equilíbrio que o negócio celebrado deve atingir e ao que se denomina princípio da equidade contratual.

Destarte, um contrato que traz onerosidade a uma das partes pode ser considerado abusivo, autorizando – e demandando – revisão pelo órgão judicante.

Assim, procura-se resolver eventuais desigualdades de forma casuística porquanto a igualdade para contrair direitos e deveres entre os sujeitos do direito é garantia constitucional.

Verifica-se ainda que a revisão judicial do contrato de consumo funciona como instrumento para amparar o consumidor frente aos contratos, sobretudo no tocante aos contratos de adesão.

Segundo a JORNADA III DIR COM STJ 175. A menção a imprevisibilidade e a extraordinariedade, insertas no CC 478, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz. STJ 176 – Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o CC 478 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução.

Pertinente mencionar que a Teoria da Imprevisão fora aplicada nos contratos de arrendamento mercantil quando houve a maxidesvalorização do dólar em 1999, em que várias partes requereram na justiça a revisão do contrato e alegaram que não tinham condições de pagar as prestações. Assim, muitos julgados não deram provimento aos pedidos dos consumidores, alegando justamente a teoria da imprevisão, não considerando a maxidesvalorização fato imprevisível para a época.

No entanto, após várias discussões nos tribunais, foi proferido o voto da Ministra Nancy Andrighi, do STJ, REsp. 370598/RS, DJ 01/01/2002, que decidiu que o preceito insculpido no inciso V do art. 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.

A jurisprudência entendeu que não havia previsibilidade, pelo contrário, à época, toda a sociedade foi pega de surpresa, já que se falava muito na estabilidade da moeda brasileira.

Atualmente, o STJ vem aplicando corretamente o direito à revisão dos contratos em relação à maxidesvalorização do dólar. De modo a reequilibrar os contratos, o STJ vem **repartindo** reajuste entre consumidor e fornecedor.

A título de exemplo trago à baila o seguinte julgado:

ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA CONTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/1994 – ART. 6º CDC, V. 1 – Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/1994. II – Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/1990, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento. III – Índice de reajuste repartido, a partir de 19/01/1999 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. STJ, REsp n. 472594/SP, Rel. para acórdão Min. Adir Passarinho Júnior, DJ 04/08/2003).

Os diversos tribunais de justiça corroboram do mesmo entendimento. Nesta oportunidade, trago o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. APLICABILIDADE DO CDC. REVISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. POSSIBILIDADE. COBRANÇA ANTECIPADA DO VRG. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO. CLÁUSULA DE REAJUSTE VINCULADA À VARIAÇÃO CAMBIAL. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. DIVISÃO DO ÔNUS DE FORMA EQUITATIVA. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PACTUAÇÃO. LEI DE USURA. NÃO LIMITAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DIVISÃO DO ÔNUS. 1 - As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos contratos de arrendamento mercantil (leasing), nos termos da jurisprudência uníssona. De consequência, possível a relativização do princípio do pacta sunt servanda, a fim de modificar as cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, inciso V, do CDC). 2 - A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil (Súmula n.º 293/STJ). 3 - A cláusula que vincula o reajuste das prestações à variação cambial (dólar) não é nula, pois expressamente autorizada por norma legal específica (art. 6º da Lei n.º 8.880/94). Não obstante, conforme sufragado pela Corte Superior, a desvalorização súbita da moeda brasileira ocorrida em janeiro de 1999 configura onerosidade excessiva a afetar a capacidade de o consumidor adimplir suas obrigações contratuais, mas, diante da previsibilidade de

modificação da política cambial, a significativa valorização do dólar norte-americano deve ser suportada por ambos os contratantes (arrendador e arrendatário), de forma equitativa. 4 - Não consta do contrato de arrendamento mercantil sob enfoque a previsão de cobrança de juros remuneratórios, devendo ser afastada a limitação imposta na sentença objurgada. Ademais, na hipótese de cobrança do encargo, não estão as instituições financeiras sujeitas à limitação da Lei de Usura (12% a.a.), cabendo a parte interessada demonstrar cabalmente a abusividade da taxa pactuada. 5 - Acolhido parcialmente o apelo, verifica-se a ocorrência da sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com a metade das custas processuais e honorários advocatícios, estes no valor fixado no decísum de primeiro grau, vedada a compensação. **APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.** (TJGO, 5ª Câmara Cível, Des. Alan Sebastião de Sena Conceição, DJ de 19/02/2018)

Frise-se que já houve manifestação dos nossos tribunais pátrios a despeito da não aplicabilidade da Teoria da Imprevisão. É o exemplo da revisão de contratos bancários por venda futura, tendo como objeto a venda de soja, nas situações em que ocorreu a praga da “ferrugem asiática”, causada por um fungo.

As partes defendiam que, em decorrência de adversidades climáticas e a incidência da praga denominada “Ferrugem Asiática”, houve um aumento no custo da produção e queda na produtividade, o que resultou desproporção entre o preço praticado no mercado e o previamente fixado na avença, tornando a obrigação excessivamente onerosa – teoria da imprevisão – devendo o contrato ser rescindido, nos termos do artigo 478 do Código Civil.

Segundo a jurisprudência dominante, a imprevisibilidade e a extraordinariedade prevista no referido dispositivo não alcançam fatos cobertos pelos riscos próprios da contratação, como o caso da lavoura atingida por chuvas e pragas, circunstâncias previsíveis na agricultura, que o produtor deve levar em consideração quando contrata a venda para entrega futura com preço fixo e que, por isso, não configura onerosidade excessiva.

Com efeito, para ensejar a aplicação da teoria da imprevisão que, de regra, possui o condão de extinguir ou reformular o contrato por onerosidade excessiva, é necessária a existência da cláusula *rebus sic stantibus* que permite a inexecução do contrato comutativo – de trato sucessivo ou de execução diferida – quando os fatos que amparam a avença alterarem-se, posteriormente, em virtude de acontecimentos extraordinários.

Segundo os julgados a respeito da matéria, no caso do contrato de soja futuro – comutativo e de execução diferida – as partes possuem total condição de antever as vantagens e desvantagens decorrentes de sua celebração. O ativo objeto do contrato – soja à granel – possui flutuação de preço até mesmo diária, podendo, de acordo com as condições do mercado, estar além ou aquém do preço estimado à época da contratação. Por conseguinte, não há imprevisão se o risco é inerente ao negócio jurídico.

Destacam-se os julgados, por oportuno, que ao contratar com a ré, ainda que com a emissão de cédula de produto rural, o agricultor o fez visando os benefícios desse tipo de pacto, pois fica a salvo de oscilações excessivas de preço –desvalorização – garantido lucro. Dessa maneira, a título de reforço da tese referenciada, caso o preço da soja estivesse, na época da entrega, em patamar inferior ao negociado, o que era igualmente previsível quando da contratação, também não caberia à compradora a alegação de onerosidade excessiva.

O Ministro Humberto Gomes de Barros, com propriedade, pondera que nesse tipo de contrato as partes assumem riscos calculados: “a oscilação do preço de mercado da soja e a queda da produtividade. Tais elementos foram considerados na fixação do preço do negócio. Para obviar desajustes dessa natureza existe o contrato de seguro agrícola”.

Dessarte, conclui-se que, na espécie, a alteração havida no preço da soja era previsível. Outrossim, a ferrugem asiática apontada pelo recorrente, embora seja capaz de reduzir a produtividade, é uma praga que atinge as plantações de soja no Brasil há muito tempo, não podendo ser considerada acontecimento extraordinário e imprevisível, o que afasta o pedido de resolução da obrigação.

Segue o acórdão a respeito do debate:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE SOJA. ENTREGA FUTURA. RESCISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE (...).Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita a imprevisão. 3. Agravo não provido.” (STJ, AgRg no REsp. nº1.210.389/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/09/2013)

Prosseguindo, feitas essas considerações, cabe destacar que o estudo ora desenvolvido é importante para que possamos verificar se a pandemia da COVID-19 pode ser considerada como um fato imprevisível ou extraordinário, de modo a justificar a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão nos contratos outrora firmados, de forma a reajustar a situação das partes envolvidas, de modo a fazer permanecer o equilíbrio contratual.

Acrescente-se que o Judiciário já se encontra recebendo demandas de todas as esferas do Direito, nas quais lançam como fundamento a Pandemia da COVID-19.

O tema é carente de estudo em razão de a pandemia ser um acontecimento recente e exigindo-se muitas discussões, no entanto, há decisões abordando o assunto.

Para o Presidente do STJ, princípio da Covid-19 não pode levar à interferência excessiva nos contratos.

O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-o-presidente-do-STJ--%E2%80%9Cprincipio-da-Covid-19%E2%80%9D-nao-pode-levar-a-interferencia-excessiva-nos->

contratos.aspx ministro João Otávio de Noronha, afirmou em debate virtual (evento) que o juiz tem espaço para criar soluções destinadas a conciliar interesses sob os efeitos econômicos da pandemia do novo coronavírus, mas um suposto "princípio da Covid-19" não pode se transformar em pretexto para interferência nas relações contratuais.

Para o ministro, os conflitos econômicos decorrentes da crise sanitária podem ser resolvidos com repactuação de acordos, porém os juízes não devem atender automaticamente aos pedidos de empresas sem demonstração real de desequilíbrio financeiro.

"O mundo empresarial é um sistema de vasos comunicantes. Se um cliente não paga o fornecedor, isso reflete em toda a cadeia produtiva", ponderou. Para proteger o sistema, opinou o magistrado, é necessário o uso de mediação em larga escala – uma forma de preservar a economia e a ordem jurídica.

"A situação exige ser realista. Estamos numa situação de guerra, com um inimigo invisível, mas que fere tanto como uma bala", disse Noronha, acrescentando que os desdobramentos econômicos da Covid-19 passarão necessariamente pelo Judiciário e que o ordenamento jurídico brasileiro tem instrumentos para lidar com isso.

"A teoria da imprevisão, incorporada pelo **artigo 317** do Código Civil, permite a correção de prestações contratuais em casos imprevistos que causem onerosidade excessiva", afirmou o ministro.

Ele alertou, porém, que não se pode extrair disso uma tendência ao perdão de dívidas. "A **Recomendação 63/2020** do Conselho Nacional de Justiça também não sugere a extinção das garantias contratuais indispensáveis para o equilíbrio econômico das instituições financeiras", apontou.

Para o ministro, os juízes que decidem assim cometem um erro indesculpável.

"Não há princípio de miserabilidade no direito empresarial, e as garantias são pensadas exatamente para momentos de crise", declarou.

Segundo o presidente do STJ, o Código Civil traz dois institutos diferentes sobre a revisão dos contratos: a teoria da imprevisão – que permite, na ocorrência de motivos imprevisíveis, a revisão do contrato para assegurar o valor real da prestação – e a resolução do contrato por onerosidade excessiva, nos casos em que houver extrema vantagem para uma das partes, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

O ministro ressaltou que a filosofia do código é preservar o contrato para que as partes não optem pela sua resolução. "Este momento exige muita negociação. A revisão não é panaceia para todos os desequilíbrios contratuais; depende da atividade, do setor, dos fatos que envolvem a relação contratual. Nós precisamos entender que a revisão dos contratos é singular, deve ser vista caso a caso", disse.

O ministro do STJ Luis Felipe Salomão elogiou a iniciativa do evento e destacou a necessidade de zelar pela solvência das empresas. "Ela serão a base da recuperação econômica na fase pós-pandemia, e não podemos abandoná-las", comentou.

O conselheiro do CNJ Henrique Ávila apontou a importância do uso da mediação e incentivou a proatividade do Judiciário para evitar processos judiciais de falência e recuperação. "Muitos juízes já estão trabalhando nessa linha e tentando diminuir a judicialização da economia", observou. Para o conselheiro, a Recomendação 63 do CNJ, publicada em março desse ano, que recomenda medidas para mitigação dos impactos do novo coronavírus, segue nessa direção.

O desembargador Sílvio Venosa afirmou que a Covid-19 tem gerado uma série de problemas, cuja solução não pode ser confiada apenas ao Judiciário, que vai ficar assoberbado e pode não dar as melhores respostas. "Todos os princípios do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, precisam se amoldar à situação concreta, não sendo as mesmas soluções para todos os casos", ressaltou.

Para ele, antes de se considerar o rompimento do contrato, é preciso pensar em sua manutenção, por isso é importante que o magistrado conduza a uma negociação entre as partes. Nesse sentido, o presidente da OAB/MG, Raimundo Cândido Júnior, ressaltou a necessidade de incentivar a mediação, a negociação e a arbitragem.

Outra novidade é o Projeto de Lei n. 1.179/2020 que prevê alterações no Código Civil. Para os advogados Alexandre Faro, Elide B. De Lima e Luíta Maria Vieira, o Projeto de Lei nº 1.179/2020 ("PL 1.179/2020"), de autoria do senador Antônio Anastasia, é uma dessas produções legislativas, cuja tramitação segue acelerada no Congresso Nacional.

Em síntese, o projeto propõe alterações significativas em diversos dispositivos que constam regulados na Lei nº 10.406/2002 ("Código Civil"), sob a exegese de um Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado ("RJET"). Nada obstante o PL 1.179/2020 se volte para assuntos como prescrição e decadência, direito de família e sucessão, entre outros, preocupa-nos nesse momento a proposição a respeito das regras para revisão dos contratos que, no final das contas, afeta diretamente as relações civis e empresariais em tempos de crise.

Com efeito, em seu "*Capítulo IV - Da Resilição, Resolução e Revisão dos Contratos*", o PL 1.179/2020 propõe que "não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos art. 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário" (art. 7º).

Para os referidos advogados, a pandemia da Covid-19, <https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/opinio-pandemia-teoria-imprevisao-revisao-contratos> "nesse cenário, nos parece exemplo mais claro — típico de doutrina — acerca da necessidade de aplicação da Teoria da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva aos contratos de prestação continuada vigentes nas relações civis, empresariais e, principalmente, financeiras. A situação global decorrente da pandemia vem causando um efeito avassalador nas grandes economias mundiais, tais como China, EUA e Alemanha, além de diversos países de Europa, Ásia e Américas. Diante de

sua extensão global, sem precedentes e sem previsão para término, a Covid-19 traz, inevitavelmente: **(I)** variação de inflação em razão da crise; **(II)** a variação cambial sem precedentes e diretamente vinculada aos efeitos negativos da crise; e **(III)** a desvalorização do padrão monetário. Consequências puramente financeiras, jamais previstas nessa amplitude.

Ou seja, como bem reconhece o Poder Legislativo, a pandemia não foi prevista e nem esperada por ninguém, demandando medidas drásticas. Os efeitos no mercado financeiro, como inflação e variação cambial, decorrentes da pandemia, não podem passar batidos. Com todo o respeito ao projeto de lei, não há explicação lógica, financeira ou econômica para essa exclusão quando, amplamente, reconhece-se que estamos diante de uma situação imprevisível e sem precedentes no mundo.”

Em matéria escrita por Camila Oliveira e Cecília Gondim, in Migalhas, <https://www.migalhas.com.br/depeso/325300/covid-19-e-contratos--uma-retrospectiva-da-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica-em-momentos-de-cri-se> “é válido registrar que a resolução contratual por onerosidade excessiva aparenta ter uma aplicação ainda mais restrita neste momento de pandemia, já que se verifica uma crise generalizada, que não afeta apenas um setor da economia. Será comum que ambos os polos contratantes experimentem prejuízos em razão do negócio entre eles firmado e raro apenas um deles auferir vantagem excessiva, não sendo possível a utilização da teoria”.

Como se vê, parte da doutrina, entende que as partes não poderão utilizar da pandemia como estratégia para revisar contratos a seu próprio benefício.

Cabe destacar que na lição de Nelson Nery Junior “Há um limite para se exigir o sacrifício das partes. Impõe-se a regra moral segundo a qual não é lícito a um dos contraentes aproveitar-se das circunstâncias imprevistas e imprevisíveis subsequentes à conclusão do contrato, para onerar o outro contratante além do limite em que ele teria consentido em se obrigar” (Francisco Campos. Revisão dos Contratos: Teoria da Imprevisão (Dir. Civil, p. 8).in Nelson Nery Junior, 12ª edição, Revistas dos Tribunais

A respeito da situação ora enfocada, o nosso Tribunal de Justiça já proferiu decisões, no sentido de não se aplicar a teoria da imprevisão.

Cito a decisão proferida em sede de agravo de instrumento n. 5045045-81.2021.8.09.0000, tendo como objeto contrato de locação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ALUGUEL C/C TUTELA ANTECIPADA. COMERCIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. 1. O agravo de instrumento é um recurso secundum eventum litis, a sua análise deve ater-se ao acerto ou desacerto da decisão recorrida, de modo que só é cabível sua reforma, nas hipóteses de ilegalidade, teratologia ou arbitrariedade. No caso em apreço, considerando que o magistrado singular deferiu o pedido para depositar o valor

judicialmente, resta prejudicado tal pleito 2. Nos termos do art. 300, do Código de Processo Civil, para que a tutela provisória de urgência seja concedida é necessária a presença concomitante de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. 3. Não obstante a parte autora/agravante alegar a Teoria da Imprevisão diante dos efeitos nefastos que a pandemia da COVID-19 teve sobre o comércio, bem como ser inconteste a alta expressiva do IGP-M em 2020, não há como alterar, de plano, as cláusulas pactuadas no contrato, pela simples leitura do artigo 54, da Lei nº 8.245/91. Diante disso, impõe-se uma melhor apuração dos fatos, com a devida instrução do feito e a observância do contraditório, a fim de se comprovarem as alegações da autora. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em um caso concreto: AÇÃO REVISIONAL : RATARIA STUDIO LTDA X BANCO SANTANDER. A parte ingressou com ação revisional pedindo a suspensão dos descontos das parcelas objeto de contrato de empréstimo até o julgamento definitivo da demanda ou pelo prazo de 90 (noventa) dias ou até que persista a situação de calamidade pública, bem como a proibição de a Ré constituí-la em mora e praticar quaisquer atos dela decorrentes. Como tutela final, a definitividade da tutela provisória e a revisão do contrato mediante a prorrogação das parcelas suspensas.

Na sentença o magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais com resolução de mérito e fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar a suspensão dos descontos mensais das parcelas do financiamento objeto do contrato descrito na inicial (CONTRATO GIRO PARCELADO RECOMPENSA Nº 300000015630), habitualmente realizados por meio de débito automático em conta-corrente de 03 de junho de 2020 até a data desta sentença, devendo, ao recomeço de cobrança das parcelas prorrogadas, não incidir quaisquer acréscimos de outros encargos (juros de mora, multa contratual e IOF), mantidos os encargos originalmente previstos no contrato firmado e decorrente de atrasos anteriores ou posteriores à prorrogação.

No entanto, em grau de recurso, o nosso Tribunal de Justiça de Goiás reformou sentença para julgar improcedente o pedido, por ausência de queda de rendimentos. O voto restou assim ementado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL. FINANCIAMENTO BANCÁRIO. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS. COVID-19. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO. Mostra-se inaplicável a Teoria da Imprevisão, visando a suspensão da exigibilidade das prestações do contrato celebrado, por conta da redução da atividade comercial no período relacionada à crise econômica provocada pela pandemia do COVID-19, porquanto não demonstrada a queda de rendimentos em razão do distanciamento social. Ademais, a pandemia acarretou desequilíbrio para ambas as partes contratantes. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO.

O aresto ficou assim fundamentado:

Neste contexto, não prospera a pretensão de prorrogação do vencimento das prestações a que se obrigaram a apelada enquanto perdurarem os efeitos da pandemia. Fato notório a crise financeira que assola o país e o mundo, causada pelo Coronavírus. Todavia, a crise afetou a todos indiscriminadamente, por isso não pode a recorrida invocar o argumento genérico da pandemia para eximir-se da obrigação, levando a comprometer a segurança jurídica dos negócios jurídicos celebrados. A situação excepcional do COVID-19 não pode servir como pretexto genérico para suspensão das prestações das cédulas de crédito, somente podendo ser admitida se comprovado o concreto abalo financeiro da pessoa jurídica, com risco à manutenção da atividade empresarial.

No caso em tela, todavia, não demonstrou a autora/recorrida a alegada inanição financeira a justificar a impossibilidade momentânea de arcar com o pagamento das prestações das cédulas de crédito. (TJGO, AC n. 5198677.94, Dr. Aureliano Albuquerque Amorim)

Ainda a respeito do assunto, a 5ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), em matéria sob a relatoria do desembargador Jânio Machado, negou a revisão do contrato de financiamento de um automóvel celebrado em maio de 2019, em cidade do Vale do Rio Tijucas. Em virtude da pandemia da Covid-19, o comprador do veículo ajuizou ação revisional com pedido de tutela antecipada contra um banco para a aplicação da teoria da imprevisão, com o objetivo de descaracterizar a mora, limitar os encargos pactuados e impor a renegociação do contrato.

Para comprar um veículo ano 2013, o homem assumiu cédula de crédito bancário no valor de R\$ 28.081,17. O pagamento foi programado em 48 parcelas de R\$ 834. Pela insuficiência financeira causada pela pandemia, o comprador requereu a aplicação da teoria da imprevisão. Pleiteou o afastamento dos encargos de mora, a limitação da taxa de juros para 12% ao ano ou a renegociação da dívida. Também defendeu a carência de três meses para depósito judicial do valor que considera correto, R\$ 351,63.

A teoria da imprevisão abre a possibilidade de resolução ou revisão do contrato quando da ocorrência de fatos novos e imprevisíveis às partes, sem que tenham contribuído para a situação. "A propósito, em razão de as consequências econômicas da pandemia de Covid-19 terem sido sentidas tanto pelo agravante como pela agravada, não se pode aplicar a teoria da imprevisão para favorecer apenas uma das partes, o que já foi dito nesta Corte", anotou o relator.

A sessão foi presidida pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra e dela também participaram com votos os desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Rodolfo Tridapalli. A decisão foi unânime (Agravo de Instrumento n. 5002655-79.2021.8.24.0000/SC).

Ainda sobre o debate, diante da situação grave provocada pela Covid-19, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão de tutela de urgência em arguição de descumprimento de preceito fundamental envolvendo direito à moradia e à saúde de pessoas vulneráveis no contexto da pandemia da Covid-19, tendo determinado a suspensão imediata de todos os processos, procedimentos, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções. (ADPF n. 828, STF, 08/06/20221)

Veja-se que, diante de tais exposições, ao considerar que o assunto em voga é carente de entendimento unânime, resta ao Judiciário deverá criar mecanismos para solucionar os litígios que vem sido postos em apreciação, em decorrência da pandemia, dentre eles audiências de conciliação e mediação, assim como, perícia contábil, sem causar qualquer desvantagem exagerada a uma das partes, que poderão utilizar-se deste acontecimento fatídico como brecha de beneficiar-se.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Direito do Consumidor, Código Comentado o Jurisprudência, Leonardo de Medeiros Garcia, editora Impetus, 8ª edição, p. 68 a 73;

GOMES, Orlando. Atualização por Humberto Theodoro Júnior. Contratos. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 36-37.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 464-465.

Código Civil Comentado, Revista dos Tribunais, 12ª edição, p. 1.030 a 1.045;

TJGO, 1ª Câ. Cível, Dr. Roberto Horácio de Rezende, AI n. 5045045-81.2021.8.09.0000, DJ de 13/05/2021

TJGO, 2ª Câ. Cível, AC n. 5198677.94, Dr. Aureliano Albuquerque Amorim, DJ de 26/04/2021)

<https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/opinio-pandemia-teoria-imprevisao-revisao-contratos>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/325300/covid-19-e-contratos--uma-retrospectiva-da-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica-em-momentos-de-crise>

<https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/opinio-pandemia-teoria-imprevisao-revisao-contratos>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/325300/covid-19-e-contratos--uma-retrospectiva-da-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica-em-momentos-de-crise>

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO BRASIL

SARA DANIELLA SILVA:
Graduanda do curso de direito,
da UNA Contagem.*

RESUMO: O avanço na tecnologia e a criação de diversas instituições financeiras trouxeram para a vida das pessoas diversos benefícios, entre eles a rapidez nas transações, a facilidade para conseguir empréstimos e financiamentos, bem como a comodidade de fazer grande parte das ações no conforto do lar, por meio da internet, porém em decorrência disso, surgiram diversas situações maléficas que causaram insatisfações nos clientes, sendo elas em decorrência de erro, fraude, entre outras situações. Dessa forma, propõe observar quais são as responsabilidades dessas instituições e como é feita a aplicabilidade do direito civil e a responsabilização pelos erros cometidos. O estudo visa demonstrar que as instituições financeiras possuem responsabilidade civil pelos seus atos, uma vez que, as informações acerca desse assunto são escassas, mesmo sendo um tema recorrente no dia a dia. Nesse sentido, será exposto o conceito de instituição financeira, informações históricas desde seu surgimento até os dias atuais, bem como, a conceituação de termos relevantes ao presente assunto. De acordo com as informações analisadas, constata-se que mesmo com a regulamentação, muitas instituições financeiras não estão cumprindo com a responsabilidades atribuídas a elas.

Palavras-chave: Instituições financeiras, bancos, responsabilidade civil.

ABSTRACT: Part of the advancement in technology for the creation of several financial institutions, as well as the possibility for them to make great benefits, through financial transactions and financing, as well as the possibility for them to make great benefits, through financial actions. of occurrences on the internet, various situations of dissatisfaction, being customers in other occurrences of error, fraud, among other situations. In this way, observation schemes are like responsibilities made by institutions and accountability for civil wrongs like. The study aims to demonstrate that financial institutions have civil liability for their actions, since information on this subject is scarce, even though it is a recurring theme in everyday life. In this sense, the historical information from its concept of institution, will be updated to the present day, well exposed to the present subject. According to the information, it appears that even financial institutions with a regulation, many institutions are not complying with the responsibility assigned to them.

Keywords: Financial institutions, banks, civil liability.

INTRODUÇÃO

O mundo está em constante evolução, a expansão da tecnologia que adveio nos últimos anos fez com que diversos setores da sociedade tivessem que evoluir, entre elas as instituições

financeiras, pois cada vez mais, o dinheiro físico tem caído em desuso, fazendo com que as transações bancárias começassem a serem realizadas em sua maioria pelo meio digital, pois além do conforto para os indivíduos, também traz facilidade e rapidez.

Devida a essa digitalização de grandes partes das transações, surge a necessidade de regulamentação e a responsabilização civil dessas instituições perante os atos fraudulentos, danos a causados a correntistas e a terceiros, pois suas transações acabam gerando risco.

No Brasil, as instituições financeiras possuem um espaço notório e relevante no funcionamento no país, tendo grande relevância no sistema financeiro nacional, pois realiza a concessão de crédito e age como uma ponte para os investidores e os investimentos. Se mostrando um assunto de enorme relevância e interesse social, devido a grande participação dessas entidades no mercado em todo o mundo.

Entretanto, nem sempre foi assim, as instituições financeiras passaram por diversas mudanças até chegar na forma em que conhecemos hoje em dia, faremos um resumo histórico abarcando o surgimento dessas instituições, a forma em que realizavam as transações e quais eram as figuras que tinham o poder de realiza. Bem como, explicitar a origem dos termos relativos ao presente assunto.

Após, será analisado a relação entre as instituições financeiras e o principal integrante, o cliente, e demonstrar quais são as responsabilidades civis que essas instituições têm perante as suas atividades diante da legislação nacional.

A princípio as instituições financeiras não eram submetidas as regras previstas no Código de defesa do consumidor, porém diante de diversas discussões doutrinaria e na jurisprudência, o STJ consolidou a súmula nº 297, que diz: *"O código de defesa do consumidor é aplicável as instituições financeiras"*.

Surgindo assim, a responsabilidade objetiva, sendo a mais corriqueira e perfeitamente aplicável as relações financeiras, devido os riscos que podem ocorrer durante essas operações, que serão discutidas ao longo do texto.

1.AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Para melhor entendimento do tema, cabe definir e discorrer sobre o que é uma instituição financeira e qual sua relevância para a sociedade.

O Sistema Financeiro Nacional determina o que são as instituições financeiras e a Lei 4.595/64 dispõe sobre as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, trazendo em seu artigo 17 a definição, vejamos:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Dessa forma vemos que as instituições financeiras são entidades, de caráter público ou privado que trabalham com o capital financeiro de seus clientes, ou até mesmo o seu próprio, com objetivo de captar recursos e fornecer crédito perante a sociedade. Além do mais, operam como um intermediador na relação entre o serviço solicitado e o cliente.

São muitos os serviços oferecidos por essas instituições, sendo eles, entre outros, os empréstimos, financiamentos de carros, imóveis, bens moveis, investimentos, poupança e a facilidade de realizar transações financeiras com mais praticidade. Por isso, vemos que as instituições financeiras estão presentes diariamente na vida da maioria das pessoas físicas e jurídicas.

Assim, possui um papel de extrema importância na econômica brasileira e mundial, pois realiza a manutenção da economia, por meio das taxas de juro, aplicações financeiras, reservas, entre as demais variáveis irão de determinar a atividade econômica, do emprego e da taxa de câmbio, e das demais variáveis da economia de uma nação (PORTO, 2015). Além de realizar a capitalização de recursos e a concessão de crédito faz com que a economia se desenvolva, fornecendo poder de compra para aqueles que, em tese, não poderiam comprar.

O responsável pela regulamentação e supervisão das instituições financeiras é o Banco Central, uma autarquia federal que define em quatro grupos as instituições, sendo eles: I – Instituições Financeiras monetárias realizam a captação de atividades realizadas a vista; II – Instituições Financeiras não monetárias, não podem realizar a captação de atividades a vista; III – Auxiliares Financeiros ou intermediários, exercem atividades de intermédio e captação e IV – Bolsa de Valores.¹¹⁷

Entre os tipos de instituições financeiras, podemos citar os bancos comerciais, de câmbio, de investimento, múltiplos, a caixa econômica, cooperativas de crédito, instituições de microcrédito, corretora de valores e *fintechs*, cada uma delas possui uma função e objetivo distintos.

¹¹⁷ SOUZA, Daiane Santos da Fonseca. A responsabilidade Civil das Instituições Financeiras e Operadoras de cartões de crédito pelo superendividamento, 2014. Trabalho de Conclusão de Curso - defendida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p.10.

A instituição financeira mais conhecida é o banco, divididos em 05 setores, os bancos têm como principal objetivo a intermediação de crédito, mas não se limitam apenas em conceder crédito e receber, mas também de prestar serviços aos clientes, como a custódia de valores, serviço de cofres de segurança, cobrança de títulos, entre outros, sendo considerada como uma função acessória. (FAVONI, 2011).

Independentemente da ação que essas instituições financeiras façam, elas possuem a responsabilidade civil e ela não sofrerá alterações, essa responsabilidade não surge da operação realizada, mas sim da prática bancária por um todo, pois envolve diversos fatores, mas todos estão relacionados ao lugar que essas instituições ocupam no cenário financeiro brasileiro, pois essas atividades possuem riscos. (FAVONI, 2011).

É no mercado financeiro onde todas as transações são realizadas, o autor Roberto Quiroga Mosquera conceitua esse tema:

Mercado financeiro é o mercado da intermediação bancária ou intermediação financeira. Caracteriza-se pela interposição da entidade financeira entre aqueles que têm recursos disponíveis e aqueles que necessitam de crédito. A instituição financeira aparece como captadora de dinheiro junto ao público, para posterior cessão desses valores àqueles que precisam de financiamento. Daí porque tal mercado também é denominado mercado de crédito.

Nota-se a grandiosidade dessas instituições e o imenso capital que elas movimentam diariamente e principalmente, a hiper suficiência delas perante os consumidores que participam de suas operações, surgindo a necessidade de uma proteção para estes.

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Os primeiros indícios do surgimento das instituições financeiras vêm do período das grandes civilizações, momento em que surgiu à moeda como um instrumento de troca, pois houve a necessidade de guardar o dinheiro, emprestar, pegar emprestado, pois eram ações inevitáveis. (PORTO, 2015).

Assim, surgiram as primeiras operações bancárias, porém o nome banco, uma das principais instituições financeiras que conhecemos hoje, foi criado por banqueiros judeus, residentes da cidade de Florência, devido à mesa que usavam para realizar as trocas de moedas.

O autor Adalberto Nóbrega explica sobre o conceito de banco e um pouco de sua origem, vejamos:

Os bancos, da forma como os conhecemos hoje, surgiram a setecentos anos em Florença, e têm sido as principais instituições fornecedoras de

crédito (empréstimos e financiamentos), daí a gestão de risco ser o cerne de suas funções. O nome italiano “banco” ou “banca” (“tenda para vender mercadorias”) passa a ser utilizado na acepção de “estabelecimento de crédito” a partir de 1340. Mas a origem da palavra banco é germânica, “bank”, usada pelo latim vulgar em todo o império do Ocidente. A fundação do “Banco di Rialto”, em Veneza, Itália, em 1587, marca o início do moderno sistema bancário. Os empréstimos e o risco de crédito remontam há pelos menos 1800 a.C. e, ontem como hoje, entende-se como crédito “a expectativa de uma quantia em dinheiro, dentro de um espaço de tempo limitado”, enquanto o risco de crédito é “a chance de que essa expectativa se cumpra.” O crédito é o maior recurso de todos para os negócios, afirmou Demóstenes. Nem só de pão vive o homem. Vive de crédito também, disse Machado de Assis.

Para complementar, o autor Sérgio Carlos Covello também relata sobre a origem do tema:

Na Idade Média, banco era a designação que se dava à mesa onde os cambistas expunham as moedas, objeto de seu comércio. Quando um cambista, ou banqueiro, não honrava seus compromissos, seus credores, revoltados, quebravam a mesa, o banco, em sinal de protesto, provindo daí a palavra bancarrota, termo que até hoje se usa para exprimir a insolvência ou falência do devedor.

Ao longo dos anos, o termo banco não mais se referia a uma mesa, mas tomou um sentido figurado para referir o local onde eram realizadas as negociações do dinheiro, tornando o nome oficial para as instituições financeiras que possuem como foco a coleta e aplicação de recursos financeiros. (FAVONI, 2011).

Para que a atividade bancaria chegasse na estatura que conhecemos hoje, seu desenvolvimento passou por três fases, a primeira, chamada de embrionária abarca toda a antiguidade babilônica, hebreia, egípcia e greco-romana, pois ali apareceram as primeiras manifestações relacionadas ao comércio bancário, a atuação do Estado possuía muita relevância e outra figura que se destacava eram os sacerdotes religiosos, pois recebiam valores em depósito, além de empréstimos e faziam a mediação de pagamentos. (FAVONI, 2011).

Outro exemplo é na Babilônia, onde somente o clero e o Estado realizavam e ocupavam as operações financeiras, era nos palácios e nos templos onde se centralizava a economia nacional, onde os súditos eram obrigados a recolher seus tributos, o comerciante, as suas mercadorias, e por fim os agricultores depositavam suas colheitas. (FAVONI, 2011).

Assim, podemos observar que essas transações financeiras estavam fechadas a um certo grupo social, diferente do que vemos hoje em dia, que grande parte das pessoas tem acesso as instituições financeiras, tanto pessoalmente como por meio virtual.

A segunda fase é chamada de fase institucional, pois compreende a idade média, e é onde ocorre um marco importante para o assunto, pois a atividade bancária começa a ter uma organização em formato de empresa e também surge as instituições de crédito. Roma já possuía um comércio bancário definido exercício por banqueiros particulares, estando a frente dos serviços financeiros daquela época. (FAVONI, 2011).

A terceira fase consiste do período da Renascença até os dias atuais, sendo denominada de fase capitalista, pois possui como principal característica a aparição de grandes empresas fornecendo os serviços financeiros, se tornando indispensáveis para o mundo globalizado.

No Brasil, o sistema financeiro nacional surgiu em 1808, quando o primeiro banco do Brasil foi iniciado, o autor José Luiz de Souza em sua obra relata como se deu esse processo:

Esse primeiro banco durou até a volta de D. João VI para Portugal, quando levou todo o ouro depositado no então BANCO DO BRASIL, que faliu logo a seguir. [...] O 2º BANCO DO BRASIL não chegou a entrar em funcionamento, e em 1845 foi fundado o 3º, quando tivemos um grande desenvolvimento nas intermediações financeiras, o que ocasionou, inclusive, a instalação de alguns bancos estrangeiros.

Os primeiros bancos no Brasil, criados por iniciativas particulares, começaram aparecer em 1837, com o Banco Comercial do Rio de Janeiro, em seguida o Banco Comercial da Bahia em 1845, o Banco Comercial do Maranhão em 1846 e o Banco Comercial do Pará em 1847. (FAVONI, 2011).

O doutrinador Leonardo Vizeu define em sua obra o que devemos entender como o Sistema Financeiro Nacional, vejamos:

Por sistema financeiro nacional, podemos conceber todo o disciplinamento jurídico inerente a reger e regular as instituições financeiras de crédito, públicas ou privadas, bem como todas as entidades congêneres que atuam na economia popular, tais como seguradoras, entes de previdência privados e de capitalização, por exemplo.¹¹⁸

Possuindo assim, como função de promover o desenvolvimento e o equilíbrio da atuação das instituições financeiras com o interesse da sociedade, prezando pelos direitos fundamentais da

118 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. O Sistema Financeiro Nacional na República Federativa do Brasil e a Atualização Monetária. Revista da AGU, [S.l.], dez. 2008. ISSN 2525-328X. Disponível em: . Acesso em: 24 mai. 2018.

Republica Federativa do Brasil de garantir o desenvolvimento nacional e construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O sistema financeiro nacional está previsto na constituição brasileira no título VII, capítulo IV e o artigo 192 normatiza esse tema, vejamos:

Artigo 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que dispõem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação da EC 40/2003)

Assim vemos a importância dessas instituições, desde os primórdios, já eram evidente a necessidade de entidades públicas ou privadas para realizar as transações financeiras, mesmo com um volume pequeno de transações, essa organização possibilitava a movimentação do capital de uma maneira organizada e colaborava para o enriquecimento da economia das sociedades.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é a maneira que os legisladores encontraram para trazer o equilíbrio nas relações jurídicas, sendo um instrumento de reparação nos casos em que uma das partes é lesada por um ato ilegal da parte contrária ou de um terceiro, podendo ser usada em todas as relações jurídicas existentes em nossa sociedade.

Assim, sabemos que a responsabilidade civil esta firmada na reparação. A doutrinadora Maria Helena Diniz, define de forma completa e rica, sendo clara e objetiva no conceito pleno, na qual diz que a “aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal”¹¹⁹.

No presente estudo, abordaremos a responsabilidade civil voltada para as instituições financeiras Brasileiras, a luz do código civil e do código de defesa do consumidor, o qual é responsável por definir e regular as relações consumeristas.

2.1 CONCEITO

De início, José de Aguiar Dias traz a definição da palavra responsabilidade, vejamos:

A palavra contém a raiz latina spondeo, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano. [...]

119 DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, v.7, 2015. p. 34.

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência.¹²⁰

Para o direito, a palavra responsabilidade não se trata de uma simples palavra, mas sim de um instituto abstruso denominado Responsabilidade Civil, o qual é apresentado pelo autor Sérgio Cavalieri Filho como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”¹²¹

Para somar à ideia, as palavras de Sílvio Salvo Venosa:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da Responsabilidade Civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. ¹²²

O sentido jurídico da palavra responsabilidade não deve considerado um sinônimo de moral, pois a moral é uma matéria mais ampla que está única com a consciência individual e não necessariamente com angustia de prejudicar o próximo, mas a responsabilidade civil é uma responsabilidade que é invocada quando ocorre um prejuízo coletivo ou até mesmo individual. (GONÇALVES, 2012).

Assim, os estudos acerca da Responsabilidade Civil são extremamente importantes para o desenvolvimento das relações sociais e também para o direito como ciência. O doutrinador José de Aguiar Dias diz que “[..]manifestação da atividade humana traz em si só o problema da responsabilidade”.¹²³ Pois as relações sociais são cercadas de situações em que podem ocorrer falhas e dificuldades para cumprir o acordado entre as partes, surgindo, nesse momento a necessidade da responsabilização de uma das partes que não conseguiu cumprir de forma satisfatória o acordado.

A legislação acerca da responsabilidade civil está presente no título IX, capítulo I, no artigo 927 e ss do código civil brasileiro. O artigo 927 diz que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187),

120 DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 9. ed., V. I, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

121 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8. ed. 3. Re impr.- São Paulo: Atlas, 2009, p.2.

122 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Responsabilidade Civil, V. 4. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

123 DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 9. ed., V. I, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.

causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”¹²⁴ Assim, a responsabilidade é nada mais do que a obrigação de reparar o dano.

Diante disso, vemos quão complexo e desafiador o estudo do presente tema, pois mesmo com os esforços de grandes juristas, ainda não foi possível definir uma teoria unitária e definitiva sobre a Responsabilidade Civil (DIAS,1994).

Nelson Rosenvald traz sua definição de responsabilidade civil, dizendo que “é a reparação de danos injustos, resultantes de violação de um dever geral de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado.”¹²⁵

O nascimento da responsabilidade civil acontece no momento em que há uma violação de um dever jurídico acordado, por uma conduta de uma das partes e gera um dano a outra, surgindo um dever de reparar, sendo o dano uma das figuras principais da necessidade de reparar.

Em outras palavras, o termo responsabilidade civil se refere a várias situações que possuem reflexos no campo jurídico, porém, o que aqui interessa é o ato que desencadeia a obrigação de indenizar. Dessa forma, a responsabilidade pode ser direta ou indireta, onde a primeira se refere ao próprio causador do dano, enquanto que a segunda está ligada a uma conduta de terceiro, que, de uma maneira ou outra, possui um vínculo com o ofensor, vínculo este regrado pelo ordenamento (CAVALIERI FILHO, 2012, p.78).

Assim, vemos que para aplicar a responsabilidade civil no caso concreto são necessários alguns pressupostos, conforme Nelson Rosenvald explica em sua doutrina, há necessidade de ocorrer um ato ilícito, a culpa da parte, o reconhecimento do dano e, por fim, o nexo causal.

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para tratar da responsabilidade civil deve ser observado o artigo 186 do Código Civil que diz:

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.

Assim, vemos os pressupostos da responsabilidade civil se dividem em três partes, uma conduta, o dano e o nexo de causalidade, que veremos a seguir.

¹²⁴ Código Civil.

¹²⁵ ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. Aulas exibidas nos dias 20, 21, 22, 23 e 24 de outubro de 2008, disponível através do link: . Acesso em 03 jul. 2017.

2.2.1 A conduta

Para que ocorra uma violação do direito e surja a necessidade de reparação do dano, é necessária a análise da conduta como primeiro elemento da responsabilidade civil, o doutrinador Sérgio Cavarieli Filho define essa conduta como “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.¹²⁶

Dessa forma, o agente que pratica a conduta devera fazê-la por sua vontade e consciente dela, possuindo o discernimento sobre ela, nem sempre precisa desejar o resultado, somente saber que poderá acontecer, conduta esta que será dividida em duas, a ação ou a omissão.

A ação é uma conduta que necessita da atitude do agente, uma conduta positiva, já a omissão ocorre quando o agente poderia fazer algo, mas não o faz, ficando inerte, passivo, ambas são condutas humanas, e tem por consequência o elemento subjetivo da responsabilidade civil que está plenamente unida a culpa, tornando um único elemento.

Marton ensina que “a responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. A obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade”¹²⁷

Em regra, não é possível que o agente seja responsabilizado por ato de terceiro, somente ocorrerá nos casos previstos no artigo 932, do Código Civil, quais sejam: a) os pais pelos filhos menores; b) o tutor ou o curador, pelos pupilos e curatelados; c) o empregador pelo seus empregados, serviçais e prepostos; d) os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos que se albergue por dinheiro, aos seus hóspedes, moradores e educandos e por fim, e) os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até concorrente quantia.

Para finalizar o tema da conduta, vale destacar alguns pontos importantes acerca da culpa e do na conduta do agente, pois no artigo 186 que vimos anteriormente, primeiramente define a ação dolosa, ao se tratar da ação e da omissão e, em seguida pontua a culpa, ao deliberar sobre a negligência e a imprudência.

Conforme ensinado por Miragem “a voluntariedade da conduta que se caracteriza como dolosa compreende tanto o conhecimento do agente sobre a consequência danosa e de sua conduta quanto também de seu caráter antijurídico” ¹²⁸, exige que o agente tenha à vontade e possua o conhecimento de que sua ação terá consequências que resultarão um dano.

Gonçalves em sua obra explica sobre a reparação do dano causado pelo dolo:

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa stricto sensu do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco. (GONÇALVES, 2020, pág. 65).

126 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8. ed.3.reimpr., São Paulo: Atlas, 2009, p. 24

127 Les fondements de la responsabilité civile, n. 84, p. 84

128 MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Já quando pensamos na culpa, a ação ou omissão culposa não tem a vontade de causar o dano, porém o agente assume os riscos, acerca da culpa, Gonçalves complementa sua explicação:

A culpa pode ser, ainda, in eligendo: decorre da má escolha do representante, do prepos-to; in vigilando: decorre da ausência de fiscalização; in comittendo: decorre de uma ação, de um ato positivo; in omittendo: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; in custodiendo: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto. (GONÇALVES, 2020, pág. 65).

A culpa pode ser dividida em três modalidades, a imprudência, a negligencia e a imperícia, a primeira ocorre quando a parte não age com cautela, a negligencia ocorre quando o agente tem o conhecimento, mas se omite e por último a imperícia que é a falta de habilidade do agente, seja por incapacidade ou falta de técnica, resultando no dano.

2.2.2 Dano

O dano surge no momento em que é realizado o ato ilícito por uma das partes, ou seja, é uma lesão ao bem protegido juridicamente, sem que o dano exista, não é possível o nascimento da responsabilidade civil.

Segundo o doutrinador Sergio Cavalieri Filho, o dano nada mais é que um prejuízo sofrido por uma das partes, sendo o elemento principal da responsabilidade civil, pois acredita que sem o prejuízo, não há o surgimento da necessidade de reparação, vejamos:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da Responsabilidade Civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem danos, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. 129

O dever de indenizar não se limita ao dano causado no patrimônio econômico de uma das partes, mas também poderá ser aplicada a responsabilidade civil quando um dos direitos de personalidade for lesado, surgindo a responsabilidade civil por um dano moral.

129 CAVALIERI FILHO Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8. ed. 3.reimpr. São Paulo: Atlas p.70-71

O dano pode ser dividido em duas esferas, sendo o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial, conhecido como o dano moral.

Assim, o dano patrimonial faz referência a perda de algo físico, um dano pecuniário, se caracterizando pela diminuição do patrimônio do bem atingido, denominada como “dano emergente” que faz surgir a necessidade de ressarcir ou recompor o bem ou pelos valores que o titular do bem deixou de ganhar com a ocorrência do dano, sendo denominado “lucros cessantes”, ou seja, a compensação do lucro que a parte atingida deixou de receber por consequência do dano.

Cavaliere conceitua dano moral como uma situação em que “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, estendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”¹³⁰, sendo passíveis de uma avaliação pecuniária.

Já o dano extrapatrimonial, também conhecido como dano moral é um conceito que traz muitas controvérsias na doutrina. Cavaliere diz que para uma parcela dos doutrinadores, o dano moral parte de um conceito negativo, ou seja, na visão deles o dano seria oposto ao patrimônio, não decorrendo da perda pecuniária, outros definem por um viés positivo, crendo que o dano é decorrente de dor, vexame ou humilhação¹³¹.

Possuindo como fundamento o princípio constitucional da dignidade humana, pois decorre da violação de direitos da personalidade, como a honra, o nome, a intimidade, assim, não está essencialmente ligado a qualquer “abalo psíquico da vítima em questão.”¹³²

Em grande parte das situações é impossível que o dano moral seja reparado de forma natural, sendo realizada de forma pecuniária, em uma tentativa de recompensar a vítima e/ou seus familiares pelo dano sofrido.

Entretanto, não é uma certeza quando ocorrer a transgressão a uma norma, surgirá o dano, pois nem todo dano será passível de indenização, para isso são necessários alguns requisitos, sendo o inicial, a necessidade indispensável de ter ocorrido a violação de um interesse jurídico, material ou moral de uma pessoa física ou jurídica.

Após é indispensável que o dano seja certo, no sentido de existência, pois não há hipóteses de reparar um dano considerado abstrato ou meramente hipotético, assim, sendo necessária a demonstração de um prejuízo, em razão da violação de um direito, para assim obter a reparação.

130 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8. ed.3.reimpr., São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

131 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8. ed.3.reimpr., São Paulo: Atlas, 2009.p 71-72; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 3: Responsabilidade Civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 69CAVALIERI FILHO, op.cit., p.79

132 72 CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 80

Todavia existe uma hipótese que não há a necessidade de demonstrar o dano, somente precisa haver a subsistência do dano, pois o dano é presumido, sendo denominado de dano in re ipsa, 133

2.2.3 Nexo de Causalidade

Por fim, para que seja constatada que o dano causado é decorrente da ação ou de omissão da outra parte, surge a necessidade da existência do nexos causal, que consiste em provar que ação da parte fez surgir o resultado. Sergio Cavalieri Filho conceitua o nexos causal com sendo “[...] um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que se pode concluir quem foi o causador do dano”¹³⁴.

E Gonçalves complementa:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, está sim responsável exclusiva pelo evento. (Gonçalves, 2020, pg 65)

Sem que exista a comprovação do nexos causal, fica descaracterizada a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar, pois existem casos que mesmo que seja comprovada a incidência do nexos causal, não poderá ser cobrada a reparação ao dano, sendo denominadas como excludentes de causalidade, que consiste na culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente da vítima e do agente, culpa de terceiro, força maior ou caso fortuito.

2.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.3.1 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva surge de uma situação em que ocorreu dano, proveniente de uma ação ou omissão ilícita, violando a legislação vigente, porém ao ser provada e questionada, nesta não há a necessidade de culpa do agente, vejamos:

Para a caracterização do dever de indenizar devem estar presentes os requisitos clássicos: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal,

133 GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 3: Responsabilidade Civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

134 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

dano e, finalmente, culpa. No tocante especificamente à culpa, lembramos que a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante é de alargar seu conceito. Surgiu, daí, a noção de culpa presumida, sob o prisma do dever genérico de não prejudicar. Esse fundamento fez também nascer a teoria da responsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva. (VENOSA, 2003)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desta forma, a responsabilidade objetiva é proveniente da teoria do risco, mesmo que a parte não possua culpa, ela ficará obrigada a reparar o dano, como por exemplo, as relações consumeristas, que muitas das vezes são desvantajosas para os clientes, assim os fornecedores possuem culpa presumida, e tem a obrigação de reparar o dano, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor.

2.3.2 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade subjetiva por sua vez possui como ponto necessário a evidência da culpa ou do dolo, apenas depois de comprovada, ocorrerá a reparação do dano ou a indenização do evento danoso que fez nascer a obrigação.

Gonçalves descreve um pouco acerca da responsabilidade subjetiva:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES 2019, pg. 57)

Assim, vemos que a responsabilidade subjetiva é oposta da responsabilidade objetiva, pois precisa da comprovação do dano.

2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO BRASIL.

A responsabilidade civil das instituições financeiras é um assunto de grande importância em relação ao debate da proteção do consumidor, uma vez que essas instituições desenvolvem um papel de grande importância na sociedade em que vivemos e tem favorecido o desenvolvimento do consumo com a facilidade de se obter crédito.

Pois em apenas alguns cliques, por meio dos aplicativos bancários é possível conseguir crédito, solicitar cartões, realizar empréstimos pessoais e consignados.

As relações entre as instituições financeiras e os consumidores são investidas de confiança, pois as atividades que estas exercem são necessárias e demandam um conhecimento mais técnico, que na maioria das vezes os clientes não possuem, logo, as relações jurídicas firmadas entre as pessoas e os bancos são pactuadas de firma contratual, por meio de contrato de adesão e em grande parte das vezes o cliente não pode alterar nenhuma das cláusulas presentes ali, demonstrando mais ainda a desigualdade dessa relação.

Nosso ordenamento jurídico define que a responsabilidade civil das instituições financeiras é pautada no risco, diante da vulnerabilidade do consumidor e a dificuldade que ele possuía para apresentar o ônus da prova, assim, todas as relações de cunho consumerista, conforme o Código de defesa do consumidor, vejamos:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - O modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - Que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Tendo em vista que é definido pela sumula 297 do STJ que o Código de Defesa do Consumidor será aplicado aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes.

O artigo 14 do CDC explica que a responsabilidade das instituições financeiras é objetiva, pois são pautadas no risco e não na culpa, porém serão responsabilizadas apenas pela prestação de serviços defeituosos, restringindo a responsabilidade civil ao que se refere aos vícios do serviço prestado. Em relação ao fornecimento de crédito, será considerada como defeituosa quando a instituição financeira não fornecer informações suficientes e adequadas sobre o objeto contratado conforme vemos no artigo 52 do CDC:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

O autor Waldo Fazzio Junior completa sobre o tema:

É inegável que estamos diante de um negócio jurídico complexo, plurilateral, administrado por instituições financeiras autorizadas a prestar serviços de emissão de cartões e administração de sua utilização, com objetivo de lucro, cujo intento preponderante é implementar a comercialização de bens ou serviços. Ou ainda, um complexo interativo de contratos autônomos formados por adesão, composta de diversos elementos de submodalidades contratuais envolvendo intermediação financeira. (Fazzio, 2011, pág 53) 135

Vemos que cabe as instituições financeiras explicarem para os consumidores todas as informações pertinentes acerca daquele contrato, como os valores, taxas, os juros que serão cobrados, porém é recorrente a não observância disso, momento em que as instituições omitem informações do serviço prestado, obtendo benefícios acima do consumidor, muitas das vezes leigo e sem conhecimento pratico daquele assunto, não sabendo definir se aquela contratação está adequada.

Vejamos agora algumas jurisprudências acerca do tema da responsabilidade civil das instituições financeiras em diversos casos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CHEQUE COM ASSINATURA FALSIFICADA. MATÉRIA APRECIADA EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA REPETITIVA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE OBJETIVA. [...] 2. "As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se

135 43FAZZIO JUNIOR, Waldo. Cartão de crédito, cheque e Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2011. p.53

como fortuito interno." (REsp 1199782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011) 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento¹⁴³. CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CHEQUES FURTADOS DE AGÊNCIA BANCÁRIA. USO INDEVIDO POR TERCEIRO. DEVOLUÇÃO INJUSTIFICADA DE CHEQUES EMITIDOS PELAS CORRENTISTAS. DANO MORAL. VALOR. MANUTENÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. CÁLCULO. I. A segurança é prestação essencial à atividade bancária. II. Não configura caso fortuito ou força maior, para efeito de isenção de Responsabilidade Civil, a ação de terceiro que furta, do interior do próprio banco, talonário de cheques emitido em favor de cliente do estabelecimento. [...]IV. Recurso especial não conhecido. (Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 378);

As decisões sobre fraude ou delitos praticados por terceiros tem sido fundada na sumula nº 479 do STJ, que diz "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias", decidindo que a responsabilidade objetiva das instituições financeiras é aplicada nesses casos, devido o risco assumido pela instituição e pela obrigação de zelar e proteger os dados e as transações estranhas em seus estabelecimentos. Além disso, a fraude é considerada um fortuito interno da entidade bancaria, devendo suportar os prejuízos.

Outra ocasião que as instituições são responsabilizadas inteiramente são nos casos de fraude em razão da falha de segurança em relação a internet banking:

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - FALHA DO SERVIÇO - RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA - SENTENÇA MANTIDA. Ao disponibilizar a realização de transações bancárias pela internet, prometendo segurança, responsabiliza-se civilmente a instituição financeira pelos prejuízos sofridos por correntistas que tiverem suas contas invadidas por hackers. (TJMG - Apelação Cível 1.0035.06.082957-5/003, Relator(a): Des.(a) Antônio de Pádua, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/08/2007, publicação da súmula em 10/09/2007.

Dentre outras muitas situações que podem ocorrer em relação a responsabilização civil das instituições financeiras, finalizaremos com os casos de inclusão indevida do nome do consumidor nos órgãos de proteção de crédito, que causam danos morais e materiais são consumidores, tendo em vista que podem ter crédito negado e levarem a fama de mal pagador, mesmo quando estão livres de qualquer dívida, porém, meramente por fraude de terceiros, erro ou falha dessas instituições os clientes são prejudicados, vemos um julgado sobre o tema:

"RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. ABERTURA DE CONTA CORRENTE. DOCUMENTOS EXTRAVIADOS. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE DO BANCO. REVISÃO DO VALOR. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Responde pelos prejuízos gerados pela sua conduta a instituição financeira que permite a abertura de conta corrente mediante a apresentação de documentos falsos. 2. Para a fixação dos danos morais, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão da aludida quantificação. 2. Recurso conhecido em parte e, na extensão, provido." (REsp 651.203/ PR, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Quarta Turma, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007 p. 583)

Diante do exposto é possível concluir que as atividades realizadas pelas instituições financeiras são essenciais para o dia a dia das pessoas, e são de extrema importância para a econômica, porém em razão da confiança aplicada a ela e da desigualdade entre instituição e consumidor, em grande parte das vezes a instituição terá que responder objetivamente pelos danos causados aos clientes.

CONCLUSÃO/CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como principal objetivo demonstrar o como se deu o surgimento das instituições financeiras e como é aplicada a responsabilidade civil pelos danos decorrentes de atos ligados a elas, fraude, ações de terceiros e até mesmo os erros provenientes do trabalho destas.

As instituições financeiras surgiram há muito tempo atrás e passaram por diversas modificações até chegaram ao que conhecemos, começaram na época das grandes civilizações, no momento em que ocorreu o surgimento da moeda e a necessidade de comércio, passando por Roma e a criação dos primeiros bancos, quando houve a necessidade de guardar o dinheiro, onde também cresceu a circulação deste, até os dias atuais, onde o dinheiro já caiu em desuso, porém tem sido utilizado as transações virtuais, que são mais práticas e rápidas.

As instituições financeiras são de grande importância para o funcionamento do país e para a economia brasileira, trazendo facilidade de obtenção de crédito e diversos outros benefícios para os consumidores.

A especialidade do trabalho se desenvolveu com a responsabilidade civil atribuída a estas instituições financeiras, vimos que parte do pressuposto que para reparação civil não há necessidade da demonstração de culpa, pois o risco está inerente a atividade.

Trazendo os conceitos de responsabilidades civil, os seus pressupostos e a aplicabilidade destas nos casos.

Após grande pesquisa e análise acerca do tema, nota-se que as instituições financeiras tem a responsabilidade civil objetiva para grandes partes dos danos causados os consumidores, como os julgados vistos sobre a inclusão indevida nos órgãos de proteção de crédito, a fraude de terceiros e fraudes relativas à segurança dessas instituições.

Sobre esse ponto, é de importância destacar que a relação de consumo entre a instituição financeira e o consumidor, deve ser levada em consideração a capacidade econômica da instituição perante a pessoa, pois é a parte mais forte da relação jurídica e muitas das vezes decide os termos e cláusulas sozinhas, sem que a outra parte possa discordar.

Assim, vemos a importância do estudo do presente tema e a necessidade de mais informações sobre a responsabilidade civil das instituições financeiras, uma vez que ocorre muita divergência doutrinária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inteiro Teor do Acórdão. REsp 750.418/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 378

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8. ed. 3.reimpr.- São Paulo: Atlas, 2009, p.2.

COVELLO, Sérgio Carlos, Contratos bancários, 4. ed. rev. e atual, São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2001.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 9. ed., V. I, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, v.7, 2015. p. 34.

FAVONI, Thiago. Aspecto jurídico da responsabilidade civil das instituições financeiras, 2011, 53 folhas. Trabalho de conclusão de curso, direito, Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis. Assis, 2011.

MOSQUERA, Roberto Quiroga, Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais, São Paulo: Dialética, 1998.

NOBREGA, Adalberto. "Da moeda ao ativo financeiro: uma leitura jurídica do ouro". Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

ORTIZ, Eliane. Instituição financeira: o que é e como funciona? 2022. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/ecred/blog/o-que-e-instituicao-financeira-e-quais-tipos-existem/>.

Acesso em: 15 de set. 2022

PORTO, Kelly. A história das instituições financeiras, 2015. Disponível em: <https://www.trabalhosgratuitos.com/Humanas/Contabilidade/A-HISTORIA-DAS-INSTITUIÇÕES-FINANCEIRAS-885119.html>. Acesso em: 20 de set. 2022.

SOUZA, José Luiz de. Mercado Financeiro: Conhecimentos Bancários. – Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, Volume 4: responsabilidade civil, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Responsabilidade Civil, V. 4. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. Aulas exibidas nos dias 20, 21, 22, 23 e 24 de outubro de 2008, disponível através do link: . Acesso em 03 jul. 2017.

SOUZA, Daiane Santos da Fonseca. A responsabilidade Civil das Instituições Financeiras e Operadoras de cartões de crédito pelo superendividamento, 2014. Trabalho de Conclusão de Curso - defendida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p.10.

HERANÇA DIGITAL: O DIREITO DE SUCESSÃO DOS HERDEIROS EM FACE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL

IVANA MARIA ROCHA PINHEIRO:

Graduanda do curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS¹³⁶

(orientador)

RESUMO: Com o crescimento tecnológico cada vez mais acelerado em nosso cotidiano, diversos conteúdos foram criados no ambiente virtual, conteúdos que formam um vasto acervo digital de uma pessoa, com natureza sentimental e até mesmo financeira. Esses bens intangíveis são relevantes não apenas para o seu proprietário durante sua vida, como também para os seus familiares após a abertura da sucessão, visto que compõem o patrimônio digital do *de cuius*. Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro não estava preparado para toda essa evolução tecnológica e os bens que dela advém, dessa forma, existe um vácuo normativo a respeito do tema. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo conceituar herança digital, demonstrar os seus reflexos na sociedade e ainda, apresentar alternativas para suprimir a lacuna legislativa. Será demonstrado, utilizando o método da pesquisa bibliográfica, como se dá o direito de sucessão da herança digital ante a falta de legislação regulamentadora no Brasil, e ainda, quais os limites da sucessão frente aos direitos da personalidade póstuma.

Palavras-chave: herança; lacuna legislativa; limites da sucessão; patrimônio digital.

INTRODUÇÃO

As diversas Revoluções Industriais trouxeram consigo o desenvolvimento da informática, telecomunicações e robótica. A alta tecnologia possibilitou a criação e aperfeiçoamento de softwares e aparelhos eletrônicos como o computador e o celular, dispositivos que estão arraigados no cotidiano da população sendo impossível imaginar a vida sem o uso da internet e suas ferramentas.

Os aparelhos eletrônicos, que a cada dia são mais otimizados, possibilitam o acúmulo de informações no ambiente virtual. O acervo digital de uma pessoa é composto por e-mails, fotografias, perfis em redes sociais, moedas virtuais, contatos e outros bens intangíveis que possuem valoração sentimental e até mesmo financeira.

¹³⁶ Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado.

Toda essa evolução tecnológica e os bens que dela advém não foram previstos pelo legislador. Não há no Código Civil, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) ou ainda, na Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) regras sobre o tratamento desses bens, principalmente após a morte de seu proprietário.

Apesar de fazerem parte do cotidiano de toda a população, a sociedade ainda não entendeu que o conteúdo presente no ambiente digital faz parte do seu patrimônio e que esses bens geram consequências jurídicas após o falecimento do seu titular. Grande parte da população não sabe ainda que há um vácuo normativo sobre o tema.

Diante desse cenário de ausência de informações e legislação específica sobre os bens virtuais, mostra-se relevante conceituar a herança digital e apresentar os seus reflexos na sociedade. Será apontado o principal tópico de debates nos tribunais a respeito do tema, e ainda, apresentado como se dá o direito de sucessão da herança digital ante a falta de legislação regulamentadora no Brasil.

Utilizou-se nesse trabalho os ensinamentos de Maria Helena Diniz, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e outros doutrinadores do direito sucessório. Por meio da pesquisa bibliográfica, com o estudo voltado a livros, artigos científicos e jurisprudências busca-se responder o seguinte questionamento: quais os limites da sucessão da herança digital frente aos direitos da personalidade?

A pesquisa está dividida em três capítulos. No primeiro será realizada uma abordagem a respeito da herança digital e dos bens que a compõem, apresentando as suas classificações e particularidades. O segundo capítulo destacará sobre os direitos da personalidade, em especial ao da pessoa falecida, bem como será demonstrado como se dá a sucessão do patrimônio digital no Brasil.

Por fim, o terceiro capítulo apontará alternativa provisória capaz de resguardar os herdeiros e o *de cuius* em relação a herança digital, enquanto perdurar a ausência de lei regulamentando a matéria, e ainda, será demonstrado a tentativa para regulamentar a matéria e os empecilhos para a sua ocorrência.

1. HERANÇA DIGITAL

Nas últimas décadas, em decorrência dos avanços tecnológicos e da alta conectividade das pessoas aos meios de comunicação, diversos bens se formaram no ambiente virtual. Apesar de compor a herança de uma pessoa, esses bens intangíveis são objetos de debates nos tribunais e se apresentam como um desafio para o direito sucessório, como veremos a seguir.

A Constituição Federal aborda o direito à herança como um tópico dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXX). Por sua vez, o Código Civil disciplina a herança como um conjunto de bens, direitos e obrigações que um titular deixa aos seus sucessores após o seu falecimento.

Regulamenta ainda, em seu artigo 1.791, que “a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”.

Nos ensinamentos da advogada e professora Maria Helena Diniz a herança é o conjunto de bens, direitos e deveres do *de cuius* que serão transmitidos aos seus herdeiros, salvo se os direitos em questão forem inerentes à pessoa falecida (DINIZ, 2012).

Pelo Princípio da *Saisine*, com a morte de uma pessoa, há a transferência imediata dos seus bens aos seus sucessores, assim, não existe direito sem o seu respectivo titular. A herança deve ser transmitida como um todo, integralmente e imediatamente aos herdeiros.

Entretanto, diante do acelerado desenvolvimento tecnológico, diversos bens e direitos existentes no ambiente virtual não foram previstos pelo legislador, assim, não estão completamente amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro atual e não são transmitidos em sua totalidade aos seus respectivos sucessores.

No espaço virtual, compreendidos como ativos digitais, encontram-se vídeos, fotos, jogos, músicas, moedas virtuais, milhas aéreas, e-books, perfis em redes sociais, entre outros. Após o falecimento do seu titular, o conjunto desses bens forma a chamada herança virtual/digital.

Vários são os conceitos sobre a herança digital e os bens que a compõem, dessa forma explica Lara:

“Bens digitais são instruções traduzidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc, ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares e tablets.” (LARA, 2016).

Por sua vez conceitua Emerenciano:

“Os bens digitais constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobre nível, armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas.” (EMERENCIANO, 2003, p. 78).

Nesse viés, a herança digital pode ser compreendida como um conteúdo patrimonial intangível, formado por ativos digitais com valoração econômica e sentimental, deixado pelo *de cuius* no meio digital.

Diante do vácuo normativo existente no Código Civil, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e na Lei do Marco Civil da Internet, ainda permanece a falta de previsão clara no ordenamento jurídico quanto à herança digital. A falta de regulamentação sobre a matéria não pode impedir que os herdeiros tenham acesso aos bens existentes no ambiente virtual, pois como dito, a herança é um direito fundamental.

A ausência de norma específica gera ainda o aumento de demandas no poder judiciário, cabendo ao magistrado avaliar quais bens são passíveis de transmissão sucessória, visto que vários bens que compõe a herança digital não possuem o caráter patrimonial.

1.1 Classificação dos bens digitais

Em virtude do fácil acesso às ferramentas tecnológicas os bens digitais são cada vez mais comuns e utilizados em nosso cotidiano. O ciberespaço, compreendido como "espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores" (LÉVY, 1999, p. 92) permite o acúmulo destes bens.

Seja no próprio aparelho eletrônico, em nuvem ou em dispositivos removíveis (como pen-drive), o patrimônio digital presente no ciberespaço mostra-se relevante não só para o seu proprietário durante a vida e para os seus familiares após a abertura da sucessão, como também para a construção de elementos que evidenciam a identidade cultural, local e temporal de toda sociedade.

Diante de suas variadas características o patrimônio digital pode ser dividido em categorias, de acordo com as suas funções essenciais: bens relacionados a dados pessoais, dados de contas financeiras, dados de contas empresariais e dados de redes sociais. Além desta classificação, o conteúdo digital pode ser compreendido como bens suscetíveis ou não suscetíveis de valoração econômica.

Moedas virtuais, milhas aéreas, jogos on-line, contas em redes e plataformas sociais utilizadas para obtenção de lucros, entre outros, são ativos digitais que possuem valoração econômica, e assim, compõe o patrimônio do *de cujus*. Diante desta característica esses bens devem ser passíveis de transmissão sucessória.

Disciplina Lucas Garcia Cadamuro que os bens digitais de caráter financeiro devem ser inventariados juntamente aos bens corpóreos da pessoa falecida, visto que o ordenamento jurídico não proibiu a transmissão desse patrimônio (CADAMURO, 2019).

Por sua vez, fotos, e-mails, músicas, vídeos, contatos, sites em aplicativos de namoro, senhas, blogs, arquivos de texto, livros on-line, são exemplos de bens que não possuem uma valoração financeira, mas sim emocional/afetiva. Ante a ausência de valor econômico esses ativos digitais geram dúvidas sobre sua destinação após a morte do seu proprietário.

Nas palavras de Sílvia de Salvo Venosa: "Os direitos e deveres meramente pessoais [...], extinguem-se com a morte, assim como os direitos personalíssimos" (VENOSA, 2020, p. 549). Torna-se importante ressaltar que apesar de, a princípio, não possuírem valor econômico, é possível que esses ativos digitais possam adquirir essa característica com o passar do tempo (LIMA, 2013).

Conforme mencionado anteriormente, diante da ausência de regulamentação sobre a matéria no ordenamento jurídico, atualmente, para que os herdeiros tenham acesso às informações constantes no acervo digital do falecido – que não manifestou em vida a sua vontade em relação à herança digital – faz-se necessário acionar o poder judiciário.

Mas por que em pleno século XXI não há nenhuma norma regulamentando a herança digital? Por que não se transmite de forma imediata aos herdeiros os bens sem caráter financeiro? A justificativa para a omissão legislativa sobre o tema se dá pelo confronto direto existente entre o direito dos sucessores em herdar os bens virtuais e os direitos de personalidade da pessoa falecida.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SUA PROTEÇÃO PÓSTUMA

O nosso ordenamento jurídico tem como função primordial a proteção da pessoa humana, assim, os direitos da personalidade visam zelar pelos direitos do homem, especialmente aos ligados a sua integridade. O bem-estar do homem é tão importante que a tutela jurídica dos seus direitos tem natureza constitucional, civil e ainda, penal.

Os direitos da personalidade são genericamente tutelados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. O Código Civil, por sua vez, estabelece em seu artigo 1º que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”, e por essa razão, ensina Tepedino (2020) que todas as pessoas possuem aptidão para a realização das relações jurídicas.

O artigo 2º do Código Civil estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Iniciado com o nascimento com vida, há o entendimento doutrinário de que o fim da personalidade civil dar-se com a morte da pessoa, seja ela real ou presumida, assim, leciona Pontes de Miranda: “com a morte termina a capacidade de direito, a personalidade.” (MIRANDA, 2000, p. 282).

Os direitos da personalidade são direitos essenciais ligados à integridade, dignidade e individualidade de cada pessoa. Apesar de doutrinariamente serem divididos em direitos à integridade física, psíquica e moral, não se apresentam em rol taxativo.

Roxana Cardoso B. Borges (2007, p. 25) afirma que os direitos da personalidade “*são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos [...]*” (BORGES, 2007, p. 25).

O Código Civil estabelece ainda que os direitos da personalidade têm como características o fato de serem absolutos, intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e que não podem sofrer limitação voluntária, salvo nos casos previstos em lei. Outra característica é a sua vitaliciedade.

Apesar de serem inerentes à própria pessoa e acompanhar o homem por toda a sua vida, alguns direitos podem ser tutelados após a morte do seu titular, como “o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor” (GONÇALVES, 2015, p. 192).

O Código Civil garante a tutela dos direitos da personalidade do falecido ao cônjuge sobrevivente, qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau (irmão, tio, sobrinho e primo), conforme dispõe o seu artigo 12, parágrafo único:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Frisa-se que não se trata de transferência dos direitos da personalidade aos familiares, mas sim da concessão da legitimidade no âmbito jurídico para a defesa dos direitos lesados do falecido. Ensina Maria Helena Diniz que esses direitos “nascem e se extinguem *ope legis* com seu titular, por serem dele inseparáveis. Deveras, ninguém pode usufruir em nome de outra pessoa bens como a vida, a liberdade, a honra etc.” (DINIZ, 2005, p. 122 – 123).

Verifica-se que a proteção da personalidade jurídica póstuma está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio máximo e pilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/88), que visa resguardar a moralidade e honra do homem, zelando pela integridade de cada pessoa.

Diante desse entendimento que o ser humano, mesmo após a morte, possui direitos que devem ser protegidos e que podem ser tutelados por seus parentes, torna-se necessário sanar nos próximos tópicos deste trabalho o seguinte questionamento: qual direito da personalidade impede a imediata transmissão dos bens constantes na herança digital aos herdeiros do *de cuius*?

2.1. Do direito à privacidade *post mortem*

Com o advento da revolução industrial e do uso das tecnologias no cotidiano da população o direito sucessório tornou-se complexo. Como dito anteriormente, a transferência de todos os bens do acervo digital do falecido não ocorre de forma imediata e integral, visto que o direito à herança digital esbarra na proteção dos direitos da personalidade póstuma.

Dentro dos direitos da personalidade que protegem o homem após a sua morte é importante falar do direito à privacidade. Gagliano e Pamplona Filho explica que privacidade refere-se às informações particulares da pessoa natural, sendo uma das manifestações da intimidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020).

A Constituição Federal estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, CRFB/88). O Código Civil, no seu artigo 21, regulamenta que

“a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Diante dessas exposições, entende-se que permitir o acesso dos herdeiros a herança digital sem valoração financeira violaria o direito à privacidade do *de cuius*. Ressalta-se que a transferência do patrimônio digital pode vir a ofender a privacidade da pessoa falecida e até mesmo a privacidade de terceiros.

O Estado, ao zelar pela dignidade da pessoa humana, entende ser prejudicial à transmissão desses bens sem a anuência de seu titular. A ausência de um testamento estabelecendo os desejos sobre a transferência dos bens digitais de caráter sentimental impede a transmissão desse patrimônio.

Por essas razões, enquanto não existir legislação específica regulamentando a matéria ou mesmo precedente judicial obrigatório, as dificuldades enfrentadas pelos sucessores ao acesso à herança digital continuará sendo resolvida no judiciário pelo magistrado.

2.2. Casos reais envolvendo o judiciário e a herança digital

Nesse tópico, a fim de demonstrar as dificuldades encontradas pelos familiares para o acesso as informações deixadas no ambiente virtual pelo *de cuius*, encontram-se alguns casos reais envolvendo o pedido de acesso e transferência dos bens da herança digital no poder judiciário:

Dolores Pereira Ribeiro, mãe de Juliana Ribeiro – falecida no ano de 2012 após complicações por conta de um exame de endoscopia – ingressou com uma ação no intuito de excluir a conta da filha da plataforma Facebook, visto que não conseguiu fazer por meio das ferramentas do próprio site.

Explica Dolores que o desejo de excluir a conta da filha se deu pelo Facebook ter virado “um muro de lamentações”. Narra que ver o perfil de Juliana é muito doloroso para a família. Nesse caso, a juíza responsável pela lide decidiu em caráter liminar pelo cancelamento do perfil, com multa de R\$ 500 reais por dia em caso de descumprimento (QUEIROZ, 2013, *online*).

Em sentido semelhante, em São Paulo, um pai ingressou na justiça para ter acesso aos arquivos salvos na nuvem no celular de seu filho falecido. Apesar de ser bens de caráter sentimental, o magistrado da causa julgou procedente o pedido. (FUCCIA, 2022, *online*).

Por sua vez, Lívia Gomes Lino ingressou com uma ação para ter acesso ao telefone do pai falecido em razão do vírus da COVID-19 (PIMENTEL, 2021, *online*). Nas palavras de Lívia:

"Entrei em contato com a Motorola diversas vezes, mas ficavam passando a ligação de setor em setor e não resolviam. Decidi entrar com a ação e o

juiz já foi favorável a mim, [...] Disseram que não têm acesso às senhas dos usuários, pois é algo extremamente confidencial, mas num caso de morte as providências deveriam ser diferentes. Tem valor sentimental no que está ali e faço questão de guardar essas lembranças comigo”.

Com base nesses casos verifica-se não haver um consenso sobre a liberação do acesso aos bens virtuais deixados pelo falecido. A procedência ou não do pedido/ação fica a critério do magistrado, que deverá balancear o direito à privacidade e o de herança, estabelecendo limites para o seu acesso.

O questionamento que surge e que ainda carece de resposta refere-se a quais seriam os limites para a transferência da herança digital frente a proteção dos direitos da personalidade póstuma. Diante dessas considerações, que pode ser feito para evitar transtornos e dificuldade futuros relacionados aos bens virtuais?

3. NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE A HERANÇA DIGITAL

As transformações sociais dos últimos anos, com a inserção das inovações tecnológicas no cotidiano das pessoas, fizeram surgir novas categorias de bens patrimoniais, a exemplo dos bens virtuais. Nesse ponto, está claro que o acúmulo dos bens virtuais forma a herança digital, que a depender de suas características não são transmitidas integralmente aos herdeiros.

Em razão da falta de informação, grande parte da população brasileira desconhece que o ordenamento pátrio ainda não regulamentou sobre a herança digital. É possível dizer ainda que poucas pessoas sabem de fato o que é a herança digital e as dificuldades para a total transmissão desse patrimônio.

Diante desse cenário de obscurantismo, a fim de que a sucessão dos bens virtuais se efetive de forma imediata e sem conflitos, torna-se fundamental discorrer sobre a importância de se fazer um planejamento sucessório, na qual o indivíduo registrará a sua vontade em relação à destinação dos seus bens virtuais.

Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 404) ensinam que “consiste o planejamento sucessório em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores”. Por sua vez, Teixeira (2018, p. 35) explica o planejamento sucessório como sendo “o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”.

Diante da era digital, este planejamento não é indicado apenas para as pessoas idosas, enfermas ou aquelas que possuem um grande patrimônio financeiro acumulado, mas para toda a sociedade, visto que todas as pessoas usam ferramentas tecnológicas e conseqüentemente possuem vários ativos digitais acumulados.

Dentro das inúmeras formas de realizar um planejamento sucessório, em relação à herança digital destaca-se o testamento, diante de suas características. No tópico a seguir discutiremos as vantagens do testamento como medida alternativa para resguardar a transmissão dos patrimônios digitais.

3.1. Testamento como medida alternativa

O patrimônio digital pode ser dividido em bens com valoração econômica – que são passíveis de transmissão sucessória – e bens sem valoração econômica – aqueles que não possuem destinação estabelecida. Diante da ausência de regulamentação sobre o tema, a fim de evitar futuros transtornos, devemos buscar alternativas aptas para a proteção deste patrimônio, e como exemplo de ferramenta tem-se o testamento.

Nas palavras de Maria Helena Diniz o testamento "é o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações" (DINIZ, 2011, p.175). Por sua vez, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona comentam que:

"[...] testamento, portanto, nada mais é do que um negócio jurídico, pelo qual alguém, unilateralmente, declara a sua vontade, segundo pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de dispor, no todo ou em parte, dos seus bens, bem como determinar diligências de caráter não patrimonial, para depois de sua morte." (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 258).

Diante desses ensinamentos, é possível verificar que o testamento é um ato solene, gratuito, personalíssimo, unilateral, revogável a qualquer tempo, podendo o testador estabelecer diligências de caráter patrimonial ou extrapatrimonial para serem observados após o seu falecimento.

O Código Civil estabelece em seu artigo 1.862, incisos I, II e III que o testamento possui 03 modalidades distintas, quais sejam: testamento público, cerrado/fechado e o particular. O primeiro refere-se aquele realizado em cartório (tabelionato de notas), na presença do tabelião e 02 testemunhas, onde o conteúdo do documento é lido para os presentes.

O segundo, assim como o testamento público, necessita ser realizado no tabelionato de notas com a presença de 02 testemunhas, todavia, documento é guardado em um envelope, sem que ninguém além do testador saiba do seu teor. Tal testamento somente é aberto após a morte do seu titular, por um juiz, na frente dos respectivos herdeiros.

Por sua vez, o testamento particular é aquele realizado sem a participação do tabelião. Necessita ser assinado por 03 testemunhas e entregue a alguém de confiança do testador. É a modalidade de testamento menos segura, pois ante a ausência de registro público tal documento pode se perder até a abertura da sucessão.

O Código Civil estabelece ainda em seu artigo 1.789 que “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”, apesar desta regulamentação, a importância do testamento para a herança digital diz respeito aos bens sem valoração financeira, visto que são eles que não possuem destinação estabelecida e que são objetos de conflitos e debates nos tribunais.

Dessa forma, independente de qual modalidade, o testamento possibilita que o testador informe a sua vontade em relação aos seus bens existentes no ambiente virtual. É possível estabelecer o que fazer com as contas em redes sociais e aplicativos (apagar ou manter), permitir o acesso aos e-mails, contatos, arquivos, fotos, e ainda, determinar exatamente quais pessoas podem acessar os diferentes conteúdos.

O testamento permite que a vontade do falecido permaneça, impedindo que um ente tenha acesso a um conteúdo que o titular não gostaria de compartilhar (prevalecendo o respeito à privacidade), e ainda, permite a transmissão dos bens sem a necessidade dos familiares ingressarem no judiciário.

Entretanto, conforme mencionado, poucas pessoas sabem o que é herança digital e como ocorre a sua transmissão, sendo o testamento um instrumento pouco utilizado e permanecendo o patrimônio digital objeto de disputas judiciais.

3.2. Breves considerações acerca da tentativa de regulamentar a matéria

A era digital trouxe consigo ferramentas que auxiliam as atividades do cotidiano de toda a população, facilitando a comunicação, aumentando a produtividade laboral, dissipando conhecimentos, entre outros benefícios. A evolução tecnológica cresce de forma veloz, contudo, a legislação não consegue acompanhar todas as inovações nas relações humanas.

Com o intuito de evitar o aumento das demandas judiciais, diversas vezes o legislador tentou regulamentar sobre a herança digital. Atualmente, como exemplo, tem-se o Projeto de Lei nº 6.468/2019 que tem como objetivo acrescentar ao Código Civil artigos que regulamentam sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.

Há ainda o Projeto de Lei nº. 1.689/2021, que tem como intuito alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para dispor sobre perfis, páginas, contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos.

Não se sabe se estas medidas, caso sejam aprovadas, serão suficientes para preencher o vácuo normativo existente, pois como dito, a evolução tecnológica cresce todos os dias, todavia, a intenção do legislador é estabelecer normas aos bens digitais que já são bastante comuns na atualidade, e nesse sentido afirma Pinheiro (2013, p. 77):

“A velocidade das transformações é uma barreira à legislação sobre o assunto. Pois qualquer lei que venha a tratar de novos institutos jurídicos deve ser genérica o suficiente para sobreviver ao tempo e flexível para atender aos diversos formatos que podem surgir de um único assunto”.

Ainda sobre a temática, ensina Lara (2016):

“No tocante à herança digital, será necessária uma lei específica para reger diretamente o tema, seguindo os princípios traçados pela Constituição Federal e pelo Marco Civil da Internet, mas acrescentando dispositivos legais no Código Civil, de forma que o cidadão brasileiro tenha o seu direito à herança de bens digitais explicitados na lei e dessa maneira plenamente assegurados.”

Frisa-se que outros projetos de leis foram elaborados, tal como o PL nº. 7.742/2017, que tinha como intuito acrescentar à Lei do Marco Civil da Internet um artigo para regulamentar sobre a destinação de contas de aplicativos do titular após sua morte, e o PL nº. 8.562/2017 que objetivava acrescentar no Código Civil normas a respeito da herança digital.

Entretanto, tais projetos não foram aprovados e encontram-se arquivados, diante do conflito já mencionado anteriormente: o direito em herdar em confronto com o direito a privacidade póstuma. Diante dessas informações, o testamento mostra-se, provisoriamente, como uma ferramenta necessária para a proteção da herança digital, já que não há previsão para a regulamentação da matéria em definitivo.

CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa foi possível constatar que os bens virtuais com valoração financeira compõem a herança de uma pessoa, sendo transmitidos junto com os bens corpóreos do falecido. Por sua vez, os bens sentimentais/afetivos, como fotos e e-mails, apresentam obstáculos em sua sucessão, não sendo transmitidos de forma imediata e integral aos herdeiros.

Foi observado também que a ausência de manifestação prévia do *de cuius* sobre a destinação dos seus ativos digitais abre margens para conflitos no poder judiciário, cabendo ao magistrado decidir sobre a transferência ou não da herança digital.

Não há consenso sobre a liberação do acesso dos bens virtuais aos herdeiros, tampouco há estabelecido quais os limites para a transmissão dos bens sem valoração econômica, dessa forma, o acesso a herança digital encontra-se nas mãos do magistrado, que estabelece quais bens podem ser transmitidos aos herdeiros, visando respeitar o direito a privacidade *post mortem*.

Diante das constantes mudanças que o meio digital sofre, a criação de norma para regulamentar a matéria aparenta-se inviável. Entende-se que uma norma não conseguiria acompanhar os novos bens e direitos virtuais que surgem todos os dias. Apesar disso, o legislador tenta, por meio de projetos de lei, regulamentar os bens que são comuns na atualidade, a fim de trazer mais proteção à família e ao falecido.

Enquanto o vácuo normativo permanece, torna-se importante que cada pessoa busque alternativas capazes de suprimir essa ausência de lei, evitando eventuais conflitos que possam surgir a respeito da herança digital.

De modo a apontar uma provisória alternativa para a questão, o testamento se apresenta como uma ferramenta apta e eficiente, capaz de diminuir o aumento de demandas no poder judiciário, resguardar os direitos de sucessão da família, e ainda, estabelecer a vontade do titular sobre a destinação dos seus bens digitais.

Independentemente de qual modalidade de testamento o respeito a vontade do falecido é resguardado, os limites para a transmissão da herança digital são estabelecidos pelo próprio titular dos bens e a privacidade do *de cuius* e de terceiros não é violada.

Por último, destaca-se ser importante que a sociedade fique atenta as inovações tecnológicas e mudanças jurídicas que elas trazem consigo. É notório que poucas pessoas conhecem a herança digital e a ausência de lei a respeito do tema, e como dito, o legislador não consegue acompanhar toda evolução tecnológica. Cabe ao homem buscar alternativas para resguardar os seus direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.689 de 04 de maio de 2021**. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>> Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.468/2019**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239>> Acesso em: 17 jul. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.742 de 30 de maio de 2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508> Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.562 de 12 de set. de 2017**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>> Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Autos nº 1020052-31.2021.8.26.0562**. Parte ativa: Daniel Barbosa Neves, representando João Vitor Duarte Neves. Parte passiva: Apple Computer Brasil LTDA. Santos/SP. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/processos/455227123/processo-n-102XXXX-3120218260562-do-tjsp?query_id=5b8d0161-ee00-49e9-9fd6-ef9d08dddb0f> Acesso em: 13 set. 2022.]

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Do Mato Grosso do Sul. **Autos nº 0001007-27.2013.8.12.0110**. 1ª Vara do Juizado Especial Central Campo Grande, MS, 19/03/2013. Parte ativa: Dolores Pereira Ribeiro Coutinho. Parte passiva: Facebook Serviços OnLine do Brasil. Disponível em: <www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130424-11.pdf> Acesso em: 13 set. 2022.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CADAMURO, Lucas Garcia. **Proteção dos direitos da personalidade e a herança digital**. Curitiba: Juruá, 2019.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª ED., Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 25. ed.,V. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. **Tributação no Comércio Eletrônico**. São Paulo: IOB, 2003.

FUCCIA, Eduardo Velozo. Pai obtém na Justiça acesso aos arquivos 'na nuvem' do filho morto em acidente. **Consultor Jurídico**, 14 de jan. de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/pai-obtem-justica-acesso-aos-arquivos-iphone-filho-morto>> Acesso em: 13 set. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V.1, parte geral. 22.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 3ª ed., v. 7, São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Parte geral**. 13 ed., V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. 1ª ed. Porto Alegre: Clube de Autores, 2019.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Ed. 34 (C. I. da Costa, Trad.). São Paulo: 34, 1999.

LIMA, Isabela Rocha. **Herança digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente**. 2013.Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf.> Acesso em: 01 set. 2022.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. V. 1: parte geral. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

PIMENTEL, Vanessa. Filha entra na Justiça para desbloquear celular do pai, morto por Covid. **Diário do litoral**, 23 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.diariodolitoral.com.br/cotidiano/filha-entra-na-justica-para-desbloquear-celular-do-pai-em-santos/145810/>> Acesso em: 13 set. 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Tatiane. Mãe pede na Justiça que Facebook exclua perfil de filha morta em MS. **G1**, 26 de abr. de 2013. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>> Acesso em: 13 set. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. **Teoria geral do direito civil**. (Fundamentos do Direito Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2020 (e-book).

TEIXEIRA, Daniele. **Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, parte geral**. V. 1., 20ª ed, São Paulo: Atlas, 2020.

A APELAÇÃO E O NOVO REGIME JURÍDICO DOS RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

FELIPE DE ANDRADE SÁ: Advogado da União da Advocacia-Geral da União (AGU), Consultor-Geral Substituto da Consultoria Jurídica da União no Estado do Acre, com atuação na Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual (e/CJU) de Serviços com Dedicção Exclusiva de Mão de Obra.

BRUNO ANTONY DANTAS DE VEIGA CABRAL

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal o estudo da apelação civil, um instrumento recursal muito utilizado no sistema processual brasileiro. Apelação é um recurso fornecido pela lei processual civil para que os jurisdicionados, insatisfeitos com o resultado do processo em primeiro grau, tenham a possibilidade de reverter a sentença. Os juízes, como agentes falíveis que são, não estão livres de cometer equívocos e, por essa razão, é garantido às partes o duplo grau de jurisdição, com o objetivo de obter reparação desses eventuais erros, seja o denominado "error in procedendo" ou o chamado "error in judicando". A apelação no ordenamento jurídico brasileiro é prevista e regulada pelo Código de Processo Civil de 1973, estatuto que será substituído pelo novo Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe um novo regime jurídico e peculiaridades ao citado recurso ordinário. Em seguida, aborda-se o tema da intervenção de terceiros, especificamente, no que tange a denunciação da lide. Explica-se as mudanças que ocorreram no instituto após a edição do novo CPC.

Palavras-chave: Recursos, apelação, duplo grau de jurisdição, Novo Código de Processo Civil de 2015. Intervenção de Terceiros, Denunciação da Lide.

ABSTRACT: This work has as main objective the study of civil appeal an appellate instrument widely used in the Brazilian legal system. Appeal is a feature provided by civil procedural law so that jurisdictional, dissatisfied with the outcome of the proceedings in the first degree, have the opportunity to reverse the sentence. The judges, as fallible agents they are, are not free to make mistakes and, therefore, is guaranteed to the parties the two levels of jurisdiction, in order to obtain compensation for such errors, is the so-called "error proceeding in" or the so-called "error in judicando". The appeal in the Brazilian legal system is provided and regulated by the Civil Procedure Code 1973 status will be replaced by the new Civil Procedure Code 2015, which brought a new legal system and peculiarities to said ordinary appeal. Then addresses the issue of third party

intervention, specifically as it pertains to denunciation of the dispute. Explained the changes that occurred in the institute after the enactment of the new CPC.

Keywords: Resources, appeal of appeal, the New Civil Procedure Code of 2015. Third Party Intervention, denunciation of lide.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DOS PRINCÍPIOS RECURSAIS. 1.1. Duplo grau de jurisdição. 1.2. Singularidade recursal. 1.3. Fungibilidade recursal. 1.4. Proibição da reformatio in pejus. 2. DA SENTENÇA E DA APELAÇÃO: DEFINIÇÕES E REQUISITOS. 2.1. Definição de sentença. 2.2. Definição e finalidade da apelação. 2.3. Requisitos para interposição da apelação. 2.3.1. Requisitos intrínsecos ou subjetivos. 2.3.1.1. Partes. 2.3.1.2. Ministério Público. 2.3.1.3. Terceiro prejudicado. 2.3.2. Requisitos extrínsecos ou objetivos. 2.3.2.1. Tempestividade e prazo recursal. 2.3.2.2. Regularidade formal. 2.3.2.3. Preparo. 2.4. Do não cabimento da apelação. 2.4.1. Indeferimento da inicial da reconvenção. 2.4.2. Exclusão do litisconsorte. 2.5. Estrutura da apelação. 2.6. Fundamentação da peça de apelação. 3. DO TRÂMITE DA APELAÇÃO E SEUS EFEITOS. 3.1. Procedimento e órgão de interposição. 3.1.1. Procedimento no órgão a quo. 3.1.2. Procedimento no órgão ad quem. 3.2. Juízo de retratação. 3.2.1. Inadmissibilidade da petição inicial. 3.2.2. Improcedência liminar. 3.2.3. Sentença no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3.3. Dos efeitos da apelação. 3.3.1. Efeito devolutivo. 3.3.2. Efeito suspensivo. 3.3.3. Efeito translativo. 4. ESTUDO COMPARATIVO DA APELAÇÃO: CPC/1973 E CPC/2015. 4.1. Aspectos gerais sobre o novo Código de Processo Civil. 4.2. O regime jurídico da apelação no novo CPC. 4.2.1. Finalidade e extensão da sentença no novo CPC. 4.2.2. Da inalterabilidade da natureza jurídica da apelação. 4.2.3. Das alterações no juízo de admissibilidade. 4.2.4. Da contagem de prazos no novo CPC. 4.2.5. Do procedimento no tribunal. 4.2.6. Das possibilidades de retratação. 4.2.7. Diminuição do efeito suspensivo. 4.2.8. Ampliação do efeito devolutivo. 4.2.9. Extinção do agravo retido. 5. DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. 5.1 Introdução. 5.2 Denúnciação da lide. 5.2.1 Aspectos gerais. 5.3 Denúnciação da Lide no Novo Código de Processo Civil. 5.3.1 Da legitimidade para denunciar. 5.3.2 Das hipóteses de cabimento. 5.3.3 Da não obrigatoriedade da Denúnciação da lide. 5.3.4 Da possibilidade da denúncia sucessiva. 5.3.5 Do momento para a Denúnciação da lide. 5.3.6 Artigo nº 75 do CPC 1973 versus artigo nº 128 do NCPC. 5.3.7 O denunciado como litisconsorte do denunciante (art. 127 e 128, I da Lei 13.105/15). Da possibilidade de condenação direta do denunciado. 6. QUADRO COMPARATIVO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Os recursos são instrumentos oferecidos às partes para que elas tenham a possibilidade de obter uma melhor solução à lide, sendo facultado à parte inconformada pugnar por uma revisão de sentença, evitando abusos, falhas humanas e até desvios de poder.

Nas palavras Nelson Nery Junior, recurso é “o meio processual que a lei coloca à

disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.”¹³⁷

Em outras palavras, o recurso é o mecanismo através do qual a parte inconformada pode pretender a correção de alguns desvios jurídicos acometidos em primeira instância. Segundo o artigo 162 do Código Processual Civil de 1973, o juiz, ao longo do processo, pode proferir três tipos de atos, quais sejam: sentença, decisão interlocutória e despacho. A apelação que, por sua vez, será o tema deste trabalho, é o recurso cabível contra as sentenças e está prevista no art.513 do CPC.

Diante dessa perspectiva, importante se faz citar a posição do ilustre doutrinador Luiz Henrique Barbante Franze, ao fazer alusão aos três pilares fundamentais dos recursos: “a) inconformismo natural da parte vencida; b) falibilidade humana, acrescida da preocupação em coibir abusos dos magistrados; c) maior aceitação social das decisões da justiça.”¹³⁸

Como se denota, alguns elementos são essenciais à formação do recurso, sem eles não seria possível à sua aplicação e integração. Por isso, os fundamentos de cada espécie recursal têm muita relevância no entendimento da sistemática do ordenamento brasileiro.

No presente trabalho, o escopo principal é o estudo do recurso de apelação, no que tange à sua relevância prática, finalidade, cabimento, efeitos e demais aspectos relevantes sobre o tema, bem como uma análise comparada entre as especificidades e o regime jurídico da apelação no Código de Processo Civil de 1973 e no novo Código Procedimental de 2015.

Começemos, então, dissertando sobre os principais princípios recursais, que são as diretrizes para toda e qualquer abordagem jurídica.

1. DOS PRINCÍPIOS RECURSAIS

Os princípios são preceitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico no sentido de facilitar, complementar e harmonizar as normas jurídicas existentes. São divididos em: os comuns ao direito processual e material, conhecidos como princípios gerais, como também os princípios específicos ou interdisciplinares, que calcam sua atuação em matérias determinadas.¹³⁹

Os preceitos da apelação recursal, diferentemente dos princípios gerais mencionado

¹³⁷ MACIEL, Lucas Pires. A nova sistemática da recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil. Presidente Prudente/SP 2007. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/602/617>

¹³⁸ Idem

¹³⁹ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

acima, estão intimamente ligados à atuação deste recurso, e agem como diretrizes que norteiam sua utilização, isto é, atuam como mecanismos de realização do direito processual, para um processo civil de resultados. Abaixo segue uma visão mais detalhada dos principais princípios norteadores da apelação recursal cível.

1.1. Duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição é um dos princípios basilares dos recursos. Não está explícito na Constituição Federal de 1988, mas através de uma rápida análise deste dispositivo legal podemos perceber com clareza a previsão implícita deste preceito.

É um princípio que indica a possibilidade de revisão de causas julgadas pelo juiz de primeiro grau, viabilizando, através da interposição do recurso, um novo julgamento pelos órgãos de segundo grau. O fundamento principal do reexame da sentença é a viabilidade de revisão de sentenças injustas ou erradas.¹⁴⁰

Na apelação, o duplo grau de jurisdição possibilita o envio da sentença à segunda instância, com a finalidade de corrigir vícios de juízo ou de atividade, de forma a viabilizar uma nova análise das matérias de fato e de direito. Os tribunais, por serem compostos de órgãos colegiados e por juízes mais experientes, se valem desse poder/dever de reexaminar essas ações.

Vale ressaltar que, a regra do duplo grau de jurisdição é bastante acolhida pelo sistema processual contemporâneo, entretanto, sua aceitação não se confunde com irrestrrição, pois, existem casos em que é necessária a modificação ou até mesmo a extinção dos meios recursais no processo civil. Em relação à apelação, é praticamente inexistente à restrição na prática, vejamos como o doutrinador Nelson Nery Junior aborda esta temática:

O CPC não restringe o cabimento da apelação contra toda e qualquer sentença, conforme prevê o artigo 513, o que não significa dizer que está impossibilitado de fazer tal restrição, sem nenhuma ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, bastando, para tanto, que determinada lei reformista disponha de forma diversa.¹⁴¹

Dessa forma, percebe-se que este princípio não é absoluto, e deve ser analisado com base no caso concreto. Todavia, é interessante que essa mitigação não seja intensa, de forma a

¹⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2012

¹⁴¹ NERY Júnior, Nelson. **Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos**, Ed. RT, 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 280.

prejudicar o acesso da parte inconformada ao recurso.

1.2. Singularidade recursal

Conforme o preceito da singularidade recursal, não é possível a utilização de vários recursos para impugnar uma única decisão desfavorável. Autor e réu podem recorrer dentro de uma mesma decisão judicial apenas se interposto o recurso cabível.

Vale salientar que, assim como o duplo grau de jurisdição, esse princípio não pode ser aplicado de forma indiscriminada. A aplicação errônea do recurso em determinado momento do processo pode frustrar as pretensões do recorrente. Na hipótese de sentença injusta ou errada, é cabível apenas o recurso de apelação, não sendo possível a interposição de outro recurso de forma singular ou simultânea.

Vejamos a jurisprudência pátria acerca do assunto:

ACÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PENHORA ON LINE SOBRE BENS DE SÓCIA EXTINÇÃO DA ACÇÃO **INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA** DE **AGRAVO DE INSTRUMENTO** E **APELAÇÃO** CONTRA A MESMA DECISÃO DESCABIMENTO OFENSA AO PRINCÍPIO DA SINGULARIDADE RECURSAL PRECLUSÃO CONSUMATIVA CONFIGURADA NO TOCANTE AO SEGUNDO RECURSO ILEGITIMIDADE DA SOCIEDADE PARA DEFENDER OS INTERESSES DE SÓCIA, INCLUÍDA NO FEITO APÓS A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DEFESA DOS INTERESSES DA TERCEIRA REALIZADA EM SEDE ADEQUADA (EMBARGOS DE TERCEIRO) EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE LEVANTAMENTO EM FAVOR DA CREDORA QUE SOMENTE PODERÁ SER EFETUADO APÓS DECIDIDOS OS EMBARGOS DE TERCEIRO. - Recurso não conhecido, com observação.
Encontrado em: 36ª Câmara de Direito Privado 03/03/2012 - 3/3/2012
Apelação APL 935543071998826 SP 0935543-07.1998.8.26.0100 (TJ-SP)
Edgard Rosa142

Logo, o objetivo principal deste princípio é evitar que conduzam os recursos de forma a atingir seus interesses pessoais. A singularidade dos recursos induz os recorrentes a seguir os ditames processuais estabelecidos, de modo a garantir um devido processo legal.

1.3. Fungibilidade recursal

A fungibilidade recursal é um princípio jurídico implícito no nosso Código Processual

142 TJ-SP, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 01/03/2012, 36ª Câmara de Direito Privado.

Civil, e se destina a atenuar o rigor dos elementos processuais. Por meio desse preceito, é possível que um recurso, incabível para determinada decisão, seja recebido. Segundo a norma da fungibilidade, um recurso interposto erroneamente possa ser modificado por outro de forma a salvaguardar os interesses do recorrente, salvo nos casos de erro grosseiro ou má-fé, uma vez que, a intenção desse princípio não é colaborar com a desídia do profissional de direito.¹⁴³

Erro grosseiro se configura quando há disposição expressa e indubitosa da lei dizendo qual é o recurso cabível, mas por algum motivo a parte ingressa com o recurso errôneo na tentativa de confundir o magistrado. Atualmente, a noção do “erro grosseiro” evoluiu para a de “dúvida objetiva”, que é a dúvida apta a justificar o equívoco, e por isso, o princípio da fungibilidade deve incidir todas as vezes que tiver um pressuposto da dúvida objetiva.¹⁴⁴

A má-fé, por sua vez, está associada à idéia de fraude ou intenção dolosa de enganar. Na fungibilidade, ocorre quando alguém interpõe um recurso sabendo não ser o cabível, com o intuito de confundir o magistrado, para obter alguma vantagem.

Um dos exemplos de fungibilidade em relação à apelação decorre da previsão do artigo 395 do CPC, ao propor que: “A sentença que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento”. Neste caso é aplicável o princípio em questão, pois algumas pessoas entendem tratar-se de agravo, por decidir um incidente, e outras acreditam ser apelação, devido à previsão expressa de “sentença”.

No caso mencionado, houve dúvida objetiva e plausível sobre o tema, de forma a ensejar uma discussão doutrinária e uma grande divergência nos julgados acerca do assunto, sendo, portanto, perfeitamente cabível a fungibilidade recursal.

1.4. Proibição da *reformatio in pejus*

Segundo a proibição da *reformatio in pejus*, a situação do recorrente não pode ser reformada para pior, sob o fundamento de que o recurso é uma forma de proporcionar uma nova revisão ao recorrente, que ingressa com o intuito de obter uma melhora na sua situação.

Nas palavras do ilustríssimo Luiz Guilherme Marinoni, o referido princípio significa: “à proibição de que o julgamento do recurso, quando interposto exclusivamente por um dos sujeitos,

¹⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2012

¹⁴⁴ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal*. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 63

venha a tornar sua situação pior do que aquela existente antes da insurgência".¹⁴⁵

Em outras palavras, a parte que tem a iniciativa de recorrer, visando obter um benefício para si, não poderá ter uma desvantagem, visto que, em respeito à segurança jurídica o órgão julgador só pode alterar a decisão nos limites da provocação do recorrente ou deixá-la como estava em seu *status quo ante*. O inverso também é verdadeiro, pois conforme artigo 515 do CPC, somente a matéria impugnada pelo recorrente é devolvida ao tribunal, e por isso, se o recorrido não interpuser recurso, não poderá o tribunal beneficiá-lo, dando-lhe mais do que ele tinha obtido na sentença.¹⁴⁶

Vale salientar que a proibição da *reformatio in pejus* apenas se aplica no segundo grau de jurisdição, não havendo de se falar em aplicação do princípio na primeira instância. Portanto, é totalmente cabível no recurso de apelação.

2. DA SENTENÇA E DA APELAÇÃO: DEFINIÇÕES E REQUISITOS

2.1. Definição de sentença

Para adentrarmos na definição de apelação, é imprescindível analisarmos o conceito de sentença. É incontestável que existe muita divergência acerca desta definição, visto que, o legislador faltou com precisão durante a abordagem dessa matéria.

Com o advento da lei 11.232/2005, o conceito de sentença foi repensado pelo art. 162, §1º, nos seguintes termos: "*sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*". Antes da alteração exposta, a sentença era definida como: "ato que extingua o processo, com ou sem mérito". Com o surgimento da lei 11.232/2005, a sentença com mérito deixou de extinguir o processo, uma vez que, a sistemática da execução foi alterada, trazendo a fase de cumprimento de sentença para os títulos executivos judiciais.¹⁴⁷

Note que por tal motivo, o artigo 267 do CPC não trata mais de extinção, mas sim de resolução de mérito: "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito". Surgindo, com isso, os conceitos doutrinários de sentença terminativa e sentença definitiva, a depender do seu conteúdo material.

A sentença terminativa extingue o processo sem resolução de mérito, pois são as que reconhecem a falta de pressuposto processual, condição da ação etc. As definitivas, por sua vez,

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento, RT, São Paulo, 2001, p. 513.

¹⁴⁶ THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010

¹⁴⁷ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal. São Paulo. Saraiva. 2006

são conhecidas como sentenças de mérito, visto que, solucionam a lide. Contra qualquer uma das duas sentenças seja com mérito ou sem mérito, o recurso cabível será apelação.

2.2. Definição e finalidade da apelação

Com base no exposto no tópico anterior, resta-nos definir apelação como sendo o recurso contra sentença proferida por juiz de primeiro grau, seja sentença terminativa ou sentença definitiva de mérito, conforme artigos 267 e 269 do CPC.

Em síntese, a apelação é compreendida como recurso cabível contra sentença, sendo a expressão “sentença” compreendida em sentido estrito, uma vez que, para fins de apelação será apenas a decisão proferida juiz de primeiro grau.

Consonante o entendimento de Humberto Theodoro Júnior “apelação é o recurso que se interpõe das sentenças dos juízes de primeiro grau para levar a causa ao reexame dos tribunais, visando a obter uma reforma total ou parcial da decisão impugnada, ou mesmo sua invalidação.”¹⁴⁸

Depreende-se assim, que a apelação tem a finalidade de reexame da matéria, podendo ensejar na modificação total ou parcial da decisão. É um recurso que pode ser interposto no processo de conhecimento, cautelar e de execução, sob o procedimento comum ou especial. Entretanto, note que, nos juizados especiais não é cabível recurso de apelação, no entanto, é admissível a interposição de recurso inominado no prazo de dez dias.¹⁴⁹

2.3. Requisitos para interposição da apelação

Para que o recurso seja admitido, ainda no primeiro grau de jurisdição, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, são os chamados requisitos intrínsecos ou subjetivos e os requisitos extrínsecos ou objetivos. Ambos os requisitos devem ser preenchidos, sob pena de não ser o recurso recebido.

2.3.1. Requisitos intrínsecos ou subjetivos

Os requisitos intrínsecos são os que constituem a essência do ato, quais sejam: a legitimidade para recorrer, o cabimento e o interesse de recorrer. Em rápidas palavras, o interesse em recorrer traduz-se no binômio necessidade/utilidade do provimento jurisdicional solicitado. Necessidade é quando a parte não dispõe de outro meio para modificar o ato, e utilidade significa

¹⁴⁸ THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. I. 45 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.646.

¹⁴⁹ NERY Júnior, Nelson. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, Ed. RT, 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais

que o recurso será apto a propiciar situação mais vantajosa ao recorrente.

O cabimento, por sua vez, tem relação com o princípio da singularidade, ao prever que existe um tipo de recurso para cada pronunciamento. Assim, se analisado sob a ótica apelação, o requisito do cabimento só será preenchido se for interposta contra sentença.¹⁵⁰

Por fim, a legitimidade para recorrer é a condição para ser parte em uma demanda. Dá-se em relação às partes, ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado.

2.3.1.1. Partes

Na apelação, têm legitimidade para recorrer, as partes que estavam no processo quando proferida a sentença (mesmo que revel), podendo ser as partes originais, ou as partes que ingressaram no processo após o ajuizamento da ação.

Como regra, somente o legitimado poderá recorrer em seu próprio nome, sob pena de não conhecimento. Assim, os substitutos processuais apenas terão legitimidade se a parte originária perder a sua legitimidade, no prazo da interposição.

2.3.1.2. Ministério Público

O Ministério Público possui duas formas de atuação nos recursos, quando tem legitimidade para recorrer como parte ou quando intervêm como *custos legis*. O artigo 996 do NCPC compartilha esse entendimento ao prever que:

Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.

Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

Quando atua como fiscal da lei, o Ministério Público exerce uma função de inspetor do trâmite do processo, atuando de forma comprometida com o regime democrático. Por esse motivo, e não podia ser diferente, a legitimidade do *Parquet* se apresenta tão ampla que ele pode

150 THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010

interpor o recurso cabível independente de a parte ter recorrido ou não.¹⁵¹

Em contrapartida, existe uma exceção quanto à legitimidade deste órgão, que versa sobre o recurso adesivo. Ao atuar como fiscal da lei, o MP não pode recorrer adesivamente, pois, ao agir nesta qualidade ele não sucumbe, bem como não possui disponibilidade sobre o direito discutido. Desta forma, teria que intervir de prontidão se houvesse alguma ilegalidade na lei, e não aguardar uma eventual interposição de recurso pela parte contrária.

2.3.1.3. Terceiro prejudicado

O terceiro prejudicado é aquele que não configura como parte no processo, mas será atingido juridicamente pela decisão proferida, e por este motivo, terá legitimidade para propor um recurso, desde que comprovado o liame existente entre a decisão recorrida e o prejuízo. ¹⁵²

Nos termos do art. 996 do NCPC: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. § único: Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

Muitos doutrinadores criticam o texto acima mencionado, pois alegam falta de clareza e precisão. Observe que o artigo 966 do NCPC alude o nexo de interdependência e a relação jurídica submetida, quando na verdade é o interesse de intervir que resulta do nexo de interdependência com a relação processual.

2.3.2. Requisitos extrínsecos ou objetivos

Os requisitos extrínsecos dizem respeito ao aspecto formal, e estão intimamente ligados ao modo de exercer o recurso, sendo, portanto, indispensáveis para a apelação. A doutrina é bastante divergente quanto à enumeração destes requisitos, alguns autores adotam uma enumeração ampliada e outros seguem uma posição mais restritiva. Na visão do ilustríssimo Gilberto Gomes Bruschi, os requisitos são: tempestividade, regularidade formal e preparo.¹⁵³

2.3.2.1. Tempestividade e prazo recursal

¹⁵¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 91.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento, RT, São Paulo, 2001

¹⁵³ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 122.

A tempestividade consiste na obrigatoriedade de interposição do recurso no prazo previsto na lei. Cada recurso tem o seu prazo pré-estabelecido, que deverá necessariamente ser observado, sob pena de preclusão temporal, isto é, perda do direito de manifestar-se no processo, em virtude da extinção do prazo.

Na apelação, o prazo para interposição do recurso e apresentação das contra-razões é de 15 dias. Segundo o artigo 506 inciso II do CPC, o prazo começa a fluir no primeiro dia útil subsequente ao da publicação.¹⁵⁴

É pertinente ressaltar que, se a sentença for prolatada em audiência, o prazo recursal vai ter início no primeiro dia útil subsequente. Não há necessidade de publicação de sentença, mesmo que uma das partes esteja ausente.

Em regra, os prazos processuais são iguais para todas as partes. Contar-se-á em dobro, todavia, se o recorrente for Fazenda Pública ou Ministério Público, Defensor público e litisconsortes não representados pelo mesmo advogado¹⁵⁵. Os prazos recursais apesar de peremptórios, não estão sujeitos à dilação convencional, pois se submetem apenas aos efeitos previstos no CPC.

Desta forma, a tempestividade reclama a interposição do recurso no prazo fixado em lei, sendo sabido que, o critério de contagem implica em excluir o dia do início e incluir-se o dia final, desde que ambos, início e final, sejam em dias úteis.

2.3.2.2. Regularidade formal

De acordo com o requisito da regularidade formal, a parte que interpor recurso terá que observar as suas formalidades. Em cada modalidade recursal a lei confere um tipo de exigência.

Os requisitos formais do recurso de apelação estão dispostos no artigo 514 CPC, quais sejam: petição dirigida ao juiz prolator da sentença, nomes e a qualificação das partes, fundamentos de fato e de direito do recurso interposto, pedido ao tribunal de nova decisão, seja ele de anulação ou reforma da sentença proferida em primeiro grau.¹⁵⁶

2.3.2.3. Preparo

Preparo é o pagamento prévio das despesas processuais inerentes ao recurso, consiste em uma taxa que deve ser paga como contraprestação do serviço prestado. O art. 1.511

154 NERY JÚNIOR, Nelson, apud BRUSCHI, Gilberto Gomes. Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal. São Paulo. Saraiva. 2006

155 <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/602/617>

156 DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Volume 3. 12º ed. São Paulo. 2014. JusPodyum

do CPC delibera que o preparo deve ser recolhido antes da interposição do recurso, pois no ato de sua interposição o pagamento já deve ter sido realizado, sob pena de ser o recurso julgado deserto.

É pertinente ressaltar que, o preparo insuficiente não autoriza a imediata rejeição do recurso, hipótese em que o tribunal terá que intimar o recorrente para que no prazo de cinco dias complemente o preparo, sob pena de deserção.

O artigo 511 §1º do CPC estabelece exceções subjetivas à exigência do preparo, dele estão dispensados o Ministério Público, a União, os Estados e Municípios, bem como suas respectivas autarquias. Do mesmo modo, não é necessário o preparo do beneficiário da assistência judiciária, conforme previsto nos artigos 3 inciso II, e 9 da Lei 1.060.

2.4. Do não cabimento da apelação

Existem alguns casos em que, apesar de presentes todos os requisitos para a interposição da apelação, não será cabível sua propositura, são eles: indeferimento da inicial de reconvenção e exclusão de litisconsorte.

2.4.1. Indeferimento da inicial da reconvenção

Geralmente, quando existe reconvenção em uma ação principal, o juiz julga ambas na mesma sentença. Entretanto, nas hipóteses previstas no artigo 267 inciso I do CPC, o magistrado ao indeferir a petição inicial da reconvenção, julgará autonomamente, extinguindo-a sem julgamento de mérito.

Da decisão que indefere a inicial da reconvenção não caberá apelação, o recurso interposto será agravo de instrumento. Essa é uma regra firmada pela jurisprudência a fim de evitar que a apelação paralise o andamento da ação principal.

Nesse sentido, caso o juiz julgue concomitantemente o mérito da ação principal e da reconvenção, o recurso cabível será apelação, por não existir razão de ser do agravo de instrumento.

2.4.2. Exclusão do litisconsorte

Se durante o processo o juiz atuar com base no artigo 267 do CPC, acolhendo preliminar de ilegitimidade passiva proposta por algum dos litisconsortes, o recurso cabível será o agravo de instrumento. Não será possível a interposição do recurso de apelação, pelos mesmos motivos expostos no tópico anterior.

2.5. Estrutura da apelação

O recurso de apelação deve ser estruturado em peça dupla, por ser composto pela petição de interposição e pelas razões recursais. A peça de interposição é dirigida ao órgão jurisdicional que recebe o recurso, ao passo que, as razões recursais são dirigidas ao órgão julgador.

A peça de interposição deverá conter: o endereçamento da competência do juízo de primeiro grau, a epígrafe do processo, o nome das partes, a confirmação da tempestividade e o requerimento para que o recurso seja recebido pelo tribunal de justiça. Além disso, nas razões recursais o apelante deve expor os seus fundamentos para a reforma ou anulação da sentença. É o instrumento hábil para o recorrente alegar o *error in iudicando* (erro relativo ao mérito) ou o *error in procedendo* (erro no procedimento do processo), ou ambas as espécies juntas.¹⁵⁷

Por fim, deve o apelante pugnar pelo conhecimento e provimento do recurso para pleitear a anulação ou a reforma da sentença, desde que o pedido seja congruente com os fundamentos expostos na peça.

2.6. Fundamentação da peça de apelação

Como a apelação é um recurso de fundamentação livre, é facultado ao recorrente alegar qualquer matéria de direito ou de fato que lhe aprouver, desde que anteriormente suscitada. Assim, resta-nos claro que, não existe restrição de matéria para a apelação, diferentemente de alguns recursos em que a fundamentação é vinculada.

O tribunal ao analisar o recurso, ficará limitado à matéria anteriormente impugnada, e por isso, o recorrente ficará restrito a alegar fatos anteriormente suscitados e discutidos no processo principal¹⁵⁸ Entretanto, excepcionalmente o apelante terá a faculdade de discutir novas questões, como será analisado no tópico 11.1.

Destarte, a matéria discutida pelo órgão *ad quem* será delimitada pelo apelante na fundamentação de suas razões recursais, delimitando a profundidade e extensão do que será objeto de apreciação na segunda instância.

Ademais, é pertinente ressaltar que, a apelação poderá ser parcial ou total, sendo total quando impugnar a sentença por inteiro ou parcial quando questionar apenas uma ou mais de uma parte da sentença. Inclusive, mesmo na hipótese de sucumbência total, poderá haver apelação parcial, no entanto, se a sucumbência for parcial, a condenação não poderá ser total, uma vez que, somente é permitido a parte impugnar parcialmente o que não foi atendida.¹⁵⁹

157 ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

158 DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Volume 3. 12º ed. São Paulo. 2014. JusPodyum. p. 78

159 ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

3. DO TRÂMITE DA APELAÇÃO E SEUS EFEITOS

3.1. Procedimento e órgão de interposição

Segundo o disposto na redação do CPC/1973, o recurso de apelação deve ser apreciado por dois órgãos, primeiramente é submetido ao crivo do juízo de primeiro grau, onde são verificados os pressupostos de admissibilidade, e posteriormente segue para apreciação do mérito pelo tribunal.

Como cediço, o órgão *ad quem* tem o poder/dever de modificar sentenças, caso constatado algum equívoco no julgamento da primeira instância. O art. 512 do CPC compartilha desse entendimento ao expor que: "O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso."

A seguir estudaremos pormenorizadamente o trâmite da apelação e das contra-razões após interpostas pelas partes do processo principal.

3.1.1. Procedimento no órgão *a quo*

Em um primeiro momento, a apelação deve ser apresentada para o juiz de primeiro grau, onde será realizado o juízo de admissibilidade do recurso. Após a análise, o magistrado indicará se estavam preenchidos ou não os requisitos recursais, e se for constatada a falta de alguns, a apelação não será recebida. Se em contrapartida, for julgado positivo o juízo de admissibilidade, o magistrado por decisão fundamentada, receberá o recurso de apelação, pormenorizando os seus efeitos (artigo 518, caput, do CPC). Todavia, somente após seguir alguns trâmites, remeterá o recurso para o tribunal.¹⁶⁰

A primeira incumbência do magistrado é a de intimar o apelado no ato em que recebe a apelação, para querendo, apresentar suas contra-razões no prazo de quinze dias, sob pena de seguir o processo à sua revelia. Ocasão em que, o apelado encaminhará a resposta ao órgão *a quo*, alegando na peça tudo que lhe aprouver para manter o ato impugnado, inclusive, eventual defeito de admissibilidade.¹⁶¹

No prazo da resposta o apelado também poderá interpor recurso adesivo, com base no artigo 500, I do CPC. Dessa forma, caberá ao órgão *a quo* receber ou não o apelo adesivo, e em caso positivo, abrir vista para o apelante principal responder a este recurso.

Note que, após a resposta do apelado é o momento para o juiz, se querendo, retratar-

¹⁶⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁶¹ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 491

se da sentença, reformando a decisão prolatada em primeiro grau. Este efeito será estudado com mais tenacidade no tópico 10.

A segunda incumbência do magistrado em sede de primeiro grau é a de intimar pessoalmente o "*parquet*" para se manifestar acerca do recurso, nas causas de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.¹⁶²

Ao final do trâmite em sede de primeiro grau, o juiz ordenará remessa imediata dos autos ao tribunal, momento em que, as razões recursais serão encaminhadas para o órgão ad quem, onde será analisado o mérito da apelação.

3.1.2. Procedimento no órgão *ad quem*

No tribunal, a distribuição ocorre por um relator, que poderá julgar monocraticamente ou julgar por colegiado. Caso julgue por órgão colegiado, ele profere a decisão e analisa se o julgamento obriga ou não a participação de um revisor. Quando a causa não impõe a presença de revisor, o relator profere o voto e pede inclusão na pauta para sessão de julgamento.

Mas se estiverem presentes as hipóteses do artigo 551 do CPC, terá necessidade de revisor, quais sejam: indeferimento da inicial, ações de despejos e ações de procedimento sumário. Neste caso, relator terá que encaminhar os autos ao revisor, que primeiramente vai proferir o voto, para depois pedir inclusão na pauta para sessão de julgamento. Na sessão haverá a leitura do relatório, a sustentação oral se houver, e o voto do relator.¹⁶³

3.2. Juízo de retratação

Como explicado em tópico alhures, sentença é decisão do juiz que visa encerrar a lide, com ou sem resolução de mérito. O princípio da inalterabilidade da sentença emanado do artigo 463 do Código de Processo Civil prevê que, uma vez publicada a sentença, o juiz não poderá modificá-la, salvo nas hipóteses excepcionais de correção de vícios ou em juízo de retratação (efeito regressivo).

Marco Antônio Passanezi conceitua retratação como sendo: "A faculdade que foi concedida pelo legislador ao Juiz para que este, reapreciando a sentença já proferida e mediante a provocação do demandante, afaste a decisão e determine o prosseguimento do feito, com o seu regular processamento."¹⁶⁴

162 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012

163 ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 493

164 <http://jus.com.br/artigos/24974/modificacoes-da-sentenca-pelo-juiz-de-1-grau#ixzz3WmCtailT>

Desta maneira, pode-se dizer que o efeito regressivo é um instituto processual que visa tornar o judiciário mais eficaz, através da correção de erros cometidos na sentença pelo magistrado.

A legislação processual vigente prevê apenas três hipóteses em que é admissível que o juízo de retratação, quais sejam: inadmissibilidade da petição inicial, improcedência liminar e sentença no estatuto da criança e do adolescente.

3.2.1. Inadmissibilidade da petição inicial

A primeira hipótese de retratação da sentença é a de indeferimento da petição inicial, com base nas hipóteses do artigo 267 inciso I do Código de Processo Civil. Nessa situação, se o autor lesado interpor recurso de apelação contra essa decisão, o juiz, ao efetuar o juízo de admissibilidade, terá a faculdade de reformá-la em até quarenta e oito horas (artigo 296, caput, do Estatuto Processual Civil).

É imprescindível afirmar que, não há contra-razões do apelado, quando a parte recorre da sentença que indefere a inicial, pois todo esse trâmite ocorre antes da citação, não existindo réu no momento da interposição do recurso, nem tampouco apelado.

3.2.2. Improcedência liminar

A improcedência liminar dá-se quando o juiz indefere os pedidos do autor liminarmente, ou seja, antes da formação da relação processual. A improcedência *in limine*, geralmente ocorre quando o magistrado já proferiu diversas sentenças sobre assuntos idênticos, cujo objeto de análise seja unicamente de direito (artigo 285-A do CPC).

Desta feita, é facultado à parte prejudicada interpor recurso de apelação, e o magistrado ao analisar o juízo de admissibilidade do recurso poderá, dentro do prazo de cinco dias, concluir pelo prosseguimento do feito. O §1º do art. 285-A prevê que: “se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação”. Logo, resta-nos claro, tratar-se de hipótese de efeito regressivo.¹⁶⁵

3.2.3. Sentença no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente utiliza como regra o sistema recursal do Código de Processo Civil, com exceção apenas do que for incompatível com este diploma. O art. 198, inciso VII, da Lei n. 8.069 de 1990, elucida mais uma possibilidade de retratação de sentença, ao dispor que: “antes de determinar a remessa dos autos a superior instância, no caso de apelação,

¹⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012

ou do instrumento, no caso do agravo, a autoridade judiciária proferira despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.”

Desta forma, podemos concluir que não obstante ao princípio da inalterabilidade da sentença, existem situações pontuais que demonstram a relatividade das decisões de primeiro grau.

3.3. Dos efeitos da apelação

Conforme exposto em tópico alhures, o juiz ao receber a apelação, deverá declarar os seus efeitos. De acordo com o CPC/1973, a regra geral é o tribunal receber a apelação em seu duplo efeito: devolutivo e suspensivo. Entretanto, existem hipóteses em que será recebida apenas no efeito devolutivo, como veremos a seguir.

3.3.1. Efeito devolutivo

O efeito devolutivo consiste no reexame da matéria impugnada à função jurisdicional do Estado, é um efeito inerente a todos os recursos, uma vez que, garante a possibilidade de realização de um novo julgamento da decisão impugnada (artigo 515 do CPC). Da mesma maneira, também atua como uma projeção do princípio do dispositivo, visto que, é imprescindível a provocação da parte para que haja atuação do tribunal, somente se devolve ao tribunal aquilo que apelou “*tantum devolutum quantum appellatum*”.¹⁶⁶

Barbosa Moreira esclarece que a exata configuração do efeito devolutivo acarreta o desdobramento do problema em duas vertentes: extensão e profundidade.¹⁶⁷ Neste sentido, resta-nos claro afirmar que, existem algumas hipóteses em que a limitação do efeito devolutivo poderá ser mitigada.

O artigo 515 §1º e §2º trata do efeito devolutivo da apelação, sob seus aspectos de extensão e profundidade. Observe que, determinar a extensão do efeito devolutivo é limitar a extensão do que se submete ao tribunal, ao passo que, medir a profundidade é especificar a matéria que será trabalhada na segunda instância. Antes de fazer um estudo aprofundado sobre o tema, faz-se necessário transcrever o artigo objeto de estudo.

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação

¹⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2012

¹⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

O parágrafo 1º do art. 515 do CPC tem aplicação quanto à extensão e profundidade do recurso de apelação. Aplica-se quanto à extensão à medida que amplia o campo de atuação do órgão *ad quem*, permitindo que ele analise um fundamento não apreciado pelo magistrado, ao passo que, quanto à profundidade, entende-se ocorrer a partir do momento em que possibilita o conhecimento pelo tribunal dos elementos que estavam à disposição do magistrado.

Portanto, toda vez que existirem questões alegadas na inicial e discutidas na contestação, mesmo que a sentença não as julgue por inteiro, o tribunal poderá analisá-las.

O parágrafo 2º do art. 515, por sua vez, alude a devolução ao tribunal dos fundamentos invocados pelas partes no pedido e na defesa que não foram analisados pelo juiz de primeiro grau. Conforme entendimento do ilustríssimo Nelson Nery Junior¹⁶⁸, estes casos delineados alhures são conhecidos como efeitos translativos dos recursos. Este efeito será enfrentado com mais profundidade no próximo tópico.¹⁶⁹

Por fim, o parágrafo 3º do artigo 515 do CPC aborda a teoria da causa madura, ao dispor que: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”. O referido dispositivo foi denominado pela doutrina de teoria da causa madura, que pela visão dos estudiosos, é uma causa que está completamente instruída e pronta para receber a sentença de mérito. Apresenta-se, portanto, mais uma exceção ao efeito devolutivo, pois autoriza ao tribunal, apreciar o mérito da causa, sem que tenha sido objeto da sentença.

3.3.2. Efeito suspensivo

O efeito suspensivo é conhecido por adiar a produção dos efeitos da decisão impugnada no momento da interposição do recurso (artigo 829 CPC). A regra é que os recursos são todos atribuídos de efeito suspensivo. Excepcionalmente, a lei permite que em alguns casos a decisão produza seus efeitos antes de transitar em julgado, são as hipóteses previstas nos incisos do artigo 520 do CPC/1973:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de

168 NERY JÚNIOR, Nelson, apud BRUSCHI, Gilberto Gomes. Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 169.

169 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2012

sentença que: I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

Segundo o doutrinador Nelson Nery Junior “o efeito suspensivo do recurso tem início com a publicação da decisão impugnável por recurso para o qual a lei prevê efeito suspensivo, e termina com a publicação que julga o recurso”¹⁷⁰. Em outras palavras, significa que a decisão impugnável não tem o condão de produzir efeitos imediatamente, e por isso, somente poderá executá-la depois de escoado o prazo recursal.

Em síntese, podemos destacar que a apelação é recebida no duplo efeito, e como regra, a parte vencedora não pode executar imediatamente a sentença. No entanto, se a apelação for recebida só no devolutivo, é facultado à parte executar provisoriamente, o que não impede de a parte vencida ser indenizada caso sofra algum prejuízo proveniente da execução provisória.

3.3.3. Efeito translativo

O efeito translativo está relacionado à possibilidade de análise pelo tribunal de matérias de ordem pública que não tenham sido examinadas, nem tampouco atacadas anteriormente. Deste modo, o tribunal poderá atuar de ofício, independente de quaisquer requerimentos.¹⁷¹

Em decorrência do efeito translativo, surge a *reformatio in pejus*, permitindo que seja conhecida matéria de ordem pública, mesmo que prejudique o apelante ou extinga o feito sem resolução de mérito.

Segundo Gilberto Gomes Bruschi “Diferentemente do efeito devolutivo que está relacionado ao princípio dispositivo, o efeito translativo está intimamente ligado ao princípio inquisitório, em virtude do qual, em situações determinadas em lei, pode o órgão judicial agir e pronunciar-se de ofício.”¹⁷² Destarte, apenas torna-se indiscutível a decisão de primeiro grau, quando não houver matérias que os julgadores tenham o dever de conhecer de ofício.

4. ESTUDO COMPARATIVO DA APELAÇÃO: CPC/1973 E CPC/2015

¹⁷⁰ NERY Júnior, Nelson. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, Ed. RT, 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais

¹⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

¹⁷² BRUSCHI, Gilberto Gomes. Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal. São Paulo: Saraiva, 2006

4.1. Aspectos gerais sobre o novo Código de Processo Civil

É cediço que a sistemática processual civil está em processo de transformação. O novo Código de Processo Civil foi publicado no Diário Oficial da União no dia 17 de março de 2015, após ser sancionado com sete vetos.

O CPC/2015 adota como regra a valorização da garantia do direito de defesa e contraditório, a duração razoável do processo e a eficácia das decisões tomadas pela justiça. Igualmente, busca uma visão mais democrática do acesso à justiça, com uma forte garantia aos princípios constitucionais.¹⁷³

A celeridade na prestação jurisdicional é um dos objetivos do Novo Estatuto Procedimental Civil, que deverá ser alcançado através da redução do formalismo e da constante busca pela solução amigável entre as partes.

Outra vertente desse diploma é o reconhecimento do importante trabalho dos advogados, com a valorização dos honorários que serão pagos também na fase recursal, contagem de prazo somente em dias úteis e suspensão do processo no período de 20/12 a 20/01.¹⁷⁴

Da mesma forma, existem significativas alterações no sistema recursal, uma vez que o CPC/2015 extinguiu as impugnações, que significavam obstáculos para a celeridade processual, e estabeleceu elevadas multas para punir o uso de instrumentos para procrastinar o processo judicial.

Para analisar tais mudanças e as suas polêmicas, dúvidas e críticas, realizar-se-á um estudo comparativo entre novo e o antigo CPC, em especial sobre o recurso de apelação, que é o principal objeto de apreciação deste trabalho.

4.2. O regime jurídico da apelação no novo CPC

No presente trabalho, torna-se imprescindível analisar a sistemática da apelação no novo CPC, uma vez que seria descabido um estudo desse tema sem se debruçar sobre as suas atuais transformações. Sob esse paradigma, resta-nos analisar todas as vertentes processuais da apelação, no que tange às inovações e exclusões, produzindo, inclusive, um estudo crítico e objetivo sobre os benefícios do novo diploma procedimental civil na prestação jurisdicional.

Vamos iniciar essa pesquisa comentando a modificação do conceito de sentença pelo

173 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

174 MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento, RT, São Paulo, 2001

novo CPC, que é base para o início do nosso estudo comparativo.

4.2.1. Finalidade e extensão da sentença no novo CPC

Conforme abordado no início deste trabalho, o conceito de sentença é alvo de grandes discussões jurisprudenciais e doutrinárias, devido à falta de precisão do legislador no momento da definição do regime jurídico da sentença.

A lei 11.232/2005 repensou o conceito de sentença, alterando o art. 162, §1º nos seguintes termos: "*sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*". Com o advento da lei *in casum*, a sentença com mérito deixou de extinguir o processo, uma vez que, ela mudou toda a sistemática da execução, trazendo a fase de cumprimento de sentença para os títulos executivos judiciais.¹⁷⁵

No entanto, mesmo com essa mudança conferida pela lei, os debates sobre a sua definição não foram encerrados, e diante dessa celeuma, o legislador ao elaborar o novo CPC preocupou-se em prever todas as hipóteses em que serão cabíveis sentenças e interlocutórias, bem como as situações em que ensejaram a interposição da apelação ou do agravo de instrumento.¹⁷⁶

O artigo 203 §1º do CPC/2015 elucida a questão da seguinte forma: "§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução." É de se concluir, portanto, que com a reforma do CPC, surgiu um novo paradigma de sentença, mais integralizado e apto para atender aos anseios jurisdicionais.

4.2.2. Da inalterabilidade da natureza jurídica da apelação

A reforma do novo CPC trouxe diversas inovações na área da apelação cível, mas felizmente, não houve alteração da sua natureza jurídica, visto que, em ambos os códigos, a apelação é o recurso cabível contra sentença, seja definitiva ou com força de definitiva, conceito este disposto nos artigos 724 CPC/73 e 1010 CPC/15: "da sentença caberá apelação".¹⁷⁷

4.2.3. Das alterações no juízo de admissibilidade

De acordo com o disposto no CPC de 1973, a admissibilidade deve ser feita primeiramente pelo juízo de primeiro grau, para em um segundo momento ser realizada no tribunal. Entretanto, com o advento do novo CPC, esse entendimento foi reformado, uma vez que,

175 MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento, RT, São Paulo, 2001

176 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012

177 MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento, RT, São Paulo, 2001

o juízo de admissibilidade da apelação será realizado diretamente pelo tribunal.¹⁷⁸

Como citado em tópico alhures, o juízo de admissibilidade da apelação é realizado com base em duas premissas, quais sejam, os requisitos intrínsecos e extrínsecos. O CPC/2015 trata dos requisitos intrínsecos em seu artigo 17, mantendo os mesmos pressupostos do atual CPC, ao prever que: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

Os requisitos extrínsecos ou objetivos, por sua vez, são constituídos de tempestividade, regularidade formal e preparo. No que tange à regularidade formal, o artigo 1.010 do novo CPC não apresentou alterações em relação às exigências do CPC/1973, quais sejam: “I – os nomes e a qualificação das partes; II – a exposição do fato e do direito; III – as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; IV – o pedido de nova decisão. III - o pedido de nova decisão.”

Outro requisito objetivo é o preparo, que continua sendo exigido no novo CPC, mas com a peculiaridade de ter o recorrente que efetuar o pagamento das custas, sob pena de ser intimado para realizar o recolhimento em dobro ou ter o seu recurso julgado deserto (artigo 1.007 do CPC/2015).

Por fim, a tempestividade consiste na obrigatoriedade de interposição do recurso no prazo previsto na lei. Cada recurso tem o seu prazo pré-estabelecido, que deverá necessariamente ser observado, sob pena de preclusão. O prazo para interposição da apelação continua o mesmo do Código vigente, vejamos o artigo 508 do novo CPC: “Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias.”

Desta forma, resta-nos claro afirmar que o novo CPC tem como finalidade precípua o regaste do prestígio do judiciário, através da retaliação incisiva da morosidade judiciária, para atender as necessidades da sociedade de forma mais justa e eficiente.

4.2.4. Da contagem de prazos no novo CPC

Outra questão que se faz pertinente agora é a contagem dos prazos no CPC/2015. Com a reforma da lei 5.869/73, os prazos começarão a ter início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação (e não ao da intimação como tratado no código vigente), e passarão a ser

178 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012

computados somente os dias úteis (artigo 219 c/c artigo 220 da nova versão do CPC).¹⁷⁹

No novo CPC não serão contados os prazos no dia em que em que for determinado fechamento do fórum, em que o expediente forense seja iniciado antes ou depois da hora normal ou houver interrupção de comunicação eletrônica, conforme elucida o art. 224 do novo CPC. Observe que no CPC vigente, os prazos são contados mesmo quando o expediente forense tiver iniciado depois da hora normal ou tiver indisponibilidade da comunicação eletrônica.

4.2.5. Do procedimento no tribunal

De acordo com o novo CPC, o procedimento no tribunal ocorre da seguinte forma: primeiramente os autos serão distribuídos e imediatamente conclusos ao relator (não terá mais o prazo de 48hrs para os autos subir ao relator), momento em que, será concedido o prazo de 30 dias para que ele possa elaborar o voto e restituí-los com relatório à secretaria (artigo 931 do CPC/2015).

Em seguida, os autos serão apresentados ao presidente, que designará dia para o julgamento, ordenando a publicação da pauta no órgão oficial, da mesma forma que ocorre com o CPC vigente. Entre a data da publicação da pauta e da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos cinco dias, e não mais 48hrs como previsto no CPC/1973.

Na sessão de julgamento do recurso de apelação, o primeiro ato consiste na exposição da causa pelo relator, e na sucessão seguirá o recorrente, o recorrido e o MP (nos casos de intervenção), pelo prazo improrrogável de 15 minutos cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso, conforme igualmente disposto nos artigos 937 CPC/2015 e 554 CPC/1973.¹⁸⁰

Ao final dessas fases, a decisão será tomada no órgão colegiado pelo voto de três juízes, sendo as questões preliminares decididas sempre antes do mérito, segundo disposto nos artigos 939 CPC novo e artigo 561 CPC atual.

Em relação ao resultado da apelação, é pertinente ressaltar que, o novo CPC traz em sua redação uma inovação, ao prever em seu artigo 942 que: "Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores."

¹⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

¹⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

4.2.6. Das possibilidades de retratação

Como citado em tópico alhures, retratação é a faculdade concedida ao legislador para retratar-se da sentença durante o juízo de admissibilidade, afastando a decisão.

Existem no CPC/73 apenas três casos em que é admitida a realização do juízo retratação, quais sejam: indeferimento da petição inicial, improcedência liminar e as sentenças do ECA. Com a reforma do novo CPC, esse rol foi ampliado, e além das hipóteses já admitidas foram incluídas outras, conforme disposto no artigo 485 deste estatuto.¹⁸¹

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: "I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII – homologar a desistência da ação; IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código.

Ainda nas hipóteses de retratação, o novo CPC também ampliou o rol de hipóteses em que a improcedência liminar pode ser concedida, e por consequência, foram aumentadas as hipóteses de retratação. Vejamos o disposto no artigo 332 do CPC/2015:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de

181 NERY Júnior, Nelson. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, Ed. RT, 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais

prescrição.

Em relação aos prazos, o legislador atual não manteve a mesma linha de raciocínio do legislador de 1973, uma vez que, na hipótese de retratação por indeferimento da inicial, o prazo para reforma, segundo o novo CPC, é de até cinco dias (art. 331 *caput*), ao passo que, na ótica do CPC vigente, o prazo é de 48 horas, conforme *caput* do artigo 296.182

Destarte, é possível concluir que, se não for interposta a apelação, o juiz não terá como se retratar e o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. Se em contrapartida ela for interposta, abrir-se-á o prazo para, querendo, o juiz reformar a sentença, e seguidamente a isso, citar o réu, para no prazo de 15 dias oferecer as contrarrazões.

4.2.7. Diminuição do efeito suspensivo

No regime atual, se porventura for interposto recurso de apelação com efeito suspensivo, a parte vencedora tem que aguardar todo o trâmite do processo no tribunal para depois executar a sentença, segundo o artigo 520 CPC/73. Todavia, no intuito de garantir uma rápida efetividade à sentença, o texto do novo CPC trata o efeito suspensivo como exceção.

Sob a ótica do novo CPC, a regra geral passou a ser o efeito devolutivo. Entretanto, o Código nomeou algumas exceções à regra, são hipóteses em que o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisória da sentença, hipóteses que estão dispostas no artigo 1012 § 1º e 2º do CPC, em complemento com as já existentes do CPC/1973.

Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: homologa a divisão e demarcação de terras, a que condena a pagar alimentos, a que extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado, a que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem, a que confirma, concede ou revoga o pedido de tutela antecipada e a sentença que decreta a interdição.

Além dessas situações abordadas, o parágrafo único desse mesmo artigo 995 do CPC/15 estabelece que: "A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso." Ou seja, o critério para a declaração do efeito suspensivo também poderá ser subjetiva, e por isso, ficará a

182 NERY Júnior, Nelson. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, Ed. RT, 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais

cargo do relator. 183

De acordo com a redação do novo Código, por não ser mais o juízo de admissibilidade realizado pelo juízo de primeiro grau e sim pelo tribunal, a análise dos efeitos da apelação caberá ao relator, após a admissão do recurso.

Por ser o efeito suspensivo tratado como exceção pela redação do novo CPC, sua declaração no recebimento da apelação, passou a depender de prévio requerimento, como assim disposto no artigo 1012 § 3º e §4: "O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I – tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II – relator, se já distribuída a apelação. § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação."¹⁸⁴

4.2.8. Ampliação do efeito devolutivo

Com o advento do novo CPC, o efeito devolutivo passou a ser a regra. O CPC atual prevê em seu artigo 497 que apenas o recurso extraordinário e especial não tem o condão de impedir a execução da sentença, mas com a reforma do CPC/15, a redação ficou a seguinte, art. 995: "os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso." Ou seja, a apelação, como regra, terá seu recebimento no efeito devolutivo.

Conforme citado em tópico alhures, o efeito devolutivo consiste no reexame da matéria impugnada à função jurisdicional do Estado, é um efeito inerente a todos os recursos, uma vez que, garante a possibilidade de realização de um novo julgamento da decisão impugnada (artigo 1013 do novo CPC: "a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.").¹⁸⁵

Entretanto, existem algumas exceções à regra do princípio "*tantum devolutum quantum apelatum*", que são conhecidos como extensão e profundidade do efeito devolutivo. A primeira delas está prevista no CPC atual, e foi mantida no CPC/2015 em seu artigo 1013 § 1º: "Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo

¹⁸³ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

¹⁸⁴ Idem

¹⁸⁵ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

impugnado.”¹⁸⁶

Desse modo, toda vez que existirem questões alegadas na inicial e discutidas na contestação, mesmo que a sentença não julgue por inteiro, mas se relativa ao capítulo impugnado, o tribunal poderá analisá-las.

Como segunda exceção, delineamos a do artigo 515 parágrafo 2º do CPC/1973, ao dispor que, quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento, e o juiz acolher apenas um, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais (artigo 1013 § 2º CPC/2015).¹⁸⁷

Como terceira e última exceção, a doutrina aborda a teoria da causa madura, que pela visão dos estudiosos, é uma causa que está completamente instruída e pronta para receber a sentença de mérito. No CPC atual, a hipótese de causa madura versa sobre a questão exclusivamente de direito que estiver em condições de imediato julgamento, segundo parágrafo 3º do seu artigo 515. Ao passo que, no novo CPC, a questão está disciplinada de uma forma diferente, uma vez que, o parágrafo 3º do artigo 1013 ampliou as hipóteses de imediato julgamento de mérito:

I – reformar sentença fundada no art. 485; II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Outra inovação importante no efeito devolutivo, fora a ampliação das hipóteses em que a apelação será recebida nesse efeito. Na sistemática do Código de 1973 a apelação é em regra recebida pelo tribunal em seu efeito suspensivo e devolutivo, salvo algumas exceções, previstas nos incisos do artigo 520 do CPC atual, que permitem o recebimento apenas no efeito devolutivo. Com o advento do CPC/2015 as possibilidades de efeito devolutivo foram ampliadas, uma vez que, foi conferida maior força as jurisprudências, tendo o novo CPC permitido que as sentenças proferidas com base em julgamento de casos repetitivos ou em súmulas vinculantes sejam executadas imediatamente, bem como as demais hipóteses previstas nos incisos do artigo 1001 parágrafo 1º.

4.2.9. Extinção do agravo retido

Com o advento do novo CPC, o agravo retido foi extinto, e por isso, quando ele entrar em vigência, as partes deverão ingressar com o recurso de apelação para recorrer contra decisões

¹⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2012

¹⁸⁷ Idem

interlocutórias de sua(s) preliminar(es), com exceção das situações de urgência que continuarão a ser impugnadas por agravo de instrumento.¹⁸⁸

O objetivo dessa medida foi celeridade processual, uma vez que, o processo deixará de sofrer mudanças em seu ritmo, de modo que, qualquer matéria que não for passível de ser impugnada em agravo de instrumento será discutida na apelação. Conforme artigo 1.009 CPC/15:

Art. 1.009: Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

Com isso, a apelação passou a ser um instrumento hábil para impugnar não somente o mérito da causa, mas igualmente questões incidentes. Porém, conforme o novo CPC, esta impugnação pressupõe a prévia apresentação de protesto contra a decisão interlocutória, quando a parte se sentir prejudicada, sob pena de preclusão, para só em um segundo momento a questão ser levada ao tribunal, por meio da apelação¹⁸⁹.

5. DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

5.1. Introdução

Primeiramente, antes de adentrar no escopo dissertativo da presente pesquisa, que se relaciona a espécie de Intervenção de terceiros, qual seja, a Denúnciação à Lide, faz-se importante discorrer, brevemente, sobre esse instituto processual para que o tema da presente obra seja contextualizado. É sabido que a intervenção de terceiros se consubstancia em um acontecimento processual, o qual transforma a relação processual anteriormente formada. Trata-se, portanto, da inserção na lide de uma nova parte, a qual será também alcançada pela coisa julgada.

Tal instituto processual de inclusão de um terceiro no processo se respalda na possibilidade de o processo influenciar juridicamente a vida de indivíduos alheios a relação processual, os quais, através das variadas espécies de Intervenção, poderão ser incluídos no

¹⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Volume 3. 12ª ed. São Paulo. 2014. JusPodium.

¹⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Volume 3. 12ª

processo ou incluir-se para que a relação processual seja regularizada. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, a intervenção de terceiros é:

A permissão legal para que um sujeito alheio à relação jurídica processual originária ingresse em processo já em andamento. Apesar das diferentes justificativas que permitem esse ingresso, as intervenções de terceiro devem ser expressamente previstas em Lei, tendo fundamentalmente como propósitos a **economia processual** (evitar a repetição de atos processuais) e a **harmonização dos julgados** (evitar decisões contraditórias). (Grifo do autor)¹⁹⁰

Sobre o assunto, Fredie Didier Júnior explicita:

A sentença normalmente diz respeito às partes que compuseram a relação jurídica processual, não a terceiros. Mas há casos em que a sentença pode atingir a esfera jurídica de terceiro. A coisa julgada nem sempre é *Inter partes*. O direito criou técnicas para evitar ou minimizar as consequências dessa ultra-eficácia: a) as modalidades de intervenção de terceiro, que “testemunham esse empenho do legislador”; b) restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada; c) a permissão de processos incidentes. Como embargos de terceiro ou a oposição ajuizada após a audiência (art. 60 do CPC)¹⁹¹

Portanto, sabendo que as decisões não necessariamente se restringem às partes constantes no processo, ou seja, podem atingir juridicamente terceiros, fez-se necessária a criação do instituto da intervenção de terceiros, o que confere não só celeridade e economia na resolução de conflitos, como também evita decisões contraditórias. É nesse contexto que se insere a denunciação da lide.

Além dela, o antigo CPC enumerava outras 4 hipóteses típicas, quais sejam, a assistência, o chamamento ao processo, a nomeação à autoria e a oposição. É interessante elucidar que a intervenção de terceiros não se limita as hipóteses supramencionadas, já que o CPC não traz um rol taxativo de espécies. Nesse sentido, faz-se importante mencionar, ainda, o que acrescenta Daniel Assumpção Neves:

Ocorre, entretanto, que nem todas intervenções encontram sua justificção nessas cinco modalidades típicas de intervenção de terceiro, o que

190 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 207.

191 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 343.

demonstra que o rol legal é meramente exemplificativo. Previsões legais esparsas que permitem a intervenção de um terceiro em processo já em andamento e que não são tipificáveis em nenhuma dessas cinco modalidades constituem as chamadas intervenções de terceiros atípicas. A definição dessa espécie de intervenção dependerá da amplitude que se pretenda dar a atipicidade, não existindo unanimidade na doutrina a respeito de quais efetivamente sejam essas intervenções atípicas.¹⁹²

5.2. Denúnciação da lide

5.2.1. Aspectos gerais

Como se sabe, tal espécie de intervenção de terceiros passou a existir em nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973. O texto desse código a respeito do instituto em tela não trouxe conceitos, nem tampouco elucidou-o, tarefa que coube aos doutrinadores. Sobre o instituto, o iminente jurista Humberto Theodoro Júnior, que possui vasta bibliografia processual, afirma que:

A denúnciação da lide é medida obrigatória que leva a uma sentença sobre a responsabilidade do terceiro em face do denunciante, de par com a solução normal do litígio de início deduzido em juízo, entre autor e réu. Consiste em chamar a terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso, o denunciante, saia vencido no processo¹⁹³.

Sobre o mesmo tema, Daniel Amorim Assumpção Neves, respeitado processualista brasileiro, expõe que “serve a denúnciação da lide para que uma das partes traga ao processo um terceiro que tem responsabilidade de ressarcir-la pelos eventuais danos advindos do resultado desse processo”¹⁹⁴. Dessa forma, tem-se que o direito regressivo da parte oponível a terceiros é o substrato fundamental que possibilita a denúnciação da lide.

Nesse ínterim, Fredie Didier Júnior, um dos expoentes do direito processual civil na atualidade, pontua que:

192 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 208.

193 THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p. 133.

194 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 245.

Do ponto de vista substancial, a denunciação da lide é demanda que veicula pretensão regressiva. O denunciante visa ao ressarcimento pelo denunciado de eventuais prejuízos que por ventura venha a sofrer em razão do processo pendente. Não há, portanto, qualquer afirmação de existência de relação jurídica material entre o denunciado e o adversário do denunciante. Afirma-se a existência de uma relação jurídica entre o adversário do denunciante e o denunciante e entre o denunciante e o denunciado ¹⁹⁵.

É importante destacar, entretanto, que, caso essa denunciação seja promovida pelo demandante, não será considerada uma intervenção de terceiro, e, assim, da mesma forma, não é considerada um incidente processual, pois, como bem explica Didier, “o terceiro já é colocado desde o início do processo como réu, pois o autor demanda em face dele e do réu da demanda principal”¹⁹⁶.

5.3. Denunciação da Lide no Novo Código de Processo Civil

5.3.1. Da legitimidade para denunciar

No novo código a Denunciação a lide conserva sua essência, permitindo ao autor ou ao réu trazer à lide terceiro contra o qual tenha direito de regresso. Como já visto, a denunciação da lide nada mais é do que o exercício do direito regressivo incidentalmente.

Começando pelo artigo 125 do Novo CPC, constante no capítulo II desse códex, tem-se que: “é admissível a denunciação da lide, promovida por **qualquer das partes**”¹⁹⁷. Da leitura desse novo dispositivo, infere-se que o Novo Código Processual continua permitindo tanto a denunciação feita pelo autor quanto a feita pelo réu.

5.3.2. Das hipóteses de cabimento

Em seguida, no mesmo artigo 125, enumera as hipóteses de cabimento da denunciação da lide. No inciso I, diz que é admissível a denunciação: “ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da

195DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 366.

196DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 366.

197 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

evicção lhe resultam¹⁹⁸. Portanto, nesse inciso, houve manutenção da situação clássica de Denúnciação da lide, já constante no Código Processual Civil de 1973, constante no art. 70, I, em que há a denúnciação da lide pelo comprador evicto.

Com relação ao inciso II do artigo 125 do novo Código, houve manutenção do que dizia o art. 70, III do CPC de 1973, sendo possível a denúnciação à lide “àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo¹⁹⁹”.

Entretanto, no que se refere ao inciso II do art. 70 do CPC de 1973, o qual dizia que era obrigatória a denúnciação da lide “ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada²⁰⁰”, percebe-se que o Novo CPC não trouxe nenhum dispositivo correspondente. Tal mudança, segundo o que vem comentando a doutrina sobre essa supressão, não trouxe impacto algum ao instituto da denúnciação. Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior elucida:

O código anterior previa, ainda a denúnciação da lide ao proprietário ou possuidor indireto quando a ação versasse sobre bem em poder do possuidor direto e só este fosse demandado. O código atual suprimiu referida modalidade de intervenção. Assim, na hipótese de o possuidor direto vir a ser perturbado no uso e gozo da coisa, deverá buscar por outro meio a indenização devida pelo possuidor indireto pelas perdas e danos em razão da não garantia da posse cedida, ou seja, terá de propor outra ação movida diretamente contra o responsável pela cessão da posse.²⁰¹

Ainda sobre a supressão do inciso II do art. 70 trazida pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, Daniel Amorim Assumpção Neves assevera o seguinte:

Das três hipóteses de cabimento da denúnciação da lide previstas no art. 70 do CPC/73, são mantidas duas, sendo excluída do sistema a hipótese de

198 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

199 BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, 1973. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

200Idem.

201THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 372.

denúnciação do proprietário ou do possuidor indireto [...]. Sendo tal hipótese de raríssima aplicação prática, a exclusão não deve gerar grande repercussão²⁰².

Portanto, em resumo, tem-se que das três hipóteses de denúnciação da lide presentes no art. 70 do antigo Código de Processo Civil, foram mantidas duas no artigo 125 do NCPC, possibilitando às partes nesse sentido, tanto ao autor quanto ao réu, a utilização dessa modalidade de intervenção.

5.3.3. Da não obrigatoriedade da Denúnciação da lide

É importante destacar significativa mudança trazida está no caput do art. 125 do NCPC, trocando o "a denúnciação da lide é obrigatória"²⁰³, constante no caput do art. 70 do CPC 73, para a expressão "é admissível a denúnciação da lide"²⁰⁴, o que denota, sem dúvidas, a intenção do legislador em tornar esse instituto facultativo, entendimento esse que já vinha sendo ventilado pela doutrina majoritária antes mesmo do Novo Código.

A respeito do tema, Fredie Didier Júnior se pronuncia no mesmo sentido, até porque a própria literalidade da lei já deixa clara a mudança:

A denúnciação da lide é uma opção posta à disposição da parte interessada. Rigorosamente, é um ônus: se não denunciar a lide, a parte somente poderá exercer eventual direito regressivo autonomamente. Isso quer dizer que a não denúnciação da lide implica apenas a preclusão do direito de valer-se deste instrumento processual; não há, enfim, perda do direito de regresso pela não denúnciação da lide. Isso é muito claro no texto normativo²⁰⁵.

Dessa forma, mesmo que a denúnciação da lide não seja efetuada em ocasião propícia a sua utilização, nada impede que esse autor ou réu originário, em caso de derrota, possa posteriormente em nova demanda, buscar seu direito de regresso contra quem seria o alienante

202 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 129.

203 BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, 1973. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. **Acesso em: 18 mar. 2016.**

204 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

205 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 494.

da coisa (art. 125, I do NCPC) ou aquele que estaria obrigado pelo contrato ou pela lei a eventualmente indenizá-lo (art. 125, II do NCPC).

Assim, pode-se dizer que houve relevante mudança na redação inerente a esse instituto processual, para acompanhar o que a jurisprudência e a doutrina já asseveravam há tempos. Para essas fontes do direito, mesmo no item I do art. 70 do CPC antigo, a denunciação já era vista como facultativa, trata-se de uma opção conferida às partes e, não, uma imposição.

Havia essa discussão atinente a redação do caput do art. 70 do CPC de 1973, principalmente, no que tange o item I, muito em razão do Código Civil. Isso porque quando era feita a leitura desse Código, em seu art. 456, deparava-se o leitor com a seguinte redação: "Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo"²⁰⁶.

A respeito do assunto, o processualista Didier expõe o seguinte:

A jurisprudência e a doutrina avançaram, finalmente, para entender que a denunciação da lide não deveria ser obrigatória em nenhuma hipótese, seja porque o art. 456 do Código Civil era obsoleto, porque se referia a o antigo instituto do chamamento à autoria, desaparecido desde 1973, seja porque essa interpretação facilitava o enriquecimento ilícito de quem alienou indevidamente uma coisa. Assim, o tema da "obrigatoriedade" da denunciação da lide gerava teses cuja variedade iniciava com a interpretação literal do art. 70, CPC/73 - obrigatória sempre, até a simples desconsideração do texto normativo, para entendê-la como obrigatória nunca. O CPC atual enterra a discussão. Para não deixar qualquer dúvida, revogou-se o art. 456 do Código Civil (art. 1.072, 11, CPC). Já não era sem tempo²⁰⁷.

Portanto, com intuito de pôr um ponto final na discussão que pairava sobre a obrigatoriedade ou não da Denunciação da lide, o novo CPC não só excluiu a palavra "obrigatoriedade" do caput do art. 125, relativo a esse instituto processual, como também, expressamente em seu art. 1072, revogou o mencionado art. 456 do Código Civil de 2002, para não

206 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Casa Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.**

207 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 495.

deixar mais dúvidas a respeito do tema. Dessa forma, a discussão que se travava especificamente ao inciso I do art. 70 do CPC de 1973 por força do Código Civil tornou-se obsoleta.

Como já foi dito, a própria jurisprudência já acenava para essa evolução, deixando de lado a literalidade do art. 70 do CPC/73. O Superior Tribunal de Justiça em 16/10/2012 no Agravo Regimental no Agravo 1323028 / GO de relatoria do Ministro Marco Buzzi assim se manifestou:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INADMITIU RECURSO ESPECIAL COM APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - EVICÇÃO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO ALIENANTE DE IMÓVEL - DESNECESSIDADE. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o direito do evicto de indenizar-se do pagamento indevido diante do anterior alienante, não se condiciona à denúncia da lide em ação de terceiro reivindicante. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido²⁰⁸.

No mesmo artigo 125 do NCPC, o legislador trouxe situações constantes nos parágrafos desse dispositivo as quais em parte não constavam no antigo Código. A exemplo disso, pode-se citar o parágrafo primeiro do artigo 125, o qual diz que “O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denúncia da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida”²⁰⁹.

Trata-se de inovação trazida pelo Novo código que dá ainda mais embasamento ao fato de esse novo código ser permissivo quanto a denúncia da lide, posto que possibilita o exercício do direito regressivo através de ação autônoma em momento posterior quando essa modalidade de intervenção de terceiros for indeferida, deixar de ser promovida (já que com o novo Código o próprio texto de lei tornou esse instituto facultativo) ou não for permitida.

Dessa forma, o legislador privilegiou o direito do denunciante, o qual poderá ser exercido através de ação autônoma para garantir o direito de regresso. É importante ressaltar que

208 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1323028/GO. Agravante: Júlio Cesar de Souza e outro. Agravado: UzenirMarão Lourenço e outros. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DF, 06 de outubro de 2012. Data da publicação: DJ 25/10/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MARCO+BUZZI%22%29.min.&processo=1323028&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 mar. 2016.

209 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

isso já existia no nosso direito, o que mudou é que, basicamente, com a futura entrada em vigor do novo Código, essa permissividade estará positivada.

5.3.4. Da possibilidade da denunciação sucessiva

Com relação ao parágrafo segundo desse mesmo artigo 125 do Novo CPC, tem-se o a seguir transcrito:

Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma²¹⁰.

No antigo Código de Processo Civil, o dispositivo correspondente a esse era o art. 73, que dizia o seguinte:

Para os fins do disposto no art. 70, o denunciado, por sua vez, intimará do litígio o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização e, assim, sucessivamente, observando-se, quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente²¹¹.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr., um dos expoentes do Direito Processual Civil da atualidade, diz:

Admite-se a chamada de nunciação sucessiva: denunciação da lide promovida pelo denunciado à lide contra uma quarta pessoa, que seja responsável por reembolsar-lhe os prejuízos em ação regressiva ou de garantia. Por exemplo: o alienante do bem discutido pode ser denunciado à lide (art. 125, I, CPC); esse alienante pode denunciar à lide àquele que lhe antecede na cadeia dominial (aquele que lhe vendeu a coisa). Outro bom exemplo a denunciação da resseguradora pela seguradora. O §2º do art.

210BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

211 BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, 1973. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

125, CPC, apesar de consagrá-la expressamente, somente permite uma única denúncia sucessiva²¹².

É notório que houve relevante mudança, posto que o Código de 1973 permitia a denúncia da lide sucessiva, sem qualquer limitação, o que foi expressamente podado pelo legislador do novo Código, o qual somente autoriza uma única denúncia sucessiva, sendo a necessidade de nova denúncia efetivada por meio de ação autônoma. Portanto, a denúncia da lide sucessiva é permitida, mas só pode ser feita uma única vez, ou seja, no processo, só poderá haver, no máximo, duas denúncias da lide.

É importante observar que tal mudança também é uma consequência da revogação do já mencionado Art. 456 do CC/02, posto que ele trazia a ideia de denúncia da lide do alienante imediato ou de qualquer dos anteriores (denúncia da lide *per saltum*). Esse dispositivo, como já dito, foi expressamente retirado do ordenamento jurídico pelo NCP, o que traduz clara intenção do legislador em vedar que a denúncia ultrapasse a figura do denunciado imediato ao réu /autor, permitindo apenas uma denúncia sucessiva. Nesse mesmo sentido se pronuncia o processualista Fredie Didier Júnior:

Não se admite denúncia *per saltum*. não se pode denunciar alguém que não mantenha com o denunciante uma relação jurídica direta. Não pode o denunciante, por exemplo, "pular" o alienante da coisa (art. 125, I, CPC), para denunciar o alienante do alienante (o sujeito que alienou o bem para aquele que alienou o bem ao denunciante). Havia certa discussão sobre o ponto, tendo em vista a redação do art. 456 do Código Civil, que permitia a comunicação ao "alienante imediato ou qualquer dos anteriores". Sucede que o art. 456 do Código Civil foi revogado pelo CPC (art. 1.072,II, CPC). A discussão está encerrada.²¹³

Portanto, trata-se de outra significativa mudança no instituto da denúncia da lide, deu-se fim a discussão relativa a possibilidade de denúncia da lide "por salto", a qual se consubstanciava na ocasião em que o denunciante faz a denúncia não contra quem ele possui uma ligação e, sim, em desfavor de um outro, saltando o sujeito com o qual ele possui alguma relação, denunciando outro sujeito que se encontra na cadeia de regresso.

Para ilustrar tal mudança, basta pensar nos casos de evicção: digamos que o sujeito A comprou um bem imóvel do sujeito B. Ocorre que um sujeito C entra com um processo contra o sujeito A reivindicando tal bem. O sujeito A denuncia o sujeito B à lide, posto que foi ele que vendeu

212 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 492.

213 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 492.

o bem. O sujeito B, na vigência do Código de 1973, poderia denunciar à lide o sujeito D, que foi quem vendeu o bem a ela e assim, sucessivamente, dentro dessa cadeia.

Nessa situação, denunciação “per saltum” nesse exemplo seria efetuada se o sujeito B ao invés de denunciar a lide o sujeito D, que lhe alienou o imóvel, proceder com a denunciação à lide de outro sujeito que estivesse na cadeia de alienações desse bem. Com o Novo CPC tal manobra não será mais permitida. Vale ressaltar que esse entendimento, o qual foi positivado nesse novo código, não é novo, ficando expresso para extirpar qualquer discussão a respeito do assunto.

5.3.5. Do momento para a Denunciação da lide

Outra inovação trazida pelo NCPC diz respeito ao momento em que o réu deverá efetuar a denunciação da lide, que é em sede de contestação. Isso não estava expresso no antigo CPC, não estava claro. Desse modo, era possível que o réu contestasse numa peça e denunciasse a lide em outra. Enquanto isso, para o autor da demanda, o Novo CPC de 2015 elucida que essa intervenção deva ser feita na petição inicial, como se pode perceber através da leitura do art. 126 do novo códex processual:

Art. 126. A citação do denunciado será requerida na **petição inicial**, se o denunciante for **autor**, ou na **contestação**, se o denunciante for **réu**, devendo ser realizada na forma e nos prazos previstos no art. 131²¹⁴.

Tal mudança, decerto, é benéfica ao processo, posto que, deixando claro o momento em que esse instituto de intervenção pode ser utilizado, tornando o processo mais organizado e célere, usando-se do instituto da preclusão para evitar surpresas processuais que retardam o andamento processual.

5.3.6. Artigo nº 75 do CPC 1973 versus artigo nº 128 do NCPC.

Outra mudança trazida pelo novo Código afetou o art. 75 do Código de Processo Civil de 1973²¹⁵, o qual expunha que:

Art. 75. Feita a denunciação pelo réu:

214 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

215 BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, 1973. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

I - se o denunciado a aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, como litisconsortes, o denunciante e o denunciado;

II - se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até final; (Grifo do autor)

III - se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na defesa.

O antigo texto do inciso II do artigo 75 dizia, basicamente, que, se denunciasse a lide determinada pessoa e ela fosse revel ou apenas comparecesse para negar o alegado, o denunciante era obrigado a continuar na lide, defendendo-se até o final, ou seja, o denunciante nada podia fazer diante da revelia do denunciado.

Tal situação se configura absurda, tendo em vista que quando há a denunciação da lide, temos duas demandas igualmente importantes, sendo que em uma delas a revelia não produziria efeitos. Mais do que isso, a despeito da revelia, seria o denunciante obrigado a continuar no processo já sabendo que futuramente terá de dar início a nova demanda, para efetivar seu direito que já poderia ser satisfeito quando do manejo da denunciação.

O novo Código veio para modificar tal situação absurda, dando opção para do denunciante no caso de revelia do denunciado, como se pode ver no artigo 128, II do Novo Código de Processo Civil²¹⁶:

Art. 128. Feita a denunciação pelo réu:

I - se o denunciado contestar o pedido formulado pelo autor, o processo prosseguirá tendo, na ação principal, em litisconsórcio, denunciante e denunciado;

II - se o denunciado for revel, o denunciante pode deixar de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida, e abster-se de recorrer, restringindo sua atuação à ação regressiva; (Grifo do autor)

216 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

III - se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, o denunciante poderá prosseguir com sua defesa ou, aderindo a tal reconhecimento, pedir apenas a procedência da ação de regresso.

Parágrafo único. Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva.

Ou seja, em caso de revelia quando da denunciação da lide, poderá o denunciante abdicar de sua defesa no processo principal, já que tem ciência de que não vai lograr êxito, abstendo-se, igualmente, de recorrer e já dando início a ação regressiva para ter seu direito satisfeito. Tal mudança, a meu ver, é bastante benéfica, uma vez que vai encurtar a demanda principal, a critério do denunciante, gerando maior celeridade e economia processual.

Portanto, a modificação ocorrida, gerando o novo texto processual veio corrigir uma distorção antiga que gerava críticas a esse instituto. Críticas essas com total fundamento, posto que o denunciante, com a entrada em vigor do novo códex, pode optar por prosseguir na lide ou, se julgar que realmente não há direito a ser defendido contra o autor, terá a possibilidade de abdicar do processo, para já se concentrar no seu direito de regresso contra o denunciado revel.

Com relação ao Inciso III do art. 128 do Novo CPC, houve acréscimo, dizendo que quando “o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, **o denunciante poderá prosseguir com sua defesa ou, aderindo a tal reconhecimento, pedir apenas a procedência da ação de regresso (Grifo do autor)**”²¹⁷. Trata-se de outra transformação que veio para trazer celeridade ao tramite processual, simplificando o procedimento, já que a partir do texto novo texto processual, será possível que o denunciante adira ao reconhecimento feito pelo denunciado, para pedir a procedência da ação de regresso.

5.3.7. O denunciado como litisconsorte do denunciante (art. 127 e 128, I da Lei 13.105/15). Da possibilidade de condenação direta do denunciado.

No novo Código de Processo Civil, existem dois artigos que versam sobre a posição que o denunciado assume na lide. São eles os arts. 127 e 128, I da lei 13.105/15, o Novo CPC²¹⁸:

217 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

218 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

Art. 127. Feita a denunciação pelo autor, **o denunciado poderá assumir a posição de litisconsorte do denunciante e acrescentar novos argumentos à petição inicial**, procedendo-se em seguida à citação do réu. (Grifo do autor)

Art. 128. Feita a denunciação pelo réu:

I - se o denunciado contestar o pedido formulado pelo autor, o processo prosseguirá tendo, **na ação principal, em litisconsórcio, denunciante e denunciado**; (Grifo do autor)

Nota-se que no Novo CPC traz, claramente, qual a posição que assume o denunciado, tanto quando denunciado pelo autor, como quando denunciado à lide pelo réu: litisconsorte das partes.

Sobre o tema, em sua obra Curso de Direito Processual Civil, volume 1, Fredie Didier Júnior elucida o seguinte:

O denunciado atuará na demanda principal como legitimado extraordinário do denunciante, pois defenderá os interesses deste contra o seu adversário. No mesmo processo, o denunciado será réu do denunciante na demanda incidental. O denunciado assume, assim, duas posições processuais: litisconsorte do denunciante na demanda principal e réu dele na demanda incidental.²¹⁹

É possível perceber que, ao adotar essa postura, o NCPC continua a positivar posicionamentos da jurisprudência, uma conduta bastante adotada pelo legislador na confecção do novo texto, que entrará em vigor em março do corrente ano de 2016. Diz-se isso porque os julgados, principalmente do STJ – Superior Tribunal de Justiça, já traziam a ideia do denunciado na posição de litisconsorte do denunciante, como se pode ver no julgado a seguir:

Cuida a matéria de saber se o denunciado, ao aceitar a denunciação e contestar o pedido principal, assume a posição de litisconsorte passivo, direta e solidariamente com o réu. O tema, apesar de parecer simples, suscita grandes discussões, não se podendo afirmar que existia unanimidade sobre o assunto. Doutrinadores de peso entendem que o denunciado ocupa, no máximo, a função de assistente litisconsorcial do réu denunciante, não podendo ser encarado como litisconsorte porque, na verdade, ele nada pede para si e nada contra ele é pedido. Há também a

219 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 496.

defesa de tese antagônica, no qual o problema está intimamente ligado à relação jurídica de direito material, submetida ao crivo do Judiciário. Concluindo que, nas hipóteses como a presente, de indenização por responsabilidade civil, a contestação do pedido inicial pelo denunciado coloca-o na condição de litisconsorte, sujeito, portanto, aos efeitos da sentença, direta e solidariamente com o primitivo réu. Recentemente, a Quarta Turma entendeu que, reconhecido o dever de a seguradora (litisdenunciada) em ressarcir o réu, por força de contrato de sinistros, pode o julgador proferir condenação direta contra ela. A Terceira Turma vai mais além, admitindo a propositura da ação de indenização diretamente contra a seguradora do causador do acidente que se nega a usar a sua cobertura de sinistros. O legislador contemporâneo, ao votar o CDC, prevê a possibilidade de o consumidor acionar diretamente a seguradora, quando o fornecedor do produto ou serviço não tiver capacidade de pagamento. Milton Flaks, *in* Denúnciação da Lide, Forense, 1984, págs. 141-144, admite a condenação solidária do denunciado. A Turma não conheceu do recurso. Precedentes citados: REsp 290.608-PR, DJ 16/12/2002, e REsp 228.840-RS, DJ 4/9/2000. REsp 188.158-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 15/6/2004²²⁰.

Além do já mencionado, há de se destacar que, anteriormente à formulação do novo código, discutia-se se seria possível que houvesse a condenação do denunciado diretamente, como se pode ver no julgado mencionado acima. Isso possibilitava que o autor da demanda principal já executasse seus bens ao invés de gravar os bens do denunciante, réu da ação principal.

O código de 1973 não regulava esse assunto e, sob a ótica do direito material, isso não seria correto, uma vez que o denunciante teria crédito com o denunciado e o autor, por sua vez, tinha crédito com o denunciante. Sob o ponto de vista material, o denunciado, que não tinha relação direta com a autor da demanda, não poderia adimplir obrigação com o autor, podendo, apenas, ser condenado a reembolsar o denunciante.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça formulou, durante a vigência do CPC de 1973, entendimento de que era possível a condenação direta nos casos em que houvesse denúnciação da lide em ações que versassem sobre seguro. Ou seja, se o denunciado à lide figurasse como asseguradora seria possível que o magistrado condenasse diretamente a seguradora. É nesse

220 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 0213: Indenização. Responsabilidade Civil. Brasília, 14 a 18 de junho de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0213.rtf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

sentido que se perfaz a ementa do julgado no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 474.921/RJ de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. LITISDENUNCIÇÃO. SEGURADORA. CONDENAÇÃO E EXECUÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SEGURO. SÚMULA 83/STJ. 1. Comparecendo a seguradora em juízo, aceitando a denúncia da lide feita pelo réu e contestando o pedido principal, assume a condição de litisconsorte passiva. **2. Possibilidade de ser condenada e executada, direta e solidariamente, com o réu.** 3. Por se tratar de responsabilidade solidária, a sentença condenatória pode ser executada contra qualquer um dos litisconsortes. 4. Concreção do princípio da função social do contrato de seguro, ampliando o âmbito de eficácia da relação contratual. 5. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ. 6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **(Grifo do autor).**²²¹

Portanto, anteriormente, não existia a previsão legal sobre esse tema e até mesmo a jurisprudência do STJ era restrita, bem pontual, já que se limitava a possibilidade da condenação direta somente nos casos em que o denunciado a lide fosse a empresa seguradora.

Ocorre que o novo códex veio para regular essa omissão legislativa, como se pode perceber pela leitura do art. 128, parágrafo único do NCPC: "Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva"²²².

Assim, pode-se dizer que o Novo Código adotou o posicionamento do STJ supra, podendo o autor, agora nos termos da lei, executar diretamente o terceiro denunciado à lide, limitando, logicamente, essa execução ao contido na sentença de condenação relativa a ação de regresso.

É importante perceber, ademais, que esse novo código não só adotou o posicionamento do STJ, como o ampliou. Pode-se dizer isso, porque a redação do art. 128 do NCP não faz qualquer exigência para que seja possível a condenação direta, possibilitando, dessa

221 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 474921/ RJ. Agravante: OMINT ASSISTENCIAL SERVIÇOS DE SAÚDE S/C LTDA. Agravados: BRASPÉROLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A e CLÍNICA MÉDICO CIRÚRGICA BOTAFOGO S/A. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 05 de outubro de 2010. Data de Publicação: DJ 19/10/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17059937/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-47492-1-rj-2002-0133060-1>>. Acesso em: 19 mar. 2016

222 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

maneira, que seja utilizada em qualquer situação em que se faça uso da denunciação da lide, ou seja, não se limitando às ações em que o denunciado é uma seguradora (posicionamento do STJ).

Por fim, temos o art. 129 do NCPC, o qual veio para explicitar novas regras de sucumbência quando houver a denunciação da lide e para deixar evidente o cunho eventual dessa denunciação.

Primeiramente, da leitura do caput do art. 129 do NCPC que diz: “Se o denunciante for vencido na ação principal, o juiz passará ao julgamento da denunciação da lide”²²³, nota-se que o legislador deixou claro que a denunciação é uma demanda eventual, ou seja, só haverá o julgamento da denunciação no caso de o denunciante ser o vencido na demanda capital. No caso de vitória do denunciante, já da demanda principal, não há que se fale em denunciação por ausência de interesse.

Com relação ao parágrafo único do mesmo artigo, que tem como redação: “Se o denunciante for vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, sem prejuízo da condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado”²²⁴, nota-se que o legislador quis regravar, de forma mais clara, a questão da sucumbência atinente à denunciação da lide, tornando o denunciante sucumbente quando vencedor na ação principal.

Trata-se de redação legislativa que traz, de certa forma, uma punição, com o escopo de inibir as denunciações vazias, as quais, muitas vezes, são feitas apenas para protelar ainda mais o desfecho do processo.

Por outro lado, apesar de perceber que o código veio para positivar algumas jurisprudências já consolidadas, algumas hipóteses de sucumbência que tangenciam o assunto não foram lembradas, como é a situação abordada em julgado recente do STJ em Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 486.348/SC, de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA À DENUNCIÇÃO DA LIDE. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DA LIDE SECUNDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A falta de resistência à denunciação da lide enseja o não cabimento de condenação da denunciada em honorários advocatícios quando sucumbente o réu

223BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

224 Idem.

denunciante. Precedentes. 2. No caso, o Tribunal assentou a ausência de resistência à denunciação da lide: "[...] da análise da resposta apresentada pela litisdenunciada, denota-se que foi aceita a relação jurídica de regresso existente entre ela e a denunciante Cecília, ainda que questionados os limites de sua responsabilidade contratual." 3. Agravo regimental não provido.²²⁵

6. QUADRO COMPARATIVO

	CPC 1973	CPC 2015
DEFINIÇÃO	Art. 162 § 1º Sentença é o ato do	Art. 203 § 1º Ressalvadas as
SENTENÇA	juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.	disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a

225 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 486.348/SC. Agravantes: menores. Agravado Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 08 de maio de 2014. Data de Publicação: Dj 25/05/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25090310/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-486348-sc-2014-0054907-7-stj/inteiro-teor-25090311>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

		execução.
DEFINIÇÃO APELAÇÃO	Art. 724. Da sentença caberá apelação.	Art. 1.110. Da sentença caberá apelação
CABIMENTO DA APELAÇÃO/ REQUISITOS EXTRÍNSECOS	Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.	Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade
CABIMENTO DA APELAÇÃO / REQUISITOS EXTRÍNSECOS/ LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA	Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.	Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

		<p>Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.</p>
<p>CABIMENTO DA APELAÇÃO/ REQUISITOS INTRÍNSECOS /TEMPESTIVIDADE</p>	<p>Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.</p>	<p>Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.</p>
<p>PRAZO/FECHAMENT O DO FÓRUM</p>	<p>Art. 224. § 1º Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com</p>	<p>§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que: I - for determinado o</p>

	<p>dia em que o expediente forense</p> <p>for encerrado antes ou iniciado</p> <p>depois da hora normal ou houver</p> <p>indisponibilidade da comunicação eletrônica</p>	<p>fechamento do fórum; II - o expediente forense for encerrado</p> <p>antes da hora normal.</p>
PRAZO/CONTAGEM	<p>Art. 224 § 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.</p>	<p>Art. 184 § 2º Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único).</p>
	CPC 1973	CPC 2015
PRAZO/CONTAGEM	<p>Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computarse-ão somente os</p>	

	dias úteis.	
SUSPENSÃO DO PRAZO/ FÉRIAS	Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.	Art. 179. A superveniência de férias suspenderá o curso do prazo; o que lhe sobejar recomeçará a correr do primeiro dia útil seguinte ao termo das férias.
PRAZO APELAÇÃO	Art. 1.003 § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.	Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de

		15 (quinze) dias.
PRAZO CONTRARRAZÕES	1.010 § 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.	Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.
REQUISITOS INTRÍNSECOS/ REGULARIDADE FORMAL/ESTRUTURA PEÇA	Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà: I – os nomes e a qualificação das partes; II – a exposição do fato e do direito; III – as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; IV – o pedido de nova	Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà: I - os nomes e a qualificação das partes; II - os fundamentos de fato e de direito; III - o pedido de nova decisão.

	decisão.	
REQUISITOS INTRÍNSECOS	Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.	Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.
	CPC 1973	CPC 2015
PROCEDIMENTO NO TRIBUNAL/ RELATOR	Art. 931. Distribuídos, os autos serão imediatamente conclusos ao relator, que, em 30 (trinta)	Art. 549. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à

	<p>dias, depois de elaborar o voto, restituí-los-á, com relatório, à secretaria.</p>	<p>conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu "visto". Parágrafo único.</p> <p>O relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso.</p>
<p>PROCEDIMENTO NO TRIBUNAL</p>	<p>Art. 934. Em seguida, os autos serão apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, ordenando, em todas as hipóteses previstas neste Livro, a publicação da pauta no órgão oficial.</p>	<p>Art. 552. Os autos serão, em seguida, apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, mandando publicar a pauta no órgão oficial.</p>

<p>PROCEDIMENTO</p> <p>TRIBUNAL</p>	<p>Art. 935. Entre a data de publicação da pauta e a da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de 5 (cinco) dias, incluindo-se em nova pauta os processos que não tenham sido julgados, salvo aqueles cujo julgamento tiver sido expressamente adiado para a primeira sessão seguinte</p>	<p>Art. 551 § 1o Entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento mediará, pelo menos, o espaço de 48 (quarenta e oito) horas</p>
<p>PROCEDIMENTO</p> <p>TRIBUNAL/ SESSÃO DE JULGAMENTO</p>	<p>Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente,</p>	<p>Art. 554. Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o</p>

	<p>ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021: I – no recurso de apelação;</p>	<p>recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.</p>
	CPC 2015	CPC 1973
PROCEDIMENTO	Art. 941 § 2º No julgamento de apelação	Art. 555. No julgamento de

TRIBUNAL/ JULGAMENTO	ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 3 (três) juízes.	apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.
PROCEDIMENTO TRIBUNAL/ JULGAMENTO PRELIMINAR	Art. 939. Se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar	Art. 561. Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar.
PROCEDIMENTO	Art. 942. Quando o resultado da	

<p>TRIBUNAL/ JULGAMENTO</p>	<p>apelação for não unânime, o julgamento</p> <p>terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.</p>	
<p>RETRATAÇÃO/ INDEFERIMENTO</p>	<p>Art. 331. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no</p>	<p>Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar,</p>

INICIAL	prazo de 5 (cinco) dias, retratar-se.	facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.
RETRATAÇÃO/ IMPROCEDÊNCIA LIMINAR	Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento	Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

	<p>firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.</p>	
	CPC 2015	CPC 1973
RETRATAÇÃO/ HIPÓTESES/ PRESCRIÇÃO	<p>Art. 332 § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.</p>	
RETRATAÇÃO/ PRAZO	<p>Art. 332 § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias</p>	<p>Art. 285-A § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a</p>

		sentença e determinar o prosseguimento da ação.
RETRATAÇÃO/ CITAÇÃO DO RÉU	Art. 332 § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.	Art. 285-A § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.
RETRATAÇÃO/ DEMAIS HIPÓTESES	Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – por não	Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

promover os atos e as diligências que

lhe incumbir, o autor abandonar a

causa por mais de 30 (trinta) dias; IV

– verificar a ausência de pressupostos

de constituição e de desenvolvimento

válido e regular do processo; V –

reconhecer a existência de

perempção, de litispendência ou de

coisa julgada; VI – verificar ausência

de legitimidade ou de interesse

processual; VII – acolher a alegação

de existência de convenção de

arbitragem ou quando o juízo arbitral

reconhecer sua competência; VIII –

	<p>homologar a desistência da ação; IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código. § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.</p>	
	<p>CPC 2015</p>	<p>CPC 1973</p>
<p>EFEITO SUSPENSIVO</p>	<p>Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.</p>	<p>Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando</p>

		interposta de sentença que:
EFEITO SUSPENSIVO/ EXCEÇÃO	Art. 1.012 § 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.	Art. 521. Recebida a apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo; recebida só no efeito devolutivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraindo a respectiva carta.
EFEITO SUSPENSIVO/ EXCEÇÃO	Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.	Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de

		instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.
EFEITO SUSPENSIVO/ HIPÓTESES	Art. 995 parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.	
REQUERIMENTO PARA	1012 § 3º O pedido de	

O EFEITO SUSPENSIVO	<p>concessão de efeito suspensivo</p> <p>nas hipóteses do § 1º poderá ser</p> <p>formulado por requerimento</p> <p>dirigido ao: I – tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II – relator, se já distribuída a apelação</p>	
---------------------	--	--

	CPC 2015	CPC 1973
EFEITO DEVOLUTIVO	Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da	Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o

	matéria impugnada.	conhecimento da matéria impugnada
EFEITO DEVOLUTIVO/ EXCEÇÕES	Art. 1.013 § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.	Art. 515 § 1o Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.
EFEITO DEVOLUTIVO/ EXCEÇÕES	Art. 1.013 § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação	Art. 515 § 2o Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um

	<p>devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.</p>	<p>deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais</p>
<p>EFEITO DEVOLUTIVO/ FORÇA MAIOR</p>	<p>Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.</p>	<p>Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.</p>
<p>EFEITO DEVOLUTIVO/ EXCEÇÃO/ TEORIA DA CAUSA MADURA</p>	<p>§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I – reformar sentença</p>	<p>§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa</p>

	<p>fundada no art. 485; II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;</p> <p>IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.</p>	<p>versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.</p>
	CPC 2015	CPC 1973
<p>EFEITO DEVOLUTIVO/ HIPÓTESES</p>	<p>Art. 1012 § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei,</p>	<p>Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito</p>

começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I –	devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando
homologa divisão ou demarcação de terras; II –	interposta de sentença que: I -
condena a pagar alimentos; III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV – julga	homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; III - (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005) IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar
procedente o pedido de instituição de arbitragem; V –	liminarmente embargos à execução ou julgá-los
confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI – decreta	improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de

	<p>a interdição. § 2º Nos casos do</p> <p>§ 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.</p>	<p>instituição de arbitragem. VII -</p> <p>confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;</p>
<p>EXTINÇÃO DO AGRAVO RETIDO</p>	<p>Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação,</p>	<p>Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).</p>

	eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.	
--	---	--

CONCLUSÃO

Através do explanado nesse trabalho, pode-se concluir que o recurso de apelação é o meio de impugnação das decisões proferidas em sentenças terminativas ou definitivas, tendo como objetivo principal proporcionar às partes o duplo grau de jurisdição. Para compreendermos com mais objetividade o que foi apreciado neste artigo, teceremos uma breve explicação sobre alguns tópicos abordados.

No início do nosso estudo, destacamos alguns princípios básicos e norteadores, para o entendimento do instrumento jurídico da apelação. E, além de basilar, esses preceitos jurídicos auxiliam na percepção jurídica da lide, fazendo valer o direito no caso concreto.

Os requisitos de admissibilidade, por sua vez, são os que estabelecem se o recurso interposto deverá ou não ser apreciado, daí a importância do atendimento destes. Para que o recurso seja conhecido, é necessário observar o preenchimento dos requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Em hipótese de recebimento, o recurso será remetido ao tribunal, aonde serão analisadas as alegações de fato ou de direito consubstanciadas na peça feita pelo apelante. Sendo a consequência do julgamento no juízo *ad quem*, a reforma, anulação ou inalterabilidade da sentença de primeiro grau.

O recurso de apelação possui, em regra, efeito devolutivo e suspensivo, porém há exceções, em que o recurso será recebido apenas no efeito devolutivo, incisos do art. 520 do Diploma Processual Civil, e exceções em que o recurso não comporta efeito devolutivo, que são as hipóteses de profundidade e extensão desse efeito.

Em síntese, depreende-se que a apelação é um instrumento hábil para corrigir erro ou reexaminar provas. É através dele que a parte inconformada poderá pedir um segundo julgamento da sua causa, até então improcedente. É o meio de utilização do processo em favor da busca pela verdade, pela justiça e pelo direito.

Explica Frederico Marques que o direito de recorrer não se confunde com o direito de ação, uma vez que se trata de direito processual, sendo o recurso um procedimento que se forma, para que seja revisto pronunciamento jurisdicional contido no julgamento. É, por outro lado, um ônus processual, eis que, não oferecido o recurso oportunamente, ocorre a preclusão recursal e em razão desta se estabelece a imutabilidade da decisão.

Com relação ao Novo Código de Processo Civil, diante do exposto no presente trabalho, fica evidente que a reforma trouxe importantes mudanças. Além de atender aos Princípios Constitucionais, o novo CPC traz consigo a busca pela escopo máximo do Direito Processual, isto é, pacificação com justiça. Assim sendo, o processo torna-se um importante mecanismo eficaz de distribuição de justiça.

Nesse sentido, podemos afirmar que, o novo Código de Processo Civil, traz, de forma enfática, a normatização vinculativa dos princípios, tais como da Dignidade da Pessoa Humana, Devido Processo Legal, Celeridade, com o objetivo de simplificação do procedimento e busca pela justiça eficaz. Assim sendo, o princípio da Instrumentalidade das Formas também se mostra como fundamental na busca pelo aprimoramento do sistema processual, tendo em vista que prima pela finalidade e não a forma.

Ademais, como se pôde perceber, a espécie de intervenção de terceiros "Denúnciação da lide" sofreu significativas modificações, sendo considerada a que mais se modificou nesse processo de transição do CPC de 1973 para o Novo Código.

É bem verdade que grande parte dessas modificações já estavam inseridas na práxis processual, sendo apenas formalmente implantadas na letra da lei, entretanto, é inegável que tal instituto sofreu mudanças significativas e que, ao menos no plano teórico, evoluiu.

Mesmo com relação as mudanças que já estavam inseridas no dia-a-dia processual,

apesar de não positivadas, há de se comemorar a formalização do que se tinha como majoritário no processo civil, posto que evita que se continue discussões que já deveriam estar superadas e, além disso, evita o apego a doutrina minoritária, o que confere ainda mais segurança jurídica ao processo.

Diante de tudo exposto, fica evidente a importância da reforma do novo CPC frente aos novos anseios da sociedade. Para tanto, o novo diploma reforça o ideário de simplicidade processual, celeridade e pacificação social, isto é, torna possível um processo mais simples, conseqüentemente, mais eficaz e justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BASTOS, Lucília Isabel Cândine, **Princípio da fungibilidade recursal: Dúvida objetiva e tempestividade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7822> Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 29. Ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

CONSULTOR JURÍDICO, **Novo CPC é publicado e, para advogados, traz segurança jurídica**.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/avancos-retrocessos-cpc-publicado-diario-oficial>> Acesso em: 01 de maio de 2015.

CONSULTOR JURÍDICO, **Novo CPC acerta ao manter efeito suspensivo em certas apelações**.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/dierle-nunes-cpc-acerta-manter-efeito-suspensivo-certas-apelacoes>> Acesso em: 10 de maio de 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

FIUZA, César. **Direito Civil Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios. **Novo curso de direito processual civil 2 /**. - 9. Ed. -; São Paulo:

Saraiva: 2013

JÚNIOR DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 3. 12º ed. São Paulo. 2014. JusPodyum.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos**, Ed. RT, 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.

JURISWAY, **Recursos conceito e classificação**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=1120&id_titulo=13178&pagina=5> Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEONI, Diana Lacrete, **Recurso de apelação**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=introdu%C3%A7%C3%A3o+sobre+apela%C3%A7%C3%A3o&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F505%2F347&ei=rRQHVVYK7LNTLSATWIYGgBw&usq=AFQjCNHE_MfUYDlihTHA3gNWMjofOT3K1Q>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.

MACHADO, Daniel Carneiro, **O novo conceito de sentença e a natureza jurídica do ato judicial que resolve questões incidentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14391/o-novo-conceito-de-sentenca-e-a-natureza-juridica-do-ato-judicial-que-resolve-questoes-incidentais#ixzz3UbAvlWkH>> Acesso em: 02 de março de 2015

MACIEL, Lucas Pires, **A nova sistemática da recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil**, disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/602/617>> Acesso em: 10 de abril de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**, RT, São Paulo, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira / Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** - 8. Ed. rev. E atual - São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de Direito Processual Civil** - Volume único, 8. Ed. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NOVAES, Humberto Pollyceno. **Recursos e meios de impugnação e seus principais requisitos**.

Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&

artigo_id=11891> Acesso: 10 de março de 2015.

PASSANEZE, Marco Antônio, **Modificações da sentença pelo juiz de 1º grau**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24974/modificacoes-da-sentenca-pelo-juiz-de-1-grau>> Acesso em: 03 de março de 2015.

ROMERO, Angela Gabriela Alamino, **Juízo de retratação na apelação**. Disponível em: <<http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/911/ANGELA%20GABRIELA%20ALAMINO%20ROMERA.pdf?sequence=1>> Acesso em: 15 de março de 2015.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro, **O princípio da fungibilidade recursal como garantia do fim social do processo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8710>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2015.

SENADO NOTÍCIAS, **Novo CPC é sancionado pela presidente Dilma Rousseff**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/16/novo-cpc-e-sancionado-pela-presidente-dilma-rousseff>> Acesso em: 18 de março de 2015.

TJ-SP, Relator: Edgard Rosa. Data de Julgamento: 01/03/2012, 36ª Câmara de Direito Privado.

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1**. 51. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral, **Efeito devolutivo da apelação**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7843/Efeito-devolutivo-da-apelacao-o-disposto-no-3o-do-art-515-do-CPC>> Acesso em: 18 de março de 2015.

ESTADO E A REDISTRIBUIÇÃO DAS RENDAS PELOS TRIBUTOS

DAVI RODRIGUES HENRIQUES DE ARAÚJO:
Graduando em Direito pela UNITINS - Universidade
Estadual do Tocantins

FERNANDA MATOS FERNANDES DE OLIVEIRA JURUBEBA

(Coautora)

RESUMO: O presente trabalho apresenta o debate a respeito da estrutura tributária brasileira e tem como objetivo mostrar o seu impacto com a economia do Brasil, principalmente em relação à desigualdade social. O artigo apresenta fundamentações pautadas na história e legislação brasileira, além de dados acerca do sistema tributário. Nesse sentido, em um primeiro momento, o artigo aborda como se deu a origem da discrepância de renda brasileira e as raízes da história nas leis e logo em seguida apresenta como vigora a tributação no país e alguns dos desafios por trás do código tributário. Além disso, também é feito um comparativo do sistema tributário brasileiro em relação aos países da América Latina e aos países da OCDE, e verifica-se que o Brasil possui uma tributação regressiva, em que o consumo representa um percentual demasiado alto na carga tributária. Somado a isso, também percebe-se que o sistema tributário brasileiro é complexo, judicializado e burocrático. Com poucos paralelos no mundo, o sistema tributário espanta o investimento estrangeiro e leva à fuga de capitais, causando diversos prejuízos à economia do país. Por fim, o trabalho também discorre sobre possíveis soluções para sanar o problema, como a Teoria da Tributação ótima de Thomas Piketty, a simplificação e progressividade dos tributos.

Palavras-chave: Tributação e Desigualdade; Redistribuição de Renda pelos Tributos; Concentração de Renda no Brasil; Sistemas Tributários Comparados; Progressividades nos Tributos; Simplificação dos Tributos.

ABSTRACT: This article is based on a debate about the Brazilian tax structure and aims to show its impact on the Brazilian economy, especially regarding social inequality. The article will present evidence based on Brazilian history and legislation, as well as data about the tax system. The article will discuss how the Brazilian discrepancy in wealth originated; its roots of history; taxation laws; how taxation is implemented in the country, and some of the challenges behind the tax code. Furthermore, a comparison will also be made between the Brazilian tax system and other Latin American countries as well as OECD countries. The overall conclusion is that Brazil has a regressive taxation scheme, in which consumption represents an excessively high percentage of the tax burden. Added to this, it is also clear that the Brazilian tax system is complex, judicialized and overly bureaucratic. With few parallels in the world, the tax system drives away foreign investment and leads to capital evasion, causing damage to the country's economy. Finally, this paper will also discuss possible solutions to solve the problem, such as Thomas Piketty's Theory of Optimal Taxation, and the simplification and progressiveness of taxes.

Keywords: Taxation and Inequality; Redistribution of Income through Taxes; Wealth Concentration in Brazil; Comparative Tax Systems; Progressivities in Taxes; Simplification of Taxes

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desigualdade e tributação 2.1 Desigualdade: Um breve histórico 2.2 Os dados da desigualdade no Brasil 2.3 Tributação: Um breve histórico 2.4 O poder de tributar e seus limites 2.4.1 Princípio da capacidade contributiva 2.4.2 Imunidade e Isenção Tributária 2.5 Desafios da tributação no Brasil e a relação com a desigualdade 3. Análise sobre o sistema tributário brasileiro 3.1 Espécies tributárias 3.1.1 Impostos 3.1.2 Contribuições especiais 3.1.3 Taxas 3.2 A carga tributária bruta (CTB) 3.3 Comparativo Internacional 3.4 As críticas ao sistema tributário brasileiro 3.4.1 A complexidade do sistema tributário brasileiro 3.4.2 Judicialização 3.4.3 Burocracia 3.4.4 Distorção da carga tributária 3.5 O resultado da má tributação 4. A redistribuição da tributação no Brasil 4.1 Teoria da tributação ótima (TTO) 4.2 A simplificação dos tributos 4.3 Progressividade nos impostos 4.4 O imposto sobre grandes fortunas 4.5 O imposto sobre heranças e bem suntuários 5. Conclusão 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

A sociedade pode ser comparada a um corpo biológico, por ser, assim como esse, formada por partes que interagem entre si (DURKHEIM, 1987). Nessa perspectiva, é fundamental um sistema tributário equitativo, justo e eficiente para construir um organismo coerente e igualitário. Entretanto, diversos países ao redor do globo lidam com impasses na arrecadação de impostos. Trata-se de um retrato do capitalismo que deu errado: o conflito entre eficiência e equidade na criação de tributos geram resultados insatisfatórios para a população e pouco contribuem para a diminuição da discrepância social.

A relação entre desigualdade social e tributação sempre foi palco do debate internacional. Isso porque, pelo seu propósito, a receita proveniente dos tributos aspira garantir e melhorar a qualidade de vida da população, principalmente de baixa renda, e conseqüentemente, reduzir o contraste entre os grupos sociais. Todavia, o resultado da tributação não é satisfatório e gera implicações na população em todo o globo.

As economias subdesenvolvidas possuem ainda mais problemas, pois carregam traços históricos e culturais de desigualdade refletidos no sistema tributário. O Brasil não foge à regra, e assim como os países que foram colônias de exploração, conta com normas fiscais que oneram a população como um todo. São exemplos dessas políticas uma alta carga tributária sobre o consumo, que prejudica os mais pobres, a disposição de regras complexas, a judicialização de execuções e um sistema altamente burocrático.

Na tentativa de solucionar essas adversidades, sucessivos gestores públicos, economistas e tributaristas buscam aperfeiçoar os modelos tributários vigentes nas nações. Embora cheio de ideias, seus planos e teorias surtem poucos efeitos ou até mesmo prejuízos à população, seja pelo

desconhecimento em relação à cultura do país, seja pela dificuldade na aprovação de projetos no poder legislativo, seja pela guerra fiscal entre os países.

Nesse sentido, o presente trabalho busca observar o sistema tributário brasileiro a fim de verificar suas características e evidenciar suas falhas. Junto a isso, é feito um comparativo entre os países com o intuito de inspirar práticas que deram certo e evitar a reprodução de ações que prejudicaram a sociedade.

Para tanto, o estudo se dividiu em 3 (três) capítulos, no primeiro capítulo aborda-se sobre a desigualdade e tributação, o segundo traz uma análise do sistema tributário brasileiro, o terceiro disserta sobre redistribuição da tributação no Brasil. Por fim, apresenta-se as considerações finais deste trabalho e as referências utilizadas para a realização do mesmo.

2 DESIGUALDADE E TRIBUTAÇÃO

2.1 Desigualdade: um breve histórico

Para compreender melhor a desigualdade, é necessário estudar o processo e a história desse fenômeno, e como consequência, entender os mecanismos por trás desse contraste. Através da cronologia, é possível compreender a vida do homem com o tempo e investigar as razões da existência da disparidade de renda.

No Brasil, diversas foram as transformações políticas, demográficas e econômicas, mas nenhuma conseguiu exterminar ou reduzir de maneira significativa a desigualdade no país. É possível resgatar na cronologia o histórico de desigualdade social em diversos momentos e que se perpetuam até os dias atuais.

Em um primeiro momento, a escravidão era o elemento principal para a discrepância de renda no Brasil colônia. Apesar de ser um país com diversos recursos naturais, a riqueza gerada ficava apenas na mão de alguns portugueses, enquanto escravos africanos e indígenas sofriam com a péssima qualidade de vida (FERNANDES, 2016).

Mesmo com a independência do país e a abolição da escravatura, o Brasil império não conseguiu evitar que os negros ficassem à margem da sociedade, já que com o fim da escravidão, as condições eram precárias e as oportunidades de trabalho eram escassas (NASCIMENTO JUNIOR, 2019).

Com a Proclamação da República, deu-se início às políticas públicas que tinham como objetivo reduzir a pobreza e/ou melhorar a economia no país. Alguns desses projetos com maior destaque na história brasileira são a industrialização no período de Vargas, o Milagre econômico na ditadura militar e os sucessivos planos econômicos durante a redemocratização. Foram programas que tinham a tentativa de estabilizar a economia, mas nenhum realmente trouxe o efeito necessário de reduzir a desigualdade social drasticamente (FERNANDES, 2016).

Destarte, é notório que a desigualdade de renda no Brasil é um problema que assola o país desde a chegada dos portugueses e que a solução para essa adversidade não é simples e nem de curto prazo. Trata-se de um fenômeno intrinsecamente ligado à cultura e à história brasileira.

2.2 Os dados da desigualdade social no Brasil

A desigualdade social é um processo de vulnerabilidade e discrepância entre diferentes grupos sociais. A partir dela são criadas limitações que prejudicam o status e a classe social de uma pessoa ou de um grupo.

Um dos principais métodos para tentar medir a desigualdade é o índice de Gini, idealizado pelo matemático italiano Conrado Gini. Desde que o coeficiente passou a ser calculado no país, em 1976, o Brasil se mostrou um país com o índice bastante volátil. Isso porque a economia brasileira viveu sucessivas crises e períodos inflacionários que impactaram diretamente o comportamento do índice.

No relatório de renda global mais recente, publicado pelo Banco *Credit Suisse*, a América Latina se destaca como o continente com o pior coeficiente de Gini do mundo, isto é, com uma das maiores desigualdades de renda do globo. Para contribuir com o pódio do continente, o Brasil figurou como um dos piores países do mundo em níveis de desigualdade. Enquanto que Chile e México reduziram a desigualdade em 20 anos, o Brasil divergiu dos seus vizinhos e aumentou o contraste social. O coeficiente de Gini do país saltou de 84.7 em 2000, para 89.0 em 2020. A renda dos 1% mais ricos agora é equivalente a 49.6% das riquezas do país, enquanto em 2000, esse mesmo número era de 44.2%. Trata-se de um problema que perdura e dificulta o desenvolvimento socioeconômico brasileiro (CARVALHO JUNIOR).

2.3 Tributação: Um breve histórico

Não há uma data exata que marque a criação do tributo nas relações humanas. Isso porque a tributação é uma característica que advém das trocas humanas, e essas transações ocorreram desde a origem do homem e sua vivência em coletividade.

Entretanto, várias características da tributação como conhecida hodiernamente, eram distintas nas sociedades primitivas. Nos primórdios, tribos se organizavam para garantir a segurança da aldeia através de tributos. Era um tributo caracterizado pelo próprio trabalho do indivíduo em relação ao coletivo (FERREIRA, 2015).

De acordo com autor citado anteriormente, com o passar dos anos, as tribos deixaram de ser nômades e passaram a ter locais fixos. Dessa forma, a população cresceu e surgiram diferentes comunidades e com escalas hierárquicas baseadas em elementos religiosos. A partir de então, a

tributação deixou de ser um mecanismo unicamente de proteção da comunidade e passou a se expandir para outros setores.

Além disso, um fator preponderante para a evolução da tributação foi o surgimento e a adesão do sistema monetário, isto é, a adoção da moeda, que permitiu quantificar e transformou a maneira de se arrecadar. Trata-se de um instrumento empregado por civilizações antigas, que se tornaram mais complexas mediante a coordenação dos Bancos Centrais e são utilizadas até os dias atuais pelos governos (FERREIRA, 2015).

Foram séculos e a experiência do conjunto de várias culturas, que permitiu a evolução do sistema tributário como conhecemos hoje. Ele progrediu e atualmente possui uma maior participação popular e traz diversos benefícios à sociedade (VARSAÑO et. al 1998).

2.4 O poder de tributar e seus limites

Os tributos são uma das ferramentas que visam garantir a manutenção do Estado e assim exercer os interesses do coletivo mediante a cobrança do patrimônio dos indivíduos. Através dos impostos, é possível realizar diversas políticas públicas que podem diminuir a desigualdade e melhorar a qualidade de vida da população.

Entretanto, o poder de tributar tem limitações, isto é, a legislação regula as relações do Estado para com o contribuinte a fim de preservar os direitos humanos e fundamentais e evitar a violação da propriedade privada e da liberdade. Esses limites podem ser observados tanto em princípios, como nas imunidades tributárias.

No caso dos princípios, destaca-se o princípio da capacidade contributiva, que busca a equidade na cobrança de tributos, isto é, a observação de casos concretos para torná-los mais justos e igualitários possíveis. Concomitantemente, as imunidades e isenções possibilitam o afastamento da tributação a fim de preservar direitos constitucionais.

2.4.1 Princípio da capacidade contributiva

Cada cidadão com capacidade de contribuir, está sujeito a pagar impostos. Entretanto, a sua participação na arrecadação do governo varia de acordo com sua riqueza, isto é, a natureza econômica é um fator de extrema relevância na quantificação do pagamento de tributos.

Para o filósofo e economista britânico Adam Smith (1983, p. 247), “os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do governo, em proporção a suas respectivas capacidades, isto é, em proporção à receita que cada um desfruta, sob a proteção do Estado”.

De acordo com o autor citado anteriormente, trata-se de um princípio que pode ser estudado de duas formas: a renda e o consumo. As discussões a respeito de qual das duas maneiras

deve se tributar são extensas. Em uma breve análise, os simpatizantes do consumo como método de tributação defendem que os mais ricos possuem maior poder aquisitivo para ostentar, e, por conseguinte, consomem mais. Eles adotam a ideia de que todos são iguais perante a lei e dessa forma, os contribuintes seriam tratados de maneira igualitária caso a cobrança do imposto se desse através do consumo. Para a corrente majoritária do direito tributário, a renda é a maneira mais equilibrada de se tributar, já que é possível observar tanto a receita, quanto o consumo do pagante, diminuindo, assim, a desigualdade social entre os contribuintes.

Dessa maneira, observa-se, a equidade horizontal, em que os contribuintes com capacidade de pagamento de impostos similares devem pagar a mesma quantia, e a equidade vertical, em que os contribuintes com maior capacidade de pagamento de impostos, devem pagar quantias maiores.

2.4.2 Imunidade e isenção tributária

A imunidade tributária pode ser compreendida como um mecanismo para garantir direitos constitucionais, ou seja, assegurar garantias individuais e coletivas dos contribuintes. Um exemplo dessa limitação tributária é a imunidade de imprensa, que veda o Estado de cobrar impostos sobre livros, jornais entre outros a fim de preservar a cultura e a liberdade de informação. Assim, tornam-se mais acessíveis conteúdos educativos e informativos para a população, principalmente a pessoas de baixa renda.

Já a isenção tributária, uma ferramenta que deve ser estipulada por lei, possui diversas funções, como incentivar o desenvolvimento econômico de uma área regional e conceder o afastamento da tributação a uma classe social (BRASIL, 2017). Um exemplo do uso da isenção tributária pode ser verificado na zona franca de Manaus, cujos incentivos fiscais promoveram a economia da região e hoje conta com mais de 600 companhias. Outrossim, pessoas com doenças graves são isentas do Imposto de Renda, por exemplo. Trata-se de uma garantia aos direitos individuais e melhora a qualidade de vida do enfermo (CASTRO, 2014; FERNANDES, 2019).

2.5 Desafios da tributação no Brasil e a relação com a desigualdade

Apesar dos limites ao poder de tributar, diversos problemas surgem quando o assunto é tributação. O Brasil é destaque negativo na área tributária, principalmente pela burocracia, complexidade e alta carga tributária enfrentada pelos contribuintes.

É o que mostra uma pesquisa realizada pelo Banco Mundial: o relatório *Doing Business* 2020, que mede a facilidade em fazer negócios ao redor do globo. Dentre 190 países, o Brasil é o primeiro do ranking no tempo gasto por empresas na apuração de impostos, isto é, a preparação, declaração e o pagamento dos tributos. Enquanto nos BRICs, as empresas levam, em média, 437 horas no ano para cumprir suas obrigações tributárias, as companhias brasileiras despendem cerca

de 1501 horas anuais. Embora o fisco já tenha adotado meios para o cumprimento das obrigações através da internet, ainda há um entrave causado pela grande quantidade de tributos e diferentes alíquotas que variam a depender do estado e município (DOING BUSINESS 2020).

Concomitantemente, outro fator para destacar o país negativamente na pesquisa é a alta carga tributária. Segundo o estudo, a carga tributária total (CTT) nos lucros das empresas varia de 64,4% dos lucros a 66,4%. Os tributos federais são maioria nesse percentual, já que os encargos trabalhistas e as contribuições sociais e os tributos sobre renda correspondem a 40,9% e 22,5% dos lucros, respectivamente. Esse obstáculo atinge diretamente as empresas e afugenta investimento, diminuindo a empregabilidade do país (CARVALHO JUNIOR, 2022).

Além disso, a pessoa física também sofre com a alta carga tributária, principalmente através dos tributos sobre o consumo. Notadamente quando em se falando de impostos que afetam principalmente as pessoas de baixa renda, já que, apesar de consumirem menos que as pessoas de alta renda, pagam alíquotas iguais sobre o consumo dos mesmos produtos. O problema se torna ainda mais grave quando contextualizado com a economia brasileira, haja vista que ela é marcada por sucessivos períodos de inflação. Isso porque, o aumento de preços das mercadorias também aumenta o valor nominal das alíquotas dos impostos, fazendo com que os produtos cheguem ainda mais caros aos consumidores.

Apesar da alta arrecadação do Estado através de uma alta carga tributária, os recursos disponíveis não são geridos de maneira eficiente. Segundo o Tesouro Nacional, o Brasil lida com o *déficit* fiscal desde 2014, ou seja, são 8 anos consecutivos em que o país não consegue se livrar do rombo nas contas públicas. Isso porque o Governo conta com um engessamento das despesas primárias da União, isto é, o que é arrecadado, já tem um destino preestabelecido e poucas são as mudanças que podem ser feitas no orçamento. Esse Estado dispendioso só consegue financiar de uma forma: através da alta carga tributária. Tal característica contribui para uma fuga de capital do país e baixa produtividade, que por conseguinte levam a uma estagnação de longo prazo da economia brasileira (BRASIL, 2021).

O resultado dessa equação é simples e não poderia ser diferente: a complexidade, burocracia e a alta carga de impostos, somados à ineficiência na gestão de recursos, resulta na diminuição do poder de compra da população e o aumento da desigualdade de renda.

3 ANÁLISE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

3.1 Espécies tributárias

Para elucidar a tributação brasileira, é necessário compreender os mecanismos de arrecadação do Estado. De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Brasil conta com cinco espécies tributárias: Impostos, Taxas, Contribuições de Melhoria, Empréstimos Compulsórios e as

Contribuições Especiais. As características e especificidades de cada espécie variam de acordo com o fato gerador e estão elencadas no Código Tributário Nacional.

Dentre essas cinco espécies tributárias, destacam-se três: os impostos, as taxas e as contribuições especiais, que são tributos de maior alcance e impacto direto na sociedade. Isso porque eles representam a maior fonte de arrecadação do Estado e incidem diretamente sobre o patrimônio, a renda e o consumo da população. Além disso, eles também são as espécies tributárias com maior quantidade de dados e informações disponibilizadas, o que permite uma pesquisa ampla e detalhada sobre seu impacto social.

Antes de aprofundar o tema, é fundamental compreender algumas características dessas três espécies tributárias: os impostos, as taxas, e as contribuições especiais.

3.1.1 Impostos

Os impostos são uma espécie tributária não vinculada, ou seja, o contribuinte deve satisfazer a obrigação independentemente de uma contraprestação estatal. Não é necessário que o governo ofereça algo em troca. Outra característica é que os fatos geradores dos impostos são, em regra, previstos constitucionalmente. Outrossim, os impostos são exclusivamente destinados às funções gerais e indivisíveis do Estado, isto é, as despesas públicas. Eles também podem ser divididos em dois grupos: os impostos diretos e indiretos.

Os impostos diretos são aqueles em que a obrigação tributária é de um contribuinte específico através da concretização da hipótese incidência descrita em lei, ou seja, são impostos que incidem diretamente sobre uma pessoa natural ou jurídica (PETROLI, 2016). Em regra, eles incidem sobre renda e patrimônio e buscam observar o Princípio da capacidade contributiva. O Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) é um exemplo de imposto direto municipal. O Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) e o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) são exemplos de impostos diretos estaduais. O Imposto de Renda (IR) e o Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) são exemplos de impostos diretos federais.

Os impostos indiretos são aqueles em que a obrigação tributária recai sobre o consumidor, ou seja, há um repasse do tributo de quem estiver na no topo da cadeia produtiva para quem consumir o produto final (PETROLI, 2016). Em regra, eles incidem sobre o consumo e não observam o Princípio da capacidade contributiva, haja vista que não há uma análise específica de quem irá arcar com esse tributo. O Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI) e o Imposto sobre serviços (ISS) são exemplos de impostos indiretos municipais. O Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é um exemplo de imposto indireto estadual. O Imposto de importação (II), o Imposto de exportação (IE), Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), Programa

de Integração Social (PIS) e o Imposto sobre produtos industrializados (IPI) são exemplos de impostos indiretos federais.

3.1.2 Contribuições especiais

Também conhecidas como “contribuições” são tributos de competência da União Federal e previstos no art. 149 do Texto Constitucional. Uma característica desta espécie tributária é que o fato gerador é a atuação indireta do Estado, e a atuação deste pode ser genérica mas com um requisito finalístico. Esse tributo é de extrema relevância para atuação da União em áreas sociais como a Previdência Social, Assistência Social, Saúde e Educação. São exemplos de contribuições especiais a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), entre outros.

3.1.3 Taxas

Por último temos as taxas, que são um tributo que possuem a vinculação como uma de suas características essenciais. Além disso, essa espécie tributária é considerada divisível, já que os contribuintes que arcam com a mesma taxa, pagam o valor de maneira igual. Concomitantemente, a atuação do Estado é realizada de maneira específica, ou seja, seu exercício é condicionado a uma atribuição específica, não podendo ser genérica. São exemplos de taxa, a taxa de polícia ou de fiscalização e a taxa de serviço ou de utilização.

3.2 A carga tributária Bruta (CTB)

A carga tributária bruta (CTB) é um conjunto de todos os recursos financeiros que são transferidos da sociedade, inclusive de direito público, para o Estado. O aumento da CTB diminui os recursos disponíveis no setor privado e, portanto, diminui o consumo e/ou investimento de famílias e firmas. Por outro lado, seu aumento possibilita ao governo elaboração de políticas públicas que ofereçam bens e serviços à população.

As informações a respeito da CTB são disponibilizadas pela Receita Federal do Brasil (RFB) e é a partir desses dados que é possível mensurar o peso dos tributos na sociedade, medir em qual base de incidência há uma maior tributação e comparar com os demais países (CARVALHO JUNIOR, 2022).

Ainda segundo o autor citado anteriormente, no ano de 2020, segundo a RFB, a CTB no Brasil foi de 31,58% do Produto Interno Bruto (PIB). Uma queda em relação ao ano de 2019 de 0,87 pontos percentuais. Trata-se da segunda pior carga tributária do país desde o início da série histórica, em 2002. A justificativa para tal dado não poderia ser outra: o impacto da pandemia na economia brasileira, que diminuiu a renda e consumo da população, e por conseguinte, a arrecadação de tributos.

Em uma análise no que se refere aos entes federativos, a União foi a principal responsável pela arrecadação total do Governo, dos quais, 66,28% foram recolhidos através de tributos federais. Ao mesmo tempo, os Estados e Municípios ficaram com 27% e 6,72% da totalidade dos tributos, respectivamente. Em um contexto da base de incidência, o destaque é para a arrecadação dos Bens e serviços, que foram responsáveis por 43,72% da contribuição, enquanto que a Renda e Folha de salários ficaram com 22,47% e 27,91% respectivamente (CARVALHO JUNIOR, 2022).

3.3 Comparativo Internacional

É de extrema relevância comparar as ferramentas utilizadas pelo sistema tributário entre os países. É a partir dessa analogia que se permite repensar a configuração das normas e assim aperfeiçoar a maneira de se tributar. Nesse sentido, é possível reproduzir políticas tributárias que deram certo e represar as leis que trouxeram consequências negativas para a população.

No contexto internacional, é possível verificar várias semelhanças e divergências com relação ao sistema tributário brasileiro dos demais. Entretanto, esse comparativo deve ser feito com observações, já que o Brasil conta com algumas espécies tributárias que outros países podem não ter. Um exemplo disso é a contribuição previdenciária, que é recolhida e administrada pelo Estado, enquanto em alguns países, esse ativo financeiro é gerido apenas pelo setor privado.

Na comparação com os países da América Latina, utilizando as informações disponibilizadas pelo OCDE *Revenue Statistic 2021*, com dados coletados em 2019, o Brasil apresentou uma média da CTB em relação ao PIB maior que a dos países vizinhos. Enquanto a média brasileira de 2019 foi de 32,5%, a carga tributária dos países latinos foi de 22,9% do PIB, uma diferença de 9,6 pontos percentuais. Já quanto à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a diferença foi menor e o Brasil conseguiu o destaque positivo. Mesmo com mais espécies tributárias do que a maior parte dos países comparados, o Brasil apresentou uma média da CTB em relação ao PIB menor que a média dos 36 países membros da Organização, que foi de 34,5% (CARVALHO JUNIOR, 2022).

Ainda de acordo com o autor citado anteriormente, apesar do alinhamento da CTB em relação ao PIB com muitos países, há diversas críticas de cientistas políticos, tributaristas e doutrinadores no que tange o sistema tributário brasileiro e como ele afeta as relações de trabalho, o consumo das famílias e a renda dos brasileiros, o que por conseguinte aumenta a desigualdade e a pobreza. Isso porque, o Brasil se difere dos outros países nas bases de incidência dos tributos.

Um exemplo dessa divergência é a respeito da CTB sobre Renda, Lucro e Ganhos de Capital. O Brasil possui uma CTB sobre a renda de apenas 7,3 pontos percentuais, figurando a 7ª posição entre os 36 países membros que menos tributa nessa área, enquanto a média da Organização foi de 11,4%. No âmbito tributário sobre consumo, o Brasil possui um destaque negativo, e é o 5º país

que mais tributa bens e serviços, com uma CTB de 14,1%, enquanto a média da OCDE foi de 11 pontos percentuais (CARVALHO JUNIOR, 2022).

3.4 As críticas ao sistema tributário brasileiro

Como observado acima, o Brasil não possui uma CTB em relação ao PIB que destoa da média dos países da OCDE. Entretanto, é quase unânime a opinião de especialistas sobre a carga tributária brasileira: ela é complexa, judicializada, burocrática e distorcida.

3.4.1 A complexidade do sistema tributário brasileiro

A complexidade do sistema tributário brasileiro está evidenciada em várias cadeias tributárias e em diferentes entes federativos. Isso em função da composição legislativa tributária permitir várias alterações tributárias a depender do ente federativo.

A grande quantidade de normas tributárias é um dos fatores que corroboram para a complexidade do sistema tributário. No contexto do ICMS e do ISS, em que cada um dos 27 estados e 5.568 municípios possuem regras particulares na cobrança desses impostos, regiões próximas, com menos de 10km de distância, dispõem de regras tributárias diferenciadas, cada qual com sua norma e complexidade. A exemplo dessas divergentes leis tributárias, de acordo com o relatório *Doing Business*, na capital do Tocantins, Palmas, a carga tributária total do IPTU é de 0,43%, enquanto no Rio de Janeiro, esse mesmo imposto é de 3,44 pontos percentuais. Trata-se de uma combinação infinita de alíquotas que variam de acordo com o produto e localidade, e torna impossível a elaboração de uma análise combinatória (FMI, 2019).

Além disso, a legislação desses tributos traz a descrição minuciosa de cada produto para a aplicação do imposto a fim de evitar fraudes, mas resulta em uma extensa literatura da norma, que torna o sistema tributário demasiadamente complexo (VARSANO, et. al 1998). Dessa maneira, os contribuintes dedicam uma enorme quantidade de tempo para o cálculo do imposto, cerca de 885 horas anuais para a apuração apenas do ICMS, segundo o relatório *Doing Business* (2020).

Por outro lado, Amaral et. al (2021), considera que a culpa não é exclusiva das unidades federativas e dos municípios, mas também da União, que por sua natureza, deveria trazer simplicidade aos tributos. Para obedecer às regras tributárias estabelecidas pela RFB, o Governo Federal altera diariamente as leis que regem o sistema tributário e hoje o Brasil conta com 4.377 regulações fiscais segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento (IBPT).

3.4.2 Judicialização

Em virtude da classificação tributária ter uma infinidade de alíquotas a diferentes produtos, os entraves dessas normas não se encontram apenas na complexidade, mas também alcançam problemas na judicialização. Segundo o relatório Contencioso tributário no Brasil, do INSPER, em 2018, as demandas relacionadas à tributação representam 70% de todas as execuções judiciais

pendentes no país. Essa adversidade se dá nos erros de cálculo da obrigação tributária, mas também na rotulação de mercadorias (INSPER, 2019)

Produtos com detalhes um pouco diferentes possuem alíquotas diferentes e muitas vezes a discussão da classificação dessas mercadorias acaba sendo solucionada apenas através do judiciário. Isso acontece porque são atribuídos códigos a inúmeros produtos através de uma convenção chamada Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), adotada pelo Uruguai, Paraguai, Brasil e Argentina. O objetivo desse sistema é manter a harmonia e facilitar o comércio internacional a fim de simplificar a tributação do bloco. Através desses códigos é possível determinar a base de incidência de algum tributo, como o IPI. Entretanto, ocasionalmente a Receita entra em conflito com as empresas questionando qual o código deve ser utilizado no produto, e assim começa um embate judicial.

Atualmente, tramitam no Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF), centenas de processos com problemáticas semelhantes como o visto acima. É o caso das barrinhas de cereal, em que surgiu a dúvida se esse alimento era relacionado a confeitarias ou flocos de cereal. A diferença é que se considerado um produto de confeitaria, haveria incidência de 5% do IPI sobre o produto, enquanto se considerado flocos de cereal, haveria isenção desse imposto. Diante desse embate, a Câmara Superior do CARF decidiu que as barrinhas de cereal são produtos de confeitaria para classificação fiscal, incidindo o tributo sobre a mercadoria.

Para escapar de impostos, muitos empresários “driblam” a legislação e modificam as características dos seus produtos. É o caso do famoso bombom “sonho de valsa” que foi transformado em “wafer”, isto é, houve a alteração na produção do doce a qual foi retirado o chocolate e adicionado uma cobertura sabor chocolate. Dessa forma, a empresa conseguiu diminuir a tributação sobre sua mercadoria, pois a incidência do IPI sobre o chocolate é maior do que os demais produtos alimentícios.

3.4.3 Burocracia

O sistema tributário brasileiro é considerado burocrático tanto pela sua complexidade, mas também por sua “lentidão”. Um dos fatores que fomentam esses adjetivos é a falta de unicidade entre os órgãos governamentais. Muitas vezes essa deficiência na coordenação entre essas agências torna processos que deveriam ser simples, em processos complexos e com diversas etapas. Um exemplo dessa confusão é em relação a transferência de propriedades. A inabilidade na comunicação entre os cartórios e as secretarias de fazenda e desenvolvimento urbano faz com que o contribuinte se preocupe em percorrer diversas fontes - títulos de propriedade, certidões cadastrais e mapas (plantas) de terrenos - para conseguir informações a respeito da propriedade, além de precisar transmitir todos esses documentos para os órgãos necessários. Dessa forma, a precariedade de cooperação entre as agências transforma o sistema tributário em um caos

completo, haja vista que aumenta a possibilidade de erros, assim como não favorece uma base de dados entre instituições.

Esse problema repercute também na atualização dos valores devidos e tributos. Apesar de alguns municípios terem conseguido automatizar a correção dos valores, como Recife e Salvador, outros não conseguem disponibilizá-los aos contribuintes, como Belém e Teresina. Dessa maneira, o Código Tributário Municipal fica desatualizado e o contribuinte precisa entrar em contato com a prefeitura a fim de colher essas informações, que muitas vezes costumam envolver fórmulas complexas para se calcular o tributo.

Além disso, a variação do prazo para o pagamento de impostos entre as cidades, cria um cenário desordenado, principalmente para as empresas. Segundo o relatório *Doing Business*, o pagamento do ITBI em Macapá leva 14 dias e conta com quatro etapas para ser concluído. Já em São Paulo, é menos trabalhoso, já que o pagamento é automatizado e efetuado no mesmo dia (AMARAL et. al 2021).

Outrossim, as declarações fiscais, apesar de serem digitais, não escaparam da burocracia. Segundo a RFB, em 2007 foi introduzido um sistema para integrar os dados das obrigações fiscais, o SPED. O programa evoluiu e através dele, se tornou possível que os estados consigam receber as declarações fiscais dos tributos estaduais, até mesmo o ICMS. Entretanto, ainda em 2019, quatorze estados exigiam essa obrigação dos contribuintes através de uma declaração estadual específica, que conta com dez seções distintas, cada uma com informações particulares, a cada mês.

3.4.4 Distorção da carga tributária

Diferentemente da burocracia e da complexidade, a distorção da carga tributária não é facilmente observada. Para compreender essa característica, é necessário destrinchar o sistema tributário e analisar os dados por outra perspectiva: a incidência tributária nas diferentes classes sociais. Isso porque, os impostos que incidem sobre a população pouco respeitam o princípio da capacidade contributiva, haja vista que tributa demasiadamente o consumo e pouco a renda. Essa falta de progressividade do sistema tributário nacional é sustentada, principalmente, pela composição da CTB dos Governos Estaduais e a ineficiência do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) ao tributar a renda.

Ao analisar a natureza do IRPF, é possível afirmar que esse imposto possui a maior eficácia para garantir a equidade horizontal e vertical. A partir desse tributo, é possível mensurar a renda auferida pelo contribuinte e aplicar medidas progressivas do pagamento de impostos para que, os contribuintes com maior capacidade para contribuir com os cofres públicos, suportem maior ônus tributário. Entretanto, sua estrutura restringe a aplicação de sua capacidade distributiva, pois os mais ricos conseguem escapar da tributação, enquanto os mais pobres são prejudicados. Isso pelo motivo do IRPF limitar as alíquotas em 27,5% combinado a isenção na tributação de lucros e dividendos.

Outrossim, as alíquotas sobre os rendimentos de ganhos capital costumam ser mais baixas que as alíquotas aplicadas aos rendimentos do trabalho. Isso em razão da legislação brasileira entender que esses rendimentos são relativos à atividade empresarial e serem taxados via Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e CSLL. Trata-se de uma política tributária com poucos paralelos entre os países participantes da OCDE.

Concomitantemente, os impostos indiretos possuem grandes resultados na arrecadação do governo. Trata-se de tributos considerados regressivos, ou seja, quem recebe menos é onerado por pagar a mesma porcentagem de imposto de quem é rico. Para entender o impacto desses impostos, durante o ano de 2020, os impostos sobre o consumo foram responsáveis por cerca de 44% de toda a arrecadação nacional, segundo a RFB. Em sua grande maioria, esses tributos são Estaduais, através do ICMS. Tal imposto é a maior fonte de receita e financiamento dos Estados e representou 81,46% de toda CTB dos Governos Estaduais em 2020. Dessa maneira, esse Ente federativo, com um orçamento alto, é obrigado a cobrar alíquotas de ICMS altas sobre o consumo de produtos, onerando a população, principalmente a mais pobre (BRASIL, 2021).

Além disso, as empresas também contam com um recolhimento desfavorável. Isso em função de as companhias pagarem tributos antes mesmo de receber pela venda que gerou o recolhimento. E esse ônus é repassado aos clientes das companhias, principalmente os mais pobres. Segundo o IBPT, em 2021, os brasileiros, em média, precisaram trabalhar o equivalente a 149 dias, ou seja, 40% do total em 1 ano para arcar com as despesas tributárias.

3.5 O resultado da má tributação

É evidente que o sistema tributário influi na distribuição de renda, já que para a arrecadação do governo é indispensável o uso de instrumentos que impactam a vida do contribuinte de maneira diversa. Essas ferramentas são utilizadas de maneira diferentes a depender de fatores econômicos, seja na posse ou transferência de bens, aferição de renda, consumo ou poupança. A partir desses mecanismos há a possibilidade de diminuir a desigualdade de renda e proporcionar melhores condições de vida à sociedade.

Entretanto, a inabilidade do governo brasileiro em legislar sobre uma tributação eficiente não só impede a repartição da riqueza do país, mas também incentiva sua concentração. O conjunto de burocracia, complexidade, distorção e alta carga tributária resultam em um sistema tributário ineficaz com consequências trágicas para a população.

Uma dessas implicações diz respeito à falta de incentivo na atração de investimentos para o país e a dificuldade de empreender. Com poucos países semelhantes ao Brasil, grande parte do capital estrangeiro enxerga o país como um investimento de alto risco e com retorno vagaroso. Dessa maneira, os recursos financeiros internacionais que chegam ao país são raros, e sua maioria

acaba sendo para investimentos na renda fixa, já que o juro real do país é um dos maiores do mundo.

Concomitantemente, os contribuintes locais são pouco incentivados a empreender, já que assumir um negócio se torna uma grande dor de cabeça ao se deparar com os entraves tributários. No caso das companhias que estão operando, há pouco espaço para as pequenas empresas conseguirem competir com as grandes empresas, haja vista que são as mais afetadas pela tributação excessiva no consumo e resta pouco capital para aplicação de recursos no crescimento da companhia. Igualmente, a expansão dos negócios para novos territórios encontra barreiras na complexidade e burocracia das diferentes regras tributárias, sendo necessário altas despesas para arcar com estudos das normas.

Além disso, com a distorção do sistema tributário, muitos contribuintes possuem dificuldades em cumprir suas obrigações e cometem erros, ou acabam usufruindo da ilegalidade para aumentar sua renda. Um dos exemplos mais famosos é com relação ao cigarro e bebidas alcoólicas que possuem uma tributação elevada no Brasil, enquanto em países vizinhos o mesmo produto pode ser encontrado muito mais barato, e, dessa forma, o tráfico dessas mercadorias se tornou frequente. Já a dificuldade de entendimento das normas tributárias leva os contribuintes a responderem autos de infração com multas elevadas. São problemas que trazem ao fisco rombos sem precedentes e prejuízos para políticas públicas voltadas para a redistribuição de renda.

Ademais, o resultado dessa confusão fiscal torna problemas simples em entraves judiciais e administrativos. Isso porque as falhas na declaração de impostos levam à malha fina, e dessa forma, o pagamento da restituição atrasa para o contribuinte até que as dúvidas do Fisco sejam sanadas. Já os contribuintes que cometem erros no pagamento de tributos e acabam inscritos na dívida ativa, muitos sem saber o motivo. Junto a isso, as empresas questionam a base de incidência tributária solicitada pela RCF, mas que difere da NCM. Assim, essa problemática é judicializada e sobrecarrega o sistema judiciário e administrativo.

Outro resultado da ineficiência do Estado em gerir Impostos é o aumento da desigualdade e da pobreza. A população mais pobre também é afetada pela distorção na carga tributária. Isso graças aos elevados tributos sobre o consumo somados à inflação, que corrói a renda dos mais necessitados e prejudica planejamentos de longo prazo das famílias. Além disso, com poucos empreendimentos no país e grande fuga do capital, a mobilidade social se torna baixa e lenta, o que torna os níveis de desigualdade inertes. Somado a isso, o ônus dos problemas fiscais das empresas não deixa de ser repassado aos consumidores, tornando os produtos ainda mais caros. Tais fatores combinados não poderiam apresentar outro resultado: uma baixa geração de empregos e o aumento da pobreza no país.

4 A REDISTRIBUIÇÃO DA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL

Desde o início histórico da tributação, sempre houve divergências sobre o poder de tributar: como, quando, quanto, quem tributar são questionamentos que, diferentemente da matemática, não possuem uma resposta exata. Portanto, o objetivo deste capítulo é tentar entender alguns dos caminhos alternativos à tributação brasileira atual a fim de torná-la mais justa.

4.1 Teoria da tributação ótima (TTO)

O equilíbrio entre equidade e eficiência são atributos desejáveis por qualquer sistema tributário, já que a partir dessas qualidades é possível melhorar a qualidade de vida da população e torná-la mais justa e igualitária. Entretanto, são características inviáveis de serem mensuradas, o que torna questionável qualquer norma tributária no mundo. Isso porque, a incidência de tributos ocorre de maneira generalizada, o que impossibilita a observação das particularidades de cada indivíduo.

Na tentativa de alcançar o mais próximo possível desses aspectos, vários estudiosos criaram teorias que visavam a modificação da estrutura do sistema tributário. Dessa maneira, surgiu a teoria da tributação ótima (TTO), que busca trazer uma harmonia entre as relações econômicas privadas e um agente estatal que atua através de políticas públicas para o bem-estar social.

O pioneiro neste tema foi Adam Smith, economista escocês, que durante o iluminismo, em 1776, escreveu a obra "A riqueza das nações". Para ele, alguns princípios eram indispensáveis para um sistema tributário mais justo: cada um deve contribuir com o Estado de acordo com suas respectivas capacidades, ou seja, em proporção à renda que respectivamente gozam sob a proteção do Estado; o tributo deveria ser certo e não arbitrário. O tempo de pagamento, a maneira, a quantidade a ser paga, tudo deveria ser claro e simples para o contribuinte e para qualquer pessoa; o momento de pagamento do tributo deveria ser o mais favorável ao contribuinte; o tributo deve ser elaborado de forma que o custo para seu pagamento pelo contribuinte e para sua administração pelo Estado seja o menor possível (FERNANDES, 2016; LUZ NETO, 2020).

De acordo com o autor citado anteriormente, apesar da teoria de Smith, os estudos relacionados ao sistema tributário e a TTO de forma concreta só engataram, principalmente, a partir de 1929, quando o mundo era assolado por uma crise econômica sem precedentes. Isso pelo motivo dos governos ao redor do globo passarem a se preocupar mais com o âmbito social com o intuito de mitigar os impactos da depressão econômica. O primeiro a ganhar notoriedade foi o matemático britânico, Frank Ramsey, em sua obra "Uma contribuição para a teoria da tributação". Para ele, a tributação deveria ter foco na eficiência, com o objetivo de tornar os mercados mais competitivos. Segundo Ramsey, a tributação deve observar a elasticidade-preço da demanda, isto é, os impostos sobre um bem devem ser mais altos quanto menor a demanda pelo bem estiver vinculada ao seu preço. Trata-se de uma corrente criticada pela regressividade da tributação. Isso

em função de aumentar a tributação sobre necessidades básicas e reduzir sobre produtos consumidos pelos mais ricos.

Posteriormente, em 1971, os artigos "Optimal taxation and public production I and II" de Peter A. Diamond e James A. Mirrlees ganharam relevância. Nesse texto, eles apresentam o quão incerto podem ser os efeitos da tributação e quão complexo é legislar sobre esse tema. Os economistas britânicos introduzem a teoria de Ramsey uma visão de equidade ao dispor de uma menor tributação ao consumo de bens mais básicos do que os bens mais supérfluos. É um modelo em que a equidade observa a renda dos indivíduos em determinado período.

Por fim, Thomas Piketty em sua obra "O capital no século XXI" diz que o acúmulo de capital não acompanha o progresso social e, para tanto, o Estado é um agente fundamental para reduzir essas desigualdades. Ainda de acordo com o autor citado, é fundamental a avaliação precisa do patrimônio dos mais ricos e a criação de um imposto global sobre o capital a fim de evitar a fuga dessas arrecadações e diminuir eventuais distorções entre a renda da população (PIKETTY, 2014).

4.2 A simplificação dos tributos

Como visto acima, a simplificação dos tributos é uma boa prática para trazer o equilíbrio entre eficácia e equidade ao sistema tributário. Permitir o contribuinte compreender com transparência a maneira como são tributados, ou seja, entender o período de pagamento, a maneira e a quantidade a ser paga, traz consigo benefícios como otimização do tempo e custos para os cidadãos e as empresas, incentivo a investimentos, empregabilidade, dentre outras inúmeras vantagens.

O início dessa simplificação já começou, processo esse que acelerou durante a pandemia do SARS-CoV-2. Atualmente, o Brasil já conta com processos de declaração, pós-declaração e pagamentos de tributos federais uniformes por todo o país, além de contar com automação dos sistemas eletrônicos, o que permite maior agilidade aos pagadores de impostos. Na maioria dos estados, o Fisco também possui ferramentas para notificar o contribuinte sobre possíveis falhas no pagamento do tributo sem que haja uma notificação formal ou penalidade. As cláusulas de restituição também se tornaram mais compreensíveis e hoje conta sistemas eletrônicos que aceleram o fluxo de caixa dos contribuintes. Além disso, vários Estados já aboliram incentivos financeiros para aplicação de punições monetárias pelos auditores fiscais. Era uma prática que estimulava multas pesadas a fim do cumprimento de metas e gerava um ônus exagerado ao contribuinte. Todavia, o país não atingiu bons níveis de clareza e coerência no sistema tributário, e ainda precisa superar barreiras para alcançar uma tributação desejável.

Para sobrepujar esses desafios, é necessária uma conjuntura de políticas públicas, tanto pela administração pública, como também pelo poder legislativo. Uma dessas ações é a simplificação das declarações fiscais. Isso pois, o processo de declaração fiscal provoca mais esforços do contribuinte, do que, de fato, o pagamento de tributos. São horas despendidas para calcular as

obrigações tributárias e muitas vezes é necessário a contratação de especialistas - advogados, contadores entre outros - para execução dessa atividade. Facilitar seções com grande quantidade de informações, diminuir os detalhes e exigências a respeito das notas fiscais, previdência social, produção e estoque das empresas, permitiria a diminuição do encargo dos contribuintes. Um exemplo desses procedimentos é a utilização do SPED. Como observado anteriormente, esse programa já está em execução e auxilia a declaração de tributos, mas ainda não é utilizada de maneira abrangente pelos estados. Através da coordenação entre os órgãos do Fisco, a ampliação do uso desse sistema, em conjunto com a redução de obrigações acessórias permitiria um menor tempo despendido pelos contribuintes e abatimento de gastos financeiros na apuração dos tributos.

Outra ação importante para simplificar o sistema tributário brasileiro é a unificação de tributos que incidam sobre a mesma base de cálculo. Atualmente, a legislação brasileira conta com mais de 90 tributos, dos quais, vários incidem sobre a mesma base de cálculo. As empresas brasileiras, diversas vezes, pagam mais de três tributos diferentes sobre suas operações. A partir da fusão ou eliminação de alguns tributos, é possível reduzir custos da administração pública, pois permitirá uma fiscalização mais eficiente pelo Estado, além de reduzir custos para as companhias. Um exemplo dessa política é o Imposto sobre Valor Agregado (IVA), que encontra semelhanças em várias economias desenvolvidas como Inglaterra e Alemanha e mostrou um efeito positivo. É uma mudança a ser discutida no Congresso que poderia trazer benefícios ao setor público e privado.

Igualmente, é evidente a necessidade de tornar a legislação tributária mais clara e estável. De acordo com o IBPT, há, em média, 36 alterações legais diariamente. Trata-se de uma falta de estabilidade somada à ambiguidade da norma que gera diversos problemas. A alteração dessas normas para regras mais simples diminuiria os erros no cumprimento das obrigações fiscais, o que aumentaria a arrecadação do governo.

Outrossim, a restituição dos tributos indiretos poderia trazer diversas vantagens aos contribuintes. Isso porque, no Brasil, o ressarcimento desses tributos só se dá mediante a uma compensação de um crédito tributário futuro, que pode não vir a existir. Permitir a restituição antes, facilitaria o fluxo de caixa das companhias e proporcionaria maior circulação financeira no país.

Portanto a complexidade afeta a população brasileira como um todo, principalmente as empresas, já que calculam suas obrigações tributárias quase que diariamente. Assim, a simplificação dos tributos traria maior estabilidade e clareza aos contribuintes, e os recursos financeiros gastos na apuração de tributos, poderiam ser destinados a outras áreas.

4.3 Progressividade nos impostos: o imposto sobre grandes fortunas

Para muitos, o imposto sobre grandes fortunas (IGF), pode ser considerado um mecanismo importante na distribuição de renda. No Brasil, esse imposto já é expressamente previsto na

Constituição Federal de 1988, mas não foi de fato implementado por lei complementar. Isso porque, há diversas discussões sobre as possíveis consequências da cobrança desse imposto e como ele afeta a economia do país.

O primeiro cenário que dificulta a instituição desse tributo é a preocupação com a fuga de capital do país para economias com maiores incentivos fiscais. Através da globalização financeira, a evasão fiscal, isto é, a utilização de meios ilegais para driblar as obrigações tributárias e a elisão fiscal, ou seja, a utilização de brechas nas leis para evitar o pagamento de impostos, tornaram-se cada vez mais comuns. O padrão monetário eletrônico possibilitou a transferência quase que instantânea de recursos financeiros, além do uso das criptomoedas, que tornou a rastreabilidade do dinheiro pelos governos praticamente impossível. Dessa forma, os contribuintes, seja pessoa física ou pessoa jurídica, que estiverem insatisfeitos com a criação de determinados tributos podem recorrer a economias com mais vantagens tributárias, os chamados paraísos fiscais.

Outro fator que implica em problemas é a definição de riqueza. Isso porque é um termo que se torna relativo em termos quantitativos, principalmente quando há um comparativo internacional, uma vez que um cidadão considerado rico em um país, pode ser considerado um indivíduo com um bom padrão de vida em outro. Além disso, os países subdesenvolvidos, como o Brasil, precisam lidar com a problemática da inflação, haja vista que o aumento dos preços pode levar a tributação de cidadãos que inicialmente não seriam onerados por essa obrigação tributária.

Concomitantemente, a incidência desse tributo sobre residentes e não residentes também é um ponto a ser discutido, uma vez que os não residentes possuem mais benefícios fiscais como a isenção em algumas economias. Essas vantagens atraem muitos investidores aos paraísos fiscais e prejudica países subdesenvolvidos por desestimular investimentos na economia. Somado a isso, o histórico do IGF em outros países demonstrou um alto custo para sua implantação, através de sistemas tecnológicos que permitissem rastrear e calcular a riqueza de seus cidadãos, e um baixo potencial arrecadatório.

Partindo dessas afirmações, os defensores do IGF argumentam que a progressividade no IR não é o bastante para alcançar uma maior justiça social e a redistribuição de riqueza. Desse modo, é preciso tributar uma pequena parte da população de acordo com o patrimônio e riqueza, a fim de utilizar esses recursos com políticas públicas como saúde e educação (AFONSO, 2014).

Thomas Piketty (2014) defende a criação do IGF, diz que a implementação desse tributo em escala global conteria a elisão e evasão fiscal, além de incentivar investimentos produtivos e evitar investimentos especulativos e a acumulação de capital. Para ele, mesmo que o imposto sobre grandes fortunas não tenha alto potencial de arrecadação, o tributo pode ser utilizado como um mecanismo para regular o capitalismo ao impedir a criação de riquezas exageradas.

A partir de uma análise internacional, há evidências de que o IGF foi promissor em algumas economias, enquanto que em outras, trouxe consequências negativas para a população. Países

como Áustria, Alemanha, Dinamarca, França e Suécia são exemplos de países que revogaram o tributo sobre a justificativa de um custo superior aos benefícios. Por outro lado, Espanha (0,55%), Noruega (1,1%) e Suíça (3,6%), os únicos três membros da OCDE a cobrarem esse imposto, parecem ter encontrado uma boa relação com os mais ricos através da cobrança do tributo com baixas alíquotas, mesmo que o IGF represente uma pequena parcela de suas receitas tributárias (FERNANDES, 2016).

4.4 O imposto lucros e dividendos

O imposto sobre lucros e dividendos pode ser considerado uma alternativa ao IGF, já que o pagamento dessa tributação se dá, principalmente, pelos mais ricos. Trata-se de um tributo que, em um contexto internacional, já é uma realidade nas nações da OCDE, com exceção apenas do Brasil, da Colômbia e da Estônia. A legislação brasileira justifica essa isenção sob o pretexto de que a tributação do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) acrescido à tributação de dividendos geraria uma bitributação. Dessa forma, a alíquota sobre o IRPJ possui um valor percentual maior quando comparado com os demais países.

Apesar disso, a isenção de impostos sobre dividendos beneficia as empresas, já que, percentualmente, a contribuição sobre o lucro das companhias brasileiras é inferior à dos empreendimentos estrangeiros. Em um contexto internacional, no ano de 2020, a alíquota média que incide sobre dividendos nas 14 economias mais desenvolvidas da OCDE foi de 29,6%. Se somado ao IRPJ, o valor passa para 48,5%, enquanto no Brasil, a tributação sobre o lucro das empresas foi de 34%, uma diferença de 14,5 pontos percentuais.

Baseado nesses dados e tendo em vista que as nações mais desenvolvidas do globo já cobram esse tributo, pode-se considerar que há possibilidades para que o país institua o imposto sobre lucros e dividendos, sem que haja distorções na economia brasileira, como a fuga de capital. Dessa forma, o Brasil poderia instituir alíquotas progressivas com um máximo de 30% sobre dividendos sem que sobressaia a média das outras economias. Outrossim, a fim de evitar o ônus da incidência tributária, é possível permitir a dedução de parte do IRPJ pago pelas empresas no IRPF sobre dividendos da pessoa física.

4.5 O imposto sobre heranças e bens suntuários

Os tributos sobre heranças são comuns ao redor do mundo, inclusive no Brasil. Muitos estudiosos, como Piketty (2015), defendem que esse tributo pode reduzir a desigualdade, sob a prerrogativa de que uma menor transmissão de riqueza por gerações tornaria as oportunidades entre os jovens mais igualitárias. Além disso, esse imposto possui qualidades relevantes para um contexto social, já que é de fácil coleta e possui um bom montante a ser arrecadado (FERNANDES, 2016).

Hodiernamente, há no Brasil, o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), que é um imposto de competência estadual, ou seja, cabe a esse ente federativo arrecadar e legislar sobre o tributo. As alíquotas chegam a, no máximo, 8% sobre o valor do bem doado ou herdado. Diferentemente do IGF, o ITCMD não incide apenas na população mais rica, já que, por exemplo em São Paulo, os bens avaliados acima de R\$ 40 mil deixam de ser isentos e passam a ser tributáveis.

Todavia, esse imposto possui alíquotas muito baixas quando analisado no âmbito internacional. Segundo a OCDE, em 2017, 24 países membros da organização cobram o Imposto sobre herança, sendo que a maioria deles possuem alíquotas com limite superior à brasileira. O Reino Unido, por exemplo, possui uma alíquota máxima de 36% com um limite de isenção para filhos de 325 mil libras. A Alemanha e a França possuem alíquotas máximas mais elevadas, sendo, respectivamente, 50% e 60%. Nessa perspectiva, o Brasil é um país que pouco tributa nessa base de incidência, e como é um tributo estadual, o aumento da alíquota máxima do ITCMD, poderia permitir a diminuição do ICMS (OECD, 2019).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo expor, analisar e propor possíveis resoluções sobre o atual sistema tributário brasileiro e suas implicações na desigualdade de renda. Através de fatos cronológicos sobre a tributação e a discrepância de renda, foi possível evidenciar que a tributação no Brasil apenas representa uma cultura de marginalização social, em que os mais ricos possuem mais privilégios em detrimento dos mais pobres.

A partir dessa reflexão, é feita uma observação do tributo, sua função social e seus objetivos. Concomitantemente, é apresentado princípios que norteiam os direitos do Estado ao tributar e seus limites, como o princípio da capacidade contributiva e as imunidades e isenções tributárias. Em seguida, há uma exposição do funcionamento do sistema tributário brasileiro, e a explicação das espécies tributárias mais relevantes: impostos, contribuições especiais e taxas. Somado a isso, é elucidado alguns conceitos básicos para melhor compreensão do leitor, como a carga tributária bruta e analogias globais.

Dessa forma, mediante todas as informações apresentadas: dados, históricos e comparações internacionais, principalmente em relação aos países desenvolvidos da OCDE, buscou-se apontar com exatidão alguns dos diversos problemas da tributação, como a complexidade, judicialização e burocracia e os seus impactos na população.

Posteriormente, foram apresentados alguns dos principais autores em relação à maneira de se tributar e a teoria da tributação ótima. Compreende-se a dificuldade de equilibrar equidade e eficiência em um sistema tributário, principalmente devido às questões morais e culturais participarem da discussão do funcionamento dos tributos. Outrossim, os remédios para esses

problemas podem causar efeitos colaterais não desejados, dificultando ainda mais a vida dos contribuintes.

Assim, pontuaram-se algumas soluções para mitigar os efeitos da tributação na população brasileira. Evidentemente, essas propostas não devem, por si só, resolver a problemática do sistema tributário, muito menos a discrepância de renda. Para tanto, é necessária a adoção de outras medidas que se somem a essas, como a diminuição do orçamento público, que possibilite onerar menos a população como um todo, com a tributação.

6. REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto. Imposto de Renda e distribuição de renda e riqueza: As estatísticas fiscais e um debate premente no Brasil. *Revista de Estudos Tributários e Aduaneiros*, Brasília-DF, ano I, n.01, p. 28-60, ago./dez. 2014.

AMARAL, Gilberto et al. Estudos sobre os dias trabalhados para pagar tributos - 2021. Curitiba: IBPT, 2021.

BANCO MUNDIAL. **Relatório Doing Business.** Disponível em: <file:///C:/Users/soare/Downloads/Relatorio%20Doing%20Business%202020%20-%20Brasil.pdf>. Acesso em 21 de out. 2022.

BARBOSA, A. **O imposto ótimo sobre o consumo: resenha da teoria e uma aplicação ao caso brasileiro.** Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

BRASIL, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Tributação no Brasil: Estudos, Ideias e propostas.** Brasília: IPEA, 2017.

BRASIL, Ministério da Fazenda. **Carga Tributária no Brasil 2020: Análise por Tributos e Bases de Incidência.** Brasília, 2021.

BRASIL, Ministério da Fazenda. **Grande números IRPF: Ano-Calendarário 2020, Exercício 2021.** Brasília, 2021. Brasília, 2014.

CASTRO, F. **Imposto de Renda da Pessoa Física: Comparações Internacionais, Medidas de Progressividade e Redistribuição.** Brasília: IPEA, 2014.

DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico.** 13.ed. São Paulo: Nacional, 1987 (Texto originalmente publicado em 1895).

FERREIRA, Rodrigo. **Tributos: origem e evolução.** [s.l.]: [s.n.], 2015. Disponível em: <<https://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/222353175/tributos-origem-e-evolucao>>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

FERNANDES, R. **Sistema Tributário e Desigualdade.** Dissertação (Mestrado em Economia). 160p. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

FERNANDES, Rodrigo et al. **Imposto de Renda e Distribuição de Renda no Brasil.** Brasília: IPEA, 2019.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI); ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Update on Tax Certainty: IMF/OECD **Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors.** Paris: OECD, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-certainty-update-oecd-imf-reportg20-finance-ministers-july-2018.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2022.

INSPER. **Contencioso tributário no Brasil: Relatório 2019 - Ano de referência 2018.** Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Contencioso_tributario_Relatorio2019_092020_v2.pdf. Acesso em 21 de out. 2022.

NACIMENTO JÚNIOR, A. N. **Tributação, Desigualdade e a Renda dos Ricos no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Economia). 92p. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA. Brasília: IPEA, 2019.

CARVALHO JUNIOR, P. H. B. de. **O Sistema tributário dos países da OCDE e as principais recomendações da entidade: fornecendo parâmetro para a reforma tributária no Brasil.** Brasília: IPEA, 2022. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11231/1/NT_54_Dinte_O_sistema_tributario.pdf. Acesso em 21 de out. 2022.

LUZ NETO, L. G. **Reforma tributária e a Contribuição da teoria da tributação ótima.** [s.l.]: IDBT, 2020.

ORTEGA, Fabiana. **Brasileiro trabalhou até 29 de maio só para pagar impostos em 2022.** São Paulo, 30 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www1.https://investnews.com.br/infograficos/impostos-brasileiro-trabalhou-149-dias-para-pagar-tributos-2022/>>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

PETROLI, F. M. Classificação dos Impostos no direito Tributário. 2016. Disponível em: <https://flavioff.jusbrasil.com.br/artigos/400353194/classificacao-dos-impostos-no-direito-tributario>. Acesso em 21 de out. 2022.

PIKETTY, T. **O Capital no Século XXI.** (M. B. de Bolle, Trad.). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIKETTY, T. **A Economia da desigualdade**. Trad. André Telles da edição francesa de 1997. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

SMITH, A. (1983). **Riqueza das nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas**. (Vol. 2, L. J. Baraúna, Trad.). São Paulo: Abril Cultural, 1983.

VALENTE, Fernanda et al. **Crocs é sandália? Leite de Rosas é loção? Veja 13 casos milionários no Carf e Justiça**. JOTA, Brasília, 30 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www1.https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/crocs-sandalia-leite-rosas-locao-casos-milionarios-classificacao-fiscal-carf-justica-19072021>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

VARSANO, Ricardo et al. **Uma Análise da Carga Tributária do Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 1998.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA CONSTRUÇÃO CIVIL: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF PELOS VÍCIOS E ATRASOS NOS IMÓVEIS FINANCIADOS PARA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS.

ISAAC MESSIAS DOS SANTOS MONTENEGRO:

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale e em Advocacia Pública pela Faculdade Educamais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). Procurador do Estado de Alagoas (PGE/AL). Advogado (OAB/AL).

RESUMO: O objetivo do presente estudo é discutir a responsabilidade civil do Estado na promoção de políticas sociais para efetivação do direito à moradia. Reconhece-se o dever de atuação estatal em conjunto com a construção civil com vistas à concretização de um direito fundamental. Entretanto, nasce o problema relativo à sua legitimidade, por meio da CEF, para responder sobre os vícios e atrasos decorrentes da obra, contrapondo-se à sua forma de atuação como agente promotor de políticas públicas ou mero financiador das construções civis.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Construção civil. Políticas sociais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito à moradia e os avanços legais: uma questão de "responsabilidade"; 3. Responsabilidade civil na construção civil: aspectos gerais; 4. Atuação e responsabilidade da CEF na construção civil; 5. A (i)legitimidade da CEF, como agente financeiro em sentido estrito, pelos vícios e atrasos das obras de programas sociais; 6. Considerações finais; 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente em seu art. 6º, a partir da Emenda Constitucional nº. 26/2000, o direito social fundamental à moradia, atribuindo uma força normativa ainda mais relevante ao já contido na prescrição de seu art. 23, IX, que fixou como competência comum e responsabilidade dos entes federativos o dever de "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico". Vê-se que este dispositivo determina a obrigação que tem o Estado em fornecer o necessário para concretização do direito contido no art. 6º, colocando-o, pois, como pauta política dos agentes estatais, não só administrativos, mas também legiferantes e jurisdicionais.

Como consequência de tais proposições normativas, o Estado brasileiro passou a prescrever as políticas públicas necessárias ao atendimento da disposição constitucional, criando programas sociais de fomento à construção civil para realização de obras de habitação a partir de financiamentos bancários a particulares e com a atuação direta dos agentes estatais na execução de políticas sociais referentes a tal direito.

Nesse cenário, a atuação da Caixa Econômica Federal – CEF na concretização desse interesse jurídico constitucional sobressai e mostra-se de fundamental relevância, já que a mesma, não raro, atua nos dois papéis delegados ao Poder Público pelo Constituinte, financiando e executando programas de construção de moradias. Assim, sua responsabilidade enquanto empresa pública atuante na persecução de tal finalidade, variará conforme seu papel, seja na persecução do interesse público, ou no exercício de atividade econômica.

Isto posto, este estudo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil do Estado pela atuação da CEF na promoção de políticas públicas e financiamento de entes privados para satisfação do direito à moradia. Inicialmente, partindo da consagração deste direito pelo ordenamento pátrio e sua concepção constitucional, analisaremos a responsabilidade civil na construção civil, primariamente em geral e posteriormente em específico, tendo como base a participação da empresa pública em questão (CEF), distinguindo, pois, seus papéis e colocando em relevo o problema relativo à sua (i) legitimidade para responder por vícios e atrasos na obra quando sua atuação for financiadora em programa habitacional, no caso, o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV.

Para tanto, o presente trabalho fará uma abordagem metodológica dedutiva com a base nos posicionamentos doutrinários sobre o tema e sua compreensão prática pela jurisprudência, utilizando-se de uma pesquisa qualitativa e documental sobre os julgados referentes às ações de responsabilidade civil abarcadas pela temática aqui proposta. No mais, utilizar-se-á da técnica comparativa com vistas aos papéis assumidos pelo Estado em programas referentes a tais direitos, buscando a fundamentação da conclusão que será aqui defendida.

2. DIREITO À MORADIA E OS AVANÇOS LEGAIS: UMA QUESTÃO DE “RESPONSABILIDADE”.

Como já visto, o direito à moradia possui assento constitucional (art. 6º, CF/1988), estando também na pauta política dos agentes estatais para o fim de sua promoção e efetivação por determinação expressa do Constituinte originário (art. 23, IX, CF/1988). Ante isto, vê-se que seu conteúdo possui grande relevância, principalmente social, para o Estado brasileiro, tendo também como base a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao assegurar, em seu artigo XXV, o direito que todo ser humano possui “a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família (...) habitação”²²⁶.

Seu conteúdo, conforme lição de José Afonso da Silva (2014, p. 318), é expresso no direito que todo sujeito possui de “ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar”. É, no dizer de Maurício Conti (2014)²²⁷, “um direito fundamental de segunda dimensão que exige prestações positivas do Estado para que se torne real, e seja efetivamente exercido”, de modo que sua concreção, já que exige atuação fática do Estado, depende de prestações materiais, como condição de possibilidade de sua efetivação.

²²⁶ Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

²²⁷ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-29/poder-publico-financiamento-direito-moradia>>.

Não é outra a conclusão de José Afonso da Silva (2014, p. 319) que, com a objetividade que lhe é costumeira, localiza as duas facetas deste direito:

(...) uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia.

É ante essa fundamentalidade, enquanto direito social carente de prestação material, que justifica-se a previsão do art. 23, IX, da CF/1988 ao prescrever, como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de promover as mínimas condições de habitação por programas de construção e melhoria das moradias, de sorte que é a partir de tal previsão que sobressai a responsabilidade dos entes da Administração direta e indireta (incluindo a CEF) sobre os efeitos de suas atitudes no âmbito de consagração do referido direito, o que nos leva ainda à observância da prescrição do art. 37, §6º, da Lei Maior que impõe a responsabilização do Estado por seus atos.

Nessa senda, impõe-nos a obrigação de analisar os avanços da lei infraconstitucional e, conseqüentemente, as pautas de políticas na persecução do direito fundamental aqui debatido. Desde a Constituição de 1988 muitos foram os programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais adotados pelos governos. Tal fato pode ser expresso nas formulações legislativas que buscaram implementar os fundamentos para tais políticas. Como exemplo, podemos citar, primeiramente, a Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991, que em seu art. 86 alterou a redação do art. 8º da Lei nº. 4.380, de 21 de agosto de 1964, para incluir como finalidade do Sistema Financeiro de Habitação a construção e aquisição de moradias. A Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001, por seu turno, criou o Estatuto da Cidade, cuja finalidade é a orientação da política urbana das cidades brasileiras, impondo para tanto a observância do direito à moradia, conforme seu art. 2, I.

No mais, a Lei nº. 11.124, de 16 de junho de 2005, inaugurou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e instituiu o Conselho Gestor do FNHIS, colocando o direito à moradia como um dos fundamentos de atuação de tais órgãos, como se depreende das disposições de seus arts. 4, I, “b”, e 11, V.

Não obstante as leis até aqui relatadas, o ápice da evolução legal na busca pela satisfação do direito à moradia veio com a Lei nº. 11.977, de 7 de julho de 2009, que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, cuja finalidade é a criação de “mecanismos de incentivo à

produção e aquisição de novas unidades habitacionais” para o segmento de “famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)”, segundo seu art. 1º. Seu objetivo é “promover a produção ou aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos” (art. 4º, Lei nº. 11.977/09).

Foi com esse último avanço legal que fora implementada a principal política pública de concretização do direito à moradia. Demonstração disso é que a perspectiva somente para este ano corrente de 2018 gira em torno da construção de 650 mil residências e investimento estimado em R\$ 72,7 bilhões a partir do referido programa²²⁸.

Ante essa amplitude, devemos proceder à análise específica da responsabilidade da CEF, enquanto gestora do “Programa Minha Casa, Minha Vida”, na concretização de suas finalidades, já que é a ela designada a tarefa de gerências dos recursos para tal política (arts. 9 e 16, Lei nº. 11.977/09). Assim, após o início da execução do PMCMV, surgiu-se a questão acerca das possibilidades de responsabilização da referida empresa pública frente aos atrasos nas entregas dos imóveis, bem como nos defeitos e problemas das construções. Acerca desta questão, a jurisprudência pátria fixou um entendimento delimitativo para a existência de responsabilidade da CEF, presente enquanto promotora de política pública e ausente quando mero agente financiador, o que será analisado neste texto.

Entretanto, impõe-nos agora, antes de adentrarmos nas referidas formas de responsabilização, a análise da responsabilidade civil inserta na construção civil em geral, fixando os parâmetros mínimos para sua aferição, como condição necessária para enfrentamento do problema proposto, qual seja a (i) legitimidade da CEF enquanto agente de financiamento em programa social de acesso à moradia.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONSTRUÇÃO CIVIL: ASPECTOS GERAIS

Em termos gerais, é sabido que a responsabilidade civil caracteriza-se pela existência de de alguns elementos, ou pressupostos do dever de indenizar. No dizer de Flávio Tartuce (2016, p. 503), tais pressupostos são a conduta humana, culpa genérica ou *lato sensu*, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo. Eles expressam o mínimo necessário, as exigências para caracterização do dever de reparação pelo agente que, com seu comportamento, tencional ou intencional, gera uma redução na esfera jurídica da vítima.

Essa compreensão geral, é a base para estruturação da responsabilidade no âmbito da construção civil. Assim, iniciaremos o exame deste tópico com as formas de condutas lesivas e danos que decorrem de sua concreção, quando efetivadas pelos sujeitos, estudados logo em

²²⁸ Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2018/02/moradia-digna-650-mil-residencias-serao-construidas-pelo-minha-casa-minha-vida>>.

seguida. Posto isto, partiremos ao estudo do nexo de causalidade do comportamento individualizado de cada sujeito aos possíveis danos decorrentes daí, para, em conclusão, compreender as formas de responsabilização neste âmbito de relação.

Os comportamentos que geram perdas e danos são aqueles que, por ação ou omissão, tencional ou intencional (culpa *lato sensu*), de algum modo levam à diminuição na esfera jurídica da vítima (TARTUCE, 2016), o adquirente da unidade habitacional. Os danos decorrentes são expressos por vícios na construção, tais como aqueles que firam a perfeição, a “solidez e segurança do trabalho” prevista no art. 618 do CC/2002, que no dizer de Sílvio Venosa (2011, p. 243) é “aplicável a qualquer modalidade de construção, empreitada ou administração”, bem como o atraso decorrente da entrega extemporânea do bem imóvel, ou seja, fora, para além do prazo estipulado.

Acerca do primeiro dano, Cavalieri Filho (2012, p. 386), faz as seguintes considerações sobre a responsabilidade de garantir a segurança e a solidez da obra:

(...) Quando a lei fala em solidez e segurança, está a se referir não apenas à solidez e segurança globais, mas, também, parciais. Esses vocábulos devem ser interpretados com certa elasticidade, abrangendo danos causados por infiltrações, vazamentos, quedas de blocos do revestimento etc.

Ou seja, a responsabilização não é somente com relação aos vícios que possam ofender à integridade da obra em sua totalidade, mas também em virtude das pontuais deficiências existentes no imóvel ou que venham a aparecer e macular a sua hígidez. No mais, vê-se que a interpretação do desembargador fluminense, a qual acolhemos, é ampliada para além da literalidade do art. 618 do CC/2002, que fala em “edifícios e outras obras consideráveis”. Nesse ponto, discordamos de Venosa (2011, p. 243), já que para ele, o dispositivo em questão aplica-se somente às “obras consideráveis, isto é, de grande vulto”.

Acerca do tardamento da entrega, há que se diferenciar quando o mesmo gera reparação a título de dano moral e/ou material e quando é apenas um mero aborrecimento, entendido aqui como “contratempo, mágoa - inerentes à vida em sociedade -, ou excesso de sensibilidade por aquele que afirma dano” (STJ, REsp 1.296.944/RJ). Há entendimento consolidado pelo Egrégio STJ de que o atraso da entrega do imóvel em desatempo ao prazo ajustado contratualmente gera, em regra, o dano material, mas não ocasiona, em si mesmo, o dano moral, já que este pende de efetiva violação a direito da personalidade do adquirente do imóvel²²⁹.

Nesse diapasão, o atraso na entrega da unidade habitacional pode gerar dano moral quando, a partir da análise das circunstâncias fáticas e particulares ao caso, verifica-se a existência

229 Ver: STJ, AgInt no AREsp 947.202/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 15/03/2018

de lesão extrapatrimonial à pessoa em sua integridade psíquica ou moral, de modo que, a partir disso, não é possível, nem desejável, fixar um período de tempo específico de retardo na tradição do bem para que possa ser aferível a compensação pelo dano de cunho existencial aqui debatido.

Agora, passemos à análise dos sujeitos responsáveis. É latente que a construção doutrinária acerca do assunto está embasada na caracterização da responsabilidade contratual de duas figuras, o construtor e o incorporador, sem, no entanto, dar a devida importância sobre a possível responsabilização do financiador, a depender de seu papel não só econômico, mas também promotor de direitos. Por isso, analisaremos os papéis destes sujeitos com vistas à individualizar suas obrigações e consequente responsabilidade.

A pessoa do construtor é, segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 378-379), o responsável por “executar a obra, tal como lhe foi encomendada”, possuindo uma “obrigação de resultado, entendendo-se como tal aquela em que o devedor assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento”. Sua responsabilidade, como afirma o mesmo autor (2012, p. 378), “decorre do contrato de empreitada”. Nesse sentido, o Código Civil, em seu art. 618, já pugnava pela responsabilidade do empreiteiro de materiais e execução, durante cinco anos, pela “solidez e segurança do trabalho”, que, mesmo ante a omissão legislativa, aplicar-se-ia ao construtor (CAVALIERI, 2012, p. 383)²³⁰. Ademais, a responsabilidade objetiva deste sujeito nos vícios e atrasos nas obras é reconhecida expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC (vide arts. 6, X, 12 e 18) e pela jurisprudência pátria²³¹, já que o mesmo é o efetivo executor do trabalho, responsável por sua concreção.

Já o incorporador, por seu turno, é “a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas (...)” (art. 29, Lei nº. 4.591/1964). É, pois, um sujeito que atua no âmbito dos contratos de incorporação imobiliária, ou seja, “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (art. 28, Lei nº. 4.591/1964). Esse sujeito é, no dizer de Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 875), “o garantidor do empreendimento imobiliário”, sendo um fornecedor de serviços, segundo prescrição do art. 3 do CDC. Assim, caso este participe da relação, poderá ser responsabilizado por vícios dos imóveis que comercializa.

²³⁰ Nesse sentido é o acórdão do TRF5, PROCESSO: 08039718520174050000, AG/SE, TRF5, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, 2ª Turma, JULGAMENTO: 07/11/2017.

²³¹ Ver, a título de exemplo, o acórdão do TRF5, PROCESSO: 08009942920154058201, AC/PB, TRF5, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 16/03/2018.

Referente a ambos sujeitos, construtor e incorporador, Cavalieri Filho (2012, p. 389) faz importante ressalva acerca de possíveis alegações de ilegitimidade por tais partes:

O incorporador, via de regra, alega ser parte passiva ilegítima *ad causam* pelo fato de não ter construído o prédio; empreitou as obras a um construtor, a quem, no seu entender, caberia a responsabilidade pela construção. O construtor, por seu turno, nega também a sua legitimidade passiva por não ter celebrado nenhum contrato com o condomínio e nem com os adquirentes das unidades autônomas.

Sustena que a avença dó vincula ao incorporador, sendo estranha aos condôminos. Essas objeções, aparentemente corretas, fundam-se em premissas falsas, facilmente repelidas quando se examinam os preceitos legais que estabelecem a responsabilidade do incorporador.

Como se vê, tais alegações por estes sujeitos não podem prosperar ante a argumentação expressa pelo citado autor, já que, como bem lembra o mesmo, a responsabilidade de ambos não decorre dos contratos celebrados, mas pelos próprios preceitos legais que envolvem suas práticas (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Lei nº. 4.591/1964).

No mais, da atuação destes agentes, resulta, segundo Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 875), na responsabilidade objetiva que possuem “pelos vícios, aparentes ou ocultos, apresentados pelo imóvel (CDC, art. 12)”. Em nosso sentir, tal constatação deve ser ampliada para albergar as hipóteses de atraso na obra, como já amparado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1.582.318/RJ)232.

Em relação à responsabilidade civil do financiador na construção civil, a doutrina é parca em produções específicas sobre sua atuação. Para além do problema que aqui será desenvolvido, a jurisprudência do STJ233 pugna, em termos gerais de responsabilidade, conforme entende Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 876), pela existência desta na obrigação do “empreiteiro,

232“(…) 2. A compra de um imóvel ‘na planta’ com prazo e preço certos possibilita ao adquirente planejar sua vida econômica e social, pois é sabido de antemão quando haverá a entrega das chaves, devendo ser observado, portanto, pelo incorporador e pelo construtor, com a maior fidelidade possível, o cronograma de execução da obra, sob pena de indenizarem os prejuízos causados ao adquirente ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra (arts. 43, II, da Lei nº 4.591/1964 e 927 do Código Civil). (...)” (STJ, REsp 1582318/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017).

233“(…) - A entrega do imóvel ao comprador não corresponde ao exaurimento, por parte do empreiteiro, construtor ou financiador de imóvel residencial, de sua obrigação contratual ante a impossibilidade de que haja, neste instante, comprovação plena da segurança e solidez da unidade residencial. (...)” (STJ, REsp 590.385/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 05/09/2005, p. 399).

construtor ou financiador” de “entrega do imóvel ao comprador”. De mais a mais, os referidos autores também pregam pela existência de responsabilidade do agente financeiro quando a obra for financiada sob o regime do Sistema Financeiro de Habitação²³⁴, fazendo-o com base na prescrição do art. 8 da Lei nº. 4.380/1964.

Vista a conduta, o dano e os sujeitos responsáveis na construção civil, vamos agora à análise do nexo de causalidade. Por essa ideia, compartilhamos o entendimento do professor Flávio Tartuce (2016, p. 513) ao conceitua-lo como a “relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém”.

Vê-se que a responsabilidade impescinde desse elemento, pois é a partir dele que liga-se a conduta ao dano, sendo este um efeito daquela (causa). Nesse linha, pela teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato (ambas adotadas pelo CC/2002)²³⁵, o comportamento responsável é aquele mais adequado à produção do prejuízo, ou aquele cujo efeito necessário é expresso no dano causado à vítima (TARTUCE, 2016).

A partir de tais considerações conceituais envolvendo o nexo de causalidade, tem-se que as condutas do construtor, incorporador e financiador são capazes de produzir o resultado lesivo à vítima, o que enseja reparação: ao primeiro, como executor direto da obra, cabe zelar pela higidez do produto, sendo responsável pela segurança e incolumidade do imóvel que construiu; ao segundo, como garantido do empreendimento e comprometido com a venda das unidades habitacionais, responsabiliza-se pela conformidade do produto que comercializa àquele informado ao consumidor, mesmo que não o tenha construído; em relação ao financiador, este é responsável em razão da fundamentalidade de seu papel nos programas sociais de acesso à habitação, em especial no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, pois sua função é destinada “a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população” (art. 8º da Lei nº. 4.380/1964).

Com relação à modalidade de responsabilidade, a mesma pode ser subjetiva (quando necessita da demonstração da conduta culposa, tencional ou não, do agente) ou objetiva (quando a responsabilidade independe da demonstração de culpa *lato sensu*) (TARTUCE, 2016). Não obstante o fato desse ramo de conflitos de interesses orbitar, em regra, o campo do direito privado, a responsabilidade desses sujeitos pelos defeitos e atrasos na entrega do imóvel vem sendo

²³⁴ Há entendimento jurisprudencial do STJ nesse sentido: “(...) 1. Precedentes da Corte reconhecem a solidariedade do agente financeiro pela solidez e segurança de obra sob o regime do Sistema Financeiro da Habitação. (...) (STJ, REsp 579.464/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 11/04/2005, p. 289).

²³⁵ É esse o entendimento de Flávio Tartuce (2016, p. 515), do qual compartilhamos, onde a teoria da causalidade adequada está expressa nos arts. 944 e 945 e a teoria do dano direto e imediato consta no art. 403, todos do CC/2002.

classificada atualmente, em termos gerais, como objetiva, haja vista da determinação legal do art. 8 do CDC. Este dispositivo afirma que o “construtor” – ao que, em nosso entender, é expansível ao demais sujeitos devido aos princípios do protecionismo e vulnerabilidade do consumidor, ambos previstos nos arts. 1º e 4º da legislação consumeirista (TARTUCE e NEVES, 2017) – responde, “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de (...) construção”. Ademais, é possível, mesmo que remotamente, a possibilidade de responsabilidade subjetiva, desde que afastada a caracterização da relação de consumo.

No mais, cabe aqui o entendimento advindo do direito administrativo quanto à atuação de tais sujeitos, quando de direito público ou de direito privado na prestação de serviço público, dê-se na promoção de políticas sociais referentes aos interesses da coletividade (como é o caso do direito à moradia): na circunstância de atuação de uma empresa estatal como a CEF, a prestação de serviço público atenuante à moradia impõe que sua responsabilidade pelos vícios e atrasos nas obras por ela financiadas seja objetiva, em razão do “art. 37, §6º, da Constituição, que estabelece para as pessoas de Direito Privado prestadoras de serviço público a mesma responsabilidade que incumbe às pessoas de Direito Público” (MELLO, 2015, p. 222).

Em conclusão ao que toca à responsabilidade, cumpre ressaltar que a mesma é solidária²³⁶ entre o construtor, incorporador (caso participe da relação) e o agente financeiro, quando exista legitimidade de ambos para estar na relação processual.

Assim, debatida a responsabilidade destes sujeitos na construção civil, cumpre-nos agora passar à especificidade da problemática aqui debatida, adentrando na análise das formas de atuação da CEF na construção civil, seja como agente financeiro (atuação debatida em termos gerais neste ponto do trabalho), seja como agente executor de políticas federais para a promoção do direito à moradia, bem como suas respectivas responsabilizações decorrentes de suas condutas.

4. ATUAÇÃO E RESPONSABILIDADE DA CEF NA CONSTRUÇÃO CIVIL.

Tendo como ponto de partida as bases teóricas, legais e jurisprudenciais que norteiam a responsabilidade civil na construção civil, passamos agora à análise da atuação da CEF neste campo, seja como agente financeiro, ou como prestadora de serviços públicos, tendo em vista em ambos os casos a forma de sua responsabilidade. Para tanto, inciaremos com um esboço do papel da CEF enquanto empresa estatal, para posteriormente individualizarmos suas formas de atuação na concretização do direito à moradia, sem descuidar da forma de responsabilidade ligada a essa modalidade de papel na relação.

²³⁶ Ver, como exemplo, o acórdão do TRF5, PROCESSO: 08101795120164058300, AC/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, 1º Turma, JULGAMENTO: 09/03/2018.

A Caixa Econômica Federal – CEF é “instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda” (art. 1º, Decreto-Lei nº. 759, de 12 de agosto de 1969). Dentre as finalidades previstas no art. 2º do Decreto-Lei que a instituiu está o dever de “operar no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário (...) com o objetivo de facilitar e promover a aquisição de sua casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população” (art. 2º, alínea “c”, Decreto-Lei nº. 759/1969).

Vê-se, pois, a fundamentalidade da atuação dessa empresa estatal na concretização do direito à moradia, já que atua como principal instituição financeira para sua promoção e incentivo a partir da concessão do crédito imobiliário com os valores sob sua administração. Nesse sentido, a formação histórica desse papel ocorreu do seguinte modo²³⁷:

Em 1986, a Caixa incorporou o Banco Nacional de Habitação (BNH) e assumiu definitivamente a condição de maior agente nacional de financiamento da casa própria e de importante financiadora do desenvolvimento urbano, especialmente do saneamento básico. No mesmo ano, com a extinção do BNH, tornou-se o principal agente do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), administradora do FGTS e de outros fundos do Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

A incorporação do Banco Nacional de Habitação e a assunção de principal agente estatal de financiamento da aquisição da casa própria ou das obras para construção de moradias elevaram a CEF ao exercício de um *munus* público de crucial relevância para concretude do dever imposto no art. 23, IX, da CF/1988, bem como para ampliação de suas formas de atuação, não apenas “como sociedade de crédito imobiliário”, mas também na prestação de um serviço público.

A partir da fundamentalidade de seu papel, podemos distinguir formas de atuação desta empresa pública federal no ramo habitacional. Nas lides envolvendo este agente, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem duas formas de participação do financiamento da CEF nos contratos imobiliários: como agente financiador, em sentido estrito, da obra ou da compra do bem e como agente promotor de políticas sociais e serviços públicos referentes ao direito à moradia. Essas modalidades de atuação na relação contratual influem diretamente na responsabilidade que assume perante o adquirente da unidade, bem como na sua legitimidade para figurar no polo passivo de ações de responsabilidade civil em razão de vícios na obra ou atrasos na sua entrega.

Primeiramente, a CEF pode atuar como agente financiador concedendo crédito imobiliário ao adquirente da unidade habitacional ou ao construtor e incorporador na construção da obra e em sua comercialização. Nessa forma, sua responsabilidade está adstrita ao financiamento e liberação dos valores a que se comprometeu no contrato, não havendo qualquer obrigação quanto

²³⁷ Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/apresentacao/Paginas/default.aspx>>.

à perfeição da obra e sua entrega no tempo estipulado. É esse o entendimento do STJ, REsp 897.045/RS:

(...) 2. Nas hipóteses em que atua na condição de agente financeiro em sentido estrito, não ostenta a CEF legitimidade para responder por pedido decorrente de vícios de construção na obra financiada. Sua responsabilidade contratual diz respeito apenas ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, à liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e à cobrança dos encargos estipulados no contrato.

É nessa situação que não presta serviço público e atua como exploradora de atividade econômica, já que insere no âmbito do financiamento como qualquer outra instituição financeira e com vistas a interesses secundários do Estado (nesse caso, a União), e não ao interesse público em si mesmo²³⁸.

Ademais, como já dito, a CEF pode ainda atuar como agente promotor de serviço público ligado à efetivação do direito à moradia. Nesse ponto, seu papel é expresso na consagração do direito social do art. 6º da CF/1988 e sua responsabilidade, como já visto, passa a ser objetiva e solidária em relação ao vício de construção ou entrega extemporânea do bem imóvel. Assim entende o STJ sobre a matéria (REsp 1.163.228/AM, Informativo nº 0506):

A CEF possui legitimidade para responder por vícios de construção nos casos em que promove o empreendimento, tem responsabilidade na elaboração do projeto com suas especificações, escolhe a construtora e/ou negocia os imóveis, ou seja, quando realiza atividade distinta daquela própria de agente financeiro em estrito senso.

Nessa seara de atuação, seu papel não é somente relativo ao financiamento, mas também à promoção das condições materiais necessárias à persecução do direito em debate. É aqui que adquire, segundo jurisprudência dominante e consolidada, a legitimidade para figurar no polo passivo das ações de responsabilidade civil decorrentes dos defeitos e atrasos nos imóveis financiados por programas sociais de habitação.

Vistas essas formas de atuação e responsabilidade do agente financeiro CEF, que varia conforme seu papel na relação de financiamento, surge uma questão de legitimidade (mas também de responsabilidade) desta empresa pública: a CEF é legítima na relação processual e responsável pelo dano causado à vítima quando sua atuação é de financiamento da obra, mas esta é referente à programas habitacionais de acesso à moradia, como o PMCMV?

Tal questionamento, que será debatido em seguida, é de crucial importância, não somente em relação a maior necessidade de proteção do consumidor, mas também de defesa aos

238 Nesse ponto, adotamos a diferenciação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 66-67) entre os interesses do Estado: primários, quando sejam "interesses públicos propriamente ditos", e secundários, aqueles "interesses que lhes são particulares, individuais, e que (...) se encarnam no Estado enquanto pessoa".

hipossuficientes que participam de programas como, por exemplo, o “Minha Casa, Minha Vida” e que, ante problemas estruturais ou de cumprimento dos prazos contratuais, muitas vezes não tem a devida reparação do dano sofrido. Tendo em vista isto, como também o dever público assumido pela CEF no art. 2º, alínea “c”, do Decreto-Lei nº. 759/1969, passemos agora à questão da (i)legitimidade da referida empresa estatal nas ações de responsabilidade civil na construção civil, quando atuante como agente financeiro em sentido estrito, mas no âmbito de programa social-habitacional.

5. A (I)LEGITIMIDADE DA CEF, COMO AGENTE FINANCEIRO EM SENTIDO ESTRITO, PELOS VÍCIOS E ATRASOS DAS OBRAS DE PROGRAMAS SOCIAIS.

Vimos aqui que a moradia é um direito social fundamental expressamente previsto na CF/1988, que impõe ao Estado o dever de sua efetivação. Ante essa importância, a responsabilidade dos agentes que atuam em sua concretude, que dar-se, em regra, nas relações de consumo, é objetiva e solidária quando produz o resultado danoso (vícios na obra ou atraso em sua tradição) com sua conduta tencional ou não. Nessa temática, analisou-se em específico a atuação do empresa estatal CEF, já que, conforme visto, é a principal figura pública responsável pela persecução deste direito a partir da concessão de crédito imobiliário, atuando como agente financeiro e, nesse sentido, assumindo dois possíveis papéis: financiador em sentido estrito e agente promotor de serviço público ligado ao direito à moradia.

Em decorrência dessa constatação, em reverência a tratar-se de um direito social fundamental previsto no Texto Magno e aplicável a relações consumeristas, bem como às construções jurisprudenciais e a grande recorrência de casos sobre a matéria, surgiu o problema ligado à legitimidade da CEF em contratos onde atua como agente financiador, estritamente falando, nos programas sociais referentes à habitação. Acerca dessa questão, a conclusão que se impõe é a da responsabilidade do financiador público, quando atuante nesse contexto de programa habitacional.

Não obstante nosso entender, há julgado do STJ (REsp 1.534.952/SC) firmando o contrário:

RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LEGITIMIDADE DA CEF. AUSÊNCIA. AGENTE FINANCEIRO. (...) 2. O exame da legitimidade passiva da CEF está relacionado com tipo de atuação da empresa pública no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional, ora como agente meramente financeiro, em que não responde por pedidos decorrentes de danos na obra financiada, ora como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda, em que responde por mencionados danos. Precedente. (...) 4. No caso dos autos, considerando-se que a participação da CEF na relação jurídica sub judice ocorreu exclusivamente na qualidade de agente operador do financiamento para fim de aquisição de unidade habitacional, a instituição financeira não detém legitimidade para responder pelo

descumprimento contratual relativo ao atraso na entrega do imóvel adquirido com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). (Grifamos)

Data vênua, não concordamos com a conclusão do acórdão paradigma. Em nosso sentir, mesmo ante ao fato de atuar como agente financeiro em sentido estrito, esse papel foi executado em um contexto de prestação de serviço público ligado a direito social fundamental, de modo que a responsabilidade da CEF é medida que se impõe.

Como já visto, a moradia, enquanto direito fundamental e humano (já que reconhecido também em instrumento internacional), deve ser garantida pelo Estado, em competência comum de seus entes federativos, segundo previsão do art. 23, IX, da CF/1988. Em razão disso, a legislação infraconstitucional passou a prever mecanismos de concretização deste direito a partir de programas sociais de acesso à habitação, sendo o principal na atualidade o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, instituído pela Lei nº. 11.977/2009, cuja finalidade é promover o incentivo à produção e aquisição de unidades habitacionais para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais), conforme prevê o art. 1 da referida Lei.

Esse público-alvo, bem como aquele expresso no art. 3º da Lei nº. 11.977/2009, indica, segundo jurisprudência majoritária, o grupo de pessoas ou famílias de baixa renda²³⁹. Ora, conforme visto mais acima no REsp 579.464/DF, a responsabilidade do financiador existe nos contratos firmados sob o regime do Sistema Financeiro da Habitação, sendo este fundado na facilitação e promoção da construção e aquisição da moradia própria, "especialmente pelas classes de menor renda da população" (art. 8º da Lei nº. 4.380/1964), ou seja, a mesma base de existência do PMCMV.

Então, se neste caso do contrato firmado pelo SFH inexistente diferenciação entre as formas de atuação do agente financeiro, a distinção feita sobre o regime do PMCMV mostra-se irrazoável e inoportuna, haja vista da própria finalidade social do referido, bem como a maior necessidade de proteção daqueles beneficiários de baixa renda e considerados vulneráveis à luz da legislação consumerista, que constituem o público de ambos os programas.

Na situação do REsp 1.534.952/SC, onde o financiamento do imóvel deu-se sob égide do referido PMCMV, a atuação da CEF como agente financeiro em sentido estrito não poderia afastar sua responsabilidade pelos vícios e atraso na entrega do imóvel, já que neste caso ela atua na persecução do interesse público referente à promoção da moradia para pessoas de baixa renda (vide arts. 1º e 3º da Lei nº. 11.977/2009). Ou seja, sua atuação nesse contexto não é apenas no campo de atividade econômica, mas vai além para a prestação de serviço público expresso na persecução dos interesses da coletividade, impondo-lhes responsabilidade de um agente público (art. 37, §6º, CF/1988).

239 Nesse sentido: acórdão do TRF5, PROCESSO: 08004203920164058502, AC/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR CARVALHO, 2ª Turma, JULGAMENTO: 30/11/2017.

Essa conclusão, em nosso entender, se impõe, não somente em razão dos postulados legais e constitucionais aqui ressaltados, mas também em nome da amplitude tomada atualmente pelo PMCMV com relação aos sujeitos que busca amparar. O número de habitações financiadas pelo mesmo, bem como o número de ações envolvendo atrasos e vícios das construções tomadas sob sua égide imprimem à empresa pública que o dirige uma responsabilidade sobre seus rumos, principalmente por se tratar de direito fundamental.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito social à moradia previsto expressamente no art. 6º da CF/1988 impõe ao Estado o dever de atuação, enquanto prestação positiva, na promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais (art. 23, IX, CF/1988), impondo uma responsabilidade na efetivação desse serviço público fundamental. Para tanto, viu-se que a legislação infraconstitucional passou a prever instrumentos positivos de busca deste direito, criando mecanismos, como o Programa Minha Casa, Minha Vida, sob responsabilidade da CEF, enquanto agente financeiro.

Nesse diapasão, em um segundo momento, o presente trabalho debateu em termos gerais a responsabilidade civil na construção civil, analisando os sujeitos, suas condutas e o nexo causal entre estas e os danos causados aos adquirentes de unidades habitacionais. Do mesmo modo, analisou-se as formas de responsabilidade dos agentes construtores, instituidores e financiadores na persecução deste interesse coletivo, dando nesse ponto especial atenção à constatação de que tais agentes, quanto atuantes em conjunto na relação consumerista, possuem responsabilidade solidária e objetiva pelos vícios e defeitos na perfeição, solidez e hígides da obra do imóvel, bem como na entrega temporânea do mesmo, em observância aos prazos contratuais. Deu-se especial relevo à responsabilidade civil do financiador naqueles contratos firmados à luz do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, consoante tratamento jurisprudencial do tema.

A partir das análises gerais sobre a temática proposta, passou-se à análise do problema específico aqui proposto, qual seja a legitimidade que possui a CEF, enquanto financiadora, mesmo que em sentido estrito, nos casos dos imóveis adquiridos sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida. A partir da compreensão do papel institucional que possui a referida empresa pública no campo da construção civil, estudo-se suas formas de atuação neste mesmo âmbito e o acolhimento de sua responsabilidade no entendimento dos tribunais. Viu-se que a sua atuação é de agente financeiro, podendo ser em sentido estrito, ou na promoção de política pública referente ao direito à moradia, possuindo responsabilidade sobre vícios e atrasos nas obras somente neste último caso (conforme entendimento acolhido pelos tribunais).

Não obstante, a problemática aqui traçada envolveu as duas formas de atuação da CEF em uma só questão relativa à atuação da empresa estatal como agente financeiro em sentido estrito, mas no âmbito de programa social de habitação, como é o caso do PMCMV. Conclui-se, segundo entendimento que reputamos mais correto à luz da Constituição e da legislação infraconstitucional, que neste caso, a CEF é responsável, já que sobressai sua atuação na persecução do interesse público, bem como a equiparação à responsabilidade que possui o financiador na égide do SFH, já que em ambos os programas os beneficiários são pessoas de baixa ou menor renda e suas finalidades giram em torno do mesmo fundamento constitucional.

Posto isso, o presente estudo buscou realizar uma análise, em termos gerais, da responsabilidade civil na construção civil e, no particular, questionar as formas de responsabilização do agente financeiro estatal (no caso, a CEF) nos casos de vícios na construção ou atraso em sua tradição. À luz da legislação *lato sensu*, bem como da doutrina e, principalmente, jurisprudência dos tribunais, entendemos, portanto, pela existência de responsabilidade da CEF, não somente quando presta diretamente a política pública referente ao direito à moradia, mas quando também financia em sentido estrito, com base nos referido PMCMV, a aquisição ou construção da habitação, tendo em vista que a sua atuação dar-se em nome de toda a coletividade, em expressa observância à Constituição.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Governo do. **Moradia digna**: 650 mil residências serão construídas pelo Minha Casa Minha Vida. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2018/02/moradia-digna-650-mil-residencias-serao-construidas-pelo-minha-casa-minha-vida>>. Acesso em: 24 de mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 de mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969**. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública Caixa Econômica Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0759.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964**. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4380.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2018.

_____. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 25 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2018.

____. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11124.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2018.

____. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 01 de abr. 2018.

____. Superior Tribunal de Justiça. Ação de rescisão de contrato. Responsabilidade do agente financeiro pela solidez e segurança da obra. Ausências de prova dos vícios alegados. Súmula nº 7 da Corte. Precedentes. **REsp 579.464/DF**, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 11/04/2005, p. 289.

____. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Recurso especial. Ação de indenização por perdas e danos e rescisão contratual. Julgamento "extra-petita". Inocorrência. **REsp 590.385/RS**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 05/09/2005, p. 399.

____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSOS ESPECIAIS. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SFH. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. AGENTE FINANCEIRO. ILEGITIMIDADE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. **REsp 897.045/RS**, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 15/04/2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS CUMULADA COM COBRANÇA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE. DISSONÂNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. **AgInt no AREsp 947.202/SE**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 15/03/2018.

____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSOS ESPECIAIS. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SFH. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. SEGURADORA. AGENTE FINANCEIRO. LEGITIMIDADE. **REsp 1163228/AM**, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 31/10/2012.

____. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO NÃO INTENCIONAL DE ARBITRAGEM. **REsp 1.296.944-RJ**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/5/2013. Publicado no Informativo nº 0526 Período: 25 de setembro de 2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL.

LEGITIMIDADE DA CEF. AUSÊNCIA. AGENTE FINANCEIRO. **REsp 1534952/SC**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO DA OBRA. ENTREGA APÓS O PRAZO ESTIMADO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. PREVISÃO LEGAL. PECULIARIDADES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATENUAÇÃO DE RISCOS. BENEFÍCIO AOS CONTRATANTES. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. PRAZO DE PRORROGAÇÃO. RAZOABILIDADE. **REsp 1582318/RJ**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. DIREITO CIVIL. OBRA. ATRASO NA ENTREGA. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. LUCROS CESSANTES. ESPELHAMENTO DA CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. APLICAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. **Apelação Cível no PROCESSO: 08101795120164058300, AC/PE**, DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, 1º Turma, JULGAMENTO: 09/03/2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. CONJUNTO RESIDENCIAL. VERBAS DO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. IMPOSSIBILIDADE. **Agravo de Instrumento no PROCESSO: 08075045220174050000, AG/SE**, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, 2ª Turma, JULGAMENTO: 07/01/2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processual Civil. Apelação contra sentença que indeferiu a inicial, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito, sob o fundamento de que os valores pleiteados em danos materiais e morais (total de R\$ 21.460,35) são inferiores a 60 salários mínimos, e, ainda, que a avaliação do valor da causa é feita dividindo tal importância pelo número de autores, importando em montante bem inferior a 60 salários mínimos. **Apelação Cível no PROCESSO: 08004203920164058502, AC/SE**, DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR CARVALHO, 2ª Turma, JULGAMENTO: 30/11/2017.

_____.Tribunal Regional Federal da 5ª Região. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. IMÓVEL OBJETO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL. DANOS DECORRENTES DE VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CEF. RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR E VENDEDOR DO IMÓVEL. CONFIGURADA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPROVADOS. INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. **Apelação Cível no PROCESSO: 08009942920154058201, AC/PB**, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 16/03/2018.

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

CEF, Caixa Econômica Federal. **A vida pede mais que um banco**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/apresentacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 01/04/2018.

CONTI, José Mauricio. **O Direito Financeiro pode ser a solução para os sem-teto**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-29/poder-publico-financiamento-direito-moradia>>. Acesso em: 24/03/2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 24/03/2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. v. 3. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

A DISPENSA DO PROCESSO LICITATÓRIO FRENTE AO ESTADO DE CALAMIDADE CAUSADO PELA COVID-19 E A INCIDÊNCIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES

EDMARA AZEVEDO ROCHA COELHO:

Graduanda em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA.

FRANCINE ADILIA RODANTE FERRARRI NABHAN

(orientadora)

RESUMO: Observa-se que o Brasil encara, há tempos, as terríveis consequências da corrupção sistematizada e instalada na administração pública em âmbito municipal, estadual e federal. Em virtude disso, o constituinte indicou a necessidade de processo licitatório para a contratação na administração pública nos termos da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993. Ocorre que, a nova Lei de Licitações publicada em 2021, a qual já se encontra em vigência, admite dispensa de licitação em casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência para a contratação conforme se evidenciou na pandemia do COVID-19, surgindo a seguinte problemática: em atenção aos casos de improbidade administrativa por parte dos agentes públicos, existe alguma relação entre a dispensa de licitação para a contratação diante da decretação de estado de emergência ou de calamidade pública? O presente artigo científico, possui, portanto, o objetivo de analisar se houve ou não, casos de improbidade administrativa dos agentes públicos diante dessa flexibilização, durante a pandemia. A metodologia utilizada para tanto, trata-se do método qualitativo, exploratório e bibliográfico, visto que o trabalho se fundamentou na legislação vigente, na doutrina jurídica e em artigos científicos, encontrados em bases de dados como o Google Acadêmico e Capes. Assim, ao longo da pesquisa foi possível concluir que, embora a nova legislação tenha trazido benefícios para a sociedade e principalmente aos envolvidos no processo licitatório, a contratação direta corroborou com o aumento de casos de corrupção durante a pandemia em virtude da conduta impropria dos agentes públicos.

Palavras-chaves: Processo licitatório. Lei de licitações. Improbidade administrativa.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA APLICABILIDADE. 3 ASPECTOS GERAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO. 4 A DISPENSA DA LICITAÇÃO EM RAZÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA. 5 O CRESCIMENTO DOS CASOS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO DIANTE DO PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o mundo passa por uma severa crise sanitária em virtude da pandemia do COVID-19, causada pelo Sars-CoV-2. Diante das grandes dificuldades enfrentadas, seja no campo sanitário, econômico, social e político, no Brasil, ainda encarasse as terríveis consequências da

corrupção sistematizada e instalada na administração pública, seja em âmbito municipal, estadual ou federal.

A tempos o Brasil passa por uma crise moral, sobretudo, no campo político, transcendendo a atualidade e caracterizando-se um problema corriqueiro impregnado na cultura política brasileira, o famoso “jeitinho brasileiro”. Diante disso, o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura que a administração pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios será pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Nessa seara, o constituinte indicou a necessidade de processo licitatório para a contratação na administração pública nos termos da lei, conforme o art. 37, XXI da CRFB/1988. A referida regulamentação foi feita por meio da Lei nº 8.666/1993 e, recentemente, mais precisamente no dia 1º de abril de 2021, fora publicada a nova Lei de Licitações, a Lei nº 14.133/2021 a qual já está em vigência.

Ocorre que em casos excepcionais, conforme se extrai de Brasil (2021), a lei admite dispensa de licitação, sobretudo, nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência para a contratação. Dessa maneira, a administração pública pode contratar diretamente sem a necessidade de licitar, o que pode corroborar com o aumento nos casos de corrupção em virtude da conduta improba dos agentes públicos. Assim, surge a seguinte problemática: em atenção aos casos de improbidade administrativa por parte dos agentes públicos, existe alguma relação entre a dispensa de licitação para a contratação diante da decretação de estado de emergência ou de calamidade pública?

A presente pesquisa demonstra-se fundamental diante dos efeitos causados pela pandemia de COVID-19, a qual gerou, no Brasil, a decretação de estado de emergência ou de calamidade pública, por parte dos entes federados em quase toda sua totalidade. Com isso, o presente estudo relacionará o crescimento, ou não, nos casos de improbidade administrativa dos agentes públicos diante da flexibilização, leia-se dispensa de licitação, para as contratações. Desse modo, espera-se, com a pretensa pesquisa a agregação de conhecimento à comunidade jurídica, bem como trazer conscientização social acerca das mazelas causadas pela má administração pública em sentido amplo.

Ademais, a escolha do tema se deu diante da situação pandêmica em que se encontra o mundo, refletindo efeitos no Brasil, bem como, por motivação pessoal, dada o contato diário com a administração pública e a forma como ela influencia no dia-a-dia do administrado. Em relação a metodologia empregada pra realizar o trabalho, destaca-se a abordagem qualitativa, a qual descreve uma relação entre o objetivo e os resultados que não podem ser interpretadas por meio de números (FERNANDES, 2018), posto que a análise sobre a flexibilização do processo licitatório

frente ao estado de calamidade causado pela COVID-19 e a incidência de improbidade administrativa nas contratações realizadas durante esse período será feita por meio de uma interpretação subjetiva.

Quanto aos objetivos, a pesquisa possui cunho exploratório, uma vez que se fez imprescindível conhecer os aspectos gerais da nova legislação de licitações (14.133/2021), bem como, sua natureza, a forma como se constitui, as características e processos que dela fazem parte (LAKATOS; MARCONI, 2010). No que se refere ao procedimento técnico utilizado, a revisão literária do estudo denomina-se bibliográfica, por se basear no entendimento da legislação vigente, na doutrina jurídica e em artigos científicos, livros e periódicos encontrados em bases de dados como o Google Acadêmico e Capes.

Assim, ao longo do trabalho, será abordado, primeiramente, acerca dos princípios da administração pública arrolados na Constituição Federal de 1988, trazendo os seus conceitos e especificidades. Posteriormente, analisar-se-á as nuances da licitação e os casos de sua dispensa em razão de estado de emergência e de calamidade pública.

Em seguida, será abordado sobre as espécies de atos de improbidade administrativa e as especificidades de cada um desses atos, ao fim indicando o enquadramento diante das irregularidades cometidas ante a dispensa de licitação. E por fim, não menos importante, será relacionado o crescimento nos casos de prática de atos de improbidade administrativa com a dispensa de licitação diante da decretação do estado de emergência ou de calamidade pública no período de pandemia de COVID-19.

2 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA APLICABILIDADE

Inicialmente, compreende-se que o Estado prevalece em face do indivíduo, isso porque o mesmo tutela o interesse da coletividade, e não os seus próprios interesses. Nesse sentido, há a necessidade de condução da sociedade sempre em busca do melhor interesse geral. Para isso, surge o Direito Administrativo como ramo do direito público, autônomo, que discute os princípios e as normas que regulamentam a função administrativa no Estado (MAZZA, 2019).

Assim, quando se fala em direito administrativo, faz-se necessário distinguir o seu regime jurídico – que é, em regra, ramo do direito público – e regime jurídico administrativo. O segundo, se trata de todo o conjunto de princípios e normas que atingem o direito administrativo. Nesse viés, Di Pietro traz uma importante distinção entre as expressões mencionadas acima:

A expressão regime jurídica da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime administrativa é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando

a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa (DI PIETRO, 2019, p. 203).

Para o estudo do direito administrativo, bem como das relações entre Administração e administrado, o regime jurídico administrativo faz-se essencial e é tido como elemento valioso na orientação e aplicação do direito (MARINELA, 2011). Dito isso, importa salientar que a doutrina elenca dois princípios implícitos, quais sejam: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ambos são tidos como supra princípios, e deles decorrem, logicamente, todos os outros princípios que serão estudados (MAZZA, 2019).

Tem-se por supremacia do interesse público sobre o privado como aquele que versa a superioridade dos interesses da coletividade, razão pela qual o a administração recebe da lei poderes especiais para agir. Conforme de Di Pietro (2019), tratam-se de prerrogativas ou privilégios que administração possui, com a finalidade de defender o melhor interesse da coletividade. Por essa razão, explica a autora, que esses privilégios se desdobram, por exemplo: “[...] a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia” (DI PIETRO, 2019, p. 204).

Já o supra princípio da indisponibilidade do interesse público assegura que os agentes públicos não são os titulares, ou seja, donos, do interesse pelo qual estão agindo. Isso significa dizer que os agentes não estão livre para atuar da forma que lhes parecer melhor, mas tão somente em conformidade com o mandamento legal. Dessa dualidade principiológica, implícita no ordenamento jurídico brasileiro, como já expresso, decorrem todos os outros princípios expressos, sejam constitucionais ou infraconstitucionais.

Desta feita, passa-se ao estudo dos princípios constitucionalmente previstos, também conhecidos como princípios explícitos ou expressos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu art. 37, caput, a disciplina de cinco princípios que fundamentam a Administração Pública, direta ou indireta, de todos os entes federados, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Município. São eles: o princípio da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência (BRASIL, 1988).

Em primeiro lugar, o princípio da legalidade na administração pública surgiu junto com o Estado de Direito, constituindo uma das principais ferramentas para a garantia dos direitos individuais. Isso porque ao mesmo tempo em que o Estado está constituindo esses direitos e garantias fundamentais, está, do mesmo modo, impondo limites à sua atuação, com fito de evitar arbitrariedades (DI PIETRO, 2019).

Tem-se que o princípio da legalidade é o mais importante dos que estão expressamente previstos. Sua relevância se justifica porque a Administração Pública só pode praticar o que está autorizado em lei. Não se pode confundir o princípio da legalidade administrativo com o princípio da legalidade geral que está disposto no artigo 5º, inciso II, da CRFB/88. Nessa, o indivíduo só é proibido de fazer ou obrigado a fazer se houver lei disciplinando, ou seja, se não há lei proibindo certo ato, o indivíduo pode praticá-lo. Já no princípio da legalidade administrativa, do artigo 37 da CRFB/88, na ausência de lei o agente público não pode atuar.

Em arremate, Marinela (2011, p. 31), assevera que:

De outro lado, encontra-se a legalidade para o direito público, em que a situação é diferente, tendo em vista o interesse da coletividade que se representa. Observando esse princípio, a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, instituindo-se um **critério de subordinação à lei**. Nesse caso, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal (grifo da autora).

Ademais, o princípio da impessoalidade estabelece que o agente público, no exercício de suas funções, deve abster-se de subjetivismo em face da defesa do interesse coletivo. Segundo Mazza (2019), impera um dever de imparcialidade, impedindo discriminações ou favoritismo, a fim de prejudicar ou beneficiar determinada pessoa. Pode-se afirmar ainda que, toda a atuação dos agentes públicos é atribuída ao Estado, em outras palavras, a atuação da pessoa física agente pública recai sobre a pessoa jurídica do Estado.

Conforme leciona Marinela (2011, p. 38), o princípio da moralidade “exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente”. O conceito de moralidade administrativa está intimamente ligado ao de bom administrador. É importante ressaltar que a Constituição consagra o princípio da moralidade e ao mesmo tempo traz a necessidade de proteção e responsabilização dos agentes que atuam de forma amoral e imoral. Em razão disso, pode-se observar inúmeros mecanismos de responsabilização desses agentes, como, por exemplo, a Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa.

Em continuidade, o princípio da publicidade assevera que todos os atos da administração pública devem ter divulgação oficial. Tal princípio tem por objetivo a efetivação do livre acesso às informações pública pelo indivíduo, consagrando a transparências dos atos públicos, bem como a exteriorização de sua vontade. O último princípio arrolado no caput do artigo 37 da CRFB/88, é o da eficiência. Ele foi acrescido ao texto pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Tal princípio apresenta dois aspectos, nas lições de Di Pietro (2019, p. 243):

[...] pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Cabe ressaltar que esses não são todos os princípios expressos no ordenamento jurídico brasileiro, havendo vários outros princípios, como o da autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade, motivação etc. Importa salientar que o regime jurídico administrativo abrange toda a Administração Pública, direta ou indireta, dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

3 ASPECTOS GERAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO

Os princípios mencionados no tópico anterior não são apenas ferramentas hermenêuticas ou, dito de forma mais simples, critérios interpretativos colocados à disposição do exegeta em sua atuação cotidiana. Desde há muito, os princípios são considerados normas jurídicas dotadas de força coativa. Em obra seminal sobre o conceito de princípios constitucionais, Ruy Samuel Espíndola recorda que: "O primeiro a afirmar a normatividade dos princípios foi Crisafulli, que, em sólida conceituação, datada de 1952, acentuou o caráter de norma jurídica dos princípios" (ESPINDOLA, 1998).

Por meio de um contrato administrativo o particular celebra com a administração pública uma relação jurídica. O legislador para acompanhar as mudanças sociais e garantir a lisura no procedimento realizado nos processos de contratação realizado pelo governo, criou uma nova Lei de Licitação capaz de sanar irregularidade que vinham se perdurando nas contratações públicas (ROSILHO, 2013).

A Lei de licitações é conceituada por uma parte dos doutrinadores como excessivamente rígida. Porém, para entender melhor esse excesso de formalismo, é interessante a exposição de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, os quais explicam que ela foi influenciada pela busca de paradigmas éticos para Administração Pública, tendo sido criada em meio à discussão pública sobre vários escândalos de corrupção, que culminaram com o impeachment do Presidente da República (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

Nesse sentido, cabe aqui destacar que a criação de uma nova lei que está inovando nos procedimentos de contratação da administração pública tem a finalidade de coibir o fenômeno da corrupção que infelizmente tem se perdurado durante o tempo. Se torna necessário preceituar o fenômeno chamado "*rent-seeking*" pelo qual esse é analisado. Em conformidade com Maciel, o referido comportamento pode ser definido como:

(...) o dispêndio de recursos escassos na captura de transferências de riqueza, é prejudicial ao desenvolvimento de uma sociedade e ocorre quando os recursos são alocados politicamente, ao invés de pelo mercado. A corrupção, que pode ser definida como a venda, por funcionários públicos, de propriedade do governo para ganho pessoal, é determinada pela existência de poderes discricionários; pela existência de rendas econômicas consideráveis; e por uma probabilidade de detecção e punição relativamente baixa, e pode ser entendida como um comportamento de "*rent-seeking*" (MACIEL, 2005).

Gordon Tullock precursor dessa teoria, afirma que tanto no ponto de vista teórico quanto no empírico definiu-a como sendo o desembolso de recursos por indivíduos e grupos de interesse na obtenção de rendas criadas pelo Estado (TOLLISON, 2012).

A licitação é uma matéria técnica de diferentes opiniões. Há desde os que exaltam o fato de haver um processo mais controlado do ponto de vista normativo das futuras contratações do Poder Público, o que mostra muitos dos valores republicanos enfeixados também no princípio da impessoalidade, corolário da igualdade, até os que distinguem a licitação como um instrumento inócuo, que acrescenta formalismo estéreis e, conseqüentemente, pouco contribuiu para garantir nos negócios públicos a lisura que os procedimentos precisam.

Destaca-se, portanto, que a Lei Geral de Licitações e Contratos é a Lei 8.666/1993 (NOHARA, 2019). O legislador por vezes se encontra no embate doutrinário quando aborda a manutenção da Legislação que trata sobre o processo licitatório. Verifica-se inúmeros conceitos nos quais uns trazem o pensamento que há necessidade de grandes ajustes na legislação, outro que já traz a ideia de junção das modalidades afim de flexibilizar processo dando maior espaço de discricionariedade.

Segundo expõe André Rosilho, além da possibilidade de fuga da Lei 8.666/93, por meio da fragmentação do regime de licitações por inúmeros regimes específicos, o que, em sua visão, compromete a racionalidade e o bom funcionamento das licitações, há ainda a perspectiva de substituição da Lei de Licitações por um diploma normativo menos procedimental e burocrático, que estabeleça limites à regulação jurídica, abrindo espaços para mais criatividade na gestão pública (ROSILHO, 2013).

Com relação aos doutrinadores que defendem que a legislação do processo licitatório, necessita apenas de alguns ajustes, sem necessitar de uma mudança mais emblemática, Gabriela Verona Pércio pensa: A grande maioria dos servidores públicos se sente mais segura com a prolixidade do texto normativo, detalhado e incisivo. Não estão preparados para uma lei mais sucinta, que os tornaria dependentes dos pareceres técnicos e jurídicos a todo tempo (PÉRCIO, 2013, p. 29).

Acontece que os doutrinadores que defendem esse ponto de vista afirmam que a lei de nº 8.666/93, não é por si só responsável pelos escândalos de corrupção nas contratações. Devendo essa ser aperfeiçoada, afim de coibir as práticas de corrupção em sua utilização. As licitações e contratos administrativos são assuntos de extrema relevância, uma vez que, é por meio deles que a Administração Pública dispõe de insumos, materiais, serviços e obras para a realização de suas atividades (NIEBUHR, 2013).

A nova Lei nº 14.133/2021 atrai a atenção na medida em que promove mudanças no cotidiano de milhares de órgãos e entidades administrativas e nas milhares de empresas que contratam com a Administração Pública. É importante mencionar que o legislador não estabeleceu período de vacância, após sua publicação sair em 01 de abril de 2021, somente pontuou o prazo de dois anos até a administração pública adotar a nova lei em detrimento das que já eram usadas como a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2001 (RDC), podendo essa escolher qual das leis utilizar. Tanto que o legislador enfatizou isso no artigo 191 da Lei nº 14.133/2021, que tem a seguinte redação:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso (BRASIL, 2021, online).

O período de dois anos mencionado anteriormente se trata do tempo que a administração pública vai dispor para ajustar o processo interno dos órgãos, qualificar os servidores afim de aplicar os estudos sobre a nova lei de licitação a lei nº 14.133/2021. É importante ressaltar que durante tal período a administração vai poder aplicar o novo regime, aplicar o antigo regime ou alternar o uso das duas leis.

A nova lei de licitação, estabelece, portanto, uma série de inovações dentre as quais estabelece procedimentos e obrigações para toda a administração pública nacional, não incluindo somente as estatais que são disciplinadas pela lei de nº 13.303/2016. Em que muitas dessas obrigações e procedimentos são difíceis de serem executados pelos órgãos e entidades que possuem menos estruturas, como exemplo estão os municípios de pequeno porte. O artigo 176 dispõe que os municípios que possuem o total de 20 (vinte mil) habitantes devem cumprir as exigências dos artigos 7 e 8 da lei, relacionando dessa forma os responsáveis pelo processo de licitação e condução, quanto a obrigação de licitação eletrônica e a divulgação das regras.

Apesar de tudo isso, tal processo já era até realizado como bem demonstra o artigo § 3º 1º do Decreto Federal n. 10.024/2019. Dessa forma, é notório que qualificar todos os servidores para

atuar com a nova redação da lei de licitação, será imprescindível, afim de ter todos os requisitos de lei cumpridos e de evitar a incidência em processo de improbidade administrativa. É importante mencionar que muitas são as dificuldades enfrentadas pelos gestores de municípios que ainda não tem um quadro de servidores capacitados para atuar com os procedimentos da nova lei.

Acontece que para trabalhar na qualificação desses servidores o município vai precisar de recursos, e infelizmente vão enfrentar muitas restrições financeiras. O artigo 176 da Lei de nº14.133/2021 no seu parágrafo único afirma que os municípios de até 20 (vinte mil) habitantes devem inserir no portal Nacional de contratações públicas todos os atos tocantes ao processo de licitações e contratos em âmbito nacional, o que representa uma forma de positivar e trazer maior transparência a todo procedimento. Cabe ressaltar que enquanto o município não se inserir nesse portal deverá utilizar o diário oficial para publicar os requisitos exigidos pela nova lei de licitação, além de ter que deixar disponível a versão física do processo no âmbito de suas repartições. Sendo que todo esse procedimento foi pensado justamente para garantir a transparência no processo de licitação.

Dessa forma é importante mencionar que o princípio da transparência é muito relevante para todo o processo de licitação, uma vez que assegura que ninguém favoreça de forma indevida e também para garantir que outros licitantes possam ter oportunidade e garantindo a publicação dos atos da administração pública.

4 A DISPENSA DA LICITAÇÃO EM RAZÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA

A dispensa de licitação ocorre quando o estado decreta o estado de calamidade pública, pois necessita celebrar contratos de maneira mais ágil afim de evitar todo procedimento que é realizado quando se tem esse decreto. Nesse contexto, por ser uma situação fora da normalidade o prejuízo já se encontra instalado, ao passo que com o decreto da calamidade pública o governo poderá celebrar contratos afim de garantir medidas urgentes.

Na prática, decretar estado de calamidade pública permitirá ao governo gastar mais do que o previsto com medidas, por exemplo para conter os efeitos da COVID-19, e de forma mais rápida. A Lei de Licitações, por exemplo, prevê dispensa de licitação nesses casos, "quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares" (NIEBUHR, 2021).

O artigo 75 da lei de nº 14.133/2021 dispõe sobre os casos em que pode ser realizado a dispensa de licitação, destacando-se os seguintes parágrafos:

Art. 75. É dispensável a licitação: I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

Art. 75. É dispensável a licitação: [...] II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras; (BRASIL, 2021, *online*).

Com a proposta direta e o procedimento de dispensa de licitação a administração pública deve buscar a melhor proposta frente a situação passageira. Destarte, durante o estado de calamidade pública alguns servidores veem uma brecha para ilicitudes causando danos ao erário ou também o simples descumprimento dos princípios da administração, sem necessariamente gerar danos as finanças públicas, gerando uma corrupção administrativa com seu desvio de ato e corrompendo o princípio do ato administrativo, acarretando o enriquecimento ilícito (MAZZA, 2019).

Assim, a administração pública tem poder para licitar fechando contrato com as empresas para promover serviços e adquirir bens. Nesse sentido Mazza, preceitua que:

O supra princípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendido. Assim, no exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação. Como decorrência dessa indisponibilidade, não se admite tampouco que os agentes renunciem aos poderes legalmente conferidos ou que transacionem em juízo (MAZZA, 2019, p. 111).

Frisa-se que os princípios e os supra princípios desenvolvem nessa seara um papel de extrema relevância. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, que são norteadores para a criação de outros princípios, no qual se adequa o princípio da indisponibilidade do poder público. Ressalta-se que para o desenvolvimento da atividade administrativa só irá ser exequível se respeitado os princípios que regem a administração pública (NIEBUHR, 2021). Confirmando tal pensamento, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ENVIO DE DOCUMENTOS. INTEMPESTIVIDADE. PREVISÃO DO EDITAL. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DA ISONOMIA. A controvérsia cinge-se à análise da desclassificação de participante de certame licitatório, na fase de entrega de documentação, em razão de ter sido efetuada fora do prazo previsto no Edital. Considerando a ausência de previsão editalícia sobre a alegada

suspensão do horário comercial, a existência de norma municipal passível de incidir, supletivamente, no caso, que a diferença entre o valor das propostas impetrante e da licitante vencedora não representa montante hábil a recomendar, sob o pretexto de atender ao interesse público, o afastamento do critério objetivo de atendimento ao prazo, bem como os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da isonomia, impõe-se o entendimento de que a lei municipal configura veículo normativo idôneo a colmatar a referida lacuna. Diante disso, face ao descumprimento da norma editalícia, mantém-se a desclassificação da impetrante. Desprovisionamento das apelações (BRASIL, 2020, *online*).

Portanto, o princípio da motivação é a razão pelo qual a administração pública deve motivar e fundamentar todos os seus atos ao licitar e contratar. Não bastando para tanto que as decisões sejam publicadas, mas que externem os motivos que a determinaram. Sem a motivação não tem como saber se a contratação foi por dispensa ou inexigibilidade de licitação, e se ela seguiu todas as exigências prevista na lei.

Nesse sentido, temos a interpretação exageradamente restritiva das hipóteses de dispensa de licitação que fez com que os autores Renato Geraldo Mendes e Egon Bookman Moreira, se propusessem a repensar “a contratação pública e o dever de licitar”: Quem é atuante na área de contratação pública se depara constantemente com a seguinte afirmação de que a licitação é a regra, e a dispensa e a inexigibilidade são exceções (MENDES; MOREIRA, 2016).

Mas, fato é que isso se tornou uma espécie de mantra na área da contratação pública ou uma frase pronta, que todos repetem sem refletir melhor sobre seu conteúdo. Ao afirmar que uma coisa é regra e a outra sua exceção, definimos uma ordem de prevalência de uma sobre outra. No entanto, esse não é o ponto mais relevante.

O maior problema se abriga em adotar a ideia de regra e exceção imaginando que há apenas um único pressuposto aplicável para toda a realidade normatizada. Com isso, passamos a crer, por exemplo, que o certo, o comum é licitar, e que não licitar é incomum, é errado. Cria-se, assim, uma ideia de que se valer da exceção é não fazer o que deveria ter sido feito. Gera-se a errada concepção de que se deveria evitar a dispensa e a inexigibilidade.

Mas é preciso dizer que não é nada disso. Primeiro, porque não há apenas um único pressuposto para definir o cabimento da regra e o da exceção. Segundo, porque a legalidade depende tanto da aplicação da regra quanto da exceção. Ademais, em razão de tal equívoco de concepção, amplia-se demasiadamente o dever de licitar e, por via de consequência, o cabimento da contratação sem licitação é reduzido consideravelmente (MENDES; MOREIRA, 2016).

5 O CRESCIMENTO DOS CASOS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO DIANTE DO PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19

Em tentativas de evitar a proliferação e o aumento de casos de óbitos em decorrência da pandemia do COVID-19, o Estado se viu com a necessidade de adquirir bens e serviços. Com essas obtenções é importante destacar o princípio da proporcionalidade para os atos administrativos. Considerando-se que ele evita os excessos e visa que a Administração Pública exerça e atue de acordo com suas limitações e satisfazendo a real demanda do interesse público.

Alguém, ou alguns, se aproveitando de vantagens para atingirem seus próprios objetivos, sem se importar com o dano causado ou se tal conduta é legal, não é algo novo para a população. No Brasil, a corrupção está concatenada dentro do seu percurso histórico. Dessa forma, os acusados no nosso país têm o amparo de diversas disposições legais, como a presunção de inocência, direito ao contraditório e ampla defesa, devido processo legal e outros (NIEBUHR, 2021).

A Lei Federal de nº 13.979/2020, nomeada também como “Lei do Coronavírus”, procurou agilizar o processo de aquisições e compras para atender os itens necessários ao combate à pandemia. Para isso, entre outras necessidades, a lei instituiu uma nova modalidade de dispensa de licitação para compras e aquisições durante todo período de pandemia. Desde então, as dispensas, normalmente que deveriam ser uma exceção no direito administrativo e nas contratações da administração pública, têm se tornado uma realidade em basicamente todos os estados da federação.

A fiscalização dos contratos administrativos é de grande notoriedade para a Administração Pública e sociedade. O que não descarta que, com a decretação de estado de calamidade pública, os processos estão dispensados de licitar os que não possuem vulnerabilidade e adversidades, devendo dar celeridade às aquisições, porém, a flexibilização da dispensa de licitação pode acarretar uma deficiência da utilização dos recursos ou até uma ausência de observância das regras pertinentes (NIEBUHR, 2021).

Os desvios de dinheiro público destinados para municípios e estados comprarem insumos que ajudassem na pandemia, foram sendo descobertos com o trabalho dos órgãos de controle que levantavam muita falta de credibilidade sobre a boa aplicação do dinheiro por parte dos gestores. É válido ressaltar que mesmo com as dificuldades que muitos estados e municípios enfrentaram para coibir o avanço da pandemia também não foi visto com bons olhos por muitos órgãos de controle. Com isso destaca-se o artigo 4 da lei de nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (Lei do Coronavírus):

Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde

pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei (BRASIL, 2020, *online*).

Essa nova modalidade de licitação buscou facilitar o processo de licitação realizado pela administração pública não só de maneira nacional, como internacional. Ressalta-se que o artigo anteriormente mencionado sofreu alteração em sua redação a Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 passando o referido artigo a vigorar nos seguintes termos:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei (BRASIL, 2020, *online*).

O período pandêmico fez com que muitos entes até legislassem sobre o tema, afim de facilitar o processo de compra, tendo em vista a excepcionalidade do momento afim de trazer celeridade no processo de contratações. Nesse contexto Adilson Abreu preceitua Dallari: “Começando pela parte final do que foi dito acima, é evidente que a dispensa de licitação não pode levar a uma contratação aventureira, insegura, ilícita e imoral” (DALLARI, 2003).

Não só o contratado deve ter idoneidade jurídica, técnica e financeira como o contratante deve estar atento aos princípios constitucionais (artigo 37 da CF) da impessoalidade e da moralidade. A contratação não pode ser um meio para socorrer amigos de situação ruinosa, nem de saldar dívidas das campanhas eleitorais. Nem pode haver contratação quando houver exigência legal de outros requisitos além da licitação, como é o caso, por exemplo, da situação do contratado perante o sistema de seguridade social (artigo 195, §3, da CF).

Infelizmente, muitos gestores tanto no âmbito municipal como no estadual, se utilizaram do dinheiro público para promover inúmeros escândalos de corrupção que tem sido descoberto dia após dia, investigação, por investigação. É notório que muitos se utilizaram da flexibilização da lei para beneficiar o próprio bolso, se utilizando do dinheiro público e aproveitando da situação de calamidade pública instaurada para honrar favores políticos e acordos que eram negociados durante o período de campanha eleitoral. Para Marçal Justen Filho:

“A contratação direta se submete a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, ausência de licitação não equivale à contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível” (FILHO, 2014, p. 391).

Desta forma, não é pelo procedimento ter se tornado flexível que ele não exija uma atenção sobre procedimento que é realizado no decorrer do processo para contratação, mas sim que deve

ser tomado as devidas precauções afins de evitar o enquadramento na lei de improbidade administrativa. É importante mencionar que o artigo 15, 16 e 17 da lei de nº 8.429/92, pontua penalidades sobre os atos de improbidade e descreve o desempenho do tribunal de contas e do Ministério público na apuração desses atos.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurara prática de ato de improbidade. Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado danos ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts.822 e 825 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1992, *online*).

Tratar esse problema de corrupção que tanto traz atraso para a sociedade é tratar de um assunto relevante, e ainda mais, no que tange os atos de improbidade que foram destacados e que traz penalidades sobre os que o cometem durante o processo de licitação. Dessa maneira, fica muito clara a importância que os órgãos que fiscalizam como o dinheiro público tem sido utilizado desempenham. Além disso, o maior fiscal desta utilização deve ser o povo, ou seja, a sociedade que pode por meio dos portais de transparência acompanhar os contratos e com o que o dinheiro público tem sido gasto. O autor Joel Niebuhr aborda o princípio da moralidade por meio do seguinte preceito:

A moralidade posta no meio administrativo quer agregar força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados. Sobremaneira, para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade (NIEBHUR, 2013, p. 57).

Cabe ressaltar que a moralidade abordada nesse conceito não se trata da moralidade religiosa ou social, mas sim da que é prevista no ordenamento jurídico que é a legalidade a qual

impõe graves sanções quando se pratica os crimes que importam no enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário, os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e também os que atentam contra os princípios da Administração Pública. Neste sentido, temos a seguinte decisão:

DECISÃO. (Empresário/Amazonas), por ocasião do Procedimento de Compras sem licitação, Processo n. 17101.011455/2020-77, que deu origem ao Registro de Dispensa de Licitação (RDL) n. 047/2020), teriam cometido ou participado dos seguintes crimes: 1) dispensa de licitação sem observância das formalidades legais (art. 89 da Lei n. 8.666/1993); 2) fraude em 'licitação'/aumento abusivo de preços/sobrepreço (art. 96, I, da Lei n. 8.666/1993); 3) peculato (art. 312 do Código Penal). Os fatos tiveram início por volta de 30/3/2020, quando a empresária LUCIANE ZUFFO VARGAS DE ANDRADE, sócia-proprietária da Empresa Andrade Mansur Comércio de Material Hospitalar (SONOAR), por meio de mensagens de WhatsApp, teria ofertado ventiladores pulmonares à Secretária Adjunta de Atenção Especializada da Capital DAYANA PRISCILA MEJIA DE SOUSA (encarregada de verificar as demandas do Estado e dar início ao procedimento das aquisições). Depois de trocas de mensagens entre ambas, em atenção ao contato/oferta da empresária LUCIANE (SONOAR), a Secretária de Atendimento Especializado DAYANA PRISCILA MEJIA DE SOUSA, no dia 2/4/2020, deu início ao processo de compra direcionada de 28 ventiladores pulmonares, conforme combinado Legislação (HC 212670/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10/03/2022) (BRASIL, 2022) *online*).

Dessa maneira, com o crescimento do processo de dispensa de licitação realizado pelos gestores públicos e seus secretários em decorrência da pandemia do COVID-19, a desconfiança por parte dos órgãos de fiscalização e controle e também na transparência que a sociedade exige e que está prevista em lei. Todo ato que incida sobre a lei de improbidade administrativa deve ser apurado e coibido, afim de não permitir que tais condutas se perpetuem. Além disso, todo processo e inovação trazidos pela nova lei de licitação para flexibilizar o processo de contratação ocorreu justamente pela situação atípica vivenciada não só a âmbito nacional como internacional.

6 CONCLUSÃO

Compreende-se que a tempos o Brasil passa por uma crise moral, sobretudo, no campo político, transcendendo a atualidade e caracterizando-se um problema corriqueiro impregnado na cultura política brasileira, o famoso "jeitinho brasileiro". Diante disso, o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura que a administração pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios será pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Os princípios basilares da Administração Pública buscam, acima de tudo, o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as garantias da Administração. Dessa forma, os alicerces da Administração Pública existem para assegurar que servidores dos órgãos federais, estaduais e municipais atuem de acordo com as leis brasileiras, respeitando os interesses públicos e os direitos de todos os cidadãos e cidadãs a fim de garantir a boa gestão pública. Assim, é de grande importância a prática dessas fontes para a organização da Administração Pública, permitindo uma boa estruturação e efetivação com aquilo que é para o bem social e também para formação de uma imagem exemplar do administrador público, indivíduo este que deve honrar sua prática com atitudes legais.

Entretanto, a partir da publicação da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) a qual já se encontra em vigência, houve a possibilidade de dispensa de licitação, sobretudo, nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência para a contratação, necessidade evidenciada no período da pandemia do COVID-19. Isso implica, conforme foi possível notar, no aumento de casos de corrupção em virtude da conduta improba dos agentes públicos, visto que muitos gestores, tanto no âmbito municipal como no estadual, se utilizaram do dinheiro público para promover escândalos de corrupção durante a pandemia.

Em virtude da flexibilização da lei, muitos utilizaram dessa “brecha” para beneficiar o próprio bolso, se utilizando do dinheiro público e aproveitando da situação de calamidade pública instaurada para honrar favores políticos e acordos que eram negociados durante o período de campanha eleitoral. Diante disso, restou evidente que tratar esse problema de corrupção que tanto traz atraso para a sociedade é tratar de um assunto relevante, e ainda mais, no que tange os atos de improbidade ora destacados, que traz penalidades sobre os que o cometem durante o processo de licitação.

Dessa maneira, fica clara a necessidade do respeito aos princípios basilares da Administração Pública, bem como, a importância dos órgãos que fiscalizam como o dinheiro público tem sido utilizado. Além disso, ressalta-se que o maior fiscal desta utilização deve ser o povo, ou seja, a sociedade que pode, por meio dos portais de transparência acompanhar os contratos e com o que o dinheiro público tem sido gasto. Assim, cabe aos operadores do direito compreender inicialmente, as fragilidades legais e morais que assolam as riquezas do Brasil, para que então seja possível agir em torno de um país melhor, no que diz respeito à fiscalização da utilização dos recursos públicos.

Conclui-se, portanto que, embora a nova Lei tenha trazido benefícios para a sociedade, por outro lado, a contratação direta corroborou com o aumento de casos de corrupção. Todo ato que incida sobre a lei de improbidade administrativa deve ser apurado e coibido, afim de não permitir que tais condutas se perpetuem. É necessário prudência por parte dos intérpretes seja juízes, desembargadores ou turmas recusais na aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade

Administrativa (Lei no 8.429/1992), a fim de que haja o controle efetivo dos atos previstos nessa norma, sobretudo os atos de enriquecimento ilícito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de**

1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Presidência da República Casa Civil, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2022.

_____. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos

Administrativos. Brasília, 2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 15 01 de outubro de 2021.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

FERNANDES L. A.; Gomes, J. M. M. **Relatório de pesquisa nas Ciências Sociais**:

Características e modalidades de investigação. ConTexto, Porto Alegre, v. 3, n. 4, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 391.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. 5. reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

MACIEL, F. G. **Categoria Nível Superior 3º Lugar**: O controle da corrupção no Brasil, 2005. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5458>. Acesso em: 20 set. 2022.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, R. G.; MOREIRA, E.B. **Inexigibilidade de licitação**: repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2016. p. 51).

MOREIRA, E. B.; GUIMARÃES, F. V. **Licitação pública**: A Lei geral de licitações – LGL e o Regime diferenciado de contratação – RDC. 2 ed. ISBN: 9788539203055. São Paulo: Malheiros, 2015.

NIEBUHR, J. de M. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 57.

NIEBUHR, J. de M. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte:

FORUM, 2018.

NIEBHUR, J. de M, *et. al.* **Nova Lei de licitações e Contratos Administrativos**. 2ª ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 283.

NIEBUHR, J. de M. **Regime Emergencial de Contratação Pública para o**

Enfrentamento à Pandemia de COVID-19. Belo Horizonte: FORUM, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PÉRCIO, Gabriela Verona. **Lei 8.666**: entrave para as contratações brasileiras? Revista Jurídica Consulex, a. XVII, n. 393, 2013.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

TOLLISON, Robert. **The economic theory of rent seeking**, 2012. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/kappubcho/v_3a152_3ay_3a2012_3ai_3a1_3ap_3a73-82.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

TRF, **Apelação Cível** 5040296-54.2015.4.04.7000. Relator: Des. Fed. Sérgio Renato Tejada Garcia. Data: 25/09/2022.

DA GUARDA DE ANIMAIS (DOMÉSTICOS/DE ESTIMAÇÃO) EM CASOS DE DIVÓRCIO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA E DOCTRINA PÁTRIAS

PEDRO TERRA AMÂNCIO DE RESENDE CAIXETA:

Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Pós-graduado em Advocacia Cível, pela Escola Superior da Advocacia (ESA). Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS) e em Direito Civil Aplicado de Família, pelo Instituto de Educação Continuada (IEC), da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduando em Direito Processual Civil, pelo Instituto de Educação Continuada (IEC), da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

RESUMO: Trata-se de um estudo acerca da guarda compartilhada de animais de estimação em caso de divórcios. Tem-se, como objetivo principal, analisar o tratamento dado a tal tema pela doutrina e jurisprudência pátrias, tentando-se verificar pela possibilidade da definição de tal guarda, bem como dos elementos levados em conta quando da sua definição. Demonstrar-se-á, no presente trabalho, que, em que pese ser um tema extremamente novo, ainda pouco abordado pela doutrina e jurisprudência nacionais, algumas decisões de tribunais já estão começando a surgir na direção da possibilidade da definição da guarda compartilhada de animais, em verdadeiro respeito ao afeto existente entre os ex cônjuges e o animal de estimação, aplicando-se, para sua concessão, requisitos similares daqueles observados quando da concessão de guarda de filhos.

Palavras-chave: Divórcio. Guarda compartilhada. Animal. Afeto.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DAS NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA GUARDA. 3 DA GUARDA COMPARTILHADA. 4 DA GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

"[...] os animais possuem de fato vidas emocionais sofisticadas, e que são perfeitamente capazes de desenvolver complexos laços com seus tutores, sofrendo significativamente quando eventualmente vêm a perder a possibilidade de convivência com os mesmos." (AGUIAR, 2018, pp. 52/53)

1 INTRODUÇÃO

Tema extremamente novo para o Direito Familiar Brasileiro e de considerável importância para grande parte da população, já que muitos são os casais possuidores de animais

de estimação, a guarda desses animais, em casos de separação, é, ainda, um instituto pouco explorado pela jurisprudência pátria, padecendo de previsão legislativa e sendo objeto de pouquíssimos julgados.

Tal situação, no entanto, tende a mudar. Isso porque o Brasil tem registrado um aumento considerável no número de divórcios (IBGE, 2016) e um acréscimo, também, nos números de lares onde há animais, sendo tal percentual, atualmente, maior do que o de residências onde habitam crianças (IBGE, 2014).

Tendo em vista os aumentos aqui mencionados de divórcios e de lares com animais de estimação, bem como a ausência de previsão legal do tema e o princípio da proibição do *non liquet*, ou seja, a impossibilidade do magistrado se recusar a decidir um processo por ausência legislativa, parece inevitável que num futuro, diga-se de passagem, próximo, os tribunais e os doutrinadores se vejam obrigados a se debruçarem, com afinco, sobre o tema, tendo em vista, repita-se, o aumento quase certo de demandas que servem sobre separação e guarda de animais, motivo pelo qual se faz pertinente analisar como essa questão tem sido, atualmente, tratada, principalmente, no que diz respeito aos dois últimos anos, ou seja, 2016, 2017 e 2018.

Por ser tratar de tema que ainda se mostra tímido no judiciário brasileiro, como já dito, não parece oportuno limitar a escolha dos tribunais a uma determinada região do país, sendo mais conveniente que a busca de tais decisões tome como base todo o território nacional.

Já a doutrina, por sua vez, comumente a frente dos tribunais, tem seguido, também, a passos pequenos, não se podendo falar numa larga produção acadêmica sobre o tema aqui tratado. Estudos existem, claro, porém, repita-se, são poucos.

Assim, pelo exposto, tem-se que o objeto da guarda de semoventes será aqui observada à luz dos poucos julgados existentes e de alguns artigos acadêmicos/doutrinas que se mostraram interessantes.

Necessário que se diga, por fim, que, por uma questão metodológica e para melhor delimitação do tema, o presente estudo não se preocupará em trazer à luz o debate entre as posições doutrinárias que entendem, opostamente, os animais como mero objeto/coisa e aquelas que os entendem como seres de direitos.

Pelo contrário, para os fins aqui pretendidos, durante toda a extensão do trabalho que ora se produz, partir-se-á da premissa, alguns diriam ousada, do animal como ser de direitos, suscetível de tutela jurídica, mesmo tendo-se a consciência de que outro é o entendimento positivado no ordenamento jurídico pátrio e, também, em boa parte da doutrina brasileira.

2 DAS NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA GUARDA

Verdadeiro reflexo do poder familiar, entendido por Gonçalves (2011, p. 291) como um “conjunto de regras que engloba direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”, o instituto jurídico da guarda encontra-se previsto no capítulo da proteção da pessoa dos filhos, no art. 1.583 e ss, do Código Civil vigente. Interessante notar que a lei civil não traz uma definição do que seria a guarda, limitando-se a dizer da guarda unilateral e da guarda compartilhada, ficando tal função conceitual, portanto, a cargo da doutrina pátria, que se passa, neste momento, a analisar.

De acordo com Rosenvald (2017, p. 677), tem-se que guarda “deve ser compreendida como mecanismo de efetivação da proteção prioritária e integral da criança e adolescente em seus núcleos familiares e parentais, por meio do estabelecimento do modelo de custódia e convivência que se mostrar mais adequado ao caso específico.”

Em igual sentido, verificam-se as palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 595) no sentido de que se trata de “instituto derivado da própria autoridade parental exercida pelos pais”.

Já Gonçalves (2011, p. 292), por sua vez, ensina que “a guarda dos filhos constitui direito natural dos genitores”.

Como se vê, no que diz respeito à conceituação da guarda, exercida pelos pais em benefício e função de seus filhos, a doutrina é, verdadeiramente, uníssona em afirmar se tratar de verdadeiro corolário do poder familiar, por meio do qual se busca, no melhor interesse da criança e diante das condições socioeconômicas dos genitores, aquele, pai ou mãe, que melhor tem condições de cuidar do desenvolvimento e sustento do menor.

Aliás, oportuno que se diga que a segurança e o bem-estar do menor, resultantes do princípio do melhor interesse da criança, direito fundamental constitucional, advindo da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, confeccionada pela ONU, em 1989, bem como a sua vontade, direcionamento e serão a base para as decisões de grande parte das questões referentes ao direito familiar, principalmente, por evidente, aquelas que digam respeito à guarda. É esse, a propósito, o entendimento do professor Gonçalves (2011, p. 293), ao afirmar que “sempre que possível, atender-se-á a vontade manifestada pelo próprio menor, quanto à sua convivência”.

Igual compreensão possuem Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 597), perceptível nos dizeres de que “para efeito da fixação da guarda de filhos, há de se levar em conta o interesse existencial da prole, e não a suposta responsabilidade daquele que teria dado causa ao fim do casamento”.

Valem menção, ainda, por extremamente claras, acerca da importância do interesse do menor para a definição da guarda, as ideias trazidas por Farias e Rosenvald (2017, p. 676), abaixo

transcritas:

[...] o instituto da guarda precisa estar vocacionado a servir à proteção integral menorista, com o propósito de preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, à salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas no âmbito patrimonial ou pessoal pela ausência, omissão, abuso ou negligência dos genitores ou responsáveis. A guarda, assim, compreendida a partir da normatividade constitucional, deve cumprir uma importante função de ressaltar a prioridade absoluta do interesse menoril, contribuindo para evitar o abandono e o descaso de pais ou responsáveis para com menores e para permitir-lhes um feliz aprimoramento moral, psíquico e social. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 676)

A jurisprudência, a seu turno, não segue em direção contrária, coadunando com as lições aqui apresentadas, senão vejamos:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - INCLUSÃO DE MENOR COMO DEPENDENTE EM PLANO DE ASSISTENCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - GUARDA DEFINITIVA EM FAVOR DO SEGURADO - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 64/02 - ART. 33, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA, PROTEÇÃO INTEGRAL E MELHOR INTERESSE DO MENOR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. O art. 33, § 3º, da Lei 8.069/1990 dispõe que "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários". Embora o art. 16, § 2º, da Lei federal nº 8.213/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.528/1997, e o art. 4º da a Lei Complementar Estadual nº 64/2002, não tratem do menor sob guarda provisória, a referida omissão não tem o condão de afastar a condição de dependente do menor sob guarda ou tampouco revogar o disposto no art. 33, § 3º, do ECA. A aplicação das leis infraconstitucionais instituidoras dos regimes de previdência social deve ser feita com a observância do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, sobretudo do disposto nos artigos 227, §3º, II, da CF/1988 e 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sentença confirmada. (TJMG, 2018)

Tais colocações, aqui apresentadas, dizem respeito, por óbvio, ao instituto familiar da guarda como gênero. Ocorre, porém, que, no ordenamento jurídico pátrio, o referido instituto não é único, mas, sim, plural, já que divide-se entre as espécies da guarda unilateral e da guarda compartilhada, tipo que será analisado, posteriormente, em capítulo próprio, ficando certo, ainda, que parte da doutrina trata, também, de outras espécies de guarda, que não comporão o presente estudo, vez que desnecessários para os fins aqui pretendidos.

A guarda unilateral, apesar de não ser objeto deste estudo, merece, mesmo que minimamente, aceno, motivo pelo qual se apresenta, aqui, sua definição, prevista no art. 1.583, §1º, que diz que guarda unilateral é aquela concedida a somente um dos genitores ou, na sua falta, a alguém que o substitua.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 598), em atenção à tal dispositivo legal, definem tal espécie de guarda, também chamada de guarda exclusiva, como aquela em que “um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro o direito de visitas”.

O grande civilista Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 299), a seu juízo, define a guarda unilateral como a atribuição “a um dos genitores ou a alguém que o substitua devendo ser concedida ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto [...] saúde, segurança e educação”.

Como se nota, a guarda, na sua modalidade individual, é, por evidente, aquela atribuída a só um dos genitores, ficando certo que, aqui também, deverão ser considerados, na sua instituição, os elementos aplicáveis à espécie e já conhecidos do instituto da guarda, quais sejam: o bem-estar do menor e a possibilidade de seu genitor de fazer frente a suas necessidades.

É esse, aliás, o entendimento do Tribunal de Justiça das Alterosas, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. MENOR CUIDADA POR PADRINHOS. GUARDA PRETENDIDA PELO PAI. GUARDA COMPARTILHADA. INADEQUAÇÃO. PRIORIDADE DA SITUAÇÃO QUE MELHOR PROPICIA RELAÇÕES DE AFETO COM UM DOS GENITORES. A guarda compartilhada é inadequada na situação em que o casal manifesta desavenças e impossibilidade de atuar conjuntamente nas decisões que afetam a menor, bem como quando se questiona a ausência e parca participação de um dos pais no exercício do poder familiar. Na definição da guarda unilateral deve ser priorizada a situação mais propícia às relações de afeto com os genitores. Demonstrado através de estudo social que a menor enquanto sob a guarda da mãe residia com os padrinhos, com quem estava estabelecendo vínculos de afeto paterno-filial, ficando na companhia materna apenas nos finais de semana, cumpre conceder a guarda para o pai, cuja situação familiar e profissional lhe

permite acompanhar e conviver diariamente com a filha. Primeiro recurso provido. Segundo recurso não provido. (TJMG, 2014).

Tem-se, portanto, que havendo, por parte do magistrado, no caso concreto, a verificação de que somente um dos genitores está apto a ser o guardião do menor, a instituição da guarda unilateral será a medida mais acertada, em respeito ao melhor interesse do menor e, principalmente, em observância ao preceito legal supramencionado.

3 DA GUARDA COMPARTILHADA

Prevista no art. 1.583, §1º, do diploma legal civilista vigente, a guarda compartilhada, consolidada pela lei 13.058/14, é nele definida, *in verbis*, como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (BRASIL, 2002), sendo, hoje, a “modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica da prole” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 599).

A doutrina, por sua vez, nas palavras de Farias e Rosenvald (2017, p. 687), em observância ao citado dispositivo legal, traça o seguinte entendimento sobre a guarda compartilhada:

[...] a guarda compartilhada diz respeito à forma (inovadora) de custódia de filhos (de pais que não convivem juntos) pela qual a criança ou adolescente terá uma residência principal (onde desenvolverá a sua referência espacial, com o relacionamento com vizinhos, amigos, escola...), mantendo, porém, uma convivência simultânea e concomitante com o lar de ambos os genitores, partilhando do cotidiano de ambos os lares (aniversários, alegrias, conquistas...). Enfim, é o exercício do mesmo dever de guarda por ambos os pais (FARIAS, ROSENVALD, 2017, pp. 687/688)

Oportuno observar, por extremamente interessante, o entendimento doutrinário de Gonçalves, a respeito da previsão legal ora analisada, que aqui se transcreve:

[...] com base na ideologia da cooperação mútua entre os separandos e divorciandos, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente, para seus filhos. (GONÇALVES, 2011, p. 295)

Gonçalves (2011, p. 295) complementa, ainda, dizendo se tratar “de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para

alguns [...] sempre, no entanto, que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada [...]”.

Já para Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 599), em sentido convergente com os posicionamentos aqui trazidos, afirma se tratar de guarda por meio da qual “não há exclusividade em seu exercício [...] o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos”.

Acerca do tema, em verdadeira ratificação aos posicionamentos doutrinários aqui colocados, observe-se o seguinte julgado, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO - GUARDA COMPARTILHADA - ARTIGO 1.584, §2º, CÓDIGO CIVIL - REGRA NO DIREITO BRASILEIRO - IMPRESCINDIBILIDADE DO CONVÍVIO COM OS PAIS - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - SENTENÇA MANTIDA. 1. Em matéria de guarda de menor é o exclusivo interesse da criança que norteia a atuação jurisdicional, porquanto indeclinável a completa prioridade de se garantir ao infante as melhores condições de desenvolvimento moral e físico. 2. **O instituto da guarda compartilhada passou a ser a regra no direito brasileiro**, porquanto ambos os genitores têm igual direito de exercer a guarda do filho menor impúbere, consoante estabelece o artigo 1.584, §2º, do Código Civil. (TJMG, 2017) **(grifo nosso)**

Como se vê, então, a guarda compartilha poderia, de certa forma, ser resumida como o instituto jurídico por meio do qual ambos os pais, agora divorciados, passam a exercer, de forma conjunta, harmônica e cooperada, o poder familiar em benefício do menor, havendo a definição de uma residência principal, onde o menor se encontrará a maior parte do tempo e onde estará sob os cuidados de seu genitor, chamado de guardião, com momentos de visitação e de convívio com seu outro genitor, ficando certo que ambos os genitores dividirão, igualmente, por evidente, os direitos e deveres advindos de tal poder familiar.

No que diz respeito aos elementos que, necessariamente, serão considerados para a concessão da guarda compartilhada, bem como para a definição de onde será a residência do menor, mister verificar a redação dada pelo §2º, do art. 1.584, do Código Civil vigente, que dispõe que “na guarda compartilhada, o tempo de convivência 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” (BRASIL, 2002).

Para Farias e Rosendal (2017, p. 689), no entanto, “como não existe um arranjo prévio, uma fórmula pronta e acabada que atenda a todos os casos, a disciplina da guarda compartilhada dependerá do caso em concreto, consideradas as peculiaridades da criança e a

disponibilidade dos pais”.

Já Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 600) entendem que “somente em situações excepcionais, em que o juiz, a despeito da impossibilidade de acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida”.

A jurisprudência, a seu turno, tem assim se posicionado, nas mais distintas cortes do País:

EMENTA: AÇÃO DE DIVÓRCIO, PARTILHA, GUARDA E ALIMENTOS - GUARDA COMPARTILHADA - ART. 1.584, §2º, CC - ALIMENTOS - BINÔMIO POSSIBILIDADE/NECESSIDADE - MENOR - NECESSIDADE PRESUMIDA - EX-MULHER - NECESSIDADE DEMONSTRADA - CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE - FORMA DE PAGAMENTO EM PECÚNIA - ATENDIMENTO À FINALIDADE DA OBRIGAÇÃO. 1- 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** (artigo 1.584, §2º, com a redação dada pela Lei nº 13.058/2014). (TJMG, 2016) **(grifo nosso)**

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA DOS MENORES. GUARDA COMPARTILHADA. IMPRESCINDIBILIDADE DE ATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DOS FILHOS. GUARDA NÃO DEFERIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Dispõe a jurisprudência desta Corte que **a concessão da guarda compartilhada dos filhos entre os seus pais, havendo conflito entre estes, deve atender o princípio do melhor interesse do menor**. 2. No caso, não há como alterar o acórdão recorrido - acerca da impossibilidade de deferimento da guarda compartilhada, porquanto não atendido o melhor interesse dos filhos das partes -, pois tal providência demandaria necessariamente o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que não se admite no âmbito do recurso especial, ante a incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido. (STJ, 2018) **(grifo nosso)**

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PLEITO DE CONCESSÃO DA GUARDA

COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DO DECISUM. **Inaplicável, in casu, a guarda compartilhada, pois inexistente comprovação do interesse do genitor participar ativamente na criação do filho.** A alteração de guarda é medida excepcional, pois implica em reflexos para o infante, bem como emerge dos autos que a guarda unilateral atende o melhor interesse do infante. Apelação desprovida. (TJRS, 2018) **(grifo nosso)**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. VERBA ALIMENTAR PROVISÓRIA EM FAVOR DO FILHO. REDUÇÃO. CABIMENTO. REVERSÃO DA GUARDA UNILATERAL MATERNA PARA PATERNA. DESCABIMENTO. ESTIPULAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA BASE DE MORADIA NA RESIDÊNCIA MATERNA. AMPLIAÇÃO DA CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. CABIMENTO. 1. Sopesando as possibilidades paternas, o idêntico dever de sustento da genitora e a inexistência de prova de gastos extraordinários, viável, por ora, o redimensionamento da verba alimentar, de 30% para 25% da renda paterna, como postulado. 2. Ausente no instrumento elementos informativos suficientes a autorizar a reversão da guarda materna para paterna. 3. Contudo, ajustado, no caso, desde já, **o compartilhamento do exercício da guarda**, arranjo que, além de atender ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14), apresenta-se o mais adequado à superação do litígio e ao **atendimento dos superiores interesses do infante**. 4. Fixação como base de moradia a residência da genitora. 5. Viável a ampliação do regime de visitação paterna, a fim de que a convivência ocorra em finais de semana alternados, das 10h de sábado às 18h de domingo, sem prejuízo da visitação durante a semana, mediante prévio ajuste. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, 2018) **(grifo nosso)**

Diante de todo o exposto, dúvidas inexistem de que a instituição da guarda compartilhada nos casos de divórcio somente se verificará possível quando da ocorrência dos elementos do interesse de ambos os genitores e, principalmente, do melhor interesse do menor, sendo essa a posição já sedimentada na jurisprudência pátria, acompanhada, com igual força, pela doutrina.

Assim, num caso concreto qualquer, tem-se que, se verificado que a guarda compartilhada não é do melhor interesse do menor, a sua aplicação provavelmente não se dará, mesmo que haja vontade por parte de ambos os genitores. Da mesma forma, se inexistente acordo entre pai e mãe acerca da guarda de seu filho, o magistrado, em observância ao disposto no art. 1584, §2º, do *Codex* Civil de 2002, poderá determinar, cogentemente, a instituição da guarda

compartilhada, repito, desde que se notar ser, comprovadamente, tal espécie a melhor para o adequado desenvolvimento e bem-estar do infante.

4 DA GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Inicialmente, a fim de que se tenha a devida compreensão do tema, imperioso que se traga à baila o conceito de guarda.

Para Rosenvald (2016, p. 676), guarda é “o mecanismo de efetivação da proteção prioritária e integral da criança e adolescente em seus núcleos familiares e parentais, por meio do estabelecimento do modelo de custódia e convivência que se mostrar mais adequado ao caso específico”.

Madaleno (2015, p. 477), por sua vez, ensina que a guarda, como característica do poder familiar, consiste, em relação aos genitores, na “faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole”.

Imperioso, também, que se cite, de forma bastante resumida, o que se entende por guarda compartilhada, espécie do gênero guarda, instituída por meio da lei 13.058/2014, e prevista, também, na lei 10.406/02, em seu art. 1.583, §1º. Isso porque, como se verá mais a frente, grande parte dos julgados aqui pinçados abordarão tal espécie.

É a seguinte a disposição do artigo supracitado:

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002)

Com relação, então, à guarda compartilhada, Farias e Rosenvald lecionam que:

Efetivamente, a guarda compartilhada diz respeito à forma (inovadora) de custódia de filhos (de pais que não convivem juntos) pela qual a criança ou adolescente terá uma residência principal (onde desenvolverá a sua referência espacial, com o relacionamento com vizinhos, amigos, escola...), mantendo, porém, uma convivência simultânea e concomitante com o lar de ambos os genitores, partilhando do cotidiano de ambos os lares (aniversário, alegrias, conquistas...). Enfim, é o exercício do mesmo dever de guarda por ambos os pais. (FARIAS, ROSENVALD, 2016, pp. 687/688)

O doutrinador sulista, Madaleno (2015, p. 484), a seu título, define o instituto da guarda compartilhada como aquela em que "[...] os pais conservam mutuamente o direito de custódia e responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados sua posse".

Oportuno que se diga que, por óbvio, como era de se esperar, dada a já mencionada novidade do tema, os conceitos acima trazidos não se referem, especificamente, à questão da guarda familiar dos semoventes, mas, sim, à sua forma clássica, já exaustivamente estudada e decidida pela doutrina e tribunais nacionais, da guarda de filhos. Isso, porém, não representa nenhum impedimento ou dificuldade a este estudo, pelo contrário, é totalmente possível e necessário para o desenvolvimento desta pesquisa que se tome mão de tais conceitos, devendo, no entanto, sempre que necessário, se proceder às devidas adequações conceituais para melhor clareza do presente objeto.

Conceituada guarda e, também, a sua espécie compartilhada, cabe, agora, ao se trasladar tais entendimentos para o presente estudo, buscar compreender como ela se instrumentaliza, ou seja, como é tratado/aplicado tal instituto jurídico, no concernente aos animais, isto é, no tema de casais que possuem, em conjunto, animais e que venham a se divorciar.

Para tanto, indispensável, por óbvio, lançar mão da doutrina e jurisprudência pátrias.

A jurisprudência, ainda tímida, tem entendido pela aplicação dos mesmos princípios já consagrados no direito de família, nos casos de divórcio de casais que possuam animais. Em outras palavras, o Judiciário brasileiro, por ausência de previsão legal, tem aplicado as questões do afeto e da possibilidade/interesse do ex-cônjuge em manter o animal, em verdadeira analogia ao que se faria nos casos de guarda de filhos, incluindo-se, aqui, até mesmo a observância das necessidades do animal para a definição da guarda.

É isso, aliás, que se entende do seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO – ANIMAL DE ESTIMAÇÃO – AQUISIÇÃO DURANTE NAMORO – DISCUSSÃO SOBRE A PROPRIEDADE DO BEM – ACORDO FIRMADO - POSSE COMPARTILHADA - [...] Muito se discute atualmente se animal deve ser considerado coisa ou ser. A jurisprudência deste E. Tribunal tem reconhecido que o animal integra o núcleo familiar – precedentes; - Presente demanda não deve ser tratada apenas como apreensão de uma "coisa" - deve-se levar em conta todas as peculiaridades do caso e os interesses das partes, que apresentam inquestionável estima pelo animal; - Apesar de não estar configurado o instituto da união estável, nos termos do art. 1723 e seguintes do Código Civil no presente caso, já que as partes apenas mantiveram namoro, não há óbice para que seja instituída posse compartilhada do animal, nos moldes de uma "guarda compartilhada". RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP, 2018)

Em igual senda, pertinente observar a decisão ora transcrita:

[...] Contudo, não se pode ignorar o direito do apelante de, ao menos, ter o animal em sua companhia. Questão envolvendo animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador. 5. Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família. [...] Vínculos emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos. 7. Solução que, se não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, traduz, por outro lado, mais uma das variegadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente. 8. [...] permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 10:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00hs do domingo. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJRJ, 2015)

Em mesmo sentido, assevera, ainda, o nobre desembargador José Rubens Queiroz Gomes, do Eg. Tribunal de São Paulo, em seu voto, no agravo de instrumento de nº 2052114-52.2018.8.26.0000, que considera que:

[...] na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas. (TJSP, 2018)

Ainda em posição anuente, observe-se o julgado abaixo colacionado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO – DECISÃO QUE INDEFERIU A FIXAÇÃO DE POSSE COMPARTILHADA E REGIME PROVISÓRIO DE CONVIVÊNCIA DO AGRAVANTE COM ANIMAL DE ESTIMAÇÃO – CONVIVÊNCIA COM O GATO “MEL” QUE INTEGRAVA A ROTINA DIÁRIA DO CASAL DESDE O ANO DE 2007 – ANIMAL QUE ESTÁ SOB A POSSE DA AGRAVADA DESDE A SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL, OCORRIDA EM AGOSTO DE 2015 – ANIMAL QUE EXERCE AUXÍLIO À AGRAVADA EM TRATAMENTO PSICOLÓGICO – POSSE DO ANIMAL QUE

DEVE PERMANECER COM A AGRAVADA – AGRAVANTE QUE, NO ENTANTO, DEMONSTRA TER GRANDE AFETO PELO ANIMAL DE ESTIMAÇÃO – REFORMA PARCIAL DA DECISÃO AGRAVADA PARA O FIM DE QUE POSSA O AGRAVANTE PERMANECER COM O ANIMAL DE ESTIMAÇÃO EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10 HORAS DO SÁBADO ÀS 17 HORAS DO DOMINGO. DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO. (TJSP, 2016)

Pertinente que se diga, porém, que há, em direção contrária, raras decisões de indeferimento da guarda do animal de estimação, nas quais se fundamenta pela impossibilidade jurídica de sua instituição, como é o caso do seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA-COMPARTILHADA. INSTITUTO DO DIREITO DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DISCÓRDIA ACERCA DA POSSE DOS BICHOS. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 2. Inexiste plausibilidade jurídica no pedido de aplicação do instituto de família, mais especificamente a guarda compartilhada, aos animais de estimação, quando os consortes não têm consenso a quem caberá a posse dos bichos. Tratando-se de semoventes, são tratados como coisas pelo Código Civil e como tal devem ser compartilhados, caso reste configurado que foram adquiridos com esforço comum e no curso do casamento ou da entidade familiar (artigo 1.725, CC). 3. In casu, ausente o prévio reconhecimento da união estável, deve-se aguardar a devida instrução e formação do conjunto probatório, para se decidir sobre os bens a partilhar. (TJDF, 2017)

Não se pode deixar de mencionar, ainda, mesmo que brevemente, que se encontra, atualmente, perante o STJ, o RESP de nº 1.713.167/SP, que trata exatamente sobre a possibilidade ou não da guarda de animal e, na sua possibilidade, os limites que devem contorná-la. Tal julgamento, no entanto, encontra-se sobrestado, por pedido de vistas do nobre ministro Buzzi, havendo, por enquanto, dois votos favoráveis à possibilidade de guarda compartilhada.

Como dito, poucas são as decisões acerca do tema, porém, não seria exagerado dizer que grande parte delas tem convergido no sentido da aplicação da guarda compartilhada de animais, desde que presentes os requisitos para sua concessão.

Já no que diz respeito à doutrina, pode-se dizer que ela não tem divergido da rara jurisprudência existente. Pelo contrário, a doutrina pátria parece, cada vez mais, entender que a guarda compartilhada de animais é, sim, possível e de que ela deva ser instituída nos casos de divórcio, desde que, também, presentes os seus requisitos autorizadores.

É isso, aliás, que diz Aguiar (2018), ao asseverar pela sua possibilidade, nas hipóteses em que se mostre como a melhor opção, devendo ser observado, no entanto, pelo magistrado, no caso concreto, com a ajuda de profissional qualificado para tal, por exemplo, um veterinário, se a alternância constante de lares não será prejudicial ao animal.

Entende ela, ainda, pela extrema necessidade dos aplicadores do Direito se despirem da rigidez e do tradicionalismo comuns à classe para que se possa, de forma efetiva, voltar os olhos ao Direito dos animais, vez que tais seres são, segundo ela, dotados de sensibilidade, capazes de sofrer e de experimentarem momentos de prazer, assim como nós.

Em mesma direção, tem-se os valiosos dizeres de Carrão (2017), que afirma que os animais não são coisas nem são desprovidos de sentido, motivo pelo qual entende pela necessária evolução do Direito no sentido de que se possa quebrar a dualidade, hoje existente, pessoas/coisas, chegando-se a criação de uma terceira categoria para os animais, na qual se passe a respeitá-los e entendê-los a partir de suas peculiaridades.

Não se pode, ainda, deixar de mencionar, por extremamente ricos para o presente estudo, os argumentos de tal pensadora, no concernente à possibilidade da guarda de animais, argumentos esses que, diga-se de passagem, se encontram em verdadeira concordância com alguns julgados aqui apresentados, senão vejamos:

A guarda do cão nunca será imposta a quem não quiser conviver com ele, que isso fique bem claro. Caso ambos os ex-consortes queiram, o mais adequado é a guarda compartilhada, que pode ser alternada como melhor couber para ambos, mas a guarda unilateral e, ou com mero direito de visita pode vim conjugada com dever de prestar alimentos por aquele que não convive habitualmente com o animal. (CARRÃO, 2017, p. 61)

Por fim, a conclusão a que se chega é que, de fato, não se pode dizer, com a devida certeza, que há, atualmente, uma posição, claramente, majoritária sobre o tema nem que se trata de questão pacificada. Muito pelo contrário, a guarda de animais, como desdobramento claro do já conhecido instituto da guarda no direito familiar, é, hoje, terreno sombrio e incerto ao aplicador do direito, havendo, porém, pela análise dos julgados já existentes e do caminhar da doutrina, há um grande indicativo de que as decisões acerca desse assunto tenderão, cada vez mais, à possibilidade de sua instituição, de forma compartilhada entre os ex-cônjuges, respeitando-se seus interesses, preservando o afeto que possuem pelo animal e, por que não, protegendo-se o bem-estar e as necessidades de tal animal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisou-se, no presente estudo, a questão da guarda compartilhada de animais e

seu tratamento pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Em primeiro lugar, tentou-se, de forma sintética, trazer à baila o conceito de guarda, com suas especificidades.

Ato contínuo, passou-se ao estudo da guarda compartilhada, abordando-se seus principais elementos.

Superada tal questão, passou-se a análise da possibilidade ou não da instituição da guarda compartilhada referente a animais de estimação, em aplicação parecida ao que já ocorre com a prole, colacionando-se, para tanto, alguns julgados e passagens doutrinárias pertinentes ao tema.

Restou-se clara, diante dos julgados, a possibilidade do magistrado, quando confrontado com o pleito de divórcio, decidir pela guarda do animal de estimação do casal que pretende se separar, na sua modalidade compartilhada, ficando certo que os requisitos serão, praticamente, os mesmos considerados quando da concessão de guarda compartilhada dos filhos, como o bem-estar do animal e a possibilidade das partes, ex cônjuges, de arcarem com as despesas advindas de sua existência.

Importante dizer, ainda, que, por óbvio, não se pretendeu, no presente estudo, findar a questão da guarda compartilhada de animais. Pelo contrário, há, ainda, muito a ser evoluído acerca de tal temática, sendo necessário e proveitoso um olhar mais cuidadoso por parte do legislador na regulamentação de tal questão, em verdadeira tentativa de se acompanhar a doutrina e jurisprudência pátrias, que, mesmo ainda tímidas, já têm começado a se posicionar sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

BRASIL registra queda no número de casamentos e aumento de divórcios em 2016. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 14 nov. 2017, Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-11/brasil-registra-queda-no-numero-de-casamentos-e-aumento-de-divorcios-em-2016>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 set. 2018.

CARRÃO, Marina e Silva de Amorim. **Família Multiespécie: A guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e vínculo conjugal**. 2017. 78 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento no agravo em recurso**

especial 1330545/SP. Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, 12 nov. 2018. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801808536&dt_publicacao=16/11/2018. Acesso em: 15 dez. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento** 20160020474570 0050135-88.2016.8.07.0000. Acórdão. Relator: Luís Gustavo B. de Oliveira. Distrito Federal, 04 de maio de 2017. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457779090/20160020474570-0050135-8820168070000?ref=serp>. Acesso em: 27 set. 2018.

AGUIAR, Jade Lagune Lazieri. **Direito dos animais sob o aspecto da guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, vol. VI: direito de família – as famílias na perspectiva constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 6: direito de família**. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LARES brasileiros já têm mais animais que crianças. **El País**, Brasil, 10 jun. 2015, Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/09/opinion/1433885904_043289.html. Acesso em: 26 set. 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação cível** 1.0433.14.032005-5/001. Relator: Des.(a) Elias Camilo. Belo Horizonte, 09 nov. 2017. Disponível em:
<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=14&procCodigo=1&procCodigoOrigem=433&procNumero=32005&procSequencial=1&procSeqAcordao=0> Acesso em: 15 nov. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível** 1.0687.12.007528-2/002. Relator: Des.(a) Heloisa Combat. Belo Horizonte. Disponível em:
<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=menor%20cuidada%20padrinhos&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 15 dez. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível** 1.0216.15.007668-7/002. Relator: Des.(a)

Adriano de Mesquita Carneiro. Belo Horizonte, 25 out. 2018. Disponível em:

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação cível** 1.0699.11.008219-4/003. Relator: Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes. Belo Horizonte, 23 agosto 2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=11&procCodigo=1&procCodigoOrigem=699&procNumero=8219&procSequencial=3&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 15 nov. 2018.

NÃO se pode brigar com a realidade. Teremos mais cães do que crianças em casa. **Jota**, Brasília, 23 maio 2018, Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-julgar-guarda-compartilhada-animal-estimacao-23052018>. Acesso em: 26 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível** 0019757-79.2013.8.19.0208. Relator: Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro, 4 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.56>. Acesso em: 27 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento** 70079204046. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Gravataí, 06 dez. 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=guarda+compartilhada&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=guarda+compartilhada+a&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 15 dez. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível** 70079571279. Relator: José Antônio Daltoe Cezar. Canoas, 06 dez. 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=guarda+compartilhada&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=guarda+compartilhada+a&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 15 dez. 2018.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9ª ed. rev.

atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento** 2052114-52.2018.8.26.0000. Acórdão. Relator: JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES. São Paulo, 23 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento** 2197295-21.2017.8.26.0000. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti. São Paulo, 20 de agosto de 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594316418/21972952120178260000-sp-2197295-2120178260000?ref=serp>. Acesso em: 27 set. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento** 2128999-78.2016.8.26.0000. Relatora: Christine Santini. São Paulo, 16 de agosto de 2016. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/375781486/andamento-do-processo-n-2128999-7820168260000-agravo-de-instrumento-22-08-2016-do-tj-sp?ref=topic_feed. Acesso em: 27 set. 2018.

CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO: UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE CONTRATO FRENTE À PANDEMIA DO COVID-19

LYANDRA BEATRIZ FREITAS PACHECO:
graduanda em Direito pela Universidade
Estadual do Maranhão (UEMA)

RESUMO: O trabalho doméstico é regido pela Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, que regulamentou os principais direitos dessa profissão, estabelecendo a aplicação subsidiária da Consolidação das Leis do Trabalho. Destaca-se a atual situação em que se encontra o processo de trabalho no Brasil, uma vez que se instaurou em todo o território nacional a pandemia do novo Corona vírus, esta que afetou diretamente todas as relações jurídicas concernentes ao contrato e do pagamento de salário do empregado doméstico. A empregada doméstica, com a publicação da MP 936/2020, poderá ter seu salário reduzido proporcionalmente à sua jornada de trabalho ou, até mesmo ter seu contrato de trabalho suspenso. Essa medida provisória tem o objetivo de preservar o Emprego e a Renda dos trabalhadores brasileiros, inclusive domésticos. Destarte, o presente estudo possui o objetivo de discorrer acerca do contrato de trabalho doméstico e a possibilidade de suspensão de contrato frente à pandemia do covid-19.

Palavras-chave: Empregado doméstico. Contrato de trabalho. Covid-19. Medida provisória 936.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o trabalho doméstico apresenta inúmeras vertentes que merecem destaque no âmbito acadêmico, uma vez que essa modalidade de contrato se diferencia em alguns aspectos em relação aos dos outros trabalhadores, possuindo um tratamento legal divergente por parte do ordenamento jurídico, sob o argumento de que o trabalho é executado no âmbito residencial.

O contrato de trabalho tem a função de obrigar a realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra e sob dependência desta, durante um período determinado ou indeterminado de tempo, mediante o pagamento de remuneração. A CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) define a relação entre empregado e empregador como um contrato. Sendo assim, dispõe o art. 142 que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

O contrato de trabalho possui diversas classificações para as modalidades de relações jurídicas. No que concerne à duração, o contrato de trabalho pode ser por prazo determinado, o qual se realiza sem fixação prévia de sua duração e o contrato de trabalho por prazo determinado, em que já está manifestado a limitação do prazo do contrato. O contrato de prazo indeterminado é a regra e o determinado a exceção. Diante disso, nota-se que o direito deve oferecer respaldo ao empregado doméstico, uma vez que se trata de um trabalhador dotado de previsões legislativas.

Entretanto, torna-se fundamental destacar a atual situação em que se encontra o processo de trabalho no Brasil, uma vez que se instaurou em todo o território nacional a pandemia do novo Corona vírus, esta que afetou diretamente todas as relações jurídicas concernentes ao contrato e do pagamento de salário do empregado doméstico. Com a publicação da Medida provisória nº 936, foi possível instituir a suspensão do contrato e salário do empregado durante a pandemia, sendo um assunto essencial a nível de atualidade e novidade advinda com a pandemia.

Destarte, o presente estudo possui o objetivo de discorrer acerca do contrato de trabalho doméstico e a possibilidade de suspensão de contrato frente à pandemia covid-19. Trata-se de uma temática essencial, uma vez que insere uma discussão pertinente acerca do direito do trabalhador brasileiro e a pandemia do Corona vírus, sendo um assunto atual e necessário, tanto para a comunidade acadêmica quanto aos profissionais da área.

2.0 CONTRATO DE TRABALHO DO EMPREGADO DOMÉSTICO

O trabalho doméstico é regido pela Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, que regulamentou os principais direitos dessa profissão, estabelecendo a aplicação subsidiária da Consolidação das Leis do Trabalho. Dessa forma, notamos algumas considerações que podem ser feitas a respeito das obrigações que precisam ser expostas nesse tipo de contrato.

É apontado como empregado doméstico o trabalhador com idade a partir de 18 (dezoito) anos, que presta serviços à pessoa ou à família, em estabelecimento residencial em atividades não-lucrativas, de forma contínua e pessoal, com subordinação e mediante salário. O contrato de trabalho deve ser fornecido pelo empregador e assinado por ambas as partes no primeiro dia de trabalho. No cabeçalho do contrato devem aparecer o nome completo e os documentos do empregado e empregador, o endereço do local de trabalho, a nacionalidade do contratado, o número da carteira de trabalho, a data da admissão e a função a ser preenchida.

Com isso, o contrato deve conter os seguintes requisitos: valor do salário acordado e a data em que o pagamento será efetuado mensalmente, além de especificar quais descontos poderão ser feitos; Descrição das atividades relativas ao serviço a ser prestado; Especificação dos horários de entrada, saída e intervalos, além dos dias a serem trabalhados e aqueles em que haverá folga.

Deve conter também, questões como a obrigatoriedade ou não do uso de uniforme durante os serviços e o ressarcimento de danos materiais em caso de prejuízos provocados pelo empregado também devem aparecer no documento.

O documento deve ser datado e assinado pelas duas partes, empregado e empregador. Este tipo de contrato, poderá ser firmado por prazo indeterminado ou por prazo determinado. O contrato por prazo determinado será aplicado nos seguintes casos: Pelo prazo de 90 dias a título de experiência, para verificar a aptidão do trabalhador e a sua adaptação ao ambiente familiar, para atender necessidades de natureza transitória do empregador ou para substituição

temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso por motivo de maternidade, doença, acidente e outros.

Também poderá ser formalizado contrato de trabalho a tempo parcial para jornadas de até 25 (vinte e cinco) horas semanais. Nessa modalidade de contratação será devido ao empregado o salário proporcional às horas trabalhadas.

Em relação a jornada de trabalho, deverá ser de 8 (oito) horas diárias ou 44 (quarenta e quatro) horas semanais. As horas excedentes à jornada normal deverão ser remuneradas com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal. Também poderá ser acordado entre as partes a jornada de trabalho de 12h x 36h, notando a indenização dos intervalos para repouso e alimentação.

Consoante ao trabalho prestado pelo empregado doméstico em domingos e feriados, deverá ser pago em dobro se não for concedida uma folga de relevante interesse em outro dia da semana. Durante a jornada diária de trabalho será obrigatório que o empregador conceda um intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, 1 (uma) hora e, no máximo, 2 (duas) horas. As partes poderão reduzir esse intervalo para 30 (trinta) minutos mediante um acordo escrito. O empregador deverá adotar uma maneira para controlar a jornada de trabalho do empregado doméstico. Esse controle poderá ser feito por qualquer meio, desde que obtenha o resultado desejado.

O trabalho realizado em períodos noturnos, deverá ser remunerado com acréscimo de 20% sobre o valor da hora normal. Nesse intervalo, cada 52:30 minutos trabalhados serão computados como uma hora normal de trabalho. E, quando o trabalho for realizado exclusivamente em horário noturno, o adicional será calculado sobre o valor do salário contratual registrado na Carteira de Trabalho do empregado doméstico.

2.1 PREVISÃO NORMATIVA E PROTEÇÃO DESTINADA AO EMPREGADO DOMÉSTICO

Esta profissão é regulamentada pela lei Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972, em que empregado doméstico é aquele “que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas” (art. 1º), que foi modificada em 1967. É notório, que os empregados domésticos são dotados de menos direitos trabalhistas que outras classes de operários. Entretanto, de acordo com os últimos anos houve uma relevante busca na igualdade para essa categoria que há muito tempo é vista como uma subclasse de trabalhadores. De acordo com Calvet (2013, p. 60), a legislação trabalhista brasileira referente aos empregados domésticos progrediu em velocidade diferente das outras categorias de trabalhadores, sendo que isso ocorre por conta da origem preconceituosa e escravagista do trabalho doméstico.

Como informa Villatore (2011, p. 50), o empregado doméstico não estar contemplado pela mesma proteção trabalhista dos outros obreiros, o legislador brasileiro possui uma preocupação há bastante tempo com a criação de uma legislação específica para eles. De fato, a busca na igualdade deve ser motivo de inquietação para os representantes do povo, sobretudo quando se trata de um direito fundamental social como é o trabalho. Outrossim, cabe ressaltar

que a lei não deve ser utilizada para criar diferenciações entre as classes de trabalhadores, mas sim paradar equilíbrio às relações trabalhistas. De acordo com Edilton Meireles, podemos citar:

"O trabalho doméstico, na maioria das vezes, constitui muito mais uma complexa relação humana do que uma simples relação jurídica. Por ser um serviço prestado no âmbito residencial, o doméstico acaba por gozar de uma íntima convivência com seu patrão e familiares; nessa relação, o elemento pessoalidade se ressalta na simpatia, na confiança, na afinidade e, muitas vezes, na afetividade que se revela entre o prestador de serviço e os beneficiados deste."

Diante disso, juntamente com a Lei 5.859/1972, os empregados domésticos também tem seus direitos protegidos pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho. A CLT continua não sendo aplicada aos trabalhadores domésticos, em decorrência da disposição contida na alínea a de seu art. 7º. A ampliação de direitos sociais trabalhistas advindos da Emenda Constitucional nº 72, aos empregados domésticos é a oriunda do parágrafo único do art. 7º da Carta Magna de 1988 e não da CLT. Apesar disso, nada impede que certos direitos sociais previstos apenas no texto consolidado sejam aplicados desde já, e independentemente de reforma legislativa, a essa categoria de trabalhadores.

Em referência aos direitos sociais trabalhistas dos domésticos, notamos o parágrafo único do art. 7º que excluía vários dos 34 direitos sociais trabalhistas previstos no rol constitucional. O texto constitucional não lhes assegurava, os direitos sociais mínimos e essenciais que regem toda e qualquer relação empregatícia: limitação à jornada de oito horas diárias e 44 semanais, horas extras, FGTS, adicional noturno e salário-família.

No dia 26 de março de 2013, o Senado Federal aprovou, a Proposta de Emenda Constitucional nº 66, de 2012, a qual colocava em igualdade, conforme visto, os direitos trabalhistas dos trabalhadores domésticos aos dos trabalhadores urbanos e rurais. No dia 2 de abril de 2013, foi finalmente promulgada a Emenda Constitucional nº 72, que veio alterar a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, onde dessa forma, ampliou-se o rol de direitos assegurados ao empregado doméstico. A expansão de direitos sociais trabalhistas obtidos através da Emenda Constitucional nº 72, de 2013, aos empregados domésticos é a oriunda do parágrafo único do art. 7º da Carta Magna de 1988 e não da CLT. Apesar disso, nada impede que certos direitos sociais previstos apenas no texto consolidado sejam aplicados desde já, e independentemente de reforma legislativa, a essa categoria de trabalhadores. Dessa maneira, é uma forma interessante de assegurar a efetividade e o desejo do legislador constitucional de corrigir a injustiça histórica sofrida pelas domésticas.

Ao analisarmos os pensamentos de Gustavo Filipe Barbosa, essa ampliação de direitos advinda da Constituição Federal de 1988 compreende um grande avanço histórico-social que veio eliminar o tratamento "discriminatório" e desigual que a legislação brasileira conferia aos trabalhadores domésticos. Não fazia sentido que em plena fase de constitucionalização dos

direitos sociais trabalhistas, o doméstico continuasse a exercer o seu trabalho sem tem noção das horas de uma jornada mínima de trabalho.

2.2 MUDANÇAS ADVINDAS COM A LEI COMPLEMENTAR Nº150/2015

A Lei Complementar nº. 150/2015 foi a grande responsável pela regulamentação da Emenda Constitucional nº. 72/2013. Apesar do nobiliário propósito de efetivar os direitos advindos da nova redação do art. 7º. da Constituição de 1988, a nova lei sofreu críticas, estas que serão apresentadas no decorrer do texto.

Em junho de 2015, foi decretada a Lei Complementar nº 150/2015, conhecida também como Lei dos Domésticos, a qual regulamentou os direitos dos empregados domésticos e revogou os textos normativos anteriores que tratavam acerca desse tema, a Lei nº 5.859/1972 e os Decretos nº 71.885/1973 e nº 3.361/2000, conforme disposto no seu artigo 46 da nova lei.

As modificações alcançadas pela da Lei Complementar nº 150/2015 trouxeram uma enorme reforma ao diploma constitucional brasileiro, colocando um novo entendimento jurídico pátrio no que consiste sobre a regulamentação do contrato de trabalho doméstico no Brasil. Conforme se estabeleceu, a nova lei trouxe um conceito de empregado doméstico, sendo aquele que: "presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de dois dias por semana".

A Lei mencionada, reformou o cenário legislativo, inovando e trazendo diversos direitos aos domésticos, alterou diversas leis já existentes e sanou muitas dúvidas discutidas pelos tribunais regionais e superiores. Doravante a isso, como qualquer modificação, ainda deixou margem para discussão e não conseguiu prever todos os direitos ideais à categoria, visto que em seu art. 19 afirma que poderá ser utilizada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de forma subsidiária, em caso de lacuna e omissão.

Com isso, vale ressaltar a respeito do trabalho noturno, em que a hora de serviço noturno é ponderada em 52 minutos e 30 segundos, sendo realizado com adicional de, no mínimo 20% sobre a hora diurna. Tais informações podem ser observadas do artigo 14 da Lei Complementar 150/2015:

"Art. 14. Considera-se noturno, para os efeitos desta Lei, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.

§ 1º A hora de trabalho noturno terá duração de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

§ 2º A remuneração do trabalho noturno deve ter acréscimo de, no mínimo, 20% (vinte por cento) sobre o valor da hora diurna.

§ 3º Em caso de contratação, pelo empregador, de empregado exclusivamente para desempenhar trabalho noturno, o acréscimo será

calculado sobre o salário anotado na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

§ 4º Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos."

Diante disso, a lei deixou claro em relação ao vínculo existente entre o empregado e empregador, de acordo com o art 1º, sendo necessário que este exerça a atividade por mais de dois dias semanais. O menor também não poderá ser reconhecido como empregado doméstico.

Segundo Villatore (2016, p. 81), a Lei Complementar nº. 150/2015 regulamentou também o aviso prévio de forma muito parecida com a encontrada na CLT e na Lei nº. 12.506/2011. Assim, terá direito ao aviso prévio de 30 dias o doméstico que tenha até um ano de serviço para o mesmo tomador (art. 23, § 1º.), podendo chegar ao total de 90 dias dependendo do tempo trabalhado, pois para cada ano de serviço desempenhado ao mesmo empregador, serão acrescidos três dias somando no máximo 60 (§ 2º.). Preconiza o § 5º. que ao aviso prévio indenizado serão integradas as habituais horas extras.

Também foi instaurado um maior esclarecimento a respeito do repouso semanal, em que este deve ser preferencialmente aos domingos, e o trabalhador doméstico não deve trabalhar aos feriados, incluindo babás, caso este venha a efetuar o trabalho, deve ter sua folga recompensada posteriormente, em que caso contrário, com o descumprimento desse entendimento, o empregador fica sujeito a pagar o dia de serviço, como caráter compensatório.

Em relação as viagens em que o empregado acompanha o empregador, diz a Lei complementar: o empregado deve concordar em viajar com o empregador, a partir disso, o patrão deverá emitir um termo de acompanhamento de viagem, que deverá ser assinado entre ambas as partes, mas somente quando o empregador necessitar da companhia do empregado doméstico em uma viagem. Dessa forma, a remuneração do serviço em viagem será de 25% superior ao valor do salário-hora normal, e o pagamento de hora extra em viagens seguem os mesmos princípios da rotina habitual.

As mudanças ocorreram também em relação a Licença-maternidade, auxílio para creche e pré-escola onde o art. 25 da nova lei de trabalhadores domésticos, coloca a licença-maternidade e suas hipóteses de suspensão do contrato de trabalho, para a doméstica gestante pelo período de 120 dias, sem qualquer prejuízo ao salário e ao emprego como regulamentado na CLT.

Durante a licença-maternidade, a empregada possui direito ao seu salário maternidade, benefício previdenciário em valor correspondente a seu último salário de prestação de serviço, resguardado o valor de um salário mínimo conforme inciso I e caput do art. 73 da Lei nº. 8.213/1991. Conforme o parágrafo único do artigo em análise, mesmo que a empregada doméstica esteja cumprindo aviso prévio, se confirmada a gravidez, é garantida a estabilidade provisória preceituada no ADCT, art. 10, ou seja, é proibida a dispensa sem justa causa ou de

forma arbitrária da trabalhadora gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

No tocante, se faz necessário citarmos como descrito por Sant’Anna (2015, p. 48), o vale-transporte, em que esta é um adiantamento de valor ao doméstico para ser usado nos gastos com transporte de sua residência para o trabalho e vice-versa, através de transporte coletivo público, intermunicipal ou urbano, ou até mesmo interestadual. Benefício este instituído pela Lei nº. 7.418/1985 e estendido aos domésticos pelo Decreto nº. 95.247/1987.

Frisa-se que o vale-transporte não se caracteriza como salário, também não se incorpora à remuneração e menos ainda é considerado como base para incidência de FGTS ou qualquer contribuição previdenciária. Outrossim, não conta para o Imposto de Renda, pois não figura como rendimento tributável para o trabalhador. Entretanto, o empregador deve exigir do doméstico assinatura em recibo como prova do dinheiro recebido em substituição ao vale-transporte usual. Além disso, o valor a ser descontado do empregado referente ao custo do vale-transporte no total de 6% continua ocorrendo somente quando do pagamento do salário, ou seja, não é porque se está pagando em dinheiro que poderá reter-se os 6%, pelo contrário, adianta-se a totalidade do benefício e quando de seu pagamento descontase a referida porcentagem.

Portando, nota-se o grande avanço obtido através da lei aqui mencionada, alcançando inúmeras melhorias para os trabalhadores domésticos, no decorrer do tempo, podemos perceber que o trabalhador doméstico apresentou diversas dificuldades para que pudesse conseguir parte dos direitos que hoje lhe foram concedidos, notadamente através da Lei 5.859/1972, instituto que regularizou o labor doméstico.

2.3 O NOVO CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO

Conforme foi estabelecido o novo contrato de trabalho de acordo com a Lei complementar n.º 150/2015, trouxe visíveis inovações, entre elas podemos destacar no novo contrato sobre o regime de compensação, que este previsto na lei, será devido o pagamento, como horas extraordinárias das primeiras quarenta horas mensais excedentes ao horário normal de trabalho, no importe de no mínimo de 50% da hora normal, sendo que dessas quarenta horas referidas poderão ser deduzidas, sem o correspondente pagamento, as horas não trabalhadas, em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado, durante o mês.

Conforme Souza Júnior (2015, p. 57), há protagonistas nas relações empregatícias domésticas assim como acontece nas outras figuras de contrato de trabalho, a saber, empregado e empregador domésticos. É de vital importância o entendimento dos dois personagens para se ter a compreensão da relação empregatícia doméstica em sua totalidade.

O novo contrato também traz o entendimento sobre um caso que não é visto com tanta frequência em nosso meio social, porém de suma importância, onde a novellei prescreve que caso o trabalhador more no local de trabalho e nele permaneça, o tempo de repouso, as horas não trabalhadas, os feriados e os domingos livres não serão computados como horário de trabalho.

Entretanto, caso o empregado doméstico venha a trabalhar em domingos ou feriados e, não sendo esses compensados, deve o empregador pagar esses dias em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal, e dessa maneira podemos observar os benefícios para que este trabalhador não tenha seus direitos preteridos. Além disso, outro importante ponto a ser destacado é o conceito colocado pela nova norma legal de, mediante acordo escrito entre as partes, se estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. Nesse caso, a remuneração mensal abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno.

Conforme anota Souza Júnior (2015, p. 145): "Nenhum empregado doméstico deve ser compelido a trabalhar em regime extraordinário por mais de 12 horas por dia (CLT, art. 59), ressalvadas as hipóteses de força maior." Assim, considerando a imensa carga horária pela qual o doméstico poderá trabalhar sem limite de dias ou semanas, aduz Villatore (2016, p. 52) que se trata o inciso I de um dispositivo difícil de se compreender, pois o empregador poderá se valer do limite diário de horas extras aproximando-se praticamente de situação análoga à escravidão.

Consoante ao contrato em si, por prazo determinado não observamos grandes mudanças, pois a lei apenas reestabeleceu o que já era exposto pela CLT no sentido de que é concedida a contratação, por prazo determinado, do empregado doméstico mediante contrato de experiência, para atender necessidades familiares de natureza transitória e para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso.

Nos arts. 4º. ao 8º. constatamos as disposições sobre o contrato de trabalho do empregado doméstico por prazo determinado. A LC nº. 150/2015 permite este tipo de acordo nas hipóteses insculpidas no art. 4º., a saber: contrato de experiência (I); ou para substituição temporária de outro empregado doméstico cujo contrato esteja suspenso ou interrompido e também para atender provisoriamente necessidades da família (II), sendo o contrato no caso deste inciso, limitado ao fim do evento pelo qual houve nova contratação, respeitado o período máximo de dois anos, conforme parágrafo único. Dessa forma, o empregado doméstico terá também, direito a férias anuais remuneradas de trinta dias, salvo aqueles contratados em regime de tempo parcial, com acréscimo de, pelo menos, um terço do salário normal, após cada período de doze meses de trabalho prestado à mesma pessoa ou família.

Caso ocorra, a cessação do contrato, o empregado, desde que não tenha sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, na proporção de um doze avos por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias. O período de férias poderá, a critério do empregador, ser fracionado em até dois períodos, sendo um deles de, no mínimo, quatorze dias corridos.

No tocante, entre empregado e empregador domésticos, na ótica de Souza Júnior (2015, p. 79), apresenta um aspecto bastante peculiar pertinente ao requisito da personalidade, este que vigora em ambos os lados da relação empregatícia doméstica, diferente de outros contratos de

trabalho nos quais a pessoalidade é exigida, em regra, apenas do prestador dos serviços. Destarte, são essas as inovações trazidas sobre a nova legislação, onde estas são de suma importância para a contratação de um empregado doméstico. Em que, notamos a relevância da observação de cada critério para que ocorra uma relação trabalhista sem falhas para ambas as partes.

3.0 CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO E O COVID-19

3.1 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936/2020

A Medida Provisória nº936 autoriza temporariamente a redução e mesmo a suspensão do pagamento de salários por acordo individual entre o empregado e o empregador. Ela foi apresentada pelo Governo Federal como uma das alternativas para tentar evitar as demissões durante o período da pandemia de coronavírus. Porém, sua aplicação tem suscitado muitas dúvidas, entre elas, a seguinte:

A empregada doméstica, com a publicação da MP 936/2020, poderá ter seu salário reduzido proporcionalmente à sua jornada de trabalho ou, até mesmo ter seu contrato de trabalho suspenso. O governo, porém, vai garantir a manutenção da renda com o que chamou de “Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda” (BEPER).

Essa medida provisória tem o objetivo de preservar o Emprego e a Renda dos trabalhadores brasileiros, inclusive domésticos. Com ela, empregadores vão poder reduzir drasticamente os custos de manutenção do emprego e poderão, portanto, manter o vínculo empregatício apesar da pandemia. As opções trazidas pela MP são duas:

- a) A redução da jornada de trabalho da doméstica e a consequente redução proporcional do salário pelo empregador;
- b) A suspensão do contrato de trabalho por dois meses, respeitando a duração do estado de calamidade, previsto no Decreto nº 6 de 2020.

É importante deixar claro que a possibilidade de suspensão amparada juridicamente pela MP 936 compreende apenas trabalhadores domésticos formalmente registrados, ou seja, que já tinham o contrato de trabalho anotado em Carteira de Trabalho. No entanto, para que empregadores possam se valer dessa alternativa e para que os empregados tenham direito ao Benefício Emergencial referido na MP 936, o contrato tem que ter sido previamente reconhecido.

O sistema do eSocial já criou a rubrica para esta verba. Caso o empregador opte pelo pagamento de “Ajuda Compensatória”, conforme previsto na MP 936, deverá incluir manualmente o valor da ajuda na folha de pagamento utilizando a rubrica “Ajuda Compensatória – MP 936”. Nesse caso, o empregador deverá fechar a folha do mês, inclusive para poder gerar o recibo de pagamento dessa verba. O valor pago a esse título não é base de cálculo de FGTS, Imposto De Renda e nem Contribuição Previdenciária, portanto não haverá geração de guia de recolhimento.

3.2 POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE SALÁRIO E CONTRATO: EM QUE AMBITO TAL MEDIDA PREJUDICA O TRABALHADOR DOMÉSTICO?

Em primeiro lugar, o que é a suspensão de contrato de trabalho e de pagamento de salário? é a possibilidade de empregado e empregador ficarem temporariamente desobrigados do cumprimento do contrato de trabalho. Tal fator significa que a empregada ou empregado não trabalham e também não recebem salário nesse período. Essa alternativa foi criada pela medida provisória 936 e apesar da MP não ter previsão específica destinada ao empregado doméstico, há um consenso no meio jurídico de que sim, ele se aplica também aos empregados domésticos.

A Lei Complementar nº150/2015 define empregado (a) doméstico (a) como a pessoa que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana. Estão incluídos neste conceito: babá, governanta, cuidador (a) e outras pessoas que prestem serviços sob aquelas condições.

3.3 O PAPEL DO DIREITO COMO PROTETOR DAS RELAÇÕES DE TRABALHO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

No fim de 2019, fora identificado o novo patógeno do Coronavírus, após o relato de episódios na China. Este, causa a doença denominada COVID-19. Em razão do seu alto potencial de contágio, em um curto espaço de tempo, o vírus excedeu os limites daquele país e infectou pessoas em todo o globo, apresentando-se extremamente difícil de ser controlado. Destaca-se que, até então, não há vacinas autorizadas ou fármacos cientificamente validados capazes de curar os contaminados.

Ante essa situação, a Organização Mundial da Saúde (OMS) veio a sugerir, como principal medida de prevenção, o distanciamento social. Tal ação constrangeu uma parcela significativa dos Governos dos Estados Nacionais a instituir quarentena e a suspensão de quaisquer atividades não essenciais. Evidentemente, tudo isso vem afetando a continuidade das atividades empresariais e, conseqüentemente, a continuidade dos empregos. Como preservar os postos de trabalho se o empresário não possui receita? Ademais, o problema transcende a manutenção dos postos de trabalhos. No que tange às relações trabalhistas, o Brasil é demasiadamente complexo, não sendo constituído apenas de empregados e empregadores. Tem-se os aprendizes, os estagiários, os autônomos, os pejetizados, os desempregados. Então, como amparar essa diversidade de pessoas? A tarefa é árdua.

A conjuntura precedente a crise ocasionada pelo Coronavírus já era complexa. A economia nacional, embora figure entre as maiores economias globais, possui uma forte disparidade social. A Fundação Getúlio Vargas, em novembro de 2019, divulgou levantamento acerca das alterações nos indicadores de desigualdade nos últimos sete anos, verificando o crescimento persistente no segundo semestre de 2019.

A concentração de riqueza, as elevadas taxas de desemprego, os indicadores alarmantes de violência, os constantes escândalos de corrupção, a precariedade do sistema público de saúde. O Coronavírus atinge o Brasil com capacidade de intensificar esse cenário. Quando a ameaça do vírus se tornou iminente e se compreendeu que afetaria o país, o Governo pátrio deu início a edição de leis, decretos, portarias, resoluções e medidas provisórias visando antecipar ou conter o caos. As relações do trabalho constituem o principal objeto de estudo do Direito Trabalhista, especificando os fundamentos do Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, os quais, frequentemente, são resolvidas pela Justiça do Trabalho, a qual atua no Brasil desde a primeira metade do século XX.

Na última década, sobretudo após 2016, identificaram-se teorias e teses com o propósito de suprimir a autonomia da Justiça do Trabalho, com sua incorporação à Justiça Federal, afim de debilitar este órgão e intentar o término desta especialidade jurídica no Brasil. A crise global experimentada com o início da pandemia do coronavírus, provocou o surgimento de novas ideias e regulamentações ao mercado de trabalho, especialmente voltadas a preservação dos empregos e renda da população. Nesta senda, foram promulgadas as medidas provisórias nº 927/20 e 936/20, pela Presidência da República, as quais dispõem, essencialmente, a respeito da elaboração de medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública proveniente do coronavírus.

Estas medidas já se encontram em debate perante o Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363 e 6342), previamente avaliadas pelos Relatores, os quais adotaram princípios e bases do Direito Trabalhista para manutenção da vigência das Medidas. Com base na Teoria Geral do Direito, compreende-se tudo aquilo que norteia o operador do Direito em seu exercício interpretativo, além de ser considerado como meio integrativo de prováveis lacunas legais.

Hodiernamente, a conduta ativa do Estado e do mercado repercutem nas posições jurídicas que qualificam o indivíduo a lidar com enfrentamento dos efeitos econômicos oriundos do estado de calamidade pública. O uso pelos empregadores do trabalho remoto; concessão de férias coletivas; antecipação de férias e feriados; banco de horas; o encaminhamento do colaborador para a capacitação são ações que o Direito Trabalhista se aplica há tempos, logrando na literatura nacional, variadas obras sobre as questões. A literatura, especialmente, orientada aos institutos e mecanismos presentes no Direito Trabalhista, possibilita ao Governo a elaboração de medidas para enfrentamento desta calamidade e enseja ao mercado a retomar suas atividades, dentro das possibilidades.

Portanto, torna-se evidente que o Direito Trabalhista foi elevado a protagonista para impulsionar a economia brasileira. A interpretação clara e adequada da legislação trabalhista e do hodierno cenário socioeconômico é essencial para lograr êxito na manutenção da sociedade humana. Ademais, convém destacar que a Justiça do Trabalho do Brasil é reconhecida, nacional e mundialmente, por sua celeridade – suplício enfrentando pelo Poder Judiciário – e pela efetividade de suas ações, propiciando a atualidade de seus debates e a segurança jurídica cabais para a garantia do emprego e da atividade econômica.

4. CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho buscamos alcançar um melhor entendimento a respeito do empregado doméstico, colocando com mais clareza o contrato de trabalho, e uma possível análise acerca da suspensão deste contrato equiparando a atual situação de pandemia a qual nos encontramos inseridos no contexto atual.

Como é notório, no decorrer desta análise doutrinária, foram evidenciadas pesquisadas embasadas tanto na Constituição Federal quanto na Lei Complementar nº 150/2015, tomando como referência alguns doutrinadores. Parte dos direitos aqui analisados, são direitos advindo desta Lei Complementar, que também foi abordada com uma maior expansão no decorrer do texto.

A presente pesquisa, procura comprovar a melhora na situação jurídico- trabalhista dos empregados domésticos brasileiros com a promulgação da Lei Complementar nº. 150/2015 – que regulamentou a Emenda Constitucional nº. 72/2013 – através do estudo a seus artigos, da sua aplicação e das suas consequências. Paratanto, foi necessário analisar-se o históricolegislativo a fim de se conhecer a evolução geral e a partir disso, comparar-se com o estado atual do ordenamento jurídico referente aos servidores do lar.

No primeiro capítulo, procurou-se estudar a base desse tema, o contrato em si e seus possíveis critérios, e como este deve ser seguido para atender os direitos de ambas as partes, ou seja, tanto do empregado como do empregador. Logo após, baseando-se na Lei 5.859/72 encontramos a previsão normativa e nos deparamos com o fato de uma relevante busca na igualdade em relação a essa categoria, advindade muitos anos de luta.

Explanando-se sobre a evolução legislativa da relação empregatícia doméstica no Brasil, foram apontados no segundo tópico os aspectos principais dos diplomas que alteraram as condições dos servidores do lar ao longo do tempo. Destacou-se a Lei Complementar nº. 150/2015, citada também no tópico posterior, em que coloca-se todas as mudanças as quais essa lei trouxe para melhorar o âmbito trabalhista dessa classe.

Entre as mudanças podemos citar as inúmeras melhorias em relação ao esclarecimento da jornada de trabalho, o repouso semanal e as possíveis remunerações que os trabalhadores possuem por direito. Com isso, observamos também o direito de remuneração em viagens, algo muito comum, mas que antes era pouco discutido e conseqüente pouco elucidado perante os trabalhadores.

Por fim, foram analisados os artigos e os institutos implementados pela novel LC nº. 150/2015, responsável pela regulamentação da Emenda Constitucional nº. 72/2013. Dentre os principais aspectos da Lei Complementar nº. 150/2015, ressaltou-se o novo contrato de trabalho doméstico, com a possibilidade do regime de tempo parcial, do regime de compensação de horas, da jornada de 12 horas trabalhadas por 36 de descanso.

Ainda que, muito criticada, a Lei Complementar nº. 150/2015, teve grande magnitude após sua edição, os empregados domésticos prosperaram mais uma vez em busca da igualdade trabalhista, pois a lei em estudo é de grande relevância para abrandar a discriminação que sofre este grupo tão importante de empregados brasileiros, e, por consequência, contribuiu para que os domésticos continuassem no caminho para a dignidade da pessoa humana e alcançando todos os direitos que compõem a Constituição Federal.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Trabalho doméstico: aspectos da lei 11.324/2006**. Revista Ciência Jurídica do Trabalho, Belo Horizonte, v. 10, n. 64, p. 22-35, ago. 2007. Bimestral.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; CORDEIRO, Lucas Raggi Tatagiba. **O Novo Contrato de Trabalho do Empregado Doméstico**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 27, n. 313, p. 44-58, jul. 2015.

ÁVILA, M. B. **O tempo do trabalho doméstico remunerado: entre cidadania e servidão**. In A. R. P. Abreu, H. Hirata, & M. R. Lombardi (Orgs.), *Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais* (pp. 137-146). São Paulo: Boitempo, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CASTRO, Nancy Toledo de; AGUIAR, Lais Silva; MUNHOZ, Andréa Rodrigues de Oliveira. **Os trabalhadores domésticos e os direitos sociais no direito do trabalho**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora, v. 6, n. 1, p. 112-139, jun. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

GOMES, Ana Virginia Moreira; TORTELL, Lisa. **A Convenção 189 da OIT e sua ratificação pelo Brasil: Principais disposições e compatibilidade com a lei brasileira**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 41, n. 162, p. 139-163, abr. 2015. Bimestral.

Lei Complementar nº. 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº. 8.212, de 24 de julho de 1991, nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº. 11.196, de 21 de novembro de 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto – **Manual do Empregado Doméstico**. 13.ed. – São Paulo: Atlas, 2015

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VILLATORE, Marco Antônio César. **Inovações no Direito do Trabalho Doméstico**. Curitiba: Juruá, 2016.

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA, OS EFEITOS JURÍDICOS E PSICOLÓGICOS SOB O VIÉS DA GUARDA COMPARTILHADA.

SÍLVIA MÁXIMO BARBOSA MENEZES:
Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra
do Carmo.

GUILHERME AUGUSTO SILVA SANTOS²⁴⁰

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho traz uma análise dos efeitos jurídicos e psicológicos sob o viés da guarda compartilhada em face da criança ou adolescente bem como posicionamentos dos tribunais estaduais acerca da temática. Assim, o estudo parte da ideia da ruptura de relações conjugais entre os genitores, o que tem gerado muitas demandas judiciais acerca do assunto. Diante disso, surgiu a necessidade da intervenção do Estado quanto a problemática, resultando na aprovação da Lei 12.318/2010 (LAP) como meio de enfrentamento prático que é muito prejudicial à formação social e psicológica do menor. A presente pesquisa tem como metodologia bibliográfica, na forma qualitativa, modo dedutivo e descritivo. Pretende-se ainda discorrer sobre a alienação parental, quais as suas consequências causadas aos envolvidos no caso em questão a Síndrome de Alienação Parental (SAP), trazendo também como enfoque o princípio do melhor interesse para a criança ou adolescente. Dessa forma, tanto os profissionais do Direito, lidam com a preservação dos direitos da criança e do adolescente bem como a sociedade de modo geral terão apoio nessa pesquisa para buscar conhecimento sobre o assunto, bem como os projetos de lei e ação indireta de inconstitucionalidade que visam alteração, modificação da lei supracitada.

PALAVRAS CHAVE: Alienação Parental, Falsas Denúncias, Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente.

ABSTRACT: The present work brings an analysis of the legal and psychological effects under the bias of shared custody in the face of the child or adolescent as well as positions of the state courts on the subject. Thus, the study starts from the idea of the rupture of marital relationships between the parents, which has generated many lawsuits on the subject. In view of this, the need for State intervention on the problem arose, resulting in the approval of Law 12.318/2010 (LAP) as a means of practical confrontation that is very harmful to the social and psychological formation of the minor. The present research has a bibliographic methodology, in a qualitative, deductive and descriptive way. It is also intended to discuss parental alienation, what are its consequences caused to those involved in the case in question, the Parental Alienation Syndrome (SAP), also focusing on the principle of best interest for the child or adolescent. In this way, both legal professionals, dealing with the preservation of the rights of children and adolescents as well as society in general will have

support in this research to seek knowledge on the subject, as well as the bills and indirect action of unconstitutionality that aimed at amending, modifying the aforementioned law.

KEY-WORDS: Parental Alienation, False Denunciations, Principle of the Best Interest of Children and Adolescents.

INTRODUÇÃO

Com o grande número dos divórcios aumentou muito a disputa pela guarda dos filhos e conseqüentemente pode-se observar a ocorrência da alienação parental, e com muita frequência muito embora isso sempre tenha existido.

Isso acontece devido a separações conflituosas, o que acaba gerando em uma das partes um sofrimento, um desejo de vingança em relação a outra parte. Uma forma que um dos cônjuges encontram para se vingar e colocando a criança contra o outro genitor, gerando assim um distanciamento um do outro.

Entretanto, tem sido cada vez mais corriqueiro as falsas denúncias de abuso sexual e de outras espécies. Um dos genitores influenciado por um desejo de vingança usam seus filhos para concretizar os atos de alienação parental. A partir disso um dos genitores passam a implantar essas falsas memórias fazendo com que a criança acredite serem verdadeiras as informações.

Tal atitude faz com que essas crianças vítimas dessas falsas memórias cresçam com problemas psicológicos o que resulta na Síndrome de Alienação Parental (SAP), porém essas crianças e adolescentes, futuramente adultas e inseridas no meio social, o Estado necessita proporcionar políticas públicas no que diz respeito a sua garantia constitucional para os mesmos.

Diante do que foi exposto, o presente trabalho orientar-se-á a fim de identificar a existência dos efeitos jurídicos e psicológicos decorridos da alienação parental bem como as conseqüências em casos de falsas denúncias de abuso sexual e quais são as suas repercussões jurídicas do alienador que incorre a essas práticas objetivando dificultar a convivência do filho com o genitor alienado.

Para elaboração do presente trabalho será utilizado o método dedutivo, tendo em vista o seu caráter bibliográfico, consultas na legislação, jurisprudências, sites da internet, revistas de acordo com o tema abordado.

A presente pesquisa justifica-se e foi desenvolvida não contribuirá somente com os profissionais da área jurídica, mas também com profissionais de outras áreas, bem como a sociedade no geral, tendo em vista a problemática que abarca o meio jurídico e social. Dessa maneira, o presente trabalho será estruturado em seções e dividido em subseções, onde na

primeira seção irá tratar sobre a lei de alienação parental e o princípio do melhor interesse da criança. Discorre sobre a alienação parental e as garantias constitucionais da criança e do adolescente, os efeitos jurídicos e psicológicos derivados da alienação parental e o uso das falsas memórias e quais seus reflexos diante da doutrina e legislação.

Na segunda seção irá discorrer sobre o posicionamento dos tribunais estaduais em casos de falsas denúncias de abuso sexual e de outras espécies trazendo um olhar jurídico e priorizando o melhor interesse da criança ou adolescente, a extinção do poder familiar decorrente da alienação parental e a explanação sobre a escuta especializada e depoimento especial em casos de violência contra o menor.

Por fim, e na terceira seção serão abordadas as propostas de modificação, alteração da Lei 12.318/2010 e até mesmo revogação da mesma por meio da ADI sob o argumento de estar em confronto com artigos da Constituição Federal.

1. A LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Alienação Parental é quando um genitor realiza atos alienatórios contra o outro genitor fazendo com que a criança sinta raiva e desprezo sem nenhuma justificativa, fazendo com que a prole mude suas opiniões em relação ao outro genitor, com a finalidade de dificultar ou destruir vínculos entre a criança e o detentor da guarda, causando dessa maneira uma dependência para vítima. (MADALENO, 2021, p.30)

A Lei nº 12.218/2010 trata sobre alienação parental, e tendo como finalidade garantir e fortalecer o direito das crianças e dos adolescentes, tendo em vista que esses adolescentes possuem garantias constitucionais com previsão no art. 5º do Estatuto da Criança e Adolescente que preceitua que nenhuma menor será motivo de falta de zelo, distinção, agressão, exploração, abuso e opressão.

Desse modo, o art. 5º do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) é essencial para a criação da Lei de Alienação Parental (LAP), priorizando os direitos fundamentais da criança ou 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 (BRASIL, 1990).

Assim, o artigo 5º do ECA é fundamental para a criação da LAP objetivando a proteção e os direitos fundamentais do menor, partindo da ideia que esses infantes tem garantia constitucional, bem como assevera o artigo da lei supracitada.

A alienação parental se evidencia de várias maneiras e de forma exemplificativa como demonstra o parágrafo único do art. 2º da LAP:

Art. 2º 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 - 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).

Ainda que toda separação traga tristeza e inquietude, os progenitores desfazem seus relacionamentos amorosos, deveriam dar mais atenção para resguardar seus filhos e buscar ajudá-los a digerir melhor e compreender essa fase que traz muita dor para os vitimados.

Os genitores devem agir com sinceridade com seus filhos mostrando a eles uma relação de amor, de respeito que isso deve ser mantido e deixar claro pra criança que não é o motivo da separação e mostrar para a prole que é necessário ter uma boa convivência e comunicação, a partir

daí serão capazes de compreender o motivo da ruptura do relacionamento conjugal (MADALENO, MADALENO 2021).

Nesse contexto mostra a importância de priorizar pelos interesses da criança e do adolescente a CF em seu artigo 227 prescreve:

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 (BRASIL, 1988).

A atual legislação brasileira traz como garantia os direitos da criança e do adolescente, pois recebem proteção constitucional e fazem jus aos direitos fundamentais, com amparo da família, da sociedade e do Estado, garantindo o princípio do seu melhor interesse.

Conforme Bastos (2019) o princípio do melhor interesse está implícito na CF trata sobre danos causados com base e análise em caso concreto e busca respostas que traga resultados tanto na esfera política, quanto na judicial que objetivem proteger, corrigir ou desfazer qualquer tipo ataque que possa acontecer contra o infante.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi introduzido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, 20 de novembro de 1989, carrega um conceito abstrato, mas que objetiva assegurar a atuação pública e privada, consiste basicamente no exercício dos direitos fundamentais da criança e do adolescente como meio mais apropriado para o seu desenvolvimento de um indivíduo sujeito de direitos.

E esse princípio jurídico força o Estado a efetivar os direitos fundamentais em todas as frentes, pois sempre que os pais se desviarem ou se deixarem suas funções genitoras, tentando obter qualquer tipo de vantagem ou vingança pessoal, ou seja, colocando de alguma forma obstáculos na convivência do filho com o genitor não convivente.

No que tange a Síndrome da Alienação Parental (SAP), utilizada por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, desempenhou suas atividades como psiquiatra infantil e perito judicial, podendo presenciar o sofrimento dos menores durante as ações judiciais em situações em que um dos genitores aliena a criança para romper laços afetivos, criando sentimentos muito fortes de ansiedade e temor ao outro genitor.

Richard Gardner definiu em 1985 a Síndrome da Alienação Parental (SAP) nos EUA como sendo

um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (GARDNER, 1985, p.2).

Conforme Madaleno, a Síndrome de Alienação Parental (SAP) é quando há indícios de inquietação e fobia que estão relacionados à condição desfavorável da criança. (MADALENO, 2021, p.29)

Dessa forma, o cônjuge alienador incentiva a criança a sentir raiva e repúdio ao cônjuge alienado diante dos seus comportamentos, que podem causar um transtorno na relação da criança com o genitor independentemente se essas críticas são passíveis de serem verídicas ou não trazendo várias consequências psicológicas para o menor e distanciamento do outro genitor.

1.1 Efeitos jurídicos e psicológicos derivados da alienação parental

A alienação parental ocorre quando um dos genitores inconformados com o rompimento da relação acontece com mais frequência por parte da mãe dando início a um sentimento de vingança contra o pai, na intenção de magoar a outra parte acaba causando um distanciamento entre pai e filho.

Assim, o alienador motivado por um sentimento retaliação e com propósito de atingir o cônjuge sem se atentar para a criança envolvida, a partir daí dar-se início a alienação parental, ou seja, no caso em questão a mãe começa a denegrir a imagem do pai para o filho, deixa de tratar sobre assuntos importantes sobre criança com o ex-cônjuge e traz de todas as maneiras possíveis uma imagem de desmoralização para a outra parte.

Nesse sentido vale destacar que existe uma diferenciação entre Alienação Parental (A.P) e Síndrome de Alienação (SAP) a A.P está ligada ao distanciamento da criança ou adolescente de um dos genitores manipulado pelo outro, já a SAP está ligada as consequências psicológicas causadas por injúrias, mudanças no comportamento e até mesmo transtorno nas suas condutas (MADALENO, MADALENO 2021).

Para Bastos (2019), uma das características mais normal por parte do alienador é a aceitação da alienação sob forte argumento de que a felicidade do filho estaria em jogo, e acaba se

distanciando da criança vitimada, em muitas das situações por não ter conhecimento ou ideia de como isso pode se tornar prejudicial a criança futuramente. Isso ocorre e com mais frequência em famílias com classe social menos favorecida que não tem muito conhecimento de como exercer o seu direito parental, colocando o menor em condições insalubres.

No que tange as consequências ao alienante normalmente é o que detém a guarda da criança ou adolescente de forma definitiva ou unilateral por achar que tem melhores condições do que o genitor alienado. Nesse sentido (JORGE TRINDADE apud Bastos, 2019, p. 137) denomina alguns comportamentos clássicos de genitor alienante seriam: deixar de atender ou dificultar ligações telefônicas dos filhos, atribuir culpa ao outro genitor pelo mau comportamento os filhos, proibir qualquer tipo de informação relacionada a atividades dos filhos como escola e desqualificar o outro genitor na presença dos filhos.

Já os sintomas apresentados pela criança ou adolescente vítimas dos atos alienatórios a consequência mais clara é a ruptura da relação com um dos genitores, o menor cresce com sentimento de estar sozinho, vazio, triste, depressivo o que acarreta a perda de interesse na aprendizagem do menor alienado, na esfera psicológica os sintomas estão ligados diretamente a autoestima que podem gerar transtorno de identidade, medo exacerbado de tudo e em casos mais graves podendo levar até o suicídio (MADALENO, MADALENO, 2021).

Sob o viés jurídico a Lei nº 12.318/2010 em seu artigo 4º expressa:

Art. 4º Declarado indício de ato 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, 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 (BRASIL, 2010).

O juiz detectando a alienação parental poderá há qualquer momento do processo por meio de requerimento ou de ofício propor uma ação autônoma ou de forma incidental, tendo como prioridade a tramitação da mesma, e após ouvir o Ministério Público tomar medidas cabíveis para resguardar e garantir a integridade física do menor bem como manter a convivência com o outro genitor, tendo em vista a aproximação do genitor com a prole se assim for necessário.

Diante das características da AP mencionadas o juiz pode tomar medidas quando a convivência com o genitor houver risco, seja em por ato sozinho ou de forma incidental, podendo ser cumulativo ou não, independente da sua decorrência seja ela civil ou criminal, com vasto uso de ferramentas judiciais capazes de impedir ou amenizar as suas consequências adotar as sanções cíveis previstas no artigo 6º da Lei de Alienação Parental, de acordo com a seriedade do caso:

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.~~

VII - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.340, de 2022) (BRASIL, 2010).

Dados os fatos apresentados não há como findar os efeitos da AP, posto que as formas de sua manifestação variem muito de vítima pra vítima tanto na questão psicológica, quanto no comportamento o que deve ser analisado separadamente as medidas cabíveis no caso concreto pelo julgador. Em suma, o divórcio ou a ruptura da relação entre os cônjuges deveria acabar entre eles, mantendo o respeito e uma convivência entre ambos e priorizando o melhor interesse do menor sem perdurar qualquer interferência na relação com seus filhos.

1.2 Uso de falsas memórias e seus reflexos na doutrina e legislação

No decorrer de um processo de alienação parental, um dos métodos utilizados pelos progenitores, e com objetivo de reforçar os efeitos dessa prática, bem como distanciar o outro genitor da sua convivência e o contato com a prole, é a criação das falsas memórias que são implantadas no menor.

Essas falsas memórias decorrem de programação e na repetição para a criança ou de abuso sexual sendo ele físico ou emocional por parte do outro genitor.

De acordo com Madaleno e Madaleno (2021) essas falsas memórias fazem a criança ou menor acreditar que é vítima de abuso sexual que pode ser verdadeira ou não essas alegações, e faz a criança ou menor repeti-las como se tivesse sofrido o abuso sexual, o que normalmente passa despercebido pela vítima diante da manipulação que sofre e acredita verdadeiramente nesses pretextos impostos pelo alienador.

As falsas memórias são resultantes do comportamento exagerado do alienador que aproveitando da inocência do menor começa a falar fatos que não ocorreram ou muda os que de fato ocorreram (SOUSA apud GUAZZELLI, 2010, p.170). As falsas memórias são lembranças de situações que não aconteceram e pode gerar vários distúrbios a criança ou adolescente levando-a uma confusão mental e futuramente pode precisar de acompanhamento de profissionais na área da psicologia para a resolução ou amenização do dano causado na prole.

A Lei 12.318/2010 em seu artigo 2º mostra claramente a implantação das falsas memórias quando o mesmo trata da interferência na formação psicológica do menor que pode ser instaurada por um dos genitores ou a pessoa responsável pela sua guarda, para que haja raiva, ódio ou recusa ao outro genitor e cause danos no vínculo entre os envolvidos.

Entretanto, conforme Madaleno e Madaleno (2021), as falsas memórias tem o condão de gerar fantasias na cabeça do infante, ou seja, o que não era realidade passa a ser criando um sentimento de culpa fazendo com que o amor que a criança sente por um dos genitores passe a sentir pelo outro, mas cabeça da criança traz um sentimento de traição em relação ao alienador causando assim uma relação de dependência.

Em continuidade e no tocante as falsas denúncias abuso sexual é importante que estas devem ser severamente investigadas, com o suporte de profissionais especializados, tendo em vista que pode agravar ainda mais os efeitos da alienação parental e por meio dessas falsas denúncias o alienador objetiva o afastamento total da prole com o outro genitor como forma de vingança.

Por fim, a maneira mais cruel de implantação das falsas memórias e a acusação falsa de abuso sexual contra a criança ou adolescente com a finalidade de denegrir a imagem do outro genitor, detentor da guarda ou responsável, fato que constitui crime e fere diretamente os direitos do menor e a dignidade do genitor alienado.

2. POSICIONAMENTO DOS JULGADOS DO STJ E TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAIS NA OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL, FRENTE A CASOS DE FALSA DENÚNCIA CONTRA GENITOR

A Lei de Alienação Parental vem sido bastante discutida nos tribunais após a sua vigência como mecanismo de proteção da criança e do adolescente, mais especificamente desde o ano de 2018, a referida lei vem enfrentando uma série de debates por diferentes grupos, alguns pela sua

revogação, outros pela manutenção e outros pela modificação e a correta aplicação do texto da lei em casos de alienação parental.

No tocante as falsas denúncias contra o genitor as decisões podem ser favoráveis ou não a um dos genitores, é perceptível que haverá mudanças na vida do menor devido a sua modificação de guarda, oriundas da alienação parental.

Observa-se nesse julgado que foi de forma proposital a falsa denúncia, restando assim à alienação parental, o magistrado afirma que a agrava possui comportamento inadequado diante de laudos psicológicos judiciais e que a mesma tumultua visitas e como consequências disso não tendo uma boa convivência com o filho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR – INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA ANTECIPADA PARA ATRIBUIR A GUARDA UNILATERAL AO GENITOR - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA TUTELA RECURSAL – NECESSIDADE DE CAUTELA E APURAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJ-SP - AI: XXXXX20228260000 SP XXXXX-74.2022.8.26.0000, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento: 22/08/2022, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2022).

Entretanto, a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo nesse julgado foi de grande importância, não levando em conta somente o rito processual, mas também o cuidado especial em analisar e detectar a alienação parental e dos danos causados ao menor e aos cônjuges vítimas de falsas denúncias bem como proteger o processo e um bom resultado da pretensão deduzida.

Na decisão abaixo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina foi julgado procedente a modificação da guarda em face do genitor e avós, vez que a genitora realizava falsa denúncia de abuso sexual contra o genitor que deu negativo através do laudo pericial, como consequência disso foi detectada alienação parental e o impedimento da guarda compartilhada tendo em vista o melhor interesse da criança.

APELAÇÃO CÍVEL. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO EM PROL DO GENITOR E AVÓS PATERNOS. CONTEXTO QUE DEMONSTRA O FORTE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A CRIANÇA, GENITOR E FAMÍLIA PATERNA. GENITORA QUE REALIZA FALSA DENÚNCIA DE ABUSO SEXUAL. LAUDO PERICIAL NEGATIVO. ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS GENITORES EM RAZÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA

APRESENTADA. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. LAÇOS AFETIVOS ENTRE FILHO, MÃE E FAMÍLIA MATERNA DEVIDAMENTE PRESERVADOS ANTE A FIXAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A alteração da guarda reclama máxima cautela ante os malefícios que podem ocasionar no desenvolvimento da criança/adolescente. II - Nas situações em que está a se discutir a proteção da criança ou adolescente, deve-se buscar solução mais apropriada com o escopo de atingir o melhor interesse desses seres em formação. III - Embora o § 2º, do art. 1.584, do Código Civil preconize a aplicação da guarda compartilhada entre pai e mãe, como regra, mesmo quando não houver consenso, diante da situação fática apresentada, restou comprovada a prática de alienação parental pela genitora (falsa denúncia de abuso sexual), hipótese em que não é aconselhável no caso concreto. IV - O não guardião tem direito de visitar e conviver com seus filhos. O contato direto da criança com sua genitora é de suma importância para o seu desenvolvimento físico e mental, pois é no alicerce familiar que o infante solidifica a construção de sua personalidade.

(TJ-SC - AC: XXXXX São Carlos XXXXX-7, Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 19/10/2015, Câmara Especial Regional de Chapecó).

No julgado a seguir o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a agravada realiza alienação parental, perante o agravante na frente dos filhos, pois a mesma invadiu a residência deste acompanhada das crianças causando confusão e falsa denúncia de lesão corporal, alegada pela ré com o objetivo de prejudicar o convívio do autor com os filhos.

Ementa: Agravo de instrumento. Ação declaratória de alienação parental cumulada com alteração de cláusula de convívio. Insurgência contra a decisão que indeferiu a tutela de urgência, pleiteada para a ampliação do regime de convivência dos filhos comuns com o autor. Acordo havido pelos genitores, cerca de um ano antes de distribuição da ação originária. Inexistência de elementos aptos a evidenciar a alegada alienação parental. Questão cuja elucidação não prescinde de dilação probatória. Preservação do convívio com ambos genitores. Recurso a que se nega provimento.

(TJ-RJ - AI: 00379016520218190000 202100248491, Relator: Des(a). CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES, Data de Julgamento: 23/06/2022, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/07/2022).

O olhar do magistrado é de suma importância no que tange a alienação parental/falsas denúncias, pois na sentença as provas tem grande importância em que pese ter em vista e tenho como prioridade o melhor interesse da criança ou adolescente.

2.1 Suspensão ou extinção do poder familiar

O poder familiar é um direito-dever, vez que os pais executam a autoridade sobre os filhos sendo de sua responsabilidade preservar os interesses do menor, pertencendo ao Estado conferir o seu cumprimento podendo aplicar sanções levando a suspensão ou extinção do poder familiar (MADALENO, MADALENO 2021).

A perda de comportamento esperado pelos pais diante do exercício da autoridade parental pode causar a suspensão ou extinção do poder familiar, uma providência que pode ser tomada com a intenção de proteger a criança ou adolescente em desfavor do genitor que de alguma forma não estão contribuindo da melhor forma para o seu avanço, e como consequência deixando a desejar com os seus deveres no exercício do poder familiar (autoridade parental) (FIGUEREDO E ALEXANDRIDIS 2020).

A suspensão do poder familiar pode ser executada aos pais pelo juiz podendo aplicar sanção de menor potencial ofensivo, não tanto para punir mais com o objetivo de preservar o interesse do menor envolvido. Deste modo, é considerada pois tem caráter provisório que dura o tempo necessário e sendo sanados os motivos que levaram a suspensão da autoridade parental determinados pelo juiz e tendo como prioridade o melhor interesse da criança, os pais retornam a exercer novamente essa autoridade parental que está regulada pelo Código Civil em seu art. 1.637 e dispõe:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A suspensão pode ser revista a qualquer tempo, para que identifique se ainda há indícios do que a causou. Evidencia-se pelo fato de que essas medidas só podem ser aplicadas quando não existe outro mecanismo jurídico para atingir o bem tutelado que preserva a segurança e o interesse do menor envolvido.

No que tange a extinção do poder familiar são taxativas e com previsão legal no artigo 1.635 do Código Civil, ou seja, não admite interrupção sendo de forma definitiva por envolver a restrição aos direitos fundamentais que abrange a morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade e adoção.

A extinção ocorre após decisão judicial por motivos de faltas graves ou ilícitos penais cometidos pelo outro genitor bem como a falta de deveres ligados a criança causando ou arruinando os bens do menor. Essa medida somente é aplicada em situações em que não existem possibilidades de restabelecer a unidade familiar.

2.2 Depoimento especial e escuta especializada de crianças e adolescentes vítimas de violência

A criança ou adolescente possui garantia constitucional na sua integridade o que é prioridade absoluta seja ela vítima ou testemunha de violência, sendo dever do Estado coloca-las a salvo de toda forma de discriminação, negligência, exploração, crueldade ou violência.

A Lei 13.431/2017 trouxe mudanças ao Estatuto da Criança e do Adolescente trazendo artigos que determina a maneira pela qual as crianças e adolescentes em situação de violência devem ser ouvidas e trata-se da escuta especializada e o depoimento especial.

Na escuta especializada é realizada uma conversa para detectar a possibilidade de alguma violência contra o menor, com o propósito de salvaguardar os cuidados com a vítima. A escuta pode ser feita por instituições que protege essas crianças e adolescentes, que são compostas por profissionais da saúde, conselhos tutelares entre outros.

Nesse sentido a lei 13.431/2017 em seu art. 10 estabelece:

Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência. (BRASIL, 2017).

Tanto a escuta quanto o depoimento devem ser realizados em locais que venha acolher a vítima ou testemunha, assegurando-lhes a sua privacidade e garantindo que não haja qualquer tipo de contato com o agressor ou a quem lhe ofereça constrangimento ou ameaça.

No que tange ao depoimento pessoal é feito por profissionais da área judiciária ou policial, tem como principal objetivo a investigação no sentido de averiguar situações de possíveis violências sofridas pela vítima.

O depoimento pessoal é regido por um protocolo assim dispõe o artigo 12 da referida lei:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§ 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

§ 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação,

de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

O depoimento pessoal tem mais cunho orientativo do que algo rígido que deve ser seguido à risca, pois trata-se de crianças e adolescentes vítimas de violência, ou seja, seres humanos que tem situações distintas umas das outras e sendo como prioridade o melhor interesse da criança ou adolescente.

3. PROPOSTAS PARA MODIFICAÇÃO DA LEI 12.318/2010

A Lei de Alienação Parental (LAP) foi sancionada em 26 de agosto de 2010 e completou dez anos de vigência em 26 de agosto de 2020 num ano atípico, em um momento traçado pela pandemia do Covid-19. Apesar de ter como função de proteger o melhor interesse da criança existem Projetos de Lei (PL) com objetivo de modifica-la tanto no Senado Federal PL nº 498/2018, quanto na Câmara dos Deputados PL nº 6.371/2019 que se encontra em tramitação até o presente momento. Diante atribuições mencionadas contra a LAP, o PL que tramita no Senado Federal será tratado a seguir:

De Vasconcelos (2021) alude que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 498/2018 que foi criada pelo ex-senador Magno Malta, o mesmo é decorrente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Maus Tratos que por meio dela propõe a anulação da Lei de Alienação Parental no sentido de investigar as falhas e os crimes relacionados a maus tratos de crianças e adolescentes no país, no qual o mesmo acredita que LAP beneficia o genitor/abusador ou agressor mais precisamente o pai que se aproveita da lei para alienar a mãe que na maioria das vezes acaba cedendo por medo de perder a guarda do menor e serem consideradas alienadoras.

Contudo, a Senadora Leila Barros apontou o Projeto de Lei 5.030/2019 trazendo como proposta o aperfeiçoamento da legislação penal para a LAP visando a proteção das crianças e adolescentes menores de 14 anos. A narrativa por ela apresentada está baseado em um tripé: 1) a proteção dos menores de 14 anos que são vulneráveis; 2) medidas protetivas existentes no âmbito familiar em caso de violência doméstica que não se destinam as crianças e adolescentes, perda de bens utilizados na prática como forma de indenização a vítima 3) nos casos de abuso sexual e promoção e qualificação da ação não pública e condicionada.

Outrossim, sugere a agravante no art. 61, inciso II contra ascendente, descendente, menor sob guarda ou tutela, irmão, cônjuge ou companheiro embora contemple descendentes, não abrange os menores sob guarda ou tutela, faz menção ao art. 136 do Código Penal por ser uma pena branda e destaca a vulnerabilidade dos menores de 14 anos pois as medidas protetivas destinadas para os casos de violência não aplicam essas crianças e adolescentes.

Assim, o debate sobre revogação ou alteração da LAP passou a existir tendo em vista os pedidos das genitoras que ao denunciarem os genitores de abuso sexual contra os seus descendentes. No entanto por não terem provas da veracidade do ato, então o abusador/agressor alegava que a ex-mulher de estar praticando alienação parental, usando a lei de forma para prejudica-la e como resultado disso a perda da guarda do menor.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6273 ação não conhecida sob a justificativa de ilegitimidade constitucional por parte Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero (AAIG) para propor ação perante o mesmo conforme expressa o art. 103, inciso IX da Constituição da República ajuizada pela Ministra Rosa Weber. O argumento da referida ação é que a LAP está em confronto com artigos da Carta Magna bem como desrespeita direitos e garantias fundamentais do infante.

Por outro lado, o IBDFAM manifestou contra as propostas de Lei 10.182/2018, 10.402/2018 e 10.712/2018 que tem por finalidade a alteração na Lei de Alienação Parental (12.318/2010). Para o presidente nacional do IBDFAM deve ser mantida a LAP sem qualquer alteração ou revogação da mesma, pois foi uma das maiores conquistas no âmbito de direito das famílias e que a referida lei não deve ser usada para combater a quaisquer alterações. Já a advogada e presidente do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM), para ela não se trata de uma lei de gênero, mas sim da preservação e proteção da criança ou adolescente que sofrem Alienação Parental (AP) nas suas famílias. (IBDFAM, 2022, on line).

Dessa forma, as práticas de alienação parental devem ser enfrentadas, pois a mesma traz dissabor e prejudica o desenvolvimento da criança no seu convívio social. O projeto de Lei 10.182/2018 que foi proposta pela deputada Gorete Ferreira, propõe que quando houver sinais da prática do crime de abuso sexual e que seja menor de 18 anos e que tenha declarado ser vítima de AP pelo outro genitor o juiz deve evitar a adoção mesmo sendo em caráter provisório, bem como medidas protetivas e alterações ou inversões de guarda da criança ou adolescente.

O Projeto de Lei 10.712/2018 anunciado pela deputada Soraya Santos procura aliar os processos de AP com a perícia, segundo ela o objetivo é dificultar que o agressor que comete crime de violência doméstica a ameace por alienação parental e como consequência disso a perda da guarda dos filhos.

Já o deputado Rubens Pereira Júnior destaca o parágrafo único para parágrafo 1º e acrescenta o parágrafo 2º ao artigo 2º da LAP (12.318/2010) em casos de falsa denúncia. Deste modo ele visa à alteração quando se tratar de falsa denúncia que só será declarada pelo juízo competente e com inquérito policial finalizado com os envolvidos.

Percebe-se que existem projetos de lei tanto para modificação da Lei de Alienação Parental quanto para sua revogação alguns no sentido de melhorá-la e outros pela extinção definitiva da mesma por estar em confronto com a Constituição Federal/88.

CONCLUSÃO

A compreensão alcançada ao término desse artigo de pesquisa jurídico mostra que a alienação parental é muito presente na sociedade atual e bastante recorrente nos processos de separação, considerados uma maneira abuso e desrespeito ao menor envolvido. Contudo, mesmo com a criação da Lei 12.318/2010 como forma de inibir a alienação parental em vários casos ela se faz presente e traz obstáculos deixando de priorizar do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente em muitos casos.

Buscando acabar com impactos que a referida lei traz, os profissionais do direito têm observado algumas maneiras que traga e garanta a proteção do infante, apesar de encontrarem muitos obstáculos nesse combate.

Outra ferramenta considerado importante no entendimento doutrinário no tocante as falsas memórias que levam as crianças vitimadas da alienação parental acreditam serem verdadeiros ou inverídicos os abusos sexuais, programam essas falsas memórias gerando problemas psicológicos e distúrbios e necessitando de auxílio de profissionais da área.

Nesse contexto e pela pesquisa realizada algumas decisões de tribunais estaduais no que diz respeito às falsas denúncias de abuso sexual onde foram detectadas a alienação parental mediante laudos psicológicos, danos causados a uma das partes, mas tendo como foco principal por parte dos magistrados o melhor interesse da criança.

Ainda dentro desse contexto foi possível observar alguns esforços por parte da Lei 13.431/2017 que trata da escuta especializada e depoimento especial que alterou o Estatuto da Criança e do adolescente no sentido de organizar, as garantias e direitos das crianças e adolescentes vítimas de violência, bem como impedir quaisquer reiterações de abuso contra a menor vitimado. Em continuidade tanto a escuta especializada quando o depoimento especial tem como finalidade orientar e resguardar os direitos do infante, e em casos que coloque em risco a vida ou a integridade física da criança o juiz pode tomar medidas cabíveis e necessárias.

Nesse sentido percebe-se a necessidade de preparo de profissionais da área jurídica em situações que tratam sobre a alienação parental, bem como a atualização/modificação em vez de revogação da Lei de Alienação Parental e não deixar lacunas na lei para incorrência do problema, trazendo assim segurança jurídica na legislação vigente em assuntos ligados à temática.

Por fim, tendo em vista que a alienação parental se faz mais presente em casos de ruptura conjugais, em que pese a necessidade da intervenção dos profissionais da área jurídica no combate a essa questão, é dever da família, da sociedade no geral e o Estado garantir e proteger os direitos

do infante, buscando meios de preveni-los e priorizando o melhor interesse da criança ou adolescente.

REFERÊNCIAS

Bastos, Alder Thiago, **A saúde mental da criança vítima de alienação parental**. Ed. Brazil Publishing: Curitiba, 2019.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito da Família. **IBDFAM se manifesta contra propostas de alterações na Lei de Alienação Parental**. Belo Horizonte, MG, 2022. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/6878/IBDFAM+se+manifesta+contra+propostas+de+alt era%C3%A7%C3%B5es+na+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental](https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/6878/IBDFAM+se+manifesta+contra+propostas+de+altera%C3%A7%C3%B5es+na+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental)>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6273/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministra Rosa Weber. Alienação Parental. Acordãos, 06 dezembro 2021. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5823813> >. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Brasília, DF, [1990]. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm#:~:text=Toda%20crian%C3%A7a%20ou%20a dolescente%20tem,pessoas%20dependentes%20de%20subst%C3%A2ncias%20entorpecentes >. Acesso em: 23 set. 2022.

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. . In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Brasília, DF, [2010]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Sancionada lei que modifica medidas contra alienação parental**, Brasília, DF: Agência do Senado, 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/05/19/sancionada-lei-que-modifica-medidas-contra-alienacao-parental>>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Escuta especializada e Depoimento especial**. ACS, 2020. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/escuta-especializada-x-depoimento-especial> >. Acesso em: 19 out. 2022.

FIGUEREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS Georgios. **Alienação Parental**. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO Rolf. Alienação Parental: **importância da detecção: aspectos legais e processuais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça – **Apelação Cível: 50022035320208130342 MG**, Relator: Des.(a) Alice Birchal, Data de Julgamento: 07/06/2022, Data da publicação: 07/06/2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1538714717/inteiro-teor-1538714769>>. Acesso em: 17 out. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça – **Agravo de Instrumento: 0037901-65.2021.8.19.0000**, Relator: Des. Carlos José Martins Gomes, Data de Julgamento: 23/06/2022, 16ª Câmara Cível, Data de Publicação: 01/07/2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1668504936/inteiro-teor-1668504939>> 24/10/2022> Acesso em: 24 out. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça – **Apelação Cível: 20150336767 São Carlos 2015.033676-7**, Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 19/10/2015, Câmara Especial Regional de Chapecó. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/944596524>>. Acesso em: 14 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça – **Agravo de Instrumento: 21569547420228260000 SP 2156954-74.2022.8.26.0000**, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento: 22/08/2022, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1621940534/inteiro-teor-1621940574>> Acesso em: 13 out. 2022.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010.

De Vasconcelos, Adaylson Wagner et al. **Direito: Ramificações, Interpretações e Ambiguidades**. Editora, Paraná, 2022. Disponível em: <<https://sistema.atenaeditora.com.br/index.php/admin/api/artigoPDF/47095>. Acesso em;/; 15 out. 2021.

A PUBLICIDADE ENGANOSA NO MERCADO DIGITAL

ALLAN HENRIQUE ANDRADE COSTA:
Graduando em Direito pela Faculdade São
Lucas – Porto Velho-RO241

LUIS FELIPE FERREIRA DA SILVA²⁴²

(coautor)

LUCIANA ADÉLIA SOTTILI²⁴³

(orientadora)

RESUMO: Para que um produto se adeque ao gosto dos consumeristas, é imprescindível que as empresas realizem um verdadeiro jogo de marketing quanto ao estabelecimento de preços, parâmetros de qualidade, estética de divulgação, etc. Todavia, a publicidade enganosa é um fenômeno fortemente presente no mercado digital, principalmente quando se observa a venda on-line de produtos e serviços eivados de vícios ou que não entregam o resultado prometido. Tal fator ocasiona uma quebra de confiança do consumidor, além de uma série de violações de direitos basilares previstos no Código de Defesa do Consumidor. O presente artigo tem o objetivo geral de apresentar a temática da publicidade enganosa no mercado digital, utilizando a metodologia de revisão bibliográfica dos principais estudos sobre o assunto, além da análise jurisprudencial do tema. Os objetivos específicos são os de delimitar os principais aspectos do Código de Defesa do Consumidor quanto a publicidade, além de explicar a responsabilidade civil nos casos de publicidade enganosa e abusiva. O desenvolvimento deste estudo possibilitou concluir que, embora a propaganda enganosa esteja igualmente presente no mercado digital, os princípios de proteção ao consumidor, elencados tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto nas demais legislações infraconstitucionais, conforme entendimento jurisprudencial, também são aplicados nas relações consumeristas firmadas no mercado digital.

Palavras-chaves: Consumidor. Fornecedor. Mercado digital. Publicidade enganosa.

ABSTRACT: For a product to suit the taste of consumers, it is essential that companies play a true marketing game in terms of setting prices, quality parameters, advertising aesthetics, etc. However, misleading advertising is a phenomenon strongly present in the digital market, especially when one observes the online sale of products and services riddled with vices or that do not deliver the promised result. This factor causes a breach of consumer confidence, in addition to a series of violations of basic rights provided for in the Consumer Defense Code. This article has the general

242 Graduando em Direito pela Faculdade São Lucas – Porto Velho-RO

243 Advogada, professora na Faculdade São Lucas – Porto Velho-RO.

objective of presenting the issue of misleading advertising in the digital market, using the methodology of bibliographic review of the main studies on the subject, in addition to the jurisprudential analysis of the topic. The specific objectives are to delimit the main aspects of the Consumer Defense Code regarding advertising, in addition to explaining civil liability in cases of misleading and abusive advertising. The development of the present study made it possible to conclude that the principles of consumer protection, listed both in the Consumer Defense Code and in other infra-constitutional legislation, are also applied in consumerist relationships signed in the digital market, especially when observing the jurisprudential understanding on the subject. .

Keywords: Consumer; Provider; Publicity; Misleading publicity.

INTRODUÇÃO

Uma das características inerentes ao ser humano é o consumo. Consumir é uma característica preponderante, pois, por meio dela suprem-se as necessidades básicas da vida. Para tal questão, o consumidor, sendo ele pessoa física ou jurídica, adquire um produto com uma única finalidade: a de atender seus anseios e desejos existenciais.

O consumo é ampliado pelo mercado digital, o qual, nos tempos hodiernos, permite que os indivíduos passem a consumir não somente em lojas físicas mas também em lojas virtuais. O comércio eletrônico vem crescendo de uma maneira avassaladora, visto que o consumidor procura esta opção como um meio cômodo para comprar tanto em seu país de origem quanto em países estrangeiros.

A publicidade enganosa anda lado a lado do consumo. Assim, considerando a abrangência do tema em razão do mercado digital, surge a relevante pergunta: como a publicidade enganosa é tratada no âmbito do comércio eletrônico?

Ante o ilustrado, é imperioso apresentar as características das relações jurídicas virtuais, bem como esclarecer qual a responsabilidade civil dessas empresas que atuam no mercado digital, além de demonstrar em qual linha a jurisprudência brasileira tem se direcionado. Com a abrangência temática, será possível entender quais consumidores encontram-se vulneráveis bem como o que é necessário para se evitar que o consumidor seja afetado por uma publicidade enganosa.

O presente estudo visa apresentar a publicidade enganosa no mercado digital. Serão delimitados os principais aspectos jurídicos do tema a partir de uma análise do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho foi a revisão bibliográfica, por meio do método dedutivo, uma vez que buscou chegar a uma conclusão sobre o tema em tela, com a utilização de todos os meios admitidos pelo meio acadêmico para realizar

uma pesquisa, desde livros, artigos, periódicos, jornais, dentre outros necessários para o desenvolvimento do projeto.

O primeiro capítulo do artigo descreverá as noções gerais acerca do direito do consumidor, e como a publicidade é regulamentada pelo ordenamento jurídico pátrio. Para fins de melhor entendimento, o trabalho conceituará os principais termos inerentes ao Direito consumerista. No capítulo também será descrito o princípio da publicidade, bem como os tipos de publicidade previstos no CDC. O segundo capítulo abará uma análise da relação de consumo no mercado digital. O trabalho visará, inicialmente, conceituar os principais termos acerca do tema, como o *e-commerce* e *e-business*, além de verificar como a responsabilidade civil consumerista é aplicada nos casos de compras realizadas on-line.

No segundo capítulo também será verificada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no *e-commerce*. Será realizada uma breve análise sobre o Decreto nº 7.962/2013, que regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

O capítulo seguinte abará uma breve narrativa sobre o processo histórico da responsabilidade civil no CDC. Serão analisados dois recentes julgados do Tribunal de Justiça da Bahia, com o objetivo de verificar a aplicação da teoria da responsabilidade civil no caso concreto.

Ao fim, busca-se verificar se os princípios e direitos inerentes ao consumidor são aplicados nas relações de consumo, principalmente no que tange à configuração da responsabilidade civil na seara consumerista.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR E A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL

Sancionada no dia 11 de setembro de 1990, por meio da Lei nº 8.078, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor – CDC, a referida norma adentrou no ordenamento jurídico pátrio com uma única finalidade: garantir e efetivar a proteção ao consumidor, visto ser ele na relação de consumo a parte hipossuficiente não somente em questões financeiras, mas, principalmente por não possuir o mesmo nível de conhecimento que seus fornecedores em relação as informações e peculiaridades intrínsecas dos produtos e/ou serviços adquiridos.

Para que se compreenda o CDC da melhor forma, é necessário, inicialmente, apresentar os conceitos basilares do tema em apreço, como a distinção entre consumidor e fornecedor. De acordo com o art. 2º do CDC, o consumidor, é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. De igual forma, Benjamim (2019, p. 71), adepto à corrente maximilista da definição do consumidor, aduz o seguinte:

O consumidor é o destinatário final, é aquele que retira o produto ou serviço do mercado, independente da finalidade que lhe é dada, isso porque é irrelevante perquirir sobre a destinação dada ao produto ou serviço, podendo, inclusive existir intuito de lucro.

Dessa forma pressupõe que seja qual for o conceito que melhor adequa a necessidade de saber quem é o consumidor, o fato é que ele é parte indispensável da relação de consumo, é quem ao consumir movimenta a economia de um país e produz. Assim, é justamente ele que precisa ter suas necessidades atendidas para poder se sentir à vontade na hora de consumir.

Ao que se refere a figura do fornecedor, o CDC, traz as seguintes possibilidades:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Filomeno (2016), conceitua o consumidor como sendo qualquer pessoa física, que a título singular, mediante o desempenho de atividade mercantil ou civil de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços. Os entes despersonalizados também podem ser considerados consumidores, conforme relata Rizzatto Nunes (2019), pois entende que mesmo a massa falida poderá prestar serviços ou ofertar produtos.

Independentemente da corrente adotada, o consumidor é considerado pelo ordenamento jurídico pátrio a parte mais fraca da relação contratual. Tal vulnerabilidade é melhor demonstrada quando se verifica a utilização de publicidades enganosas e abusivas, capazes de gerar potencial dano ao consumidor. Tanto a publicidade enganosa quanto a abusiva são vedadas pela legislação brasileira e, apesar de comuns quanto às consequências lesivas, possuem objetivos distintos, como se observará na sequência.

1.1 A distinção entre publicidade enganosa e publicidade abusiva no CDC

A questão da publicidade enganosa e abusiva é tratada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) em seu artigo 37, §§ 1º e 2º e busca disciplinar, detalhadamente, quais modalidades de propagandas são vedadas. Segundo o CDC, a publicidade enganosa é assim conceituada:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a

respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (BRASIL, 1990).

Segundo Haddad (2016, p. 38), um dos principais objetivos da publicidade enganosa “é induzir o consumidor a acreditar em algo que não corresponda a realidade do produto ou serviço em si, ou afetar a capacidade de decisão do consumidor, quando este apresenta um produto ou serviço com qualidades que não possui”.

Por sua vez, Nunes (2019), aduz que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, seja inteira ou parcialmente falsa e que seja capaz de induzir a erro o consumidor a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados a respeito dos produtos ou serviços oferecidos.

Importante salientar que a lei não exige que o erro se consuma, e sim que a publicidade tenha o potencial de induzir o consumidor ao erro. Nesse aspecto, Rodrigues e Soares (2018) aduzem que o erro real consumado é um mero exaurimento que é irrelevante para a caracterização da enganosidade.

Pode-se concluir que a publicidade que desrespeite a imposição legal de correção e for enganosa, fere o interesse de toda a coletividade de pessoas a ela expostas, determináveis ou não e que são equiparadas ao conceito de consumidor.

Por sua vez, a publicidade abusiva é conceituada pelo Código de Defesa do Consumidor da seguinte forma:

Art. 37 É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 1990).

Segundo Fonteles (2009, p. 33) a publicidade abusiva “atinge na realidade a ética, os costumes, o que o consumidor considera como certo e o tem como valor, sem necessariamente o

produto ser de má qualidade ou apresentar algum defeito". Para Breviglieri (2015, p. 51), "nesse caso, acontece um desvio dos valores pessoais de toda a sociedade na publicidade apresentada".

Seja enganosa ou abusiva, fato é que a publicidade, quando, criada com métodos persuasivos agressivos, seja com o objetivo de manipulação do consumidor mais vulnerável, ou com o objetivo de omitir ou desvirtuar informações relevantes sobre o produto, possui grande potencial lesivo ao consumidor. Assim, com o objetivo de evitar possíveis danos, é fundamental que as empresas que elaboram o merchandising atentem-se aos princípios da publicidade, que serão abordados no tópico seguinte.

1.2 OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE

O CDC, ao tratar da publicidade, procurou garantir grande proteção ao consumidor, abarcando de maneira conceitual a publicidade, bem como os tipos de publicidades permitidas e vedadas pelo ordenamento jurídico. Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio não apresenta uma lei definida a respeito do mercado digital.

Almeida (2013) instrui que o CONAR é o órgão responsável pela regularização da publicidade no Brasil. O CONAR é uma ferramenta gratuita para o consumidor utilizar em caso de lesão decorrente de falha de um produto ou serviço. Todavia, este órgão apresenta alguns déficits pelo fato de não possuir força coativa e em razão de seu poder se limitar a sociedade privada.

O conjunto de dispositivos legais que visam a proteção ao consumidor, bem como o fornecimento de produtos e serviços, devem observância aos princípios da publicidade, que serão estudados nesse tópico.

Segundo conceitua Diniz (2017), o princípio é um direcionamento, uma opinião ou até mesmo o modo de ver algo. Também pode ser reconhecido como um código de conduta, o qual determinada pessoa busca seguir, ou seja, um alicerce em que alguém firma suas ações, seja para consigo ou perante a sociedade.

Para Lorenzetti (1998) o princípio é considerado algo abstrato, que faz parte do subconsciente de determinada sociedade, apesar de ainda não positivado. "observa como sendo algo abstrato, que por mais não se possa palpar, tampouco estar positivado, mas, que faz parte do subconsciente como algo preexistente." Barroso (2018, p. 29), ensina que os princípios,

[...] principalmente os constitucionais [...], representam um resumo dos valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mesmo que este não possua justificativas para tanto, não estão fundadas realmente, mas se espelham apenas na ideologia atual da sociedade.

Outrossim, como preceituam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 137):

[...] a exposição dos princípios dentro de um sistema, tem como adequação primordial o ato de conhecimento, pois para conhecermos um determinado sistema jurídico, devemos precisamente identificar aqueles princípios que os estabelecem, propriamente pelo fato de cada norma ser aplicada a cada caso, dos quais os princípios interlaçam em seus estipulados âmbitos, acarretando dessa forma, verdadeiras normas jurídicas.

Vale salientar que os princípios possuem diversas funções. Nascimento (2019), aborda que a primeira, a função interpretativa, é um elemento de apoio. A segunda é a função de elaboração do direito do trabalho, já que auxiliam o legislador. A terceira é a função de aplicação do direito, na medida em que servem de base para o juiz sentenciar.

Por isso, é correto afirmar que os princípios são de grande importância, pois, como menciona Leite e Ayala (2017, p. 17), “atingiram o patamar constitucional, assumindo um posto iminente ao lado das grandes liberdades públicas.”

Realizados os primeiros apontamentos sobre o entendimento do que sejam os princípios, é importante conceituar os princípios da publicidade. Fiuza (2014) comenta que eles são chamados de princípios informadores, pois têm a função de informar sobre quais fundamentos os contratantes devem seguir, e, ressalta que são gerais, dado ao fato de serem aplicados a diversas situações, ao passo que são fundantes, na proporção que resultam em um conjunto de regras decorrentes pela força de lógica.

Os princípios da publicidade em espécie são os seguintes: a identificação, a vinculação contratual da publicidade, a sua veracidade, a da não-abusividade da publicidade, a inversão do ônus da prova, a transparência da fundamentação e a correção do desvio da publicidade.

O princípio da identificação da publicidade é conceituado da seguinte forma:

Em relação ao princípio da identificação da publicidade, portanto, o primeiro, o art. 36 do CDC menciona que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Logo, agrega Berezowski (2010), fica expressamente proibido o tipo de publicidade que não seja clara e de fácil identificação do consumidor (LEITE; AYALA, 2017, p.17).

Significa dizer que a publicidade não deve apresentar indícios de subliminidade e clandestinidade, e sim contar com dados e informações claras, coesas e objetivas. Coelho (2016, p. 33) traz como exemplo quando “a empresa, [...] ao publicizar seus produtos ou serviços coloca mensagens subliminares para induzir o cliente em potencial.” De outro modo, a publicidade

clandestina é aquela dissimulada em forma de merchandising em filmes ou novelas, ou mesmo travestida de reportagens ou afins.

Por sua vez, o princípio da vinculação contratual dentro da publicidade, está insculpido no art. 30 e 35 do CDC. Este princípio, além de proteger o consumidor, ainda lhe dá garantias sobre o que realmente o moveu até a aquisição do produto ou serviço. Benjamin (2019, p. 33), traz que a regra é “anunciei, cumpri”.

Em caso de descumprimento do princípio da vinculação contratual, surge para o consumidor três medidas judiciais principais: exigir o cumprimento forçado do prometido, aceitar outro produto ou serviço equivalente ou, caso o contrato tenha sido firmado em bases distintas ao anunciado, rescindi-lo, recebendo aquilo que pagou, acrescido de perdas e danos. Sobre esse aspecto, Gonçalves (2016, p. 41) pontua que “o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária.”

Quanto ao princípio da veracidade da publicidade, Coelho (2016, p. 47), afirma que “trata-se de um dos princípios mais importantes da publicidade.” Isso porque o princípio declara que a publicidade deve ser verdadeira e o que estiver sendo anunciado deve ser real, com intuito de proibir a prática da publicidade enganosa, na qual o consumidor é levado por falsas ideias sobre determinado bem ou serviço.

Gonçalves (2002, p. 42) esclarece que “o legislador nesse caso, preocupou-se em coibir a publicidade enganosa”, seja ela por omissão (o patrocinador deixa de afirmar o que é relevante, também induzindo o consumidor a erro) ou por comissão (o fornecedor afirma alguma coisa capaz de induzir o consumidor a erro, dizendo alguma coisa que não é verdadeira).

O princípio da não-abusividade da publicidade está consagrado no art. 37, § 2º, do CDC, aduzindo que é proibido de qualquer forma, dentre outras, a publicidade discriminatória, que incite a violência, que desperte o medo ou a superstição, que se aproveite da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, atinja valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Segundo Coelho (2016) a publicidade não deve conter, por exemplo, imagens de desmatamento, queimadas de florestas com a ideia de que tudo isso é bom para sociedade e para a natureza, quando na realidade não é, visto que está menosprezando valores básicos da sociedade, neste caso, o amor à natureza. Ao contrário, deve-se zelar pelos valores éticos da sociedade, não induzindo o consumidor a qualquer situação que lhe seja prejudicial.

Por isso, traz Berezowski (2017) a afirmação de que este princípio foi abordado por dois institutos principais: o CDC e o Código Brasileiro de autorregulamentação, como também outros institutos diversos da legislação comparada que se relacionam de algum modo com a questão do abuso publicitário para poder garantir a máxima proteção ao consumidor.

O quinto, a saber, é o princípio da inversão do ônus da prova, que tem por objetivo facilitar a defesa do consumidor em juízo, uma vez que cabe ao fornecedor demonstrar o que foi veiculado na sua publicidade, e não ao consumidor, considerado nessa relação, parte vulnerável e hipossuficiente.

Em ato contínuo, o sexto, o princípio da transparência da fundamentação, é tratado por Gonçalves (2016, p. 67) da seguinte forma: “em poucas palavras, este princípio trata que o fornecedor tem o dever, anexo ao princípio da boa-fé como norma de conduta, de informar ao consumidor, e, que este por sua vez, tem o direito à informação correta”. Assim, é direito do consumidor ter ciência dos produtos e serviços, inclusive tem o direito de não se deixar lesar pela publicidade abusiva ou enganosa e nem por ações desleais que o levem ao mesmo fim danoso.

O sétimo é o princípio da correção do desvio da publicidade, que ocorre na ocasião em que há divergência na publicidade apresentada, podendo representar a prática de publicidade enganosa ou abusiva. Nesse teor, visando resguardar o consumidor, foi tipificado no art. 60 do CDC, a previsão de contrapropaganda a qual será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva. O § 1º do referido artigo, também prevê que: “a contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva” (BRASIL, 1990)

Diante dos princípios acima apresentados e analisados, é possível afirmar que toda publicidade, ainda que criada com o único objetivo de desenvolver suas atividades empresariais, mesmo que a conduta não seja eivada de má-fé, deve observância a todas as determinações principiológicas existentes no Código de Defesa do Consumidor. Os princípios devem ser observados, inclusive, nas relações de consumo no mercado digital, que será melhor estudada no capítulo seguinte.

2. A RELAÇÃO DE CONSUMO NO MERCADO DIGITAL

A relação de consumo, de acordo com Lisboa (1999, p. 05), pode ser definida como sendo “o vínculo jurídico por meio do qual se verifica a aquisição pelo consumidor de um produto ou de um serviço, junto ao fornecedor”.

Essa relação se configura nas relações jurídicas por excelência e apresenta sempre três elementos: o consumidor, destinatário final; o fornecedor, empresa ou indústria; e a coisa, que é o objeto central do interesse de ambos, que se encontram sob o regime do CDC, “independentemente da espécie contratual pactuada pelas partes, como a compra e venda, o seguro, o financiamento, etc.” (FILOMENO, 2016, p. 76).

Nas relações consumeristas, o fornecedor e o consumidor "são protagonistas dessa relação." (PAIVA, 2015, p. 31). Ela é, portanto, parte de uma desigualdade entre as partes, tendo em vista que o fornecedor impõe as regras e o consumidor as aceita, sob pena de não se satisfazer.

Segundo Lira (2019), umas das principais características das relações de consumo é a vulnerabilidade do consumidor, considerado parte mais fraca da relação contratual, tendo em vista que não dispõe das ferramentas necessárias à sua imediata proteção contra publicidades ilícitas ou contra cláusulas contratuais excessivamente onerosas.

Vale salientar que a preocupação real com a relação de consumo passou a se dar a partir da década de 1940 e 1960, ou seja, "quando foram criadas inúmeras leis que regulamentavam a relação de consumo" (KOSTESKI, 2014, p. 27), como a Lei n.º 1.221/51 (lei de economia popular), a Lei Delegada n.º 4/62, a Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969 que consagrou a defesa do consumidor, a Constituição Federal de 1988 que apresenta a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica e o artigo 48 do ADCT que determina a criação do Código de Defesa do Consumidor.

Continua Kostascki (2014), que a proteção como a conhecemos se deu quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988, na ocasião entre os diversos direitos e garantias que foram chancelados, constava a proteção ao consumidor, consagrando-a como garantia constitucional e como princípio norteador da atividade econômica, e depois, com a edição do CDC, onde esses direitos passaram a ficar mais consolidados, agora pautados nos microssistemas das relações de consumo e da inserção de novas normas e princípios jurídicos, essas relações foram se modificando, equilibrando dessa maneira as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores.

A aceitação desse texto normativo que, a priori faz parte do conjunto de direitos que foram trazidos com a segunda geração/dimensão. São direitos dos quais se não houvesse sua efetivação seriam apenas aspirações ou simples ideais.

Com o passar dos anos, o contexto de globalização e de aprimoramento dos meios digitais de comunicação, quando observado em conjunto com a inserção da população na internet, fez surgir e consolidar o mercado digital. Na última década, o comércio eletrônico vem sendo largamente utilizado, fato justificado em razão das características da sociedade moderna: imediatividade e celeridade na obtenção de informações.

Colocando-se em números sobre como essa proteção legal vem sendo aplicada, atualmente segundo dados da SINDEC (Secretaria Nacional de Informação de Defesa do Consumidor), no Brasil existem 736 Procons Integrados, e 1.170 postos de atendimentos. Por sua vez, as unidades do PROCON distribuídas nos Estados membros contaram, no ano de 2021, com 1.823.797 (um milhão, oitocentos e vinte e três mil setecentos e noventa e sete) atendimentos, os quais 78,9% tratavam de denúncias, 25,06% dos problemas reclamados envolviam cobrança

indevida ou abusiva, e 10,33% dos assuntos mais reclamados eram sobre bancos comerciais (SINDEC, 2022).

Percebe-se que o Procon possui atuação nacional e um alto fluxo de atendimentos, os quais, por sua vez, também abarcam conflitos consumeristas originados das relações contratuais firmadas no mercado digital. Para fins de melhor compreensão do tema, é importante verificar como o Código do Consumidor é aplicado no *e-commerce*.

2.1 A aplicação CDC no *e-commerce*

Aplicada aos casos de publicidade enganosa e abusiva como mencionado, a publicidade é permitida no Brasil, desde que não venha a ferir o direito do consumidor e tampouco os princípios norteadores desse ramo do direito e que fundamentam todas as demais normas, uma vez que ela é uma forma útil de apresentar ao público e futuros consumidores o produto, serviço, e com isso angariar cada vez mais lucro, impulsionando assim a economia local e o sistema financeiro como um todo (FONTANELA, 2018).

Ocorre que como em qualquer situação, a prática sempre destoa do que é previsto, e assim também é em relação a publicidade. Observa-se que mesmo com todas as ponderações, surge de vez em quando alguma campanha que vai de encontro com essa normatividade, seja de maneira implícita ou não, e causa danos diretos ou indiretos ao consumidor. Assim, estando presentes os requisitos da responsabilidde civil, nasce, para o consumidor, o direito de ser ressarcido a título indenizatório em virtude da responsabilidade assumida pela empresa ao publicizar um conteúdo dessa natureza (FONTANELA, 2018, p).

Como destinatário final dessa cadeia, o consumidor é livre para decidir o que comprar e quais serviços deseja contratar, cabendo ao Estado garantir a proteção dos fornecedores, equilibrar o poder e harmonizar os direitos nas relações de consumo. Segundo Filomeno:

[...] se por um lado efetivamente se preocupa com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores (isto é, respeito à sua dignidade, saúde, segurança e aos seus interesses econômicos, almejando-se a melhoria de sua qualidade de vida), por outro visa igualmente à paz daquelas, para tanto atendidos certos requisitos, como serão analisados [...] dentre os quais se destacam as boas relações comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade, enfim, uma política que diz respeito ao mais perfeito possível relacionamento entre consumidores – todos nós em última análise, em menor ou maior grau – e fornecedores. (FILOMENO, 2007, p. 67-68).

Para compreender de que forma o CDC se aplica nas relações consumeristas digitais, faz-se necessário definir os termos *e-business* e *e-commerce*. Relatam Kalakota e Robinson (2002, p.4) que *e-business* é “uma estratégia global de redefinição dos antigos modelos de negócios, com o auxílio de tecnologia, para maximizar o valor do cliente e os lucros”. Kotler e Keller (2006, p.20) afirmam que *e-commerce* é “a empresa ou o site que realiza ou facilita a venda de produtos e serviços on-line”. Significa dizer que o *e-commerce* é especificamente a venda, a transação comercial e tudo o que está relacionado a isso.

Quando se fala em *e-commerce* e *e-business*, muitas vezes os termos se confundem porque algumas pessoas pensam que são a mesma coisa. A diferença é que o *e-commerce* aborda especificamente vendas, transações comerciais e tudo relacionado a isso; por outro lado, *e-commerce* é uma negociação eletrônica que geralmente termina com uma venda on-line, que pode ser uma simples troca de informações até que o cliente consiga solicitar um orçamento em ação, pedidos personalizados de produtos, descontos. Pode-se dizer que todo *e-commerce* é um *e-business*, mas nem todo *e-business* é um *e-commerce* (FELIPINI, 2015).

É válido dizer que o comércio eletrônico é uma exceção quando se trata de tecnologias de custo muito alto, o que é um dos muitos motivos de seu crescimento, e o motivo pelo qual muitas empresas migram para a internet por ser mais lucrativa ou necessária para sobreviver no mercado (FELIPINI, 2015).

No mercado digital, existem várias possibilidades de operações, como a B2B (*business-to-business*) - transações realizadas entre empresas; B2C/C2B (*business-to-consumer/consumer-to-business*) - transações realizadas entre empresas e consumidores finais; C2C (*consumer-to-consumer*) - transações feitas apenas entre os consumidores finais; G2C/C2G (*government-to-consumer/consumer-to-government*) - ocorrem entre governo com os consumidores finais; B2G/G2B, realizadas entre o governo e algumas empresas vencedoras de determinados processos licitatórios e; G2G (*government-to-government*) - realizadas somente entre os departamentos do governo.

Na visão das empresas, o comércio eletrônico B2B (*Business to Business*) é o que mais se destaca, e é considerada uma espécie de transação muito competitiva para as organizações, pois a tecnologia pode otimizar a gestão da cadeia de suprimentos, tornando as práticas internas de compras mais eficazes, além de melhorar o relacionamento com fornecedores e clientes (PIRES, 2009).

Conforme Ching (2010, p. 185) o B2B pode ser entendido por “companhias conduzindo negócios uma com a outra por meio do *World Wide Web* [...] e permite que dezenas de milhares de companhias conectem-se com dezenas de milhares de outras companhias, por meio de uma rede virtual”. No âmbito da relação fornecedor-consumidor, o tipo de e-commerce com maior destaque é o B2C.

Superado os conceitos de *e-business* e *e-commerce*, é igualmente relevante analisar de que forma o Código de Defesa do Consumidor tutela as relações consumeristas digitais. Da análise do referido diploma legal, é inequívoco o fato de que todos os princípios e direitos dos consumidores são aplicados nas relações digitais. O direito de liberdade de escolha, a igualdade das contratações e a reparação de danos morais e materiais, que perpassam os artigos 4º e 6º do CDC, devem ser observados pelos fornecedores.

A vedação de práticas abusivas, como a venda casada e quantitativa, é um dispositivo plenamente aplicável no *e-commerce*. Quanto à proteção contratual do consumidor, a vedação de cláusulas abusivas também são restrições impostas aos fornecedores de produtos e serviços.

Embora o comércio eletrônico tenha crescido desde a década de 1990, até 2013 não havia legislação para regular mais profundamente tal comércio, portanto, apenas a Lei de Defesa do Consumidor se aplica para regular essas relações comerciais (FILOMENO, 2007).

Diante da popularização do comércio eletrônico, o Estado vê a necessidade de regulamentar mais profundamente as vendas virtuais, utilizando esses princípios para respaldar o Decreto nº 7.962/2013, que prevê a forma de celebração de contratos em ambiente virtual, estabelecendo a necessidade de os fornecedores fornecerem informações claras sobre a empresa e os produtos oferecidos e facilitarem o atendimento ao cliente, além do direito ao arrependimento.

Os fornecedores são obrigados a fornecer informações claras de que aceitam a obrigação de divulgação já prevista no artigo 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, fruto do princípio da transparência. Essa obrigatoriedade é, por muitos, considerada um princípio, dada sua extensa aplicabilidade.

Vale destacar que esse princípio possui grande ênfase no Decreto nº 7.962/13, dado o reiterado desrespeito aos fornecedores no comércio eletrônico. No artigo 2º, a lei estabelece quais dados devem ser tornados obrigatórios no site do fornecedor, conforme segue:

Art. 2º. Sites ou outros meios eletrônicos usados para fornecer ou celebrar contratos de consumo devem fornecer as seguintes informações em um local de destaque e facilmente visível:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta (BRASIL, 2013).

O direito ao arrependimento previsto no artigo 5º do Decreto nº 7.962/13 permite que o consumidor se arrependa de compras realizadas por meio de comércio eletrônico, obrigando os fornecedores a informá-los sobre a forma adequada de exercer esse direito (BRASIL, 2013). No entanto, o dispositivo é inovador na medida em que se determina que o fornecedor comunique imediatamente o exercício do direito de arrependimento à instituição financeira ou administradora do cartão de crédito, para que a transação não conste na fatura do consumidor (BRASIL, 2013).

Outrossim, os pedidos de devolução de produtos ou cancelamento de serviços por arrependimento devem observância tanto ao artigo 5.º do Decreto quanto o artigo 49.º do CDC, que permite ao consumidor arrepender-se da compra de produtos no prazo de 7 dias, a contar da celebração do contrato de consumo (BRASIL, 1990; BRASIL, 2013;).

Como se depreende do exposto, com a promulgação do Decreto 7.962/13, os legisladores buscaram preencher o vazio do comércio eletrônico especificamente identificado pelo CDC. Vale destacar que as relações firmadas pelo e-commerce também são atingidas pelas disposições legais sobre a responsabilidade civil, principalmente nos casos de publicidade enganosa ou abusiva, conforme se verificará no capítulo seguinte.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC

Historicamente, o termo responsabilidade civil passou a ser utilizado, segundo Venosa (2015), pela norma *Lex Aquilia*, originada do direito romano, a qual previa a punição pela culpa por danos injustamente provocados, independentemente da relação obrigacional preexistente. Seria, para o autor supracitado, uma espécie de culpa presumida.

Sobre a responsabilidade subjetiva Pamplona Filho (2016, p. 57), aduz que “ela é decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo e que se caracteriza quando o agente causador do dano atua com negligência, imprudência ou imperícia.” Assim, para que a vítima venha ser indenizada deverá demonstrar que o agente realmente atuou de forma irresponsável e por isso o dano foi causado.

Esse tipo de responsabilidade apresenta três pressupostos essenciais para sua existência: conduta humana,nexo de causalidade, e a ocorrência de dano. O CDC, por sua vez, como norma reguladora da relação de consumo, optou por adotar a responsabilidade objetiva, pois o consumidor, na condição de parte hipossuficiente e possuindo certo grau de vulnerabilidade, não poderá arcar com os prejuízos decorrentes de eventual dano por ele sofrido em decorrência de vício no produto ou no serviço.

Para Pamplona Filho (2016, p. 57) “o consumidor, que é o destinatário final, estará resguardado em casos em que ocorra danos causados por serviços ou produtos”, não havendo necessidade de provar a culpa da outra parte, bastando apenas que o serviço ou o produto seja ofertado e, uma vez disposto para o consumidor, o fornecedor responderá pelos danos que o produto causar.

O CDC só utiliza a teoria da responsabilidade subjetiva em casos específicos, isto é, em relação as pessoas denominadas profissionais liberais, por exemplo, como médicos, advogados e dentistas, pois nessas hipóteses a ocorrência de dano dependerá do desempenho de suas atividades, cabendo ao consumidor provar que foi lesado e que não deu causa a que o dano ocorresse (TEPENDINO, 2019).

Vale destacar que, a depender do caso concreto, o consumidor só será ressarcido se provar que não deu causa ao dano (culpa exclusiva do consumidor) e caso não consiga, suportará este sozinho, conforme §3º, II do art. 14 do CDC: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

A responsabilidade civil só surge quando enxergados o dano, o nexo de causalidade e a culpa, estando comprovados os pressupostos presentes em qualquer ação de indenização civil. Nesse caso, vigora a cláusula de isenção do Código Civil (BRASIL, 1990). Por sua vez, os efeitos jurídicos dos negócios sobre as atividades de consumo são numerosos, afetando não apenas o tipo de responsabilidade civil que se torna objetiva, mas também os componentes da linha de consumo (BRASIL, 1990).

Após as devidas análises acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil nas relações de consumo, se faz relevante compreender a aplicação desse entendimento no caso concreto.

3.1 Análise da jurisprudência acerca da responsabilidade civil

Para fins de análise da responsabilidade civil pela prática de publicidade enganosa, colaciona-se dois julgados assim ementados:

RECURSO INOMINADO. DIREITO DO CONSUMIDOR. -E-COMMERCE. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA, TENDO EM VISTA O

CANCELAMENTO DA COMPRA JÁ CONCRETIZADA PELO CONSUMIDOR, COM A SUBSEQUENTE OFERTA DO MESMO PRODUTO, COM AUMENTO DE PREÇO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO PARA, RECONHECENDO **A ATUAÇÃO ILÍCITA DO FORNECEDOR DEMANDADO**, DETERMINAR O CUMPRIMENTO DA OFERTA, NEGANDO, TODAVIA, O PLEITO DE DANOS MORAIS. **Não é toda e qualquer conduta ilícita ou irregular que gera danos de natureza moral.** Na hipótese em julgamento, o cancelamento de compra em valor mínimo não representou para o consumidor envolvido dor íntima intensa, sofrimento psicológico agudo, padecimento, aflição, angústia, humilhação, vergonha, inquietude psíquica ou qualquer outra grave consequência relacionada à personalidade humana, sendo mero aborrecimento, incapaz de merecer compensação pecuniária. (grifo nosso). (TJ-BA - RI: 01986241620198050001, Relator: ROSALVO AUGUSTO VIEIRA DA SILVA, QUINTA TURMA RECURSAL, Data de Publicação: 12/05/2020) (grifo nosso).

JUIZADO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. E-COMMERCE. COMPRA DE COMPUTADOR EM 2019 COM PROCESSADOR FABRICADO NO ANO DE 2011. COMPONENTE OBSOLETO. PUBLICIDADE ENGANOSA. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES. INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 36 E 37, § 1º DO CDC. QUEBRA DO DEVER DE CONFIANÇA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS E ORA FIXADOS EM R\$ 3.000,00. DEVIDA A RESTITUIÇÃO DO VALOR DO PRODUTO (R\$ 1.738,92). PARTE ACIONADA QUE FICA AUTORIZADA A RESGATAR O APARELHO NA RESIDÊNCIA DO ACIONANTE. RECURSO PROVIDO.

1. Os elementos probatórios coligidos aos autos demonstram que o consumidor fora induzido a erro pela publicidade veiculada no sítio eletrônico da acionada. Oferta de computador com promessa de alto padrão de desempenho, porém, com processador INTEL de 2ª geração, o qual foi lançado em 2011 e teve sua fabricação descontinuada em 2012.

2. Não obstante a publicidade não tenha veiculado expressamente a geração do processador, o presente caso é típica modalidade de publicidade enganosa por omissão de dados essenciais visando a comercialização de aparelho obsoleto. Conduta em evidente infringência aos arts. 36 e 37, § 1º do CDC. Devida a restituição do valor pago pelo produto (R\$ 1.738,92).

3. O fornecedor deve observar os requisitos do art. 20, do CDC, sendo de sua responsabilidade a prova inequívoca da perfeita conformidade

do produto adquirido. Não pode, portanto, comercializar produtos em desconformidade com os preceitos do microssistema protetivo das relações de consumo, sob pena de se caracterizar a responsabilidade pela reparação dos prejuízos independente de culpa, como reza o art. 14, do CDC.

4. A situação narrada ultrapassou os meros transtornos inerentes às relações cotidianas, atingindo, efetivamente, bens jurídicos vinculados aos direitos de personalidade, devendo ser provido o pleito indenizatório. Situação com evidente quebra do dever de confiança.

5. Indenização por danos morais ora arbitrada em R\$ 3.000,00, valor adequado às peculiaridades do caso e às finalidades pedagógica e ressarcitória do instituto do dano moral. Recurso provido. sentença reformada para determinar a restituição do valor de R\$ 1.738,92 e arbitrar indenização por danos morais no importe de R\$ 3.000,00. parte acionada autorizada, após a quitação da condenação, a resgatar o produto na residência da parte autora (TJ-BA - RI: 01036975820198050001, Relator: NICIA OLGA ANDRADE DE SOUZA DANTAS, PRIMEIRA TURMA RECURSAL, Data de Publicação: 15/06/2020) (grifo nosso).

Na primeira hipótese, no julgamento do Recurso Inominado nº 01986241620198050001, o recorrente requereu a reforma da sentença relativa ao *quantum* da indenização por danos morais. Em síntese, o autor, ora recorrente, aduziu a ilicitude da falha na prestação dos serviços de *e-commerce*, tendo em vista que a recorrida publicou em sua plataforma digital de vendas uma promoção de um kit de suplemento protéico com 90% de desconto. Após o pagamento da compra, o pedido foi unilateralmente cancelado pela empresa e o produto passou a ser anunciado com preço superior.

A empresa recorrida afirmou que o cancelamento da compra ocorreu em razão da impossibilidade de cumprimento da oferta, pois o preço inicialmente fixado, ou seja, o suposto desconto, estava incorreto. Os magistrados elencaram os artigos 37, 30, 34 e 39, incisos II e IX, ambos do CDC, tendo em vista que a oferta da empresa encontrava-se válida no momento da solicitação de compra pelo apelante. Sendo assim, o juiz relator proferiu decisão no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso, condenando a empresa a cumprir o acordo inicialmente firmado. Sendo impossível seu cumprimento, a obrigação de fazer seria convertida em perdas e danos. Todavia, a decisão não condenou a empresa ao pagamento de danos morais, pois segundo o juízo o ocorrido gerou meros aborrecimentos ao recorrente.

Apesar disso, a decisão acima descrita foi favorável ao consumidor, ainda que a compra tenha sido realizada por meios digitais. Tal decisão demonstra que os princípios e direitos do consumidor são aplicáveis nas relações consumeiristas realizadas no âmbito virtual.

A segunda decisão, também proferida no âmbito do Juizado Especial, traz a seguinte narrativa: a parte autora, ora recorrente, adquiriu um computador no sítio eletrônico da empresa recorrida, por um valor promocional. Ao ligar o computador, o recorrente verificou que o processador entregue era antigo, lançado em 2011, informação esta não fornecida pela empresa.

O recorrente, com o objetivo de efetuar a devolução/troca do produto e exercer seu direito de arrependimento, teve sua solicitação não atendida pela empresa. Em contrapartida, a empresa alegou que é parte ilegítima para figurar no processo, pois a compra foi realizada por outro fornecedor, e não pela empresa em si.

De antemão, o juiz relator afirmou que a recorrida não trouxe fatos capazes de reconhecer as excludentes de responsabilidade civil elencadas no CDC. Ante o exposto, o juízo de segundo grau deu provimento ao recurso inominado, reformando a sentença recorrida, e determinando a restituição do valor do computador, com os devidos juros de mora, além da condenação da recorrida ao pagamento de três mil reais a título de indenização por danos morais.

Importante destacar que o referido julgado concedeu, com excelência, a indenização por danos morais, não utilizando a hipótese do mero aborrecimento. O valor da indenização foi fixado com observância às peculiaridades do caso, utilizando a teoria do dano moral *in re ipsa*, quando é desnecessária a comprovação do direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro capítulo buscou apresentar uma breve introdução ao direito do consumidor no Brasil, bem como a regulamentação da publicidade no país. O capítulo teve o objetivo de conceituar e diferenciar consumidor e fornecedor, além de introduzir o tema da publicidade enganosa e abusiva com base numa revisão bibliográfica do tema. Esse capítulo também apresentou de forma introdutória os princípios da publicidade expressos no Código de Defesa do Consumidor.

O segundo capítulo do trabalho analisou a relação de consumo no mercado digital, com a delimitação de alguns pontos introdutórios básicos, como o conceito de relação de consumo e seu tratamento pelo ordenamento jurídico pátrio. O capítulo também estudou como o Código de Defesa do Consumidor se aplica no *e-commerce*, e buscou, inicialmente, conceituar e diferenciar os termos *e-commerce* e *e-business*. No capítulo em apreço, foram feitas algumas análises sobre os artigos pertinentes do CDC, bem como do Decreto nº 7.962/2013.

O terceiro capítulo buscou estudar a responsabilidade civil no CDC. Ao final, o artigo colacionou dois julgados, ambos do ano de 2020, que reconheciam a responsabilidade civil do fornecedor pela prática de publicidade enganosa. Podendo-se perceber, de forma geral, que o

Poder Judiciário aplica as disposições do Código de Defesa do Consumidor nas relações virtuais de consumo.

As recentes decisões colacionadas neste artigo reconhecem a aplicabilidade dos princípios do Código de Defesa do Consumidor nas relações firmadas pela internet, e concretizam o ideal de proteção à parte mais fraca da relação consumerista, ou seja, o consumidor.

Verifica-se, portanto, a inequívoca vulnerabilidade do consumidor no mercado digital, sendo imprescindível a previsão e aplicação de leis que coibam tais práticas abusivas e enganosas.

Apesar de haver previsão legal para coibir essas práticas, diversos fornecedores não buscam atender às exigências apresentadas nos dispositivos legais, ao contrário, ofertam sem a menor responsabilidade gerando assim inúmeros prejuízos para os clientes, cabendo ao judiciário a tutela desses direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Eduardo Mendes de. **A autor regularização publicitária Brasil**. Monografia. PUC-RIO, 2013. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22521/22521.PDF>. Acesso em: 04 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novodireitoconstitucionalbrasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar Boreal, 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O código brasileiro de proteção do consumidor. **BDJur**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32354-38891-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

BEREZOWSKI, MARIA LEONICE S. **A publicidade abusiva e enganosa no Código de Defesa do Consumidor e os reflexos na atividade do fornecedor**. 2017. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília. Marília. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp150320.pdf> Acesso em: 04/03/2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.962 de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 mai. 2022

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 11 mar 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 12/05/2020. **RI: 01986241620198050001:**

Relator: ROSALVO AUGUSTO VIEIRA DA SILVA, 12 maio 2020. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ba/1538680003/inteiro-teor-1538680015>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 15/06/2020. RI: **01036975820198050001,**

Relator: NICIA OLGA ANDRADE DE SOUZA DANTAS, PRIMEIRA TURMA RECURSAL, 15 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ba/1539032835/inteiro-teor-1539032854>. Acesso em: 12 set. 2022.

BREVIOLIERI, Etiene Maria Bosco. O CDC como instrumento jurídico-protetor das crianças no caso da publicidade enganosa e abusiva. **Pensar o Direito**, v. 2, p. 1-53, 2005. Disponível em: http://unilago.com.br/publicacoes/pensar_direito02.pdf#page=43. Acesso em 04 mar. 2022.

CHING, Hong Yuh. **Gestão estratégica de estoques na cadeia de logística integrada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Claudia Schroeder. Princípios referentes à publicidade em face do código de defesa do consumidor. **Jurídico HIGT-TECH**, 2016. Disponível em:

http://www.pesquisadireito.com.br/principios_publicidade_cdc.htm#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20identifica%C3%A7%C3%A3o%20da,imediatamente%2C%20a%20identifique%20com%20tal. Acesso em: 04 mar. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**.v.3. São Paulo: Saraiva. 2017.

FELIPINI, Dailton. **Empreendedorismo na internet**. Como agarrar esta nova oportunidade de negócios. São Paulo: LeBooks, 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 17ed. Revista dos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

FONTANELA, Suelen. Responsabilidade Civil. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 23 jun. 2012.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37676&seo=1>. Acesso em: 13 mar. 2022.

FONTELES, Brice Sampaio Teles. **A publicidade abusiva em face da hipossuficiência da criança**. 2009. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23955>. Acesso em: 06 mar. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, João Bosco Pastor. Princípios gerais da publicidade no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Jus Brasil**, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3181/principios-gerais-da-publicidade-no-codigo-de-protecao-e-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 04 mar. 2022.

HADDAD, Daniel Wagner. **Direito do Consumidor**. Exame da OAB unificado. 6ªed. Saraiva, 2016.

KALAKOTA, R.; ROBINSON, M. **E- business**: estratégias para alcançar o sucesso no mundo digital. Porto Alegre: Bookman, 2002.

KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. 12 ed. São Paulo: Pearson Prenticehall, 2006.

KOSTESKI, Graciele. A história das relações de consumo: Um apanhado geral da história do Direito do Consumidor. **Direito Net**, 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1769/A-historia-das-relacoes-de-consumo>. Acesso em: 03 mar. 2022.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. 12. ed.. São Paulo: Pearson, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 5ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LIRA, Wanessa Maria Andrade de. Relação do consumidor. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n.68, set 2019. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6591. Acesso em: 03 dez. 2021.

LISBOA, Roberto Senise. **Relações de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 44ed. Rev. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2019.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PAIVA, Clarissa Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4401, 20 jul.2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34128>. Acesso em: 03 mar. 2022.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Ltr, 2016.

PIRES, S. R. I. **Gestão da cadeia de suprimentos**: conceitos, estratégias, práticas e casos – Supply chain management. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPENDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 13ª ed, v1, livro digital. Editora Atlas, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://direitounivest.files.wordpress.com/2016/04/direito-civil-vol-1-parte-geral-venosa-sc3adlvio-de-salvo-13ed-2013-1.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

VIOÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

LÍBINA ALVES DE OLIVEIRA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi- Unirg.

FÁBIO ARAÚJO SILVA²⁴⁴

(orientador)

RESUMO: A violência faz parte do cotidiano e da experiência humana, e é caracterizada pelo uso da força, podendo ser contra alguém ou si mesmo, resultando em algum dano ou lesão. Dentro das variadas formas de violência, há a violência sexual, que pode acontecer com qualquer indivíduo, sendo os números mais altos contra crianças e adolescentes. A violência sexual é definida como a ação de um indivíduo sobre outra pessoa, que utiliza diversos meios que garantam a satisfação sexual de quem pratica a violência. O trabalho tem por objetivo apresentar um breve contexto histórico sobre o abuso sexual infantojuvenil, trazendo o conceito de violência e a definição da violência sexual contra menores, abordando a violência sexual intrafamiliar, bem como as leis que protegem os menores violentados.

Palavras-chave: Violência; Abuso Sexual; Crianças e Adolescente; Crime hediondo.

ABSTRACT: Violence is part of everyday life and human experience, and is characterized by the use of force, which can be against someone or oneself, resulting in some damage or injury. Among the various forms of violence, there is sexual violence, which can happen to any individual, with the highest numbers being against children and adolescents. Sexual violence is defined as the action of an individual on another person, who uses various means to ensure the sexual satisfaction of those who practice violence. The objective of this work is to present a brief historical context on child and adolescent sexual abuse, bringing the concept of violence and the definition of sexual violence against minors, addressing intrafamily sexual violence, as well as the laws that protect violated minors.

Keywords: Violence; Sexual abuse; Children and Adolescents; Heinous crime.

Sumário: *1. Introdução. 2. Contexto Histórico. 3. Violência. 4. Violência Sexual 5. Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes. 6. Violência Sexual Intrafamiliar. 7. Proteção ao Menor Violentado. 8. Considerações Finais*

1. INTRODUÇÃO

244 Mestre em Produção Vegetal; Pós-Graduado em Direito Tributário; Pós-Graduado em Ciências Penais; Pós-Graduado em Direito Público; Pós-Graduado em Direito Agrário e Ambiental; Professor Universitário; Procurador do IPASGU.

A violência sexual é um termo utilizado para categorizar atos de violação sexual contra alguém, podendo a vítima ser de qualquer faixa etária, mas, conforme dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde, a maior parte das vítimas de violência sexual são crianças e adolescentes.

Os casos de violência sexual geralmente são praticados sem a presença de qualquer testemunha, às escuras, podendo ocorrer em relação intrafamiliar ou extrafamiliar, sendo esta primeira mais difícil identificar e combater.

Na violência sexual intrafamiliar, as vítimas encontram mais dificuldades para relatar, pois os agressores mais comuns são membros da própria família como: tios, padrastos, madrastas, irmãos, primos, pais, entre outros.

A violência sexual contra criança e adolescente é um tema de suma importância, sendo que esta, infelizmente, faz parte do cotidiano da sociedade brasileira. Os dados que apresentam os números de denúncias feitas são alarmantes, sendo que apenas uma pequena porcentagem desses casos é denunciada.

Conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, no art. 7º, a criança e o adolescentes têm direito a proteção à vida e a saúde, para que o seu desenvolvimento seja sadio e harmonioso, com plenas condições dignas de existência.

É importante lembrar que o dever de cuidar dos menores é de todos bem como sociedade, Estado, família, de forma que possamos proteger as crianças e adolescentes de situações de risco e vulnerabilidade sexual, para que não haja nenhuma ocorrência de ameaça ou violação de seus direitos, conforme disposto no art. 227 da Constituição Federal.

O presente artigo foi elaborado com o objetivo de aprofundar no tema em questão, trazendo a luz assuntos e pontos importantes para esclarecer a violência sexual infantojuvenil.

Primeiramente faz-se necessário abordar um breve contexto histórico, trazendo a informação de como as crianças eram tratadas em época passada. Posteriormente se faz necessário esclarecer o conceito de violência, trazendo após a definição de violência sexual, apontando também a forma como ocorre no âmbito familiar.

Por fim, é importante ressaltar os direitos fundamentais e a proteção que as leis impõem aos menores vítimas de abusos sexuais.

2.CONTEXTO HISTÓRICO

Na cultura humana, ao longo da sua história, um dos pontos mais marcantes foi a falta de atenção para com as crianças e os adolescentes. Pouco se discutia sobre as fragilidades na infância, e não haviam muitos meios de proteção.

MARTINS e JORGE (2010) explicam:

Historicamente, a violência contra crianças sempre esteve vinculada ao processo educativo, constituindo-se um problema histórico-cultural que tem percorrido todas as décadas até o século atual, nas suas diferentes formas de expressão. (MARTINS e JORGE, 2010, p. 02)

Durante muito tempo, muitas crianças eram submetidas a maus tratos por apenas nascerem com deficiência física, também eram usadas como forma de quitação de dívidas, bem como incluídas em algumas brincadeiras sexuais praticadas por adultos.

A título de exemplo, na época medieval era habitual explorar as genitálias das crianças. Eles acreditavam que a criança era indiferente a sexualidade e ao prazer, por isso “brincavam” dessa forma. As crianças eram expostas a qualquer tipo de situação, e os adultos permitiam tais atos, sendo que com essa exposição, era muito mais fácil a criança sofrer um abuso sexual.

Ione Sampaio de Oliveira citando Ariés explica que:

Na idade medieval, era comum os adultos brincarem com as crianças, sem a observância do pudor, da moral, pois “a prática familiar de associar as crianças às brincadeiras sexuais dos adultos fazia parte do costume da época e não chocava o senso comum.” (OLIVEIRA *apud* ARIÉS, 2006, p. 27).

Trazendo o assunto para os dias atuais, as práticas da época medieval de exploração da sexualidade das crianças, não é aceita.

Ao longo dos anos essas práticas começaram a ser totalmente repudiáveis, pois a noção sobre o infante foi totalmente modificada. O Estado então passou a intervir bem mais na proteção destes, fazendo com que seus direitos não fossem mais violados.

3. CONCEITO DE VIOLÊNCIA

Para melhor entendimento de violência sexual, é necessário primeiro analisar o conceito de violência. GUEDES (2022), citando ROCHA (2015, p.4), conceitua violência:

O termo violência advém do latim *violentia*, que por sua vez significa força empregada de um modo bruto ou demasiado, como uma forma de apresentar imposição ou poder sobre o outro ou alguém. Com base nisso, todo tipo de violência cometida entre pessoas é como uma forma de oprimir, controlar ou demonstrar poder sobre uma determinada situação ou a uma pessoa em específico (GUEDES *apud* ROCHA, 2022).

A violência faz parte do cotidiano e da experiência humana. Seu impacto causado pode ser verificado de muitas formas, sendo que o número de pessoas que perdem a vida em decorrência da violência é muito alto. (DAHLBERG e KRUG, 2006).

Segundo informações contidas no site do Centro Estadual de Vigilância em Saúde do Rio Grande do Sul, a Organização Mundial da Saúde (OMS) apresenta as diferenças sobre as naturezas da violência, sendo: violência física, psicológica, tortura, tráfico de seres humanos, financeira, negligência, trabalho infantil, violência por intervenção legal e violência sexual, sendo esta última o foco do presente artigo.

5.VIOLÊNCIA SEXUAL

Segundo a Organização Mundial da Saúde, violência sexual é:

[...] qualquer ação na qual uma pessoa, valendo-se de sua posição de poder e/ou fazendo uso de força física, coerção, intimidação ou influência psicológica, com uso ou não de armas ou drogas, obriga outra pessoa, de qualquer sexo e idade, a ter, presenciar ou participar de alguma maneira de interações sexual, ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, com fim de lucro, vingança ou outra intenção. (OMS, 2012)

De um modo geral, a violência sexual acontece sem o consentimento de um dos indivíduos, podendo ser no âmbito doméstico ou fora dele. Essa violência atinge todas as classes sociais, independente de cor, raça, sexo, idade, religião, e é um fenômeno que alcança de maneira alarmante. É de conhecimento que os casos que envolvem crianças e adolescentes são mais comuns, sendo praticados sob a vulnerabilidade desse público.

Como explicam MACEDO, FOSCHIERA, BORDINI, HABIGZAND e KOLLER (2019):

A violência contra crianças e adolescentes é reconhecida internacionalmente como um grave problema de Saúde Pública e de Direitos Humanos. Consiste em toda forma de maus tratos que ocorra em uma relação de responsabilidade ou poder e que resulte em dano à dignidade, saúde e desenvolvimento de crianças e adolescentes. (MACEDO, FOSCHIERA, BORDINI, HABIGZAND e KOLLER, 2019, p. 02)

Conforme os dados levantados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), só nos primeiros 5 meses do ano de 2022, foram registradas 4.486 denúncias de violação

dos direitos humanos contra menores, sendo que 18,6% estão ligadas a situação de violência sexual.²⁴⁵

Com base no levantamento feito em 2021, de 18.681 registros, em quase 60% desses registros, a faixa etária da vítima era entre 10 e 17 anos, sendo que cerca de 74%, a violência era contra meninas.¹

Ainda é assustador o número de casos de violência sexual contra menores, e nem todos chegam a ser denunciados. Muitas crianças se encontram em uma posição que impedem de relatar o ocorrido, podendo ser por uma ameaça, chantagem, vergonha, e até mesmo o medo de sofrerem algum tipo de punição por seus responsáveis.

Muitos dos casos acontecem de forma bem silenciosa, sem qualquer alarde. Muitas crianças passam anos e anos sofrendo abusos dentro do seu lar e continuam caladas. Em alguns casos a denúncia só acontece quando a vítima já está em fase adulta.

A violência sexual vai mais além do que a conjunção carnal. No título VI do Código Penal, onde se trata dos crimes contra a dignidade sexual, há uma relação de crimes dessa espécie, como: estupro, violação sexual mediante fraude, importunação sexual e assédio sexual.

O estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal, é o ato de constranger alguém, sendo por meio de violência ou grave ameaça, para ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

A violação sexual mediante fraude está conceituada no art. 215 do Código Penal, que explica que é o ato de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com a vítima por meio de fraude, ou qualquer meio que impeça ou dificulte a manifestação desta.

O crime de importunação sexual se encontra no art. 215-A do referido código, sendo a prática do ato libidinoso contra alguém sem a sua permissão e com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou de terceiros.

Por fim, neste capítulo I, temos o crime de assédio sexual, que é a ação de constranger alguém para obter vantagem ou favorecimento sexual, usando a condição de superioridade hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

5.VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

²⁴⁵ INGRIDOLIVEIRA. **Das 4.486 denúncias de violação infantil em 2022, 18,6% estão ligadas a abuso sexual.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2022-tem-4-486-denuncias-de-abuso-infantil-maioria-dos-casos-acontece-com-meninas/>>.

O abuso sexual cometido contra criança e adolescente é quando um adulto ou uma pessoa mais velha usa a criança ou o adolescente em atividades sexuais para satisfazer seus próprios desejos. Susana Toporosi (2022) explica:

Uma definição ampla e descritiva afirma que abuso sexual consiste em uma criança ser convocada por um adulto a participar de atividades sexuais que não pode compreender, para as quais sua psique não está preparada por seu nível de constituição e para as quais não pode dar seu consentimento a partir de uma posição de sujeito; e que viola a lei e os tabus sociais. (TOPOROSI, 2022, pág. 11)

O agressor usa a criança ou o adolescente para os estímulos sexuais, podendo ser para ele, para a própria criança ou um terceiro. (TOPOROSI, 2022)

Quando pensamos em violência sexual contra menores, podemos imaginar que o violentador usa todas as formas, como chantagem, ameaça, promessas de recompensa, intimidação, para conseguir exatamente violentar o menor e se satisfazer.

As atividades sexuais podem ser qualquer tipo de relação orogenital, genital ou anal, sendo que pode ser cometida também sem qualquer contato, por exemplo nos casos de exibicionismo.²⁴⁶

O Código Penal traz um rol de crimes sexuais contra vulnerável, podendo ser encontrado no capítulo II do título IV, que trata dos crimes contra a dignidade sexual.

Os crimes são: estupro de vulnerável; corrupção de menores; satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; e divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia.

O crime de estupro de vulnerável, que está tipificado no art. 217-A do Código Penal, é o ato da conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos.

A corrupção de menores pode ser encontrada no art. 218 do referido código, sendo o fato de induzir alguém com idade menor que 14 anos a satisfazer a lascívia de outra pessoa.

O delito de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente está no art. 218-A do Código Penal, que define como praticar ou induzir o menor de 14 anos a presenciar a conjunção carnal ou ato libidinoso, para satisfazer a própria lascívia ou de outrem.

²⁴⁶ TOPOROSI, Susana. Em carne viva: abuso sexual de crianças e adolescentes. São Paulo: Editora Blucher, 2022. E-book.

O crime do art. 218-B é o de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, sendo: "Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone".²⁴⁷

E, o último crime desse capítulo é o de Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, definido no art. 218-C:

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia. (BRAZIL, Código Penal, 1940, modificado em 1983)

A maior parte dos crimes acima mencionados acontece de forma extremamente silenciosa. Muitos ocorrem dentro dos próprios lares, sendo os agressores pessoas muito próximas das vítimas, sendo essa violência conhecida como violência intrafamiliar.

6. VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR

O abuso sexual pode ser cometido intrafamiliar e extrafamiliar. A maioria dos casos acontecem intrafamiliar, onde o Estado tem a maior dificuldade de identificar, sendo cometido por pessoas conhecidas, como pai, irmão, tio, padrasto, madrasta, etc.

Para melhor entendimento, FREITAS (2021) dispõe sobre a diferenças nesses casos:

O abuso intrafamiliar é aquele que o autor do crime possui algum laço afetivo ou sanguíneo com a vítima, ou seja, a pessoa é próxima da vítima; já no caso do abuso extrafamiliar o autor é pessoa desconhecida da vítima, sem qualquer tipo de vínculo. (FREITAS, 2021)

A maior dificuldade encontrada em identificar os casos que acontecem no âmbito familiar, é por causa da relação de confiança e a hierarquia do abusador para com a vítima. Nos casos acontecidos no ambiente doméstico há algumas etapas usadas pelos abusadores, bem como explica FREITAS (2021) citando CARDIN, MOCHI, BANNACH (2011):

²⁴⁷ BRAZIL. Código penal: Decreto-lei no. 2,848, de 7 dezembro de 1940. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 701 p

O abuso pode ser classificado em etapas, ao qual o primeiro estágio se inicia em atividades cotidianas da criança, sem conjunção carnal ou contato sexual, podem ser através de brincadeiras, massagens etc.; já na segunda fase o abusador começa a realizar atos sexuais, todavia sem a penetração; somente no terceiro estágio, após ter conquistado a plena confiança da criança é que o abusador se sente confortável para realizar a conjunção carnal (FREITAS, *apud*, CARDIN; MOCHI; BANNACH, 2021).

Durante as etapas de abuso acima mencionadas, o agressor acaba construindo uma relação de confiança com a criança, fazendo com que esta não perceba que aquilo realmente se trata de um abuso. O abusador usa da ingenuidade da vítima e torna as ações como certas brincadeiras entre eles, fazendo com que esta não perceba e nem relate a alguém, podendo a criança achar que essas ações são algo “comum” entre ela e o agressor.

Em outros casos, o violentador usa da ameaça e chantagem para que a vítima não relate o acontecimento a ninguém, usando os demais familiares como meio de garantir que a criança realmente não conte, por isso os casos de abuso intrafamiliar são os mais difíceis de identificar.

O abuso sexual intrafamiliar cometido contra a criança e ao adolescente deve ser combatido através de uma intervenção estatal, de forma que os infantes consigam a proteção nos órgãos públicos ou na comunidade. A criança para romper o silêncio necessita de confiar em terceira pessoa, a fim de que o abusador seja punido. (FREITAS, 2021)

7. PROTEÇÃO AO MENOR VIOLENTADO

Toda e qualquer criança já nasce com seus direitos garantidos, sendo estes estabelecidos em leis. Essas leis são criadas justamente para que os direitos dos indivíduos sejam obedecidos e respeitados.

A Constituição Federal em seu artigo 227 dispõe que é dever da família, da sociedade, bem como do Estado, assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocar as crianças e os adolescentes a salvo de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para a garantia desses direitos fundamentais do público em questão, foi necessária a criação de uma ferramenta legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069 de 13 de julho

de 1990, considerando criança a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade.

O ECA dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, visando que estes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, sendo assegurado todas as oportunidades e facilidades, com o objetivo de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (Lei nº 8.069/90)

Em sua obra, Guilherme de Souza Nucci (2020), traz sobre o princípio da proteção integral no âmbito da tutela jurídica da criança e do adolescente, vejamos:

Um dos princípios exclusivos do âmbito da tutela jurídica da criança e do adolescente é o da proteção integral. Significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento. (NUCCI, 2020, p. 24)

A proteção integral faz parte do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto da Constituição Federal, e a aplicabilidade do Estatuto envolve todos os menores de 18 anos de idade, seja qual for sua situação de vida. (NUCCI, 2020)

A Constituição Federal, além de garantir que os direitos desses menores não sejam violados, também estabelece que será punido severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (art. 227, §4º da Constituição Federal)

O ECA, por sua vez, no artigo 5º, deixa bem explícito que:

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. (Lei nº 8.069/90 – ECA)

Mesmo com seus direitos garantidos e punições para indivíduos que cometem violência sexual ou exploração sexual contra menores, ainda há muitos casos, e onde a criança deveria se sentir mais segura, é o lugar em que mais acontece os abusos, no seu lar, em família.

Nos artigos apresentados acima, estão expostos os direitos, a proteção, que cada criança e adolescente tem. É de grande importância que essa proteção seja integral, garantindo realmente que os direitos e a dignidade de cada menor sejam preservados.

Todos os direitos elencados nos dispositivos mencionados são afetados com a ocorrência de violência sexual durante a infância.

Ademais, segundo JESUS e MOREIRA (2015):

[...] é de suma importância a instituição de políticas públicas que garantam a proteção integral de crianças e de adolescentes, requisitos que são essenciais para a garantia do desenvolvimento integral, conforme o elencado no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (JESUS e MOREIRA, 2015, p. 07)

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência infelizmente faz parte do cotidiano das pessoas, podendo ela ocorrer de muitas formas. Além do campo físico, a violência envolve as emoções, o psicológico, a sexualidade. É a forma de uma força empregada em modo bruto, que intimida, oprime e constrange uma pessoa.

A violência sexual, por sua vez, vai mais além. Ela deixa marcas para uma vida toda, trazendo consequências que por muitas vezes são irreparáveis. Muitas crianças e adolescentes sofrem com isso diariamente, não podendo nem se quer usar uma defesa.

Muitos casos de abuso não chegam a ser denunciados. Os menores são ameaçados, oprimidos, intimidados, subornados, tudo para que não relatem o ocorrido. A maioria dos casos acontecem dentro do próprio lar, e onde deveria ser um local de segurança, acaba se tornando um local de pesadelo.

As leis impostas são claras quanto aos direitos fundamentais desses menores, bem como a punição dos agressores, mas ainda assim há uma extrema dificuldade no seu combate.

Se faz necessário que tenha um aprofundamento nas políticas públicas para que ocorra a prevenção em maior eficácia quanto a esses crimes de violência sexual. É constitucional que o Estado deve promover programas de assistência integral a saúde dessas crianças e dos adolescentes.

Assuntos como este precisam ser cotidianamente debatidos, começando no lar familiar, onde há o maior número de casos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Constituição Federal explicitam que é dever da família assegurar que os direitos dos menores sejam exercidos, e não violados.

9. REFERÊNCIAS

ALENCAR, V. S.; UNB, M. DO P. DE P. EM D. DA; BRASIL. **Violência sexual contra crianças e adolescentes: para além do direito penal.** Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], v. 13, n. 2, p. 269–282, 22 maio 2012.

Abuso sexual. **Abuso sexual: Definição, tipos de violência e denúncia.** Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/sexualidade/abuso-sexual.htm>>. Acesso em 06 out. 2022.

BRASIL. **Código penal:** Decreto-lei nº. 2,848, de 7 dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2022

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: senado, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 out. 2022.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente,** 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08 out. 2022.

CARDOSO COLHANTE DE SOUZA, Carolina; BONAFÉ SEI, Máira. **Abuso sexual de crianças e adolescentes: trauma e transmissão psíquica.** Analytica: Revista de Psicanálise, v. 8, n. 15. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-51972019000200007#:~:text=Entre%20elas%20podemos%20destacar:%20distúrbios,traumático,%20baixa%20autoestima,%20agressividade>. Acesso em: 19 abr. 2022.

DAHLBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G. **Violência: um problema global de saúde pública * Violence: a global public health problem *.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/jGnr6ZsLtwkhvdkrdhpcdw/?lang=pt>>. Acesso em: 14 out. 2022.

FERRAZ, Ariany. **Precisamos falar sobre abuso e violência sexual de crianças e adolescentes.** Fundação FEAC. Disponível em: <<https://feac.org.br/precisamos-falar-sobre-violencia-sexual-de-criancas-e-adolescentes/#>>. Acesso em: 23 mar.2022

FREITAS, Mayla Rubia Padula de. **O abuso sexual infantil intrafamiliar.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 maio 2021, 04:30. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56490/o-abuso-sexual-infantil-intrafamiliar>>. Acesso em: 08 out 2022.

GANZAROLLI, M. **O que é violência sexual? – Benefício Legal.** Disponível em: <<https://beneficiolegal.com.br/website/2020/08/18/o-que-e-violencia-sexual/>> Acesso em: 8 out. 2022.

GUEDES, Karine Braga. **Violência sexual contra adolescentes no Brasil: uma violação dos direitos humanos através da internet.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2022, 04:14. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58485/violencia-sexual-contra-adolescentes-no-brasil-uma-violao-dos-direitos-humanos-atravs-da-internet>>. Acesso em: 06 out 2022.

JESUS, Ana Paula da Costa de; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil: da Proteção Jurídica as Políticas Públicas.** Cepejur – UNISC. Rio Grande do Sul. 2015.

LOBATO, C. D. S. **A Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: (In)Eficácia da pena aplicada ao agressor sexual infantil.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-ineficacia-da-pena-aplicada-ao-agressor-sexual-infantil/>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

MACEDO, Davi Manzini; FOSCHIERA, Laura Nichele; BORDINI, Thays Carolyna Pires Mazzini; HABIGZANG, Luísa Fernanda; KOLLER, Silvia Helena. **Revisão sistemática de estudos sobre registros de violência contra crianças e adolescentes no Brasil.** Ciência & Saúde Coletiva, v. 24, n. 2, p. 487–496, fev. 2019.

MARTINS, Christine Baccarat de Godoy; JORGE, Maria Helena Prado de Mello. **Maus-tratos infantis: um resgate da história e das políticas de proteção.** Acta Paulista de Enfermagem, v. 23, n. 3, p. 423–428, jun. 2010.

NUCCI, Guilherme de S. **Código Penal Comentado.** (21st edição). Grupo GEN, 2021.

_____, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** [5. ed.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUNES, Vanessa Luengo Pereira. **Violência Contra Crianças e Adolescentes: Realidade Versus Tratamento Jurídico.** 2012. 63 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

OLIVEIRA, Ingrid. **Das 4.486 denúncias de violação infantil em 2022, 18,6% estão ligadas a abuso sexual.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2022-tem-4-486-denuncias-de-abuso-infantil-maioria-dos-casos-acontece-com-meninas/>>. Acesso em 15 out. 2022.

_____, Ione Sampaio de. **Trajetória Histórica do Abuso Sexual Contra Criança e Adolescente.** Centro de Universidade de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2006.

ROSSI, M. **A cada hora, cinco crianças e adolescentes são vítimas de violência sexual no Brasil.** Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-10-22/a-cada-hora-cinco-criancas-e-adolescentes-sao-vitimas-de-violencia-sexual-no-brasil.html>> Acesso em 8 out. 2022.

Sem autor. **Tipologia da Violência**. Disponível em: <<https://www.cevs.rs.gov.br/tipologia-da-violencia#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde>>. Acesso em 8 out. 2022.

SILVA JUNIOR, Arlindo Soares de Albergaria Henriques da; ROSAS JUNIOR, José Roberto. **Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: Conceitos-Chave**. Revista Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília, p. 145 – 160, novembro 2014.

TOPOROSI, Susana. **Em carne viva: abuso sexual de crianças e adolescentes**. São Paulo: Editora Blucher, 2022. E-book. VIOLÊNCIA Sexual. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/dados-e-indicadores/violencia-sexual#:~:text=Diversos%20autores%20descrevem%20o%20"abuso,conhecida%20ou%20desconhecida%20da%20vítima](https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/dados-e-indicadores/violencia-sexual#:~:text=Diversos%20autores%20descrevem%20o%20)>. Acesso em: 23 mar. 2022.