BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 980

(Ano XII)

(17/10/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: *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

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

A imposição de astreintes no processo penal
Alexandre Santos Sampaio, 05.

ARTIGOS

A tecnologia como ferramenta de flexibilização e precarização do trabalho – a relação entre as plataformas de compartilhamento e uberização e algoritmização das relações laborais.
Alessandra Vasconcelos da Costa e Jane Silva da Silveira, 11.

A responsabilidade dos honorários periciais na Justiça do Trabalho
Thyago Braga Alves, 47.

A transferência de tecnologia da Força Aérea Brasileira: compra governamental internacional
Thiago dos Santos Dias, 57.

Estado de coisas inconstitucional e a dignidade da pessoa humana: experiência do sistema carcerário brasileiro e a ADPF 347
Milena Tenório de Lemos, 70.

Reconhecimento de filiação socioafetiva extrajudicial: entre a desburocratização e o favorecimento da adoção
Débora Raquel da Silva Santos e Brenda Letícia Rodrigues Belfort, 82.

Mães de braços vazios: desamparo legislativo no registro do nome do natimorto
Kimberly Caroline Cabral, 107.

A importância do operador econômico autorizado aduaneiro para segurança da cadeia de abastecimento internacional frente às atividades do terrorismo e do narcotráfico
Herval Barbosa Santiago Neto, 128.

A Lei dos Crimes Hediondos e o Pacote Anticrime
Rodrigo Cirano Silva Capriolli, 147.

A adesão à Ata de Registro de Preço por "Carona"
Danilo França Falcão Pedrosa, 162.

A responsabilidade dos sócios e administradores por dano ambiental
Gabriela Manarin, 166.

Legalidade na aplicação do Lockdown e limitação dos direitos fundamentais
Rita Suzane Marques dos Santos Ximendes, 181.

Reflexos da Emenda Constitucional 66/2010 sobre o instituto da separação judicial no Brasil
Luara Ferreira Barbosa Aguiar e Amállya Raquel Martins Leal, 190.

A Segurança Pública e a responsabilidade civil do Estado
Jose Nunes de Oliveira Netto, 217.

Vivência laboral na assistência social diante do contexto da Pandemia em Mariana-MG
Luciana da Conceição Gomes, Marcia Barroso Fontes e Raissa Cristina Arantes, 239.

Caso Araceli: Aumento da violência e abuso sexual contra criança e o adolescente durante o isolamento social – COVID – 19.
Jéssica Torres Waughon, 249.

A conciliação, os Juizados Especiais Cíveis estaduais e o atual cenário jurídico brasileiro
Larissa Correa da Costa, 267.

A relativização do direito à inviolabilidade do domicílio em face dos crimes permanentes
Leiva dos Santos Ferreira Guaita e Thayz de Oliveira Nascimento, 289.

Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) na Administração Pública Federal
Geveson de Souza Oliveira, 302.

O aborto legal em caso de estupro no Brasil
Patrícia Gabriela Assayag Vieira, 313.

A audiência de custódia de acordo com o Tratado Internacional
Jean Alex Marques Alves, 330.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Da possibilidade de reconhecimento de tempo de labor a menor de doze anos
Nayene Ludmila Gonçalves Sellera, 336.

Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais
Tonyandson da Silva Cordeiro, 343.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES NO PROCESSO PENAL

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO: Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

É sabido que o acusado não tem o dever de colaborar com a produção de provas que contra ele são desfavoráveis. Disso decorre do brocardo latino "nemo tenetur se detegere"[1], estando esculpido como garantia constitucional no inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição Federal[2]. Afinal, é do Estado, titular do poder punitivo, o ônus de produzir as provas necessárias, que não deixem margem à dúvidas, pois "in dubio pro reo"[3], para condenar o responsável pelo cometimento de algum delito.

Bem por isso, seria descabido o juízo exigir do réu que produzisse prova contra si, sob pena de aplicação de multa diária ou outras medidas coativas que o valham. Contudo, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si não atingem terceiros, estranhos ao processo penal.

Daí surge interessante questão: pode o juízo penal valer-se das astreintes, do ramo processual civil, para pressionar terceiro a fornecer informações e subsídios probatórios?

Essa indagação foi enfrentada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ – que, por maioria, com voto vencido do Ministro Rogerio Schietti Cruz, acolheu tese do Ministro Ribeiro Dantas para fixar a possibilidade de aplicação de astreintes contra terceiros, mesmo no processo penal e sem previsão no correlato Código de Processo, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – CPC[4].

As astreintes, nada mais são, do que forma de coagir determinada pessoa, com aplicação de multa diária, a fazer ou deixar de fazer algo. É um mecanismo, segundo o STJ, de poder geral de cautela, ferramenta à disposição do juízo para garantir a efetividade do processo e do cumprimento de suas decisões.

Explicitou-se a admissão do CPC, em caráter subsidiário, para suprir lacuna do CPP. Anotou-se que "a multa cominatória surge, no direito brasileiro, como uma alternativa à crise de inefetividade das decisões, um meio de se infiltrar na vontade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

humana até então intangível e, por coação psicológica, demover o particular de possível predisposição de descumprir determinada obrigação". Distinguiu-se esta multa cominatória da multa por litigância de má-fé, que é inadmitida no processo penal.

Defendeu, na linha do voto vencedor, que existe poderes implícitos ao magistrado para aplicar as astreintes, com vistas a atingir a finalidade perseguida em suas decisões, qual seja, ter acesso a informações probatórias.

Quanto a isso, ensinam Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini Neto que[5]:

> A teoria dos poderes implícitos tem sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente Mc CulloCh vs. Maryland. De acordo com a teoria, a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade.

Logo, para o STJ, cabe ao magistrado adotar todas as medidas necessárias para que exerça a contento a sua função jurisdicional, inclusive coagir terceiros, que não integram a lide penal, a que obedeçam a sua determinação, sob pena de multa diária em caso de descumprimento.

Foi lembrado, inclusive, "a existência de dispositivos expressos, no próprio Código de Processo Penal, que estipulam multa ao terceiro que não colabora com a justiça criminal (arts. 219 e 436, § 2º)".

A mencionada decisão foi mais longe, como consequência da possibilidade de aplicação de multa diária, entendeu-se também pela viabilidade do débito gerado pelo descumprimento ser cobrado por meio de bloqueio via Bacen-Jud ou, ainda, com inscrição do terceiro descumpridor da decisão judicial em dívida ativa.

Foi explicitado "não haver um procedimento legal específico, nem tampouco previsão de instauração do contraditório. Como visto, por derivar do poder geral de cautela, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, avaliar qual a melhor medida coativa ao cumprimento da determinação judicial, não havendo impedimento ao emprego do sistema Bacen-Jud".

O caso concreto envolveu uma rede social eletrônica renomada que, mesmo devidamente cientificada dos dados que foram requeridos pelo juízo penal, em apuração de crimes graves, de pedofilia e estupro de vulnerável, com a regular decretação de quebra de sigilo, demorou seis meses para atender a ordem judicial.

Isto cominou em multa diária com teto de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o que foi tido como proporcional pela Corte Superior em questão.

A decisão foi assim ementada na parte que interessa a este artigo:

> 5. Aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal, só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. O princípio do nemo tenetur se detegere e da vedação à analogia in malam partem são garantias em favor da defesa (ao investigado, ao indiciado, ao acusado, ao réu e ao condenado), não se estendendo a quem não esteja submetido à persecução criminal. Até porque, apesar de ocorrer incidentalmente em uma relação jurídico-processual-penal, não existe risco de privação de liberdade de terceiros instados a cumprir a ordem judicial, especialmente no caso dos autos, em que são pessoas jurídicas. Trata-se, pois, de poder conferido ao juiz, inerente à própria natureza cogente das decisões judiciais.
>
> 6. A teoria dos poderes implícitos também é fundamento autônomo que, por si só, justifica a aplicação de astreintes pelos magistrados no processo criminal.
>
> 7. Sobre a possibilidade do bloqueio de valores por meio do Bacen-Jud ou aplicação de outra medida constritiva sobre o patrimônio do agente, é relevante considerar dois momentos: primeiramente, a determinação judicial de cumprimento, sob pena de imposição de multa e, posteriormente, o bloqueio de bens e constrições patrimoniais. No primeiro, o contraditório é absolutamente descabido. Não se pode presumir que a pessoa jurídica intimada, necessariamente, descumprirá a determinação judicial. Quando do bloqueio de bens e realização de constrições patrimoniais, o magistrado age em razão do atraso do terceiro que, devendo contribuir com a Justiça, não o faz. Nesse segundo momento, é possível o contraditório, pois, supondo-se que o particular se opõe à ordem do juiz, passa a haver posições antagônicas que o justificam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 8. No caso concreto, o Tribunal local anotou que as informações requisitadas só foram disponibilizadas mais de seis meses após a quebra judicial do sigilo e expedição do primeiro ofício à empresa. Logo, não se verifica o cumprimento integral da medida.

Cabe anotar que o voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz foi favorável pela possibilidade de aplicação de astreintes a terceiros em lide penal, com base em farta jurisprudência daquela Corte Superior, porém condicionava a cobrança ao devido processo legal, com execução fora do juízo penal, com a finalidade de constituir o crédito não tributário.

Ponderou também, em voto vencido, o Ministro Sebastião Reis Júnior:

> Entendo, até porque estamos admitindo a aplicação de uma multa não prevista no processo penal e, como já antevejo, cujo valor pode ser bloqueado sem qualquer contraditório junto à conta do, em tese, descumpridor de ordem judicial, que não é possível deixar a critério do juiz a sua fixação sem qualquer tipo de limite, a seu livre critério.
>
> Não há parâmetros objetivos na ação em que a multa é imposta (ação penal, cujo valor é inestimável) e não me parece suficiente simplesmente afirmar que a multa deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A sua execução, ou pelo menos, o início de sua execução, com o bloqueio dos valores correspondentes na conta corrente da parte envolvida, pode causar-lhe danos irreparáveis.
>
> Não podemos tomar como referência aqui a capacidade das empresas envolvidas nos processos em análise, considerando que estamos admitindo a aplicação dessa multa a qualquer terceiro, pessoa física ou jurídica, de pequeno, médio ou grande porte, que, eventualmente, na condição de terceiro, descumpra ordem judicial proferida em processo penal. Amanhã podemos nos deparar com uma multa abusiva imposta a uma pessoa jurídica de pequeno ou médio porte, cuja execução imediata simplesmente inviabilize o seu funcionamento, o seu dia a dia, impedindo-a, inclusive, de cumprir seus compromissos ordinários, como pagamentos de contas de luz, água, telefone e salários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Nesse contexto, acho mais do que razoável que a multa tenha como limitador os valores indicados no art. 77, § 5º, do CPC/2015.

Nesse panorama, cabe ponderar que essa permissividade de mecanismos distintos, de diplomas com finalidades próprias, serem aplicados, ainda que confira maior celeridade, efetividade e de maneira subsidiária, não parece a melhor solução. Direito Penal e Civil são independentes e assim foram criados.

Não parece, a rigor, adequado pinçar o que melhor aprouver de diplomas diferentes, sob pena de se criar um verdadeiro "frankenstein" normativo, fruto do que, em tese, é melhor de cada código, em prol de uma etérea efetividade do processo, seja qual for e de quanto é relevante a questão que está em investigação ou apuração.

Se são necessários novos mecanismos no CPP, deve-se seguir o caminho ordinário, qual seja, a alteração legislativa, e não, ainda que em Corte Superior, ser autorizado mecanismos estranhos ao Processo Penal.

A alegada lacuna não existe, pois descumprimento de ordem judicial pode ser punido com o crime de desobediência, capitulado no art. 330 do Código Penal[6]. Ou seja, determina-se que o representante legal da empresa cumpra a ordem, em determinado prazo, sob pena de incorrer em crime de desobediência.

Ainda mais grave é, além de impor multa diária, sem previsão no CPP, o bloqueio de valores ou inscrição na dívida ativa sem o necessário contraditório e ampla defesa, ao argumento de celeridade nas decisões. Deve-se, tal como pontuado no voto vencido, constituir o crédito, com liquidez e certeza, antes de se adotar medidas de constrição patrimonial e negativação da pessoa a quem se imputa um débito. Como é de praxe, antes de cobrar por via mais gravosa, deve-se liquidar a dívida e oportunizar o voluntário adimplemento.

Veja que não se discorda da necessidade de celeridade, efetividade e integral cumprimento das ordens judiciais, quaisquer que sejam, principalmente na seara criminal e em crimes de reprovabilidade elevada, porém é necessário que isto esteja previsto no diploma processual respectivo, sob pena de se criar novas disposições legais com "pinçamento" dos artigos de qualquer lei, ainda que criada com outra intenção e finalidade.

Dessarte, conclui-se que a decisão do STJ em permitir mecanismo do CPC no CPP não é adequada, pois cada norma deve se manter dentro da sua sistemática, sua estrutura normativa em que foi concebida, evitando se valer de disposições que não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

lhe pertencem, estranhas ao seu universo, ainda que a intenção seja louvável. Em outras palavras, o juízo penal não deveria utilizar os astreintes em processos penal, ainda que contra terceiros, por ausência de disposição neste sentido no CPP, mas se valer da constrição penal comum, qual seja, o crime de desobediência do art. 330 do Código Penal.

NOTAS:

[1] O direito de não produzir prova contra si mesmo.

[2] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

[3] A dúvida milita a favor do réu.

[4] REsp 1.568.445-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. Acd. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por maioria, julgado em 24/06/2020, DJe 20/08/2020.

[5] https://www.conjur.com.br/2013-abr-09/poder-investigatorio-ministerio-publico-nao-amparo-legal#:~:text=A%20teoria%20dos%20poderes%20impl%C3%ADcitos%20tem%20sua%20origem%20na%20Suprema,para%20a%20consecu%C3%A7%C3%A3o%20desta%20atividade.

[6] Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A TECNOLOGIA COMO FERRAMENTA DE FLEXIBILIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO – A RELAÇÃO ENTRE AS PLATAFORMAS DE COMPARTILHAMENTO E UBERIZAÇÃO E ALGORITMIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS.

ALESSANDRA VASCONCELOS DA COSTA:
Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil campus Manaus.

JANE SILVA DA SILVEIRA[1]

(Coautora)

RESUMO: O presente artigo tem como proposta a análise do avanço tecnológico enquanto fator para a formação de novos paradigmas laborais ao longo da história e nos dias atuais, no mundo e no Brasil. Buscaremos expor como a tecnologia favorece a flexibilização e a precarização das relações de trabalho, fruto de um suposto cenário de crise do Estado Social e o resurgimento do Estado Liberal, favorecendo fenômenos como a uberização das relações de trabalho e a algoritimização do labor humano, sobretudo a partir do surgimento das denominadas plataformas de compartilhamento. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, a partir de ampla pesquisa bibliográfica, bem como a aplicação das normas do Direito do Trabalho, especialmente relacionadas à Constituição Federal e Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e demais leis trabalhistas correlatas, abordando desde a parte histórica até as mais recentes jurisprudências acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVES: Tecnologia. Precarização da mão de obra. Uberização. Algoritmização.

ABSTRACT: This article his article proposes the analysis of technological advances as a factor for the formation of new employment paradigms throughout history and today, in the world and in Brazil. We will seek to expose how technology favors the flexibility and precariousness of labor relations, the result of a supposed crisis scenario of the Social State and the resurgence of the Liberal State, favoring phenomena such as the uberization of labor relations and the algorithmization of human work, especially since the emergence of so-called sharing platforms. For this, the deductive method was used, based on extensive bibliographic research, as well as the use of Labor Law norms, especially related to the Federal Constitution and Consolidation of Labor Laws (CLT) and related labor laws, addressing from the part until the most recent jurisprudence on the subject.

KEYWORDS: Technology. Precarious workforce. Uberization. Algorithmization

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. TRABALHO E TECNOLOGIA: ANÁLISE HISTÓRICA. 1.1 - A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O TRABALHO: A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO. 1.2 - TRABALHO, TECNOLOGIA E DIREITOS TRABALHISTAS NO BRASIL. 2. A TECNOLOGIA E O TRABALHO NA ERA MODERNA. 2.1 – A TECNOLOGIA COMO MEIO DE FLEXIBILIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO. 2.2 – A UBERIZAÇÃO E A ALGORITIMIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: PLATAFORMAS DE COMPARTILHAMENTO. 3. ANÁLISE JURÍDICA DO CASO DA UBER: JURISPRUDÊNCIAS ANTAGÔNICAS. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

É fato inconteste que as relações de trabalho, de um modo geral, encontram-se totalmente afetadas pelo desenvolvimento tecnológico, havendo uma crescente informatização e modernização de procedimentos relacionados ao trabalho ao longo da história.

A internet e o rápido avanço dos meios de comunicação são reais nos dias atuais, afetando sobremaneira as relações de trabalho, especialmente a partir da idealização, desenvolvimento e expansão do uso das tecnologias de compartilhamento como meio de subsistência para um exército de trabalhadores afetados pelo desemprego estrutural, alavancando o fenômeno conhecimento como uberização.

Dessa forma, o presente trabalho pretende demonstrar a alteração que as inovações tecnológicas provacam nas relações trabalhistas.

O artigo encontra-se estruturado em três tópicos: desde uma breve explanação histórica da relação tecnologia *versus* trabalho a partir da Revolução Industrial e a sua relação com o surgimento do Direito do Trabalho. No tópico seguinte destaca-se como o uso da tecnologia enquanto ferramenta de trabalho contribuiu para o surgirmento de fenômenos como a uberização e algoritmização, as quais são consequências diretas da precarização da mão de obra e da flexibilização das leis trabalhistas.

Por fim, em conclusão, o trabalho traz a análise do caso da Uber no Brasil, apresentando jurisprudências antagônicas sobre o mesmo tema, oriundas da Justiça do Trabalho, e como poderia ser atingido o objetivo princial deste ramo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

especializado do Direito - a proteção social – em relação à nova classe de trabalhadores.

1. TRABALHO E TECNOLOGIA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

1.1 - A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O TRABALHO: A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

O filósofo brasileiro Álvaro Vieira Pinto nos elucida a complexidade do significado do termo tecnologia, assim como suas mediações. Destaca o autor os quatro sentidos mais usuais do conceito de 'tecnologia'.

O primeiro e mais geral é seu sentido etimológico: 'tecnologia' como o '*logos*' ou estudo da técnica. Estariam englobados, nesta acepção, *"a teoria, a ciência, a discussão da técnica, abrangidas nesta última acepção as artes, as habilidades do fazer, as profissões e, generalizadamente, os modos de produzir alguma coisa*" (PINTO, 2005, pág 2219). O segundo sentido de 'tecnologia' é tomado no senso comum e no linguajar corrente, como sinônimo de *know-how*. O terceiro sentido relaciona-se ao 'conjunto de técnicas de que dispõe uma sociedade'. Tem a ver com o grau de desenvolvimento das forças produtivas.

Por fim, um quarto sentido, que é o de tecnologia como 'ideologia da técnica', o fruto de ideias oriundas do passado que ao longo dos anos foram seguidamente sendo modificadas e aprimoradas, principalmente após 1970, início da Terceira Revolução Industrial, quando o conhecimento científico e a pesquisa deram um salto gigantesco e facilitaram diretamente a vida das pessoas.

Neste diapasão, insta salientar que, ao longo do presente estudo, iremos adotar uma ou outra conceituação, dando mais ênfase à última.

Quanto ao conceito de trabalho, etimologicamente a palavra tem origem no latim vulgar *tripaliare,* significa "*martirizar com o tripalium*" (instrumento de tortura). Nas palavras da eminente jurista Alice Monteiro de Barros (2016, p. 45 e 46):

> "O trabalho é uma atividade humana que pressupõe esforço físico e mental. Do ponto de vista filosófico, vem sendo conceituado como "uma atividade consciente e voluntária do homem, dependente de um esforço" ou como "a obra moral de um homem moral"; já sob o prisma econômico, o trabalho é considerado como "toda energia humana empregada, tendo em vista um escopo produtivo. Finalmente, sob o aspecto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> jurídico, elle é encarado como "objeto de uma prestação devida ou realizada por um sujeito em favor do outro" e, mais precisamente do ponto de vista jurídico-trabalhista, o trabalho é uma prestação de serviço não eventual, subordinada e onerosa, devida pelo empregado em favor do empregador." [2]

A utilização da tecnologia enquanto meio de trabalho é antiquíssima.

Quais seriam os impactos mais determinantes que o surgimento da tecnologia provocou no mundo do trabalho?

Com relação ao Direito do Trabalho, é costumeira a associação da Revolução Industrial como marco temporal mais significativo entre desenvolvimento tecnológico e o labor, visto que foi neste período histórico que este ramo especilizado do Direito passou a ser encarado da forma como é até hoje, com dogmas estabelecidos e organizados, motivo pelo qual será feita uma rápida digressão acerca do avanço tecnológico relacionado ao trabalho humano desde a Primeira Revolução Industrial.

Para melhor compreender o que foi a Revolução Industrial faz-se necessário entender, antes de tudo, a formação e o colapso do mundo feudal.

Na Idade Medieval deu-se o processo de formação do feudalismo, cujas raízes advém do colapso do mundo escravista romano, que teve como desfecho a ocupação de Roma pelos bárbaros Hérulos, em 476 d.C.

Com o fim do escravismo, a população deixou as cidades, buscando a sobrevivência no campo, passando à pratica da agricultura nas vilas, em economia autossuficiente e amonetária, cujos desdobramentos conduziriam à formação do mundo feudal, surgindo o trabalho de estrutura familiar, diferente daquele em que prevalecia o trabalho escravo. (DORIGO, VICENTINO, 2010, p. 186).

O feudo pertencia a uma camada privilegiada composta pelos senhores feudais, altos dignitários da Igreja e descendentes dos chefes tribais germânicos. A escravidão não foi substituída pelo regime livre, e sim pela servidão, vez que as pessoas permaneciam sem liberdade, presas a terra sem ter a propriedade dela. Assim, a sociedade feudal era composta basicamente de dois grupos sociais com status fixos: os senhores feudais e os servos. Os servos eram a maioria da população camponesa, que presos à terra, sofriam intensa exploração, prestando serviços ao senhor e pagando diversos tributos pela utilização das terras, de equipamentos e instalações do feudo. (COTRIM, 2001, p. 149).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A diminuição das invasões acarretou uma explosão demográfica, gerando a limitação na produção de alimentos pelo feudo, haja vista que as técnicas eram rudimentares, o que levou os senhores feudais a expulsar de suas terras o excedente populacional.

O feudalismo entra em crise a partir de um conjunto de fatores - fomes, pestes, falta de condições para garantir a sobrevivência, as guerras camponesas. Esses levantes estavam relacionados com a ampliação da exploração aos camponeses no processo de trabalho e no aumento dos impostos. (COTRIM, 2001, p. 167 e 168)

Essas pessoas expulsas migraram para os antigos centros urbanos, formando pólos comerciais nos quais circulava grande quantidade de moedas de diferentes lugares, que eram trocadas, originando-se a figura dos banqueiros.

O dinheiro passou a ser a medida universal do valor das mercadorias e surgiram as especializações: padeiros, sapateiros, tecelões etc, surgindo as corporações de ofícios, associações profissionais de defesa mútua, destinadas a proteger seus interesses e lutar contra a aristocracia, organizando as relações entre eles, o público e o mercado.

A reativação da vida urbana através do comércio contribuiu para formação de uma nova classe social: a burguesia. (VICENTINO, 2000, p. 165).

Surge assim o pré-capitalismo, pois nesta fase as relações de produção ainda não foram totalmente assalariadas. Depois surgiu o denominado capitalismo comercial, fase em que começaram a existir relações de trabalho e produção mediante pagamento de salário.

Houve uma crescente importância social da burguesia, que era composta por comerciantes, financistas e industriais, o que por sua vez fez surgir uma crise social no campo, que afetou as relações servis, colaborando para o aparecimento do trabalho assalariado. Ocorre de modo inconfundível a separação entre o trabalhador e o proprietário dos meios de produção. Essa separação criou dois tipos de homens livres: o trabalhador assalariado, que vivia exclusivamente de seu trabalho, e o capitalista, que era o detentor dos meios de produção.[3] (MARX apud VICENTINO, 1997, p. 173).

Essa é a concepção européia burguesa da liberdade individual do homem: ele é livre para usar a força de seu corpo como uma máquina natural e para escolher de modo soberano o que deseja para si mesmo, diferente dos escravos do Novo Mundo (Américas), a que não era dada a oportunidade da escolha.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A fase seguinte do capitalismo – a industrial – surge com a Primeira Revolução Industrial, que começou a acontecer a partir de 1760, na Inglaterra, no setor da indústria têxtil, a princípio, por uma razão relativamente fácil de entender: o rápido crescimento da população e a constante migração do homem do campo para as grandes cidades acabaram por provocar um excesso de mão-de-obra, que permitiria a exploração e a acumulação de capital pela então burguesia emergente.

As primeiras lutas de classes passam a ocorrer ainda nesse momento: confrontos entre burgueses e proletários. Estes últimos trabalhando numa longa e exaustiva jornada de trabalho, com poucos (ou nenhum) direitos e uma grande extração da mais-valia, criação teórica com aplicação prática criada por David Ricardo e aperfeiçoada por Karl Marx: para este último, o operário apenas possui sua força de trabalho que é oferecida ao burguês, que é dono dos meios de produção.[4]

Houve avanço do desenvolvimento científico - principalmente com a invenção da máquina a vapor e de inúmeras outras inovações tecnológicas as quais proporcionaram o início do fenômeno da industrialização mundial.

Para a sociedade da época, o tempo dispendido fora da fábrica, que não fosse produtivo, passou a ser visto como preguiça, apenas o labor fundado na máxima utilização do tempo dignificava o homem. (RIBEIRO, 2000, p. 201).

As máquinas embora tenham sido anunciadas como meio de libertação do homem do esforço físico, na verdade serviram para o aumento da produtividade, impondo disciplina ao tempo de trabalho, com o objetivo de controlar a resistência.

Uma grande massa de trabalhadores, oriundos do campo para os centros urbanos, por necessidade de sobrevivência, passou a depender totalmente da venda de sua força de trabalho, submetendo-se a situações degradantes e humilhantes nas fábricas, tais como a exposição a condições inóspitas (excesso de calor, sujeira, umidade e má ventilação), envolvimento do núcleo familiar para obter melhor renda (famílias inteiras trabalhando nas fábricas, incluindo mulheres e crianças), jornadas de trabalho que variavam de 12 a 18 horas diárias, sem férias ou descansos.

Não mais suportando a exploração desumana da mão de obra, o operário enxergou o único meio possível de abrir vantagem - a organização unida de trabalhadores, visto que eram em maior número, e poderiam assim impedir ou ao menos atenuar a exploração a que estavam submetidos, passando a reivindicar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

melhores condições de trabalho remuneração, ocorrendo, assim, o surgimento dos sindicatos.

Sobre o tema, discorre Daniela Muradas Reis[5]:

> Concomitantemente à expansão do regime industrial, ocorreu a ascensão política da elite capitalista, com a sacralização da doutrina liberal, difundindo, no plano político, a liberdade e igualdade formal como mecanismo de ruptura de privilégios e, no plano econômico, o liberalismo, como fórmula de abstenção estatal da intervenção no domínio econômico. Do prisma jurídico, o Estado liberal preconizou também a liberdade formal, decorrendo, portanto, a máxima valorização do contrato, expressão própria da autonomia da vontade, com regulação dos interesses particulares segundo o consentimento próprio dos obrigados. Todavia, do aprofundamento das práticas liberais e o consequente agravamento das condições de exploração do trabalho, emergiu a consciência coletiva obreira, com a coordenação das ações reivindicativas de progresso das condições sociais. Estavam lançadas as bases sociopolíticas do sindicalismo.

A partir de tais reinvindicações coletivas, que se tornaram cada vez mais frequentes e intensas, nasceu o ramo do Direito destinado a equilibrar a relação entre empregado e empregador, pacificando os conflitos sociais oriundos da relação de subordinação, a fim de prover regulamentações que garantissem mínimas condições dignas à pessoa humana no trabalho. O Estado deixa de simplesmente se abster e começa a intervir nas relações laborais.

Na lição de Maurício Godinho Delgado[6]:

> O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturam, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre, mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na medida em que, ao contrário do Direito Privado, que tem como fundamento a liberdade e a assimetria entre os sujeitos da relação jurídica, esse ramo diferenciado demonstra conflito entre capital e trabalho, empregado e o empregador – baseando suas premissas na necessidade de conceder superioridade ao empregado que, nessa relação jurídica está na condição de inferioridade econômica em relação à outra parte – o empregador, tendo como dogma nuclear o Princípio da Proteção.[7]

Ainda segundo Maurício Godinho Delgado, o Direito do Trabalhou evoluiu em quatro fases: formação, intensificação, consolidação e autonomia:

> "A fase da formação estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial novPeel's Act, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da intensificação), situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o Manifesto Comunista de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação e a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da consolidação) estende-se de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica Rerum Novarum (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada "questão social". A quarta e última fase, da autonomia do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919)." ***[8]***

No âmbito interno, a Inglaterra, berço da Revolução Industrial, foi o primeiro país a legislar sobre o tema do Direito do Trabalho, apresentando a mais antiga lei de proteção social - a Lei de Peel, de 1802 - que buscava dar proteção às crianças trabalhadoras (houve a limitação da jornada dos menores de idade para um máximo de 12 horas diárias).

Na fase da Segunda Revolução Industrial (1850-1945) temos o desenvolvimento das indústrias química, elétrica, de petróleo e aço, além do progresso dos meios de transporte e comunicação. Navios de aço tomaram o lugar de embarcações feitas em madeira. O avião, a refrigeração mecânica e o telefone foram inventados no período, bem como a produção em massa (linha de produção), a energia elétrica e o enlatamento de alimentos. Os automóveis passam a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ter supremacia em centros urbanos, no transporte particular de pessoas, sendo usado também para transporte de cargas (caminhões). Ocorre a expansão da malha rodoviária em todo o mundo.

O avanço tecnológico impulsionado pela descoberta da energia elétrica que permitiu o processo industrial sofresse uma enorme aceleração, atingindo o seu auge em Frederick Taylor, que em 1910 introduziu na indústria a chamada organização científica do trabalho, através da fragmentação das tarefas, cronometrou os tempos para cada operação e estabeleceu os espaços da atividade e movimento para o trabalhador médio, porém não era uma ideia nova a linha de montagem, apenas foi aperfeicoada a ideia de Henry Ford. (SAVIANI, 2003, p. 131).

No plano jurídico, a partir da elaboração das modernas Constituições nos países, é possível verificar que muitas trazem em seu bojo forte cunho social, tais como a Constituição mexicada, de 1917, e da República de Weimar, de 1919, inagurando-se os denominados Direitos Fundamentais de Segunda Geração que, diferentemente dos Direitos Fundamentais de Primeira Geração - cujo caráter era meramente absenteísta -, aqui o Estado deveria atuar na área da saúde, educação, seguridade social e trabalho.

O mundo pós-guerra, após as atrocidades vivenciadas, cunhou o que se convencionou chamar de movimento do Estado do Bem-estar Social, pregando a democracia e a liberdade individual em paralelo com a intervenção estatal nas questões econômicas, sociais e culturais, para diminuir as desigualdades sociais e garantir a segurança dos menos favorecidos. Nesse tempo o modelo social-democrata foi consagrado como meio para a proteção dos direitos sociais, fortemente alavacado pelo do Socialismo Real, em 1917, que tomou conta do leste europeu e da Ásia.

Iniciava-se o período de apogeu do *welfare state* idealizado pelo economista liberal John Maynard Keynes. É nesse período histórico que surge a forma atual do Direito do Trabalho, cujos paradigmas somente foram alterados no final do século XX, em consequência do avanço tecnológico, da globalização, do fortalecimento do capital financeiro internacional e da especulação dos bancos, dando lugar ao chamado neoliberalismo.

Iniciava-se assim a demonstração da necessidade de uma organização internacional para cuidar da questão trabalhista, o que veio a ocorrer com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) após a Primeira Guerra Mundial, na assinatura do Tratado de Versalhes, na Conferência de Paz, conforme previsão da Parte XIII do tratado, denominada "A Constituição da Organização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Internacional do Trabalho", vinculada à então nascente Liga das Nações, cujo objetivo central foi a manutenção da paz internacional.

A Terceira Revolução Industrial (1950 – 2010) foi marcada pela substituição gradual da mecânica analógica pela digital, pelo uso de microcomputadores e criação da internet (1969) — na época chamada pelo governo americano de Arpanet. Houve , ainda, a crescente digitalização de arquivos e a invenção da robótica.

Ocorre a valorização da inovação tecnológica como ferramenta para o enxugamento das empresas, introduzindo novas formas de gerenciamento do trabalho, a empresa industrial convencional passou a ser coisa ultrapassada, passando a ser valorizada a expansão dos mercados, a globalização e a prevalência da lei dos mercados mundiais. Na medida que a inovação tecnológica era introduzida na produção, por meio de máquinas ou equipamentos, havia um descarte de pessoal desproporcional. (SÜSSEKIND, 1997, p. 103) .

Outro fator determinante deste período foi a descentralização da produção, mediante a concentração no foco empresarial (a atividade-fim). As atividades-meios foram terceirizadas, e muito embora não visasse a redução de pessoal, acabou favorecendo tal acontecimento. O enxugamento teve como reflexo a redução das estruturas, dos níveis hierárquicos e de decisão nas organizações, deixando muita gente sem trabalho.

Por fim, fala-se em Quarta Revolução Industrial, segundo Klaus Schwab, Presidente do Fórum Econômico Mundial, o conceito está ligado ao de Indústria 4.0, tem a ver com a confluência de tecnologias hoje existentes e que efetivamente estão transformando o mundo de uma forma geral: inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, nanotecnlogia, impressão 3D, biotecnologia, armazenamento de energia e computação quântica.

É algo diferente "*de tudo o que a humanidade já experimentou"* até hoje, onde as novas tecnologias integrarão os mundos físico, digital e biológico, bem como criarão inúmeras possibilidades nunca cogitadas pelas pessoas. "*A revolução não está modificando apenas 'o quê' e o 'como' fazemos coisas, mas também 'quem' somos*". (SCHWAB, 2016, p. 10).

É a transformação de sistemas inteiros entre países, tais como a forma e o papel que as empresas, indústria e sociedade ganharam neste novo momento da história da humanidade, incusive quanto ao mercado de trabalho. Difere-se das demais revoluções em velocidade, amplitude e profundidade:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"Apesar do potencial impacto positivo da tecnologia no crescimento econômico, e essencial, contudo, abordar o seu possivel impacto negativo, pelo menos a curto prazo, no mercado de trabalho. Os temores dos impactos da tecnologia sobre os empregos nao são novos. Em 1931, o economista John Maynard Keynes alertou sobre a difusao do desemprego, *"pois nossa descoberta dos meios de economizar o uso de trabalho ultrapassa o ritmo no qual podemos encontrar novos usos para o trabalho"* Provou-se que isso estava errado, mas e se isso mostrar-se verdadeiro dessa vez? Durante os ultimos anos, reacendeu-se o debate, pois os computadores estavam substituindo vários empregos, a saber, guarda-livros, caixas e operadores de telefone. As razoes por que a nova revolucao tecnologica provocara mais agitacoes do que as revolucoes industriais anteriores sao aquelas mencionadas na introducao: velocidade (tudo esta acontecendo em um ritmo muito mais rapido do que antes), amplitude e profundidade (ha muitas mudancas radicais ocorrendo simultaneamente), e a transformacao completa de sistemas inteiros. Tendo em conta esses fatores impulsionadores, ha uma certeza: as novas tecnologias mudarao drasticamente a natureza do trabalho em todos os setores e ocupacoes. A incerteza fundamental tem a ver com a quantidade de postos de trabalho que serao substituidos pela automacao. Quanto tempo isso vai demorar e aonde chegara? Para comecarmos a compreender isso, precisamos entender os dois efeitos concorrentes que a tecnologia exerce sobre os empregos. Primeiro, ha um efeito destrutivo que ocorre quando as rupturas alimentadas pela tecnologia e a automacao substituem o trabalho por capital, forcando os trabalhadores a ficaram desempregados ou realocar suas habilidades em outros lugares. Em segundo lugar, o efeito destrutivo vem acompanhado por um efeito capitalizador, em que a demanda por novos bens e servicos aumenta e leva a criacao de novas profissoes, empresas e ate mesmo industrias.[9]"

A compreensão e o relativo domínio da utilização da tecnologia, principalmente a de informação, podem ser considerados os principais requisitos para o surgimento e a consolidação de melhores oportunidades de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destacam-se, dentre as recentes tendências do mercado de trabalho, a crescente necessidade de conhecimento relacionado às inúmeras tecnologias para maximizar a eficiência das tarefas efetuadas nos mais variados campos de trabalho (COSTA, 1995).

Assim, é incontroverso que, ao longo do tempo, a tecnologia tem o poder de alterar as relações sociais entre os homens, incluindo as relações de trabalho.

1.2 - TRABALHO, TECNOLOGIA E DIREITOS TRABALHISTAS NO BRASIL

É possível afirma que o processo de industrialização no Brasil ocorreu a partir do encadeamento político e industrial ocorrido durante o longo período da Era Vargas (1930 a 1945).

Conforme explanado por DEDECCA (2009, p.134):

> Durante (1930-1945) , na qual buscou-se promover o processo de industrialização nacional, num contexto marcado pela crescente urbanização, diversificação do setor de serviços e ampliação das funções do Estado nas diversas esferas administrativas. Como parte desse movimento, o governo reorganizou os instrumentos de regulação pública sobre o contrato de trabalho, com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1942, e introduziu a remuneração mínima legal (salário mínimo) para o mercado de trabalho, em 1940. Mesmo com um caráter autoritário, a ação do Estado prometia atuar sobre as assimetrias do mercado de trabalho, com vistas à redução da desigualdade social existente.[10]

Como parte desse movimento, o governo reorganizou os instrumentos de regulação pública sobre o contrato de trabalho, com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, e introduziu a remuneração mínima legal (salário mínimo) para o mercado de trabalho. (BRASIL, 1943).

Ainda que de caráter autoritário, a ação do Estado prometia atuar sobre as assimetrias do mercado de trabalho, com vistas à redução da desigualdade social existente.

Em sua dissertação, COUTINHO[11] defende que todo esse aparato na verdade trata-se de política tipicamente populista, que associa o "mito da doação" de direitos impostos pela "ideologia trabalhista" de um Estado paternalista, com o fim de enaltecer a "generosa concessão" de leis trabalhistas tida como um presente

dos céus, mas cuja finalidade velada era controlar politicamente as classes trabalhadoras.

Ao mesmo tempo do avanço legislativo, os modelos fordista e taylorista imperaram na indústria brasileira durante o período referido, ditando a organização das fábricas e o método a ser utilizado maximizar a produção. Com o fim do governo Vargas, o país passou por um processo de democratização e importantes transformações sociais e econômicas, as quais impuseram uma intensa industrialização e nova organização espacial, com ênfase na urbanização.

Sob uma perspectiva crítica da história, Marcelo Badaró Mattos destaca que o crescimento econômico registrado nesse período não se assentou somente na crescente industrialização e participação do capital estrangeiro, mas também foi fomentado pela política empregada em relação as forças de trabalho:

> As bases do milagre se assentariam sobre a recessão provocada pelo governo nos anos anteriores, gerando maior concentração de capitais em torno dos grandes grupos monopolísticos (de capital estrangeiro, em especial) e do sistema financeiro; e sobre a retomada dos investimentos públicos em grandes obras indutoras de atividades econômicas. Capitalizando-se por meio do endividamento externo, numa conjuntura favorável a essa política no mercado financeiro internacional, o Estado impulsionava o desenvolvimento econômico investimento em infraestrutura e subsidiando as empresas privadas por meio da produção de insumos a baixo custo nas estatais. Mas, além disso, o "milagre' tinha um outro pé dentro das próprias empresas: o arrocho salarial e a superexploração da força de trabalho que, garantidos pelo controle do governo sobre os sindicatos, elevavam em muito a lucratividade do capital. [12]

Nesse período, os países do terceiro mundo são obrigados a internacionalizar suas economias, ainda que pela via autoritária das ditaduras militares.

Contudo, o milagre econômico se estendeu até 1973, momento em que houve o impacto da crise do petróleo e as taxas de crescimento internacionais passaram a cair.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo BELTRAN (2013, p. 490), no que diz respeito às relações de trabalho, as piores consequências da crise refletiram no aumento do desemprego, na ampliação do trabalho informal e do subemprego, na precarização de formas de contratação e no arrocho salarial. Assim, diante desse contexto histórico de crise do capitalismo, a flexibilização do trabalho passou a ser enxergada como uma forma de respiro dentro de um complexo sistema de relações de trabalho sufocante e dando sinais de colapso.

A fragilidade econômica da época fez com que as forças liberais ganhassem expressão política na sociedade. Segundo KREIN[13], nas últimas décadas do século XX:

> "estabeleceu-se uma tensão entre a defesa da regulação social construída e uma redefinição do papel do Estado no desenvolvimento social e econômico do país e, particularmente no campo do trabalho, adotou-se a defesa da flexibilização e da redução da proteção social como alternativa para enfrentar os problemas do mercado de trabalho e ajustar o gasto social à realidade fiscal; tensão que permanece atualmente, apesar da prevalência, desde os anos 90, de reformas liberalizantes."

Mais recentemente, no Brasil, por conta dessa nova feição do liberalismo, a legislação juslaboral sofreu significativo impacto decorrente da Reforma Trabalhista – Lei 13.467/2017 - que alterou profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzindo e modificando normas que regiam as relações de trabalho no país, tanto no Direito Coletivo quando no Direito Individual do Trabalho. (BRASIL, 2017).

Verificam-se, inclusive, mudanças na regulamentção do teletrabalho, como por exemplo, modificações como aquelas referentes aos seus requisitos (artigos 75-A e seguintes da CLT) e a exclusão do controle de jornada do teletrabalhador (art. 62, da CLT). (BRASIL, 2017).

Podemos ver que da mesma forma que a economia está submetida a novas percepções (leis de mercado, internacionalização da moeda) e que a empresa experimenta mutações estruturais – transnacionalização da atividade econômica, horizontalização do processo industrial (contratação de empresas especializadas em determinados segmentos do respectivo empreendimento), terceirização da produção –, as relações de trabalho também passam por profundas mudanças provocadas pela tecnologia - a microeletrônica, dos círculos integrados de telecomunicação e da robótica - que por sua vez afetam o campo jurídico, inclusive

negativamente, como é o caso da flexibilização e precarização do trabalho, a seguir explanadas.

2. A TECNOLOGIA E O TRABALHO NA ERA MODERNA

2.1 - A TECNOLOGIA COMO MEIO DE FLEXIBILIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

O uso da tecnologia no trabalho, enquanto realidade presente e consolidada, ainda que represente inegável avanço, deve também passar por uma análise no que diz respeito à influência que causa na intensificação do labor.

Para SADI DAL ROSSO (2008, p. 20), a intensifiação do trabalho diz respeito a quantidade de energia gasta pelo trabalhador na realização de determinada atividade e, portanto, só pode ser analisada sob a ótica obreira, seja o trabalhador enquanto indivíduo ou coletivizado.

No estágio atual do capitalismo, a intensificação do trabalho está diretamente relacionada aos resultados obtidos, ou seja, é crucial saber quanto de energia os trabalhadores gastam para o desempenho da atividade, a fim de que, a partir do controle, se consiga atingir resultados superiores.

Segundo SADI DAL ROSSO (2008, p.21), a intensificação pode ser entendida como "*processos de quaisquer naturezas que resultam em um maior dispêndio das capacidades físicas, cognitivas e emotivas do trabalhador com o objetivo de elevar quantitativamente ou qualitativamente os resultados.*"

Atualmente, as atividades laborais incorporam fortemente as tecnologias da informação e da comunicação, contribuindo para o processo de intensificação do trabalho, uma vez que as inovações são utilizadas para proporcionar mais trabalho.

Assim, temos que "*a Revolução Industrial repercutiu sobre a classe trabalhadora dando origem à classe operária industrial, a Revolução Informacional gera a classe dos trabalhadores imateriais intensificados*"[14]

Tomemos como exemplo o trabalho à distância – o teletrabalho - no qual há autonomia de atribuições, podendo o empregado organizar e dispor do seu horário de trabalho de acordo com as suas conveniências, no entanto, tal flexibilidade não o desobriga de cumprir metas.

Ressalte-se que, sob o prisma do empregador, a tecnologia é um benefício ao trabalhador, visto que este poderia gerir seus horários da melhor forma, bem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

como evitaria o deslocamento até a sede da empresa, apresentando-a como meio de liberdade.

A análise fática demonstra, contudo, que as ferramentas tecnológica são utilizadas para intensificar o trabalho: através de notebooks, tablets e smartphones, as tarefas passam a acompanhar o trabalhador em qualquer lugar, ainda que já esteja fora de seu local de trabalho, além da jornada regular, podendo ser acionado a qualquer hora e em qualquer local, mitigando o tempo de não trabalho, o direito ao lazer, e o direito à desconexão.

Essa flexibilização desmedida mascara o grau de intensificação do labor na vida do empregado, o trabalho deixa de ser quantificado, na medida em que sua vida, dentro ou fora do ambiente da empresa ou organização, fica sempre atrelada às atividades produtivas, afetando a vida individual e coletiva.

Assim, a configuração atual das relações de trabalho, em que trabalhador está constantemente acessível, causa impactos nas dimensões psicológicas dos trabalhadores, revelando-se cada vez mais corriqueiras as doenças laborais relacionadas à pressão e ao estresse sofridos em atender as atuais exigências do mercado de trabalho. A pressão para cumprimento de metas aflige os trabalhadores.

No entanto, as consequências não se restringem aos aspectos pessoais, visto que atingem também as relações sociais dos empregos, podendo levar ao esvaziamento da unidade coletiva, visto que nos locais de trabalho reestruturados, salienta-se a presença da individualização das relações de trabalho e a descoletivização das relações salariais, aumentando as dificuldades dos sindicatos em aglutinar o conjunto de interesses dos trabalhadores empregados.

Márcia da Silva Costa[15] também é taxativa ao reconhecer o possível enfraquecimento da unidade coletiva dos trabalhadores, diante do contexto laboral intensificado a que são expostos a reestruturação produtiva, pensada aqui como qualquer mudança (tecnológica, organizacional ou institucional) posta em prática pelas empresas como forma de adaptação competitiva às demandas de mercado, tem se revertido muito mais em processos de perdas salariais e sociais, de intensificação das jornadas e dos ritmos de trabalho, aspectos que associados ao praticamente inexistente poder de representação interna, dificultam um ambiente de efetiva negociação com os patrões e chefias.

ALVES (2013) sintetiza as consequências do processo de flexibilização do trabalho:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "constituem um processo de conformação do sujeito humano que trabalha, caracterizado pela quebra dos coletivos de trabalho, captura da subjetividade do homem que trabalha e redução do trabalho vivo à força de trabalho como mercadoria. Portanto, podemos caracterizar a nova morfologia social do trabalho por dinâmicas psicossociais que implicam a dessubjetivação de classe, "captura" da subjetividade do trabalhador assalariado e redução do trabalho vivo à força de trabalho como mercadoria.[16]"

Para a maior compreensão da relação existente entre a tecnologia, a flexibilização do trabalho e a precarização, insta esclarecer o conceito deste último e qual o impacto nas relações laborais.

Ab initio, o termo trabalho precário é contemporâneo e entrou em voga para evidenciar as mudanças ocorridas no mundo do trabalho, marcado pelo desemprego e pela diminuição da "*qualidade dos empregos após a Terceira Revolução Industrial*." [17]

Giovanni Alves[18] afirma que a precarização do trabalho é resultado de um processo capitalista de redução de salários, intensificado no pós-guerra. Implicam no enfraquecimento e redução dos direitos trabalhistas, sendo a precarização do trabalho "*o desmonte de formas reguladas de exploração da força de trabalho como mercadoria*."

Ora, em um contexto no qual os notebooks, tablets, smartphones, aplicativos de comunicação instantânea viabilizam o trabalho ilimitado, a acessibilidade constante do empregado pelo empregador e imposição de atendimento quase que imediato das exisgências, é inegável a mercantilização do trabalho e, portanto, sua precarização.

O uso indiscriminado dos meios telemáticos altera a percepação do que é mundo do trabalho e o mundo do não trabalho, ocorrendo uma invasão do primeiro pelo segundo, mesmo que isso custe a subjetividade do empregado.

Desse modo, a precarização não se restringe somente ao trabalho, como atividade em si, mas também as relações de trabalho e ao próprio trabalhador, tanto nos aspectos de sua vida pessoal, afetada pela ausência de limites para o trabalho, quanto nos aspectos psicológicos advindos da pressão e do medo do desemprego ao não atender às expectativas impostas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O discurso patronal capitalista, por outro lado, se apresenta bastante atraente quanto aos instrumentos tecnológicos, apresentando-os como a via de liberdade do trabalhador, que teria a possibilidade de reger sua jornada e suas condições de trabalho em consonância com sua vida pessoal, da melhor forma que o agradar.

No entanto, tal discurso maqueia a real intensificação das relações de trabalho e sua precarização, visto que se constitui em estratégia organizacional cujo objetivo é, sobretudo, controle maior da jornada de trabalho e do trabalhador.

É possível notar, portanto, que a conjuntura atual do mercado de trabalho, sedimentado sob a égide capitalista, é bastante propícia para a intensificação do trabalho e sua precarização. O trabalhador é convencido pela lógica da exploração sem que tenha muitos meios de resistência, deixando ocorrer a mitigação dos direitos trabalhistas mais fundamentais.

A lógica se inverteu, a atividade econômica que deveria orientar o bem comum tomou as rédeas, e o homem moderno passou a ser escravo de suas necessidades.

É diante dessa atual conjuntura que faz-se necessária a reflexão crítica e urgente acerda do uso da tecnologia como meio de flexibilização, precarização a partir da intensificação desmedida do trabalho.

2.2 - A UBERIZAÇÃO E ALGORITMIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS – AS PLATAFORMAS DE COMPARTILHAMENTO

Recorrendo a CORMEN ET AL. (2009), o conceito de algoritmo pode ser entendido como um procedimento computacional bem definido que toma algum valor, ou conjunto de valores como *input* (entrada), e produz algum valor, ou conjunto de valores, como *output* (saída/resultado). A máquina obedece a cada passo previamente estipulado pelo programador, com o fim de produzir um determinado resultado: coleta de informações, cálculos etc., tarefas que anteriomente eram realizadas apenas por humanos.

Utilizam o conhecimento humano para predizer respostas em várias situações, são árvores de decisões gigantes compostas de decisões binárias em sequência, uma após a outra.

Atualmente, o uso de softwares para substituir força de trabalho ganha terreno nas mais diversas área de atuação, substituindo trabalhadores por códigos algorítmicos e, áreas como diagnósticos médicos, otimização de telemarketing,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

serviços bancários, jornalismo (diagramação, correção de textos, tratamento de imagens e, até mesmo, a redação de notas curtas), etc.

A tendência à codificação generalizada das diferentes ocupações deve ser encarada a partir do entendimento de subsunção do trabalho pelo capital, que se iniciou na Primeira Revolução Industrial com a substituição de trabalho vivo pela maquinaria, prossegue na Segunda Revolução Industrial com o surgimento das primeiras máquinas usadas para construir outras máquinas, e ganha os contornos atuais na Terceira Revolução Industrial com a separação entre hardware e software (BOLAÑO, 2002, p. 53).

Outra forma de pressão do capital sobre os trabalhadores são as denominadas empresas baseadas na "economia do compartilhamento".

O termo "Economia do Compartilhamento" (*sharing economy*) é polêmico, pois compartilhar remete a trocas realizadas entre iguais, sem caráter comercial. O conceito de "compartilhamento" sugere trocas que não envolvem dinheiro, motivadas por solidariedade, pelo desejo de dar ou de ajudar; enquanto o termo "Economia" sugere trocas de mercado baseadas no uso do dinheiro (SLEE, 2017).

Dessa forma o termo "Economia do Compartilhamento" denota a ideologia capaz de atribuir caráter altruísta à mercantilização de trocas não monetárias como a carona e a hospedam solidária, tais como os casos da Uber e da Airbnb.

Nas palavras de Tom Goodwin, as plataformas de compartilhamento, embora altamente rentáveis, fogem à configuração padrão de empresa:

> "O Uber, a maior empresa de táxis do mundo, não possui sequer um veículo. O Facebook, o proprietário de mídia popular do mundo, não cria nenhum conteúdo. Alibaba, o varejista mais valioso, não possui estoques. E o Airbnb, o maior provedor de hospedagem do mundo, não possui sequer um imóvel" [19]

Essas empresas baseadas em plataformas de compartilhamento agenciam os indivíduos expulsos de seus empregos para o que consideramos um novo tipo de trabalho doméstico em que os indivíduos passam a se autoexplorar. Corporações como Uber, Cabify, Airbnb, TaskRabbit e Homejoy possuem uma relação com os trabalhadores que fazem uso de seus sistemas muito próxima àquela apontada por Marx entre as famílias que praticavam o trabalho domiciliar para as indústrias do ramo têxtil no século XIX.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Claro que há diferenças entre a situação encarada por trabalhadores de aplicativo e as famílias que realizavam trabalhos para a indústria têxtil no século XIX, uma delas é que no primeiro modelo a exploração incluía crianças, a partir do poder paterno, considerado absoluto e que, segundo as leis da época, não poderia ser objeto de intervenção estatal.

Porém maiores são as semelhanças: assim como as famílias precisavam investir em capital fixo para o trabalho (máquinas de costura), e serem responsáveis pelos custos de manutenção de seu maquinário, hoje o trabalhador de aplicativo precisa obter o veículo, sendo o responsável pela manutenção e regularização do veículo em que trabalha, por exemplo.

Na a indústria têxtil no século XIX o trabalhador laborava em determinadas fases de produção do produto, ganhando por peça, da mesma forma que os motoristas da Uber recebem uma porcentagem fixa do valor pago em cada viagem.

A plataforma de compartilhamento, em regra, não é detentora dos meios de produção (no caso da Uber, por exemplo, não é dona do automóvel, do celular), entretanto, a partir de seus algoritmos, é capaz de controlar "*ferreamente a propriedade da capacidade de agenciar, de tornar viável a junção entre meios de produção, força de trabalho e mercado consumidor, sem intermediação de um 'emprego'*" (FONTES, 2017, p. 56).

É o "trabalho sem emprego" (FONTES, 2017, p. 59), uma forma extrema de precarização do trabalho, visto que as plataformas de compartilhamento subordinam os trabalhadores sem contrato. Para isso contam com a participação dos maiores bancos mundiais, que financiam o sistema, além das operadoras de cartão de crédito. Além disso, uma boa porcentagem do total produzido pelo trabalhador é destinado ao patrão oculto. É a precarização do trabalho disfarçada de empreendedorismo e liberdade.

Isso dá a garantia ao capitalista de que não terá prejuízos no negócio. O trabalhador oferece o meio de produção - o carro, e ainda paga o combustível. Esse é sonho do capital: fazer o trabalhador pensar que não é trabalhador. (FONTES, 2017, p. 51).

A situação de autoexploração do trabalho sem emprego pode ser mais desalentadora que aquela experimentada por um assalariado, uma vez que este, em caso de infortúnio, conta com a Seguridade Social, enquanto o trabalhador de plataformas não tem qualquer garantia ou assistência caso não consiga trabalhar, ainda que por causa de fatores externos e alheios à sua vontade (doenças, acidentes, caso fortuito ou força maior).

A Uberização é, assim, uma das mais recentes nuances de exploração da forma de trabalho, consistente numa hiperexploração dos trabalhadores por meio de plataformas. Um emaranhado algorítmico pensado para arrancar direitos trabalhistas na forma de *startup* jovem, de sucesso e lucrativa. É a total desumanização das relações trabalhistas. Não há um patrão de carne e osso, não existe um departamento de recursos humanos, muitos sindicatos rejeitam representar essas categorias. Não há direitos, não há humanidade. (SOLANO, 2020).

Fazendo um paralelo entre a realidade dos trabalhadores de aplicativos e a obra clássica de Isaac Asimov "Eu, Robô", assim descreve o renomado Professor Doutor Sandro Nahmias Melo o fenômeno da algoritmização do trabalho:

> "Os algoritmos que ditam o processo de precarização do trabalho humano, parecem regidos por **leis** também. Não há, entretanto, a preponderância do paradigma humano. Nestas leis, diferentemente das de Asimov, o homem não é o protagonista. Segundo as evidências do passo a passo dos algoritmos, no Brasil, pode-se inferir a adoção também de três leis, que, em essência, parecem ditar que: 1ª - o algoritmo deve coordenar o passo a passo do serviço do prestador-humano, com eficiência, para que a tarefa final seja cumprida, e repetida em número crescente, alcançando o maior nível de satisfação do tomador de serviços; 2ª –toda a coordenação dos serviços do prestador-humano deverá ser processada de forma indetectável, sendo reiteradamente informada a condição de "parceiro" ao prestador-humano, bem como ao tomador de serviços; 3ª – a execução da 1ª e 2ª leis ocorrerá independentemente de prejuízos materiais ou pessoais do prestador- humano. Nesta última norma, temos a irrelevância para o cumprimento da tarefa, dos custos (depreciação do automóvel, valor do combustível, multas, acidentes, etc..) e riscos à saúde (jornadas extensas, atividade estressante, adoecimento) suportados exclusivamente pelo prestador-humano. Abstraídas as leis acima presumidas, poderá se defender que ninguém está obrigado a ter o seu trabalho gerenciado por um aplicativo ou, mesmo trabalhando, que não está obrigado a se submeter às suas exigências, em especial a uma longa rotina de trabalho para ter renda suficiente para subsistir. Sucintamente, há liberdade, em termos. O trabalhador por aplicativos do século XXI tem a mesma liberdade do trabalhador da Revolução Industrial: trabalhar 10,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 12 ou 14 horas por dia para sobreviver ou não trabalhar." (MELO, 2020)

Uma série de fatores contribui para esse processo de precarização: super oferta de mão-de-obra, a extrema pobreza, a falta de formação e capacitação profissional e o desmonte incessante dos direitos trabalhistas desde o governo Temer e agora com o governo de Bolsonaro.

A precarização das novas modalidades de trabalho pode ser mensurada de modo claro pela crise desencadeada no Brasil por conta do novo Coronavírus (COVID-19), quando o número de entregadores de alimentos das mais varidas plataformas (Uber Eat, Ifood, Rappi), somente em São Paulo, saltou de 280 para 500 mil trabalhadores, segundo o Sindicato dos Motociclitas, Taxistas e mototaxistas de São Paulo[20]. A remuneração, inversamente, caiu, conforme pesquisa da Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR – Trabalho), com a pandemia, o percentual de entregadores que faturam até R$520 por semana saltou de 50% para 73% do total, e 49% notaram queda no bônus concedido pelas empresas no período. "*É possível aventar que as empresas estão promovendo uma redução do valor da hora de trabalho dos entregadores em plena pandemia e sobremajorando seu ganho às custas do trabalhador*", diz o relatório[21]. São trabalhadores que entregam comida, mas cujas famílias passam fome ou convivem com ela.

Aqui cabe repensar quais normas – mesmo que não sejam as celetistas - garantiriam o mínimo de dignidade para os trabalhadores de aplicativo, uma vez que são sujeitos de direitos, dentre os quais aqueles baseados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana?

A resposta é encontrada nas palavras do ilustre Professor Doutor Sandro Nahmias Melo:

> "A linha dessa fronteira deve ser o reconhecimento de um piso vital mínimo de direitos, correspondente às necessidades básicas de todo trabalhador. Defende-se, como proposta, que este piso vital mínimo encontra lugar na própria gênese do Direito do Trabalho, ligada ao início a luta por uma jornada de trabalho com limite. O próprio inc. XIII, art. 7º da Constituição da República estabelece a diretriz de que todo o trabalhador tem direito a uma jornada de trabalho com limite diário. Não é legalmente admissível que um algoritmo permita, ou pior, estimule jornadas diárias de 12 ou mais horas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> trabalho. O limite constitucional de 8 horas diárias deve ser observado, como regra." (MELO, 2020).

3. ANÁLISE JURÍDICA DO CASO DA UBER: JURISPRUDÊNCIAS ANTAGÔNICAS

Analisando-se juridicamente o caso específico da Uber, do ponto de vista do Direito do Trabalho, a inexistência de contrato de trabalho entre a plataforma e o prestador de impossibilitaria, no Brasil, o reconhecimento do vínculo empregatício, que, por lei, requer a configuração da pessoalidade, subordinação, não-eventualidade e onerosidade, pois na forma do art. 3° da CLT, *"considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário."* (BRASIL, 1943).

Ressalte-se, entretanto, que há inúmeras decisões pelo reconhecimento de vínculo em outras partes do mundo. Segundo FONTES (2017, p. 65):

> "Há inúmeras lutas e importantes vitórias contra esse tipo de prática e, em especial, contra a empresa Uber. Juristas em vários países denunciam o vínculo empregatício entre os motoristas e a Uber, pois é a empresa quem define o modo da produção do serviço, o preço, o padrão de atendimento, a forma de pagamento e a modalidade de seu recebimento. É ainda ela quem recebe o pagamento e paga o motorista, além de centralizar o acionamento do trabalhador para sua atividade. A Uber conta ainda com um sistema disciplinar que aplica penalidades aos trabalhadores que infringirem suas normas de serviço. Nada há de compartilhamento, "pois o motorista, ao ligar o aplicativo, não tem senão a opção de seguir estritamente as rígidas normas estabelecidas de forma heterônoma pelo algoritmo do aplicativo criado e gerenciado pela empresa. Em diferentes países e circunstâncias, há vitórias jurídicas contra a Uber – a começar pela Califórnia e por Massachusetts, que, em 2013, enfrentaram a empresa, obrigada a pagar 100 milhões de dólares aos seus motoristas nesses estados; Em 2016, a justiça britânica decidiu que não se trata de relação de autonomia entre a Uber e seus motoristas, definindo-os como funcionários da empresa (El País Brasil, 20/12/2016). Ainda cabe recurso. Em janeiro de 2017, a Federal Trade Commission (USA) aceitou encerrar processo por pagamento menor aos motoristas do que o anunciado pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> empresa, através de acordo pelo qual a empresa desembolsou 20 milhões de dólares (FTC, 19/01/2017)."

No Brasil, há diversas demandas por parte dos motoristas e em face da empresa Uber, postulando o reconhecimento do vínculo empregatício, é importante destacar, que não há, nas instâncias inferiores, um entendimento pacificado quanto ao tema, conforme será demonstrado a seguir.

A primeira decisão que reconheceu o vínculo empregatício entre o motorista e a empresa Uber ocorreu na 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, MG, prolatada pelo juiz Márcio Toledo Gonçalves, em sentença referenciada a uma decisão judicial semelhante ocorrida em Londres, condenou a empresa ao pagamento das verbas rescisórias, além de FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) com multa de 40% (quarenta por cento) de todo o contrato, multa do artigo 477, §8º da CLT, dos adicionais de duas horas extras por dia de trabalho, adicional noturno no percentual de 20% (vinte por cento) com relação ao labor executado entre as 22 horas e as 05 horas, observando-se o instituto da hora ficta noturna, da remuneração em dobro dos feriados laborados e ao reembolso de R$2.100,00 (dois mil e cem reais) mensais por todo contrato de trabalho, além de assinatura da CTPS. (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0122) (BRASIL, 2016).

No julgado acima mencionado, o magistrado verificou a presença dos requisitos exigidos na relação de emprego, na forma a seguir:

> - Pessoa física e pessoalidade: caracterizadas a partir do momento em que a ré exige que seja realizado um pré-cadastro em sua plataforma, no qual devem ser anexados os documentos solicitados pela empresa. O próprio site da Uber comprova a proibição do compartilhamento de contas entre motoristas e o uso da uma conta por outro motorista se constitui como um sério problema de segurança, passível de suspensão imeditada e investigação.
>
> - Não-eventualidade, a mesma restou caracterizada devido a ré impor exigências aos motoristas, conforme oitivas das testemunhas nos autos: *"[...] se o motorista ficar mais de um mês sem pegar qualquer viagem, o motorista seria inativo; que eram enviados emails, para que o motorista 'ficasse com medo' e voltasse a se ativar na plataforma; que como gestor tinha por meta incentivar os motoristas a estarem ativos."* (TRT-BH 0011359- 34.2016.5.03.0112) (BRASIL, 2016).
>
> - Onerosidade: há remuneração pelos serviços prestados, além de gratificação com bonificações quando realizavam as circunstâncias

impostas. Segundo a testemunha, ex-coordenador de operações da ré: *[...] que próximo ao Carnaval, por exemplo, o motorista ativado que completasse cinquenta viagens em três meses ganharia R$ 1.000,00 (mil reais); que no dia do protesto do taxista, no início de 2016, a empresa investigada já sabia que faltariam motoristas na cidade então programou uma promoção especial para o motorista que consiste em cumprir alguns requisitos, por exemplo, ficar online oito ou mais horas, completar dez ou mais viagens e ter uma média de nota acima de 4,7 e, então, o motorista ganharia 50% (cinquenta por cento) a mais de todas as viagens completadas nesse período e com esse padrão".* (TRT-BH 0011359- 34.2016.5.03.0112) (BRASIL, 2016).

- Subordinação: o autor teria que cumprir as imposições da ré no desenvolvimento das prestações de serviços, bem como as regras estipuladas pela empresa, sob pena de sofrer sanções disciplinares. Uma das testemunhas arroladas confirmou estemunha, que também havia prestado serviços como motorista da plataforma, arguiu em sua oitiva: "[*...] que nessa oportunidade passaram por orientações de como tratar o cliente, como abrir a porta, como ter água e bala dentro do carro, que são obrigatórios, que teriam que manter a água gelada e estarem sempre de terno e gravata, guarda-chuva no porta malas; que o uso de terno e gravata era só para UberBlack, que também foi passado que o ar condicionado sempre deveria estar ligado, o carro limpo e lavado e o motorista sempre bem apresentado*." (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BRASIL, 2016).

Em vista dos comprovação dos pressupostos, foi reconhecida a existência da relação de emprego entre as partes. E ainda, em sua sentença argumentou que o âmbito do trabalho passou por diversas mudanças, citando a chamada "uberização" - fenômeno que descreve a emergência de um novo padrão de organização do trabalho a partir dos avanços da tecnologia.

Além desta, outras decisões semelhantes foram proferidas no Brasil reconhecendo o vínculo laboral dos motoristas com a empresa Uber.

Em outra sentença proferida pela mesma região judiciária (TRT da 3ª Região), que tramitou na 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, o juiz Filipe de Souza Sickert, dispôs:

> "não se constituindo as reclamadas como empresas de transporte de passageiros, mas como de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> fornecimento de serviços de tecnologias, não vejo como afirmar que o autor estivesse inserido, como empregado, na estrutura empresarial, sob a ótica da subordinação estrutural. [...]. Lei n. 13.103/2015 não possui previsão de que todos aqueles que exerçam a atividade de motorista sejam considerados empregados. Pelo contrário, admite a coexistência de motoristas autônomos e de motoristas empregados. [...], a análise conjunta da prova documental e da prova oral revela a inexistência da subordinação jurídica a que se refere o art. 3º, caput, da CLT, razão pela qual julgo improcedente o pleito de reconhecimento de vínculo de emprego entre o autor e as reclamadas." (TRT-BH 0011863-62.2016.5.03.0137) (BRASIL, 2016).

A decisão levou em consideração o depoimento pessoal do autor, que declarou:

> [...] que a Uber deu liberdade para o depoente utilizar o aplicativo em qualquer horário; que poderia prestar o serviço em qualquer horário e quantas vezes por semana quisesse; que a Uber não determinava horário de trabalho; [...] que não tinha que comunicar haver ligado ou desligado o aplicativo. (TRT-BH 0011863-62.2016.5.03.0137) (BRASIL, 2016).

Da mesma forma, outras ações também não reconheceram o vínculo de emprego entre a Uber e o motorista do aplicativo.

Em recente jurisprudência, servindo como precedente jurisprudencial, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho proferiu decisão não reconhendo o vínculo de emprego entre a Uber e um motorista de aplicativo, consoante razões expostas na emenda a seguir transcrita:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nºs 13.015/2014 E 13.467/2017. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RELAÇÃO DE

EMPREGO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. MOTORISTA. APLICATIVO. UBER. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. NÃO PROVIMENTO. I. Discute-se a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre motorista profissional que desenvolve suas atividades com utilização do aplicativo de tecnologia "Uber" e a sua criadora, Uber do Brasil Tecnologia Ltda. II. Pelo prisma da transcendência, trata-se de questão jurídica nova, uma vez que se refere à interpretação da legislação trabalhista (arts. 2º, 3º, e 6º, da CLT), sob enfoque em relação ao qual ainda não há jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho ou em decisão de efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal. Logo, reconhece-se a transcendência jurídica da causa (art. 896-A, § 1º, IV, da CLT). III. Na hipótese, o Tribunal Regional manteve, pelos próprios fundamentos, a sentença em que se reconheceu a condição de trabalhador autônomo do Reclamante. No particular, houve reconhecimento na instância ordinária de que o Reclamante ostentava ampla autonomia na prestação de serviços, sendo dele o ônus da atividade econômica. Registrou-se, ainda, a ausência de subordinação do trabalhador para com a Reclamada, visto que "o autor não estava sujeito ao poder diretivo, fiscalizador e punitivo da ré". Tais premissas são insusceptíveis de revisão ou alteração nessa instância extraordinária, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 126 do TST. IV. A relação de emprego definida pela CLT (1943) tem como padrão a relação clássica de trabalho industrial, comercial e de serviços. As novas formas de trabalho devem ser reguladas por lei própria e, enquanto o legislador não a edita, não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego. O contrato regido pela CLT exige a convergência de quatro elementos configuradores: pessoalidade, onerosidade, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

eventualidade e subordinação jurídica. Esta decorre do poder hierárquico da empresa e se desdobra nos poderes diretivo, fiscalizador, regulamentar e disciplinar (punitivo). O enquadramento da relação estabelecida entre o motorista de aplicativo e a respectiva plataforma deve se dar com aquela prevista no ordenamento jurídico com maior afinidade, como é o caso da definida pela Lei nº 11.442/2007, do transportador autônomo, assim configurado aquele que é proprietário do veículo e tem relação de natureza comercial. O STF já declarou constitucional tal enquadramento jurídico de trabalho autônomo (ADC 48, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE nº 123, de 18/05/2020), a evidenciar a possibilidade de que nem todo o trabalho pessoal e oneroso deve ser regido pela CLT. V. O trabalho pela plataforma tecnológica – e não para ela -, não atende aos critérios definidos nos artigos 2º e 3º da CLT, pois o usuário-motorista pode dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer exigência de trabalho mínimo, de número mínimo de viagens por período, de faturamento mínimo, sem qualquer fiscalização ou punição por esta decisão do motorista, como constou das premissas fáticas incorporadas pelo acórdão Regional, ao manter a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos, em procedimento sumaríssimo. VI. Sob esse enfoque, fixa-se o seguinte entendimento: o trabalho prestado com a utilização de plataforma tecnológica de gestão de oferta de motoristas-usuários e demanda de clientes-usuários, não se dá para a plataforma e não atende aos elementos configuradores da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, inexistindo, por isso, relação de emprego entre o motorista profissional e a desenvolvedora do aplicativo, o que não acarreta violação do disposto no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal. VII. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-AIRR:

105758820195030003, Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Data do julgamento: 09/09/2020, 4ª Turma. Data da publicação: 11/09/2020). BRASIL, 2020.

Assim, não restam dúvidas que o Estado, tanto em sua função legislativa quanto na função jurisdicional, através dos diversos tribunais pátrios, tem papel de suma importância na proteção dos direitos trabalhistas ante a nova estruturação das relações de trabalho decorrentes dos meios tecnológicos.

Entretanto, é também igualmente necessário o maior ativismo por parte da sociedade, especialmente dos operadores do direito para a inserção desmedida de tecnologia no mundo do labor seja acompanhada para que os seus efeitos negativos sejam combatidos, tendo como norte a proteção do trabalhador.

4. CONCLUSÃO

A tecnologia é uma realidade intrínseca ao trabalho, sendo impossível negar sua influência e importância sobre as relações trabalhistas, principalmente em relação à presente geração.

Para o novo contingente de trabalhadores, a tecnologia e os meios telemáticos de comunicação são quase inerentes às relações de trabalho, sendo apresentados, muitas das vezes, como mecanismos de liberdade e autonomia do trabalhador.

Mostra-se indispensável, porém, a discussão quanto ao uso indiscriminado dos meios tecnológicos como ferramenta de flexibilização das leis trabalhistas, e consequente precarização das relações laborais, visto que representam perigo real ao mundo do trabalho e à subjetividade do trabalhador.

Assim, utilizando de ampla bibliografia, buscou-se demonstrar a relação existente entre a flexibilização do trabalho e o uso da tecnologia, bem como os seus efeitos para o mundo do trabalho e para o trabalhador em si, conjecturando acerca dos possíveis riscos à proteção do trabalhador.

Para tanto, foi necessário apresentar no primeiro capítulo o contexto histórico que comprova que o avanço tecnológico afeta diretamente o mundo do trabalho, tanto no plano internacional, quanto no cenário brasileiro. Ademais, procurou-se distinguir os principais nuances do capitalismo que levaram à industrialização, bem como sua relação com a tecnologia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vimos que somente após a crise econômica da década de 70 o discurso pró-flexibilização tomou fôlego, com a promessa de trair investimentos internacionais e aumentar a competitividade das empresas do mercado.

Nas décadas seguintes, marcadas pelo neoliberalismo e a globalização, a tônica da flexibilidade no mundo do trabalho ganhou mais força e destaque, no qual a tecnologia assumiu papel importante, passando a dominar as relações produtivas.

Embora a tecnologia tenha sempre sido a base para o desenvolvimento do trabalho, foi no fim do último século que intensificou-se a sua modernização, através da Revolução Tecnológica. Esta, além de modificar formas de automatização, revolucionou as relações de trabalho, ao aprimorar os microcomputadores e as formas de comunicação, impondo uma nova tecnologia da informação.

Os notebooks, tablets, smartphones, meios instantâneos de comunicação (como WhatsApp) instauraram uma nova configuração do trabalho, na medida em que o trabalho passa a ser móvel e pode ser realizado em qualquer lugar e em qualquer hora, além de possibilitar que o trabalhador seja demandado a qualquer momento.

Falou-se, ainda, da intensificação do trabalho e a invasão da vida pessoal do trabalhador pelo uso da tecnologia, gerando uma confluência entre a "mundo do trabalho" e o "mundo do não trabalho".

Neste diapasão, procurou-se discutir como esse uso da tecnologia pode acarretar em um trabalho precário, mediante o esvaziamento das normas trabalhistas.

Uma vez que o uso da tecnologia é uma realidade inafastável do atual mundo do trabalho, é necessário que os trabalhadores passem a encará-la de forma crítica e que a sociedade concentre esforços em combater seus efeitos danosos, de forma a proteger o trabalhador.

Diante do exposto, podemos concluir que não é a tecnologia que precariza o trabalho, mas sim o uso indiscriminado dela, que leva a subsunção do trabalho ao capital de modo desequilibrado. Para que isso não ocorra, necessário que o operador do direito veja criticamente os efeitos do uso desmedido da tecnologia e sempre tenha como norte a atuação para garantir a proteção do trabalho e o trabalho digno, pilares do nosso ordamento jurídico.

5. REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ABÍLIO, Ludmila. C.; ALMEIDA, Paula. F.; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana. C. M.; FONSECA, Vanessa. P.; KALIL, Renan. B.; MACHADO, Sidnei. **Relatório Parcial de Pesquisa: Condições de trabalho em empresas de plataforma digital: os entregadores por aplicativo durante a Covid-19.** São Paulo: REMIR, 2020. 11 p.

ALVES, Giovanni. **Dimensões da Precarização do Trabalho: Ensaios de Sociologia do Trabalho**. 1 ed. Bauru: Canal 6, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ED. SÃO PAULO: LTR, 2016, p. 45 e 46. Disponível em: https://www.academia.edu/29559255/_Curso_de_Direito_do_Trabalho_2016_Alice_Monteiro_de_Barros. Acesso em 15 de agosto de 2020.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho**. Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social. vol. 61. n. 4. São Paulo: Ed. LTr, abr. 1997.

BOLAÑO, César. **Trabalho intelectual, comunicação e capitalismo. A reconfiguração do fator subjetivo na atual reestruturação produtiva**. Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política, Rio de Janeiro, n. 11, dez. 2002.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1° de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 9 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 30 de setembro de 2020.

BRASIL. 33ª. Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0011359-34.2016.5.03.0112/MG - Belo Horizonte. Julgador: Juiz Márcio Toledo Gonçalves. **Pesquisa de Jurisprudência.** Sentença, 13 fev. 2017. Disponível em:http://pje.trt3.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=17013114275439000000038127039. Acesso em 9 de outubro de 2020.

BRASIL. 37ª. Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0011863-62.2016.5.03.0137/MG - Belo Horizonte. Julgador: Juiz Filipe de Souza Sickert. **Pesquisa de Jurisprudência.** Sentença, 30 jan.

2017. Disponível em: http://pje.trt3.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=17013014211510800000038030024. Acesso em: 9 de outubro de 2020.

BRASIL. 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° 0010575-88.2019.5.03.0003, Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdão, 09 setembro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/processo10575-8820195030003.pdf

CORMEN, Thomas H.; LEISERSON, Charles E.; RIVEST, Ronald L.; STEIN, Clifford. **Introduction to algorithms.** 3ed. Cambridge: The MIT Press, 2009.

COSTA, Márcia da Silva. **Reestruturação produtiva, sindicatos e a flexibilização das relações de trabalho no Brasil.** RAE eletrônica - Revista de Administração e Economia. vol. 2, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, jun-dez/2003.

COTRIM, Gilberto. **História e Consciência do Mundo** – 2º Grau. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do Trabalho e Mercosul: perspectivas para uma integração nacional apud SOARES, Alcidio. A flexibilização no direito do trabalho. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, p. 38.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16º edição. São Paulo: Ltr, 2017, p. 92-94

DORIGO, Gianpaolo; VICENTINO, Cláudio. **História Geral e do Brasil.** 1.ed. São Paulo: Scipione, 2010.

FONTES, Virgínia. **Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho**. **Revista Marx e o Marxismo**, v. 5, n. 8, p. 45-67, 2017.

FRANÇA, Sabrina. **Flexibilização e precarização das relações de trabalho: a urgência de um debate.** Revista Humanizas. Vol. 1. N.1. Alagoas: Universidade Federal de Alagoas, 2013.

KNAPIK, Márcia Carneiro. **O Trabalho Humano:** das sociedades comunais ao modo de produção feudal. Caderno 2 da série "História Social do Trabalho". 2ª edição. Curitiba. 2005. Disponível em: < http://www.cefuria.org.br/files/2012/08/cartilha2.pdf>. Acesso em: 08 de julho de 2020.

KREIN, José Dari. Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil: 1990-2005. 329 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007, p.25

MARX, Karl. **O Capital.** Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1971. v. 2. apud VICENTINO, Cláudio. História Geral: 2º grau. São Paulo: Scipione, 1997.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista.** 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 65.

MATTOS, Marcelo Badaró. **Trabalhadores e sindicatos no Brasil.** São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MATTOSO, J. **Tecnologia e emprego: uma relação conflituosa**. São Paulo em Perspectiva. Volume 14, n° 3 São Paulo. 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392000000300017&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 7 de outubro de 2020.

MELO, Sandro Nahmias. **Eu, algoritmo**. Revista Jota. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/eu-algoritmo-13032020. Acesso em 08 de outubro de 2020.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de Tecnologia**. 1ª Edição. São Paulo, Ed. Contraponto, 2005.

REIS, Daniela Muradas. **O Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010., p. 26

RIBEIRO, Luís Carlos. **Para filosofar**. São Paulo: Scipione, 2007.

ROSSO, Sadi dal. **Mais trabalho!: a intensificação do labor na sociedade contemporânea**. São Paulo: Boitempo, 2008.

ROSSO, Sadi Dal. **A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de Prometeu,** São Paulo: LTr, 1996.

SAVIANI, D. **O choque teórico da Politecnia. Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 1, 2003.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 1ª Ed., São Paulo. Edipro. 2016. p. 10-14.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. São Paulo: Elefante, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16 ed., vol.1. São Paulo: LTr. 1997.

SOLANO, ESTHER. **Uberismo e a total desumanização das relações trabalhistas**. Carta Capital. São Paulo, agosto, 2020. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/artigo/uberismo-e-a-total-desumanizacao-das-relacoes-trabalhistas. Acesso em: 09/10/2020.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. Ed. Scipione, São Paulo, 2011.

NOTAS:

[1] Jane Silva da Silveira, Bacharel em Estatística, Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil, Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Amazonas, domiciliada no Município de Itacoatiara – Amazonas

[2] Barros, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 45 e 46. Disponível em: https://www.academia.edu/29559255/_Curso_de_Direito_do_Trabalho_2016_Alice_Monteiro_de_Barros. Acesso em 25 de agosto de 2020.

[3] MARX, Karl. O Capital. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1971. v.2. apud VICENTINO, Cláudio. História Geral: 2º grau. São Paulo: Scipione, 1997.

[4] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. O manifesto comunista. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 65.

[5] REIS, Daniela Muradas. O Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 26

[6] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16º edição. São Paulo: Ltr, 2017, p. 92-93

[7] Princípio da Proteção: é a direção que norteia toda a razão da criação do Direito do Trabalho, no sentido de proteger a parte mais frágl na relação jurídica entre o capital e o trabalho - o trabalhador, que até a criação de normas especiais, se via desprotegido diante da superioridade e altivez do empregador.

[8] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16º edição. São Paulo: Ltr, 2017, p.94

[9] Schwab, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 14.

[10] DEDECCA, Claudio Salvadori. Flexibilidade e regulação de um mercado de trabalho precário: a experiência brasileira. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

[11] COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do Trabalho e Mercosul: perspectivas para uma integração nacional apud SOARES, Alcidio. A flexibilização no direito do trabalho. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, p. 38.

[12] MATTOS, Marcelo Badaró. Trabalhadores e sindicatos no Brasil. São Paulo: Expressão Popular, 2009

[13] KREIN, José Dari. Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil: 1990-2005. 329 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007, p.25

[14] ROSSO, Sadi dal. Mais trabalho!: a intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008. p.31.

[15] COSTA, Márcia da Silva. Reestruturação produtiva, sindicatos e a flexibilização das relações de trabalho no Brasil. RAE eletrônica - Revista de Administração e Economia. vol. 2, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, jun-dez/2003.

[16]ALVES, Giovanni. Dimensões da Precarização do Trabalho: Ensaios de Sociologia do Trabalho. 1 ed. Bauru, 2013.

[17] FRANÇA, Sabrina. Flexibilização e precarização das relações de trabalho: a urgência de um debate. Revista Humanizas. Vol. 1. N.1. Alagoas: Universidade Federal de Alagoas.

[18] ALVES, Giovanni. Dimensões da Precarização do Trabalho: Ensaios de Sociologia do Trabalho. 1 ed. Bauru: Canal 6, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[19] Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/images/ihu/apresentacoes_palestrantes/30_05_17_cesar_sanson_revolucao_4.0.pdf. Acesso em: 30 de setembro de 2020.

[20] Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2020/07/entregadores-e-motoristas-de-apps-denunciam-falhas-no-pagamento-de-licencas-por-covid-19/. Acesso em 09/10/2020.

[21] Relatório Parcial de Pesquisa. ABÍLIO, Ludmila. C.; ALMEIDA, Paula. F.; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana. C. M.; FONSECA, Vanessa. P.; KALIL, Renan. B.; MACHADO, Sidnei. Condições de trabalho em empresas de plataforma digital: os entregadores por aplicativo durante a Covid-19. São Paulo: REMIR, 2020. 11 p. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1KCFsMU7Z7_sfB3w_5sJSWlG2aztjl7J8/view. Acesso em 09 de outubro de 2020.

.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE DOS HONORÁRIOS PERICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

THYAGO BRAGA ALVES:
Bacharelando em Direito pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE MANAUS – CEULM

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

Resumo: A reforma trabalhista trouxe muitas mudanças significativas, outras nem tanto. Dividindo muitas opiniões é inegável a diminuição de número de ações trabalhistas desde do início de sua vigência. Mas se tratando do pagamento de honorários periciais a mudança foi mínima, uma vez que uma das partes ainda têm de arcar com os honorários. Discute-se ainda a interpretação de quem realmente cabe a responsabilidade dos honorários periciais, uma vez que a necessidade nasce quando o juiz requer um auxílio técnico e de conhecimento específico para a tomada de sua decisão. O presente estudo explicativo traz uma visão diferente a respeito desta despesa processual. Onde através de pesquisa à doutrinas, trabalhos científicos e sites renomados da área jurídica, busca o porquê e aprofunda a permanência do princípio da sucumbência.

Palavras-chave: Sucumbência, honorários periciais, reforma trabalhista.

Abstract: Labor reform brought many significant changes, others less so. Dividing many opinions, it is undeniable that the number of labor claims decreased since the beginning of its effectiveness. However, when it comes to the payment of expert fees, the change was minimal, since one of the parties still has to pay the fees. The interpretation of who is responsible for the expert fees is also discussed, since the need arises when the judge requires technical assistance with specific knowledge to make his decision. The present explanatory study brings a different view regarding this procedural expense where, through research on doctrines, scientific works and renowned sites in the legal area, it seeks the reason and deepens the permanence of the principle of succumbence.

Keywords: Succumbence, expert fees, labor reform.

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. Os honorários periciais. 2.1. O pagamento dos honorários antes da reforma trabalhista. 2.2. As mudanças da reforma trabalhista sobre os honorários periciais. 3. A responsabilidade dos honorários periciais. 4. Conclusão. *Referências*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº13.467/2017, mais conhecida como reforma trabalhista trouxe muitas mudanças, dividindo opiniões, algumas mudanças mesmo que significativas, permaneceram com a base de alguns princípios.

Uma dessas mudanças é referente aos honorários periciais, antes da reforma trabalhista os honorários periciais eram da responsabilidade da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, e se ela fosse beneficiária da justiça gratuita a união era quem arcava com o pagamento dos honorários.

Após a reforma, o princípio da sucumbência permanece, a diferença é que mesmo se a parte for beneficiária da justiça gratuita ela continuará com a responsabilidade de arcar com os honorários periciais. Mas, só realmente arcará se caso tenha algum ganho econômico decorrente do processo, se não a união responderá pelo encargo.

Muitos defendem que a reforma trabalhista veio para beneficiar os empresários, mas na realidade não é bem assim.

Na prática, a responsabilidade de quem deve pagar os honorários periciais não é tão justa assim com a aplicação do princípio da sucumbência.

Uma vez que a necessidade de conhecimento técnico e especifico vem do responsável pelo julgamento da demanda para que tenha propriedade maior sobre sua decisão, por que o pagamento deste profissional tem que recair para qualquer uma das partes que já foi em busca da Justiça.

Desta forma, o presente estudo trará uma forma diferente de analisar a responsabilidade dos honorários periciais, a aplicação do princípio da sucumbência e uma atenção maior para esse procedimento de perícia em grande parte dos processos da justiça do trabalho.

Apontando ao final do trabalho uma alternativa justa para ambas as partes que se sentem lesadas sejam por seus profissionais ou por seus empregadores.

2. OS HONORÁRIOS PERICIAIS

Dentre os meios de prova legalmente previstos, destaca-se a pericial, devido sua natureza técnica ou científica e a maior complexidade que geralmente gira no seu entorno, que poderá ser para constatar uma doença ocupacional, do trabalho, verificação do ambiente do trabalho, dentre outros. Que exigirá que o magistrado

seja auxiliado por um perito técnico de sua confiança. O qual fará o desfecho para a garantia dos direitos provocados.

Conforme o artigo 156 do Código de Processo Civil: "O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico."

Mas, quando se é solicitado pelo magistrado um profissional para a realização da perícia no processo, é devido à ele os honorários periciais, que nada mais é que o pagamento pelos seus serviços, gerando uma espécie de despesa processual.

Nem todas as ações na Justiça do Trabalho precisam passar por perícia, mas a demanda desse tipo de serviço para a Justiça do Trabalho é bem significativa, fazendo com que o perito também participe da tramitação do processo e receba seus honorários assim como os advogados recebem os deles, mas os honorários do perito não tem qualquer relação com os honorários advocatícios.

2.1 O pagamento dos honorários antes da reforma trabalhista

Antes da Reforma Trabalhista entrar em vigor, o artigo 790-B da CLT que foi incluída pela Lei n° 10.537/2002, afirmava que os pagamentos dos honorários periciais seriam cobertos pela parte sucumbente no objeto que se pretendia da perícia, entretanto prévia exceção se caso a parte fosse beneficiada da justiça gratuita.

Até então o Art. 790-B da CLT estava em total conformidade com o que prevê a Constituição Federal que resguarda o livre acesso à justiça e o Art.9º da Lei n°1.060/50 que beneficia a gratuidade da justiça do início ao fim do processo.

Ou seja, ainda que o reclamante por exemplo tenha perdido no pedido que provocou a perícia, se o mesmo for beneficiário da Justiça Gratuita a União arcará com os honorários periciais, em conformidade com a Súmula nº 457 do TST:

> **HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1 com nova redação) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014**
>
> A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

Bastasse que o trabalhador fosse beneficiário da Justiça gratuita para que o direito à isenção ao pagamento dos honorários periciais fosse aplicado, sem que houvesse qualquer prejuízo pessoal pois eram suportados pela União, ainda que recebesse algum ganho econômico do processo.

Antes da reforma se o reclamante fosse beneficiário da Justiça gratuita e se esse tivesse algum ganho, a reclamada que maioria das vezes são empresas deveriam arcar com os honorários periciais e com o valor sentenciado ao final do processo, mas se caso a perícia não comprovasse o objeto da ação do reclamante, este ainda não arcaria com nada pois a União pagaria os valores dos honorários periciais.

O que prejudicava muito a parte reclamada pois havia um padrão de juízes de solicitação a antecipação do pagamento dos honorários periciais quando não se tinha o resultado da perícia, desconhecendo o resultado a empresa pagava por algo que talvez fosse vencedora na perícia.

No processo de devolução desses valores pagos não funcionava na mesma velocidade de pagamento, e nos casos de sucumbência ser do reclamante beneficiário da justiça gratuita, mais difícil ainda era o processo de reaver os valores pagos, uma vez que a responsabilidade era da União e a liberação estava condicionada à receita dos Tribunais, onde o pagamento não tinha um tempo determinado pois dependia de orçamento para isso.

O acesso à Justiça deveria ser justo, como ensina Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2009) afirmando que "a vitória processual de quem tem razão deixaria de ser integral quando tivesse de suportar gastos para vencer", o que independentemente da situação econômica da empresa, para comprovar sua ausência de culpa tinha de arcar com muito ainda que a sentença fosse favorável.

2.2 As mudanças da Reforma Trabalhista sobre os honorários periciais

A Lei n° 13.467/17 mais conhecida como "reforma trabalhista" trouxe poucas mudanças significativas referentes aos honorários periciais, uma vez que beneficiou mais o estado do que as partes.

Vemos assim como ficou o Art. 790-B com a nova redação, que dispõe que:

> **Art. 790-B.** A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> **§ 1°** Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> **§ 2°** O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> **§ 3°** O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> **§ 4°** Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

A aplicação do princípio da sucumbência permaneceu, recaindo os pagamentos dos honorários periciais para a parte perdedora do objeto da perícia, e se esta, ainda que seja beneficiária de justiça gratuita, permanece responsável pelo pagamento dos honorários perícias.

O §4° do referente artigo nos traz que a parte beneficiada pela justiça gratuita arcará com os pagamentos dos honorários periciais, se receber algum ganho econômico do processo ou em qualquer outra ação judicial, que seja suficiente para arcar com o valor do honorário. Somente se a parte não receber valores suficiente, a União arcará com o pagamento do referente valor.

Outras mudanças importantes são a do §1° e §3° na qual um determina que se deve fixar o valor que será pago ao perito e no outro passa a proibir que se faça depósito prévio dos honorários periciais, passando a beneficiar ambas as partes. Entretanto, a celeridade que a justiça busca, passa a ser difícil de se aplicar, uma vez que o perito só receberá no final do processo que pode durar anos, e com a possibilidade do valor fixado ser menor que o pretendido, o que é esperado de alguns profissionais não aceitarem mais realizar esse tipo de serviço, desacelerando o andamento do processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3. A RESPONSABILIDADE DOS HONORÁRIOS PERICIAIS

O trabalho do perito é requisitado pelos juízes, com a intenção de apontar a existência de grau, natureza e causa de lesões físicas ou mentais de trabalhadores que recorrem à Justiça do Trabalho, na tentativa da reparação de danos sofridos sob a responsabilidade direta ou indireta de seus empregadores sendo o perito escolhido pela vara na qual o processo foi designado. O objetivo é que, ao avaliar a condição de saúde do trabalhador, o perito tenha informações suficientes para determinar a gravidade da ocorrência e as motivações que a causaram, dando ao juiz responsável pelo julgamento melhores condições de deliberar sobre o processo.

Assim, ocorrerá a perícia judicial com o perito nomeado como representante da justiça. Da mesma forma cada parte poderá ter um representante na perícia médica denominado assistente técnico, que preferencialmente terá formação profissional igual à do perito, mas nem sempre devido às condições das partes é possível que tenham um assistente técnico. Os detentores do conhecimento técnico (perito e assistentes) têm um papel essencial, especialmente porque trazem informações entre as partes e para convencimento do juiz, onde o perito será responsável pelo laudo pericial e os assistentes para elaboração das manifestações concordando ou discordando do laudo.

Agora que ficou claro quem provoca a necessidade de perito, o seu trabalho e o que compõe a perícia, analisaremos alguns pontos sobre suas despesas.

A Reforma Trabalhista não trouxe algo novo para o processo trabalhista. A lei já determina quem deve pagar os honorários periciais independente de quem a requer, que sempre será a parte sucumbente, e em caso de beneficiário de justiça gratuita sem nenhum ganho econômico processual passa a União ser responsável pelo valor.

O princípio da sucumbência, atribui à parte vencida o pagamento de todos os gastos decorrentes da atividade processual. Assim nos ensina Elpídio Donizetti (DONIZETTI, 2019) que "A adoção do princípio da sucumbência busca assegurar àquele que teve seu direito violado a mesma situação econômica que teria se não tivesse sido ajuizada a demanda".

Nesse sentido, a parte que foi beneficiada com justiça gratuita, que busca o judiciário porque busca alguma reparação ao dano sofrido pelo trabalho não deveria ter que arcar com os honorários perícias com os créditos adquiridos no processo, é ferir a constituição que em seu art. 5°, LXXIV afirma que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Reforçando nesse sentido, o enunciado n°100 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

> É inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, §4°, e 790-B, §4°, da CLT, com a redação dada pela Lei n° 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado, e à proteção do salário (art. 5°, LXXIV e 7°, X, da Constituição Federal).

Em grande parte dos processos trabalhistas são os reclamantes que são beneficiários de justiça gratuita, e as empresas como reclamadas são as partes sucumbentes do objeto da perícia. Mas nem à elas deveria recair a responsabilidade de pagar os honorários periciais.

O direito de acesso à justiça é uma garantia constitucional e fundamental de todos no qual deveria ser preservado. É nesta linha que o direito de não ter de pagar por algo que não requereu por razão de desigualdade econômica ou social ou qualquer outra circunstância deveria ser aplicada. O direito de acesso à justiça à todos deve ser resguardado, assim como todos os desdobramentos do processo devem ser iguais para uma sentença justa de responsabilização.

É o que Cintra, Grinover e Dinamarco nos ensina:

> A pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve [..] em acesso à ordem jurídica justa. (2010, p.39-40).

Ora, é através da necessidade do juiz de melhores esclarecimentos sobre as alegações de trabalhadores que nasce a solicitação de perícia, porque cabe aos empregadores quanto parte reclamada pagar pelo princípio da sucumbência?

Essa é uma situação no qual o Princípio da Sucumbência não é apto a explicar o motivo pelo qual a parte tem a responsabilidade de arcar com os custos do processo, evidencia que fica clara nesses casos onde nenhuma das partes mesmo que vencidas devem arcar com qualquer pagamento referente aos honorários periciais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As partes para que tenham direito a manifestação categórica ao laudo pericial deverão cada um arcar com um assistente técnico, onde acompanharão a perícia e após o laudo técnico do perito, poderão se manifestar sobre o laudo. Laudo esse que integrará ao julgamento do Juiz.

Ou seja, além de arcar com assistente técnico para poder ter alguma voz sobre o laudo, a parte que sucumbiu sobre o objeto da perícia arcará com os honorários do perito e muito provavelmente terá que também arcar com o que lhe for sentenciado ao final do processo.

Nesse sentido Cintra, Grinover e Dinamarco também nos ensina que:

> Um processo efetivo é aquele que se propõe a eliminar os conflitos e fazer justiça, buscando superar os óbices que ameaçavam a "boa qualidade de seu produto final".
>
> [...]
>
> É preciso eliminar as dificuldade econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas a litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, ins. LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.40).

Nenhuma parte seja ela beneficiada de justiça gratuita ou não deverá deixar se ser igualmente ouvida, ou utilizar de qualquer meio para comprovar suas alegações. Assim como para que consiga comprovar tenha de ter custos absurdos.

4. CONCLUSÃO

Como apresentado, este estudo se propôs a explicar e aprofundar as alterações feitas referente aos honorários periciais e trazer uma visão diferente sobre a responsabilidade de quem deve pagá-los.

A Reforma Trabalhista veio para trazer mudanças significativas, objetivando melhorar e filtrar as futuras reclamatórias após sua vigência.

Mas em meio a tantas mudanças, as mudanças referentes aos honorários perícias, foram mínimas, uma vez que não beneficia nenhuma das partes que

participa do andamento do processo. Sem refletir sobre as possíveis consequências sociais e jurídicas no âmbito do direito processual do trabalho.

O direito do trabalho não deveria beneficiar somente os trabalhadores, nem seus empregadores. A Justiça do Trabalho, como o nome já diz "Justiça", deveria ser o meio legal que deveria trazer equilíbrio e meios justo de resolução para conflitos, que vão além da capacidade das relações de trabalho.

Por fim, os honorários perícias deveriam ser de responsabilidade da justiça do trabalho, uma vez que as custas judiciais estão cada vez mais caras e a prova pericial integra como método para as soluções dos conflitos sociais derivados da relação de trabalho, partindo daí a necessidade do juiz formular seu convencimento e consequentemente sentenciar seus processos o mais próximo da justiça possível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional n° 107. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 21 de setembro de 2020.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. 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. Brasília, DF, 14 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2020.

CINTRA, Antonio de Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

SCHIAVI, Mauro, Manual de Direito Processual do Trabalho – 2ª ed. – São Paulo: LTR, 2009.

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. — 1. ed. — São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 85.

JOTA, Leandro Fernandez. Honorários periciais na reforma trabalhista e a IN n.º 41/18 do TST. Disponívem em: <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2018/09/13/honorarios-periciais-na-reforma-trabalhista-e-a-in-n-o-41-18-do-tst>. Acesso em:31 de agosto de 2020.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; SENA, Kamilla Rafaelly Rocha da Sena; MAIA, Juliana do Monte. Honorários periciais na reforma trabalhista - Novos paradigmas. Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/934/93458829006/html/index.html>. Acesso em: 31 de agosto de 2020.

AVEZUM, Luís Renato. Princípio da Causalidade x Princípio da Sucumbência: A necessária distinção para a necessário complementação. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/principio-da-causalidade-x-principio-da-sucumbencia-a-necessaria-distincao-para-a-necessaria-complementacao-1> Acesso em: 31 de agosto de 2020.

FUHRMANN, Rafaela. Justiça gratuita e honorários periciais na Justiça do Trabalho. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/justica-gratuita-honorarios-periciais/>. Acesso em: 31 de agosto de 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil, São Paulo: Atlas, 2019.

NOTA:

[1]Bacharel em Direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA DA FORÇA AÉREA BRASILEIRA: COMPRA GOVERNAMENTAL INTERNACIONAL

THIAGO DOS SANTOS DIAS: Advogado e professor, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014). Especialista em Direito Ambiental, Direito Constitucional e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Tem experiência na área de Direito Público, especialmente Direito Internacional Público e Direito Constitucional. É autor do livro "O G-4 e a Reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas: o Brasil na ONU".

RESUMO: Este artigo tem a intenção de explanar, ainda que de forma breve, o conceito de transferência de tecnologia à luz do ordenamento jurídico brasileiro e observar como os contratos de *offset,* como se convenciona denominar na nomenclatura internacional, são concretizados seguindo as regras da Administração Pública brasileira e as normativas de Direito Internacional Público como impõem os compromissos acordados junto à Organização Mundial do Comércio em tema de compras governamentais, especialmente sua aplicação no *case* da escolha dos caças da Força Aérea Sueca – Gripen. Inicialmente traremos ao artigo as conceituações jurídicas conforme o Direito Privado, com as denominações próprias emprestadas do Direito Empresarial, sem as quais não seria possível apresentar a definição específica do instrumento cabível e típico nos contratos de transferência de tecnologia, no caso o *know-how,* possibilitando ao leitor tomar notas do tema e o conjugar com as regras de Direito Administrativo pertinentes à República Federativa do Brasil que vincularam a Força Aérea na celebração do acordo de transferência de tecnologia.

Palavras-chave: Transferência de tecnologia.Direito Administrativo. Desenvolvimento.

ABSTRACT: This paper intends to explain, albeit briefly, the concept of technology transfer in the Brazilian legal system and to observe how offset contracts, as it is conventionally called in the international nomenclature, are implemented following the rules of Public Administration Brazilian Law and the rules of International Law as required by the commitments agreed with the World Trade Organization on government procurement, especially its application in the case of the choice of Swedish Air Force fighters - Gripen. Initially, we will bring to the paper legal concepts according to Private Law, with their own names borrowed from Business Law, without which it would not be possible to present the specific definition of the applicable and typical instrument in technology transfer contracts, in this case know-how, allowing

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

the reader to take notes on the topic and to combine it with the rules of Administrative Law pertinent to the Federative Republic of Brazil that bind the Air Force in the conclusion of the technology transfer agreement.

Keywords: Technology transfer. Administrative Law. Development.

Sumário: Introdução. 1. Transferência de Tecnologia. 2. Licitações e a Transferência de Tecnologia. 2.1. A Licitação Internacional das aeronaves de combate Gripen. 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Neste mês de setembro de 2020 em que a Organização das Nações Unidas comemora seu septuagésimo quinto ano de existência e de encontros anuais a partir da Assembleia-Geral reunida e aberta pelo Brasil seguindo uma tradição diplomática resultante da importância do país no mundo[1], o país recebe no porto de Navegantes, Santa Catarina, a primeira aeronave de combate F-39E Gripen adquirida em contrato de transferência de tecnologia do governo sueco e da empresa SAAB, concretizando os primeiros passos rumo à autossuficiência tecnológica em questão de aeronaves de combate a jato, os caças da Força Aérea.

O artigo visa trazer ao leitor a partir do método descritivo e de pesquisa bibliográfica as características do modelo de contrato celebrado, qual seja, de transferência de tecnologia ou contratos de *offset,* dentro de uma perspectiva do Direito Empresarial e da teoria dos contratos, porém abrangendo e mirando nas regras de Direito Administrativo que são específicas ao contrato em análise em razão da observância vinculada ao mandamento constitucional da realização de licitação.

Ademais do cumprimento do mandamento, também o Brasil deve observar como realmente o fez no caso em tela a primazia do desenvolvimento nacional, objetivo assegurado no artigo 3º da Constituição Federal, sempre à mente com as regras da Administração Pública e os compromissos do Direito Internacional – não se pode ignorar que o Brasil nas várias rodadas de negociação do comércio internacional se comprometeu com acordos em tema de compras governamentais - junto à Organização Mundial do Comércio.

Sob uma perspectiva internacional e de pactos de segurança e defesa, ainda assim precisamos tratar do Direito Privado com o necessário zelo, pois mesmo que estejamos a falar de Direito Internacional, Soberania ou Guerra, são as relações comerciais que unem o mundo em tempos de paz. Sendo que à luz da teoria dos contratos empresariais nos socorreremos para colocar em foco os contratos de transferência de tecnologia, e a especificidade do *know-how,* e prosseguindo ao rito

típico das licitações, enfaticamente a licitação internacional que possibilitou a aquisição de um verdadeiro pacote de Defesa e Soberania: a compra da tecnologia e a permissão de desenvolvimento de 34 caças Gripen e a segurança do desenvolvimento de um parque tecnológico no Brasil com vistas à independência na tecnologia de fabricação de caças de combate no Brasil em parceria com a Embraer.

1. A Transferência de Tecnologia

Tópico correlato à teoria dos contratos empresariais, mas que é diverso no caso em tela como será explanado, a transferência de tecnologia está estritamente vinculada ao desenvolvimento nacional e às concepções de economia nacional de modo umbilical ao desenvolvimento industrial e, consequentemente, às dificuldades que muitos países possuem em desenvolver parques tecnológicos próprios e se tornarem independentes de deveres como *royalties* e direitos de uso e compensação de tecnologia estrangeira. A pesquisa, elaboração e, *ab initio* a escolha de um *asset* a investir compreende o desejo de independência nacional em determinadas tecnologias e recursos que podem estar diretamente ou indiretamente conectados ao interesse nacional.

A pesquisa e desenvolvimento de um potencial tecnológico de um país traz em seu bojo tanto o desejo de independência tecnológico quanto a autonomia nas decisões em relação ao bem tecnologicamente e sua utilização. Quando o país não dá o primeiro salto do *big bang* tecnológico abrindo um primeiro éden tecnológico, faz-se necessário que uma determinada tecnologia seja adquirida mediante outras formas, podendo ser através do conhecimento adquirido pelo aprendizado das fontes primárias ou pela contratação de conhecimento alternativo - em regra estrangeiro quando falamos em Estados soberanos - para fins de suprir a demanda interna deste país.

O Direito Empresarial e a Economia nos apresentam através da incorporação de inovações tecnológicas uma multiplicidade de argumentos acerca da imperiosa expansão de volume físico da produção que permite suprir a demanda crescente de produtos. Forçosamente, aliás, é imprescindível lograr um conhecimento dos fatores que condicionam o processo de modernização tecnológica das economias em desenvolvimento sem deixar de discorrer sobre uma perspectiva ampla destas economias, de suas características fundamentais e experiência de desenvolvimento como também de suas tendências e metas futuras.

Não há que se ignorar que os contratos de transferência de tecnologia estão presentes não só no dia-a-dia de muitas empresas, mas também no de muitas entidades estatais, sendo não só uma questão de economia, mas também de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

segurança, saúde etc. Como leciona Sílvio Venosa (2011), sob a denominação genérica de transferência de tecnologia,reúnem-se as mais diferentes figuras contratuais, não raro com características específicas, em que o objeto principal é o conhecimento tecnológico facultado de um sujeito a outro, para que este último o explore empresarialmente. Cuidam-se de direitos intelectuais, bens materiais ou imateriais. O negócio jurídico, em si, é valorado por *royalties*, que serão pagos ao detentor originário da tecnologia, geralmente cedente.

Por se tratarem de contratos geralmente atípicos não há uma nomenclatura dos vários contratos que abrangem a dita transferência de tecnologia, bem como estes acabam muitas vezes aparecendo de formas mistas, combinadas entre si. Podemos citar como exemplos: contrato de *know-how*, contrato de licença, contrato de assistência técnica, bem como os acordos de compensação e *offset* mais tradicionais no setor de Defesa e Segurança Nacional.

Mesmo que atípicos, os contratos de transferência de tecnologia apresentam algumas características uníssonas tais como a limitação do uso da tecnologia, a temporariedade da cessão ou sua definitividade e as obrigações do cedente e cessionário.

Outrossim, a transferência de tecnologia pode ser privada ou pública, quando privada poderemos tratar de *contrato de transferência de tecnologia*, enquanto que nas relações de direito público poderemos nos deparar com tratados internacionais, sendo um dos casos mais famosos o famoso *Lend and Lease Act* dos Estados Unidos que permitiu ao Brasil se equipar belicamente durante a Segunda Guerra Mundial, como lecionam Cervo e Bueno sobre o tratado e a formação da Força Aérea Brasileira no período:

> **"Uma vez criado o Ministério da Aeronáutica, em 20 de janeiro de 1941, cuidou-se da modernização da Força Aérea Brasileira (FAB). (...) Os Estados Unidos forneceram, também, aviões de instrução, no âmbito do *Lend-Lease* no decurso dos anos de 1942, 1943 e 1944."[2]** (Grifo nosso).

Podemos apontar que a transferência de tecnologia pode ser simples, sendo o melhor caso o know-*how,* em que não se fala em transmissão de mais outras informações, apenas a tecnologia objeto da avença. De outro lado, existe a possibilidade de transferência de tecnologia conjugada a outros direitos, o que parece ter ocorrido em vários casos de desenvolvimento tecnológico brasileiro como é o caso do Acordo Nuclear de 27 de junho de 1975 assinado em Bonn, Alemanha Ocidental, que resultou nos primeiros passos para a independência energética

brasileira e o desenvolvimento de um verdadeiro programa nuclear para fins energéticos e científicos[3].

A legislação brasileira sobre desenvolvimento tecnológico trouxe a matéria com a criação da autarquia INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) ao regular o tema da transferência de tecnologia e prever uma série de regras, entre as quais o Ato Normativo nº 15/75 impôs que os contratos em tela fossem averbados contratos no INPI com vistas a dar "eficácia perante terceiros", "legitimar os pagamentos internos e internacionais, permitindo a agilização fiscal" e "comprovar a exploração efetiva da patente ou o uso efetivo da marca no país".

O *know how* é o instrumento que adjetiva a transferência de tecnologia, caracteriza determinadas avenças, permite qualificar a transferência de tecnologia em quando falamos em tecnologia altamente restrita e de Defesa estamos em verdade falando em essência sigilosa do tratado que estabelecerá os deveres e direitos entre cedente da tecnologia e o cessionário. O *know-how* nos contratos e tratados de Defesa ganham ainda mais importância pois submetem os envolvidos a compromissos gravosos que afetam a soberania das suas ações. Basta imaginar que se o Brasil, detentor de alguma tecnologia estadunidense, e.g., vendesse determinada tecnologia inicialmente adquirida dos EUA a um país alvo das sanções desse estaria rompendo o convencionado e sujeito também a sanções que poderiam afetar gravemente a economia nacional.

O *Know-how,* devemos apontar, é diverso da assistência técnica em razão da natureza das atividades, sendo que o primeiro se dá com a tradição do bem imaterial, incluindo o que pode ter de mais sigiloso na tecnologia, já no segundo se fala somente em prestação de serviços.

Sobre o assunto, Akira Chinen aponta a tecnologia como "mercadoria diferente das demais em sua forma, por ser impalpável e não visível; é algo que existe só no domínio das ideias e sem base material"[4].

Hoje, o avanço tecnológico é sinônimo de desenvolvimento econômico. É o que separa os países periféricos das superpotências industriais. É o que separara as empresas modernas das condenadas à superação e falência. O desigual domínio internacional de a tecnologia poder ser refletido em 85% das patentes de invenção apresentadas no mundo provém dos países altamente industrializados, enquanto que menos de 20% originavam-se de países em desenvolvimento. Uma vertente econômica, porém, considera que países em desenvolvimento devem comprar das nações mais avançadas tecnologias necessárias ao seu progresso em um nítido caso de teoria ricardiana. O argumento utilizado é o de que a pesquisa e o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desenvolvimento da tecnologia tem um custo muito alto e correm o risco de ficaram superados por outros concorrentes, antes mesmo de sua conclusão ou implantação.

Como segredo absoluto de fábrica, restrito a um número limitado de pessoas, nem sempre o know-how industrial fica imune à quebra de sigilo e de proteção. São vários os exemplos de espionagem internacional, relacionados a novos armamentos, arsenais nucleares e convencionais, poderio ofensivo, instalações ou estratégias militares.

2.Licitações e a Transferência de Tecnologia

Como já exposto, para que uma empresa disponha de tecnologia adequada a seus processos produtivos, existem dois caminhos possíveis: obtê-la por meios próprios ou adquiri-la de terceiros. A opção por um ou outro dependerá de uma série de fatores cujo exame excede, em muito, os objetivos do presente estudo. Contudo, entre os principiais fatores que, na prática empresarial, costumam ter peso considerável, podem ser citados: os recursos econômicos e humanos da empresa; o setor industrial em que sua atividade é desenvolvida; e o ambiente socioeconômico, político e cultural em que a empresa exerce sua atividade.

De qualquer maneira, a transferência de tecnologia implica na transmissão ou no intercâmbio entre dois ou mais sujeitos. A transferência pressupõe, de um lado, a existência de um controlador da tecnologia e, de outro, de um dependente que carece dessa tecnologia e a necessita. Portanto, a transferência de tecnologia compreende, na realidade, as operações de aquisição e de disponibilidade.

Contemplada pelas perspectivas do concedente e do adquirente, costuma-se atribuir à transferência de tecnologia uma série de benefícios para ambos. Para o receptor ou adquirente, se destacam como principais benefícios a aquisição de tecnologia que permita uma competitividade maior no mercado e a complementação de seus próprios programas de desenvolvimento, além de atrair novos mercados. Para o concedente há grandes benefícios receber direitos (*royalties*) pela transferência de tecnologia e obter rentabilidade por uma tecnologia ainda inexplorada, etc.

Destarte, em razão de sua importância, em especial quando se trata de importação, é tradicionalmente vista pelo poder público como uma atividade que importa certos riscos que podem ser evitados mediante um sistema de proteção e controle. Entre esses riscos destacam-se o pagamento de preços e *royalties* excessivos, com remessa de divisas para o estrangeiro, a aquisição de tecnologia obsoleta ou inadequada e, sobretudo, o risco de subordinar a economia do país às grandes potências ou aos complexos industriais multinacionais. Tudo isto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

levou a que a Administração Pública, especialmente dos países importadores de tecnologia, assumisse um papel de guardiã da ordem econômica, com a finalidade de restabelecer o equilíbrio através do apoio à parte mais fraca.

Uma das primeiras manifestações da política pública de controle em questões de transferência de tecnologia foi a Decisão no. 24 (de 31 de dezembro de 1970) da Comissão do Acordo de Cartagena que estabelecia que todo contrato de importação de tecnologia e sobre patentes e marcas, deveria ser examinado e submetido à aprovação do organismo competente do respectivo País Membro. No Brasil, o título VI da Lei de Propriedade Industrial de 1996, também prevê um certo grau de intervenção do INPI em relação às operações de transferência de tecnologia.

Entretanto, como no *case* tratado no trabalho, quando a Administração Pública busca adquirir transferência de tecnologia deve seguir um *iter* diferenciado do seguido pelas demais pessoas jurídicas, isso se dá em razão da Administração Pública se reger por outros princípios, como a Legalidade estrita, competindo, portanto, à Administração Pública fazer apenas o que lhe for estipulado por Lei, além de seguir às normas de contrato público.

2.1. A Licitação Internacional das aeronaves de combate Gripen

Ao tratarmos de uma compra de material com transferência de tecnologia realizada pela Administração Pública, em razão do Princípio da Igualdade e do disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, além da Lei 8.666/93, que disciplinam o tema, nos colocamos em seara eminentemente pública, diferenciando, portanto, das outras formas do direito privado e sua autonomia. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro[5], podemos nos ater aos princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da legalidade, impessoalidade e moralidade, não excluindo outros princípios de Direito Administrativo.

O *case* retratado no trabalho é de compra de aviões de caças e a transferência de tecnologia, tal aquisição se dá por compra, a qual se exige licitação, pois a compra se destina à União, mais especificamente à Força Aérea Brasileira. Sua obrigatoriedade se encontra no artigo 2º. da Lei 8.666/93 que exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões de serviço público. Entretanto, em conseqüência da busca por aparelhos de defesa com alta tecnologia não existente no país, viu-se o Brasil obrigado a realizar licitação internacional, portanto possuindo características diferenciadas.

A Lei 8.666/93 impõe entre as modalidades de licitação, a concorrência, que será obrigatória como segue:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:**
>
> **(...)**
>
> **§ 3o A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.** (Grifo nosso).

A decisão de compra que resultou nesta grande licitação internacional remonta aos anos 1990, ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso - mas mesmo no período liberal de Collor - já se debatia a necessidade de modernização da FAB, que contava com seus caças Mirage, AMX A-1 e F-5 em começo de deterioração e com aumento de custos de manutenção que eram sabidos que se tornariam excessivos após mais algumas décadas.

O Projeto FX, antecessor do Programa de Aquisição dos Caças Gripen, ocorreria como é da natureza das licitações internacionais previstas na Lei de Licitações e Contratos, ocorrendo a abertura da licitação, com o recebimento dos documentos de habilitação, posteriormente sua abertura com as propostas dos já habilitados, ao que se seguiria a verificação de cada proposta com a avaliação dos projetos mais adequados ao interesse nacional e, por fim, a contratação da empresa vencedora com a homologação e adjudicação do objeto licitado, como rege a Lei 8.666/93.

O projeto à época foi afastado ou postergado em razão da crise econômica e das reformas que o país atravessava, enquanto que coube à FAB continuar os estudos e que decidiram pela reformulação do projeto, mas com a aquisição de tecnologia suficiente que permitisse ao país ter o controle e autonomia de desenvolver melhores aeronaves considerando as dimensões continentais e o interesse na América do Sul.

Somente no fim dos anos 2000 que o projeto foi retomado, agora com a alcunha de FX-2 e no propósito amplo de compra do pacote como um todo, aeronave e tecnologia, com preferência na licitação ao licitante que ofertasse maior tecnologia. A retomada do projeto confluiu com a publicação da Estratégia Nacional

de Defesa e a reformulação dos objetivos de Defesa do Brasil, como explicitou o Embaixador Celso Amorim, à época da escolha dos Caças Gripen Ministro da Defesa:

> **"Forças Armadas bem aparelhadas e adestradas minimizam a possibilidade de** agressões**, permitindo que a política de defesa contribua decisivamente com a política externa voltada para a paz e o desenvolvimento"[6]** (Grifo nosso).

A legislação mais concernente ao tema por mais que possa parecer ser a Lei 8.666/93 em verdade é a Lei 12.598 de 2012, especial em relação àquela, que dispõe *inter alia:*

> **Art. 1º Esta Lei estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa e dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa.**
>
> **Parágrafo único. Subordinam-se ao regime especial de compras, de contratações de produtos, de sistemas de defesa, e de desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e privadas, as sociedades de economia mista, os órgãos e as entidades públicas fabricantes de produtos de defesa e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.**
>
> **Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são considerados:**
>
> **I - Produto de Defesa - PRODE - todo bem, serviço, obra ou informação, inclusive armamentos, munições, meios de transporte e de comunicações, fardamentos e materiais de uso individual e coletivo utilizados nas atividades finalísticas de defesa, com exceção daqueles de uso administrativo;**
>
> **II - Produto Estratégico de Defesa - PED - todo Prode que, pelo conteúdo tecnológico, pela dificuldade de obtenção ou pela imprescindibilidade, seja de interesse estratégico para a defesa nacional, tais como:**
>
> **a) recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais;**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **b) serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico;**
>
> **c) equipamentos e serviços técnicos especializados para as áreas de informação e de inteligência;** (Grifo nosso).

Desta maneira há um contrato internacional visando à aquisição de material de defesa conjunto com transferência de tecnologia, com o objetivo posterior de explorar, manter, adaptar tais tecnologias, principalmente em área sensível como a de Defesa.

Foram requisitos mais destacados para a licitação internacional de compra de caças e transferência de tecnologia:

- habilitação de documentos, com autenticação consular e tradução por tradutor juramentado;

- foro de eleição, que será a sede da Administração Pública;

- diretrizes de política monetária do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central;

- modalidade de concorrência;

- divulgação pública ampla, objetivando dar conhecimento às empresas;

- respeito às normas da OMC, em especial quanto ao tema "segurança", além de observância das normas emanadas das organizações internacionais.

O procedimento da concorrência, apropriado em razão do valor, compreende as seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. Portanto, a futura compra dos aviões caças e da transferência de tecnologia deverá seguir, em geral, as normas legais apropriadas já citadas, porém, em razão do sigilo da matéria, segurança nacional, tais procedimentos se dão em certo sigilo, existindo publicidade em quase todos os procedimentos, ressalvados os casos que possam afetar a segurança nacional.

3. Conclusão

Nos comemorativos dos 75 anos de Organização das Nações Unidas o Brasil recebe a primeira aeronave Gripen E de um total de 36, o que pode parecer pouco pacífico ou sinal de uma concentração típica de país que planeja atos bélicos. Ocorre que a compra internacional mediante transferência de tecnologia dos caças no projeto F-X2 tem o objetivo de consagrar a tradição pacífica do Brasil, à luz do artigo

4º da Constituição Federal de 1988 que resguarda a paz e a cooperação na América Latina.

A aquisição das aeronaves vem no bojo da Estratégia Nacional de Defesa que visa proteger o país e o preparar para realizar atos dissuasórios em uma eventual ameaça. Basta ver que o país não programou a compra de mais 100 aeronaves de combate como faria qualquer outro país com as dimensões continentais do Brasil. Fez-se, pelo contrário, uma opção pelo possível e bom, conseguimos realizar uma licitação internacional com transferência de tecnologia, ao menos parcial, que permitiu ao Ministério da Defesa resguardar seus outros tantos valiosos projetos e que não drenou o orçamento nacional como um todo, em que pese a crítica de parcela da imprensa.

É digno de nota que a moralidade administrativa e a proporcionalidade combinadas com a estrita legalidade e o mandamento constitucional da manutenção da paz estão preservadas e não há sinais de vícios ou imoralidades na realização desta importante licitação internacional. É sabido e o país ainda sofre as consequências políticas, econômicas e sociais de erros e crimes cometidos envolvendo grandes contratos e compras governamentais nos últimos anos nas mais variadas situações e frentes em que o Estado Brasileiro atuou. Que o país aprenda a conciliar o desenvolvimento nacional com a probidade mais rígida, garantindo a todos um país justo, digno e solidário.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMORIM, Celso. A grande estratéia do Brasil: discursos, artigos e entrevistas da

gesta no Ministéio da Defesa (2011-2014). Brasília: FUNAG, 2016.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *Os Sucessores do Barão*, 1912-1964. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. *Os Sucessores do Barão*, 1964-1985. Os Sucessores do Barão, 2006.

_____. *A Política Externa após a redemocratização*, Brasília: FUNAG, 2012.

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____. Lei nº. 8.666/1993, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Lei nº. 12.598/2012, de 21 de março de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12598.htm#:~:text=Estabelece%20normas%20especiais%20para%20as,2010%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. >. Acesso em: 20 set. 2020.

CERVO, Amado Luiz; Bueno, Clodoaldo. *História da Política Exterior do Brasil.* 4ª. Ed. Revista e ampliada, Brasília: UnB, 2011.

CHINEN, Akira. *Know-how e Propriedade Industrial.* São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

DIAS, Thiago dos Santos. *O G-4 e a Reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas: O Brasil na ONU.* São Paulo: Publicação Independente pela @Amazon, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada, Salvador: JusPodium, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e Contratos Administrativo*s – 3 ed. rev., - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. Vol.3. 11. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NOTAS:

[1] Em livro de autoria deste autor narramos o episódio que resultou na escolha do Brasil como país a abrir a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas como primeiro orador. Ver *O G-4 e a Reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas: O Brasil na ONU*, p. 46.

[2] *História da Política Exterior do Brasil*, p. 286

[3] *Idem*, p. 441-442.

[4] CHINEN, Akira. Know-how e Propriedade Industrial, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997, p.5

[5] *Direito Administrativo*, p. 354

[6] *A grande estratéia do Brasil: discursos, artigos e entrevistas da gestao no Ministério da Defesa (2011-2014).* p. 38.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EXPERIÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A ADPF 347

MILENA TENÓRIO DE LEMOS: Conciliadora no Tribunal de Justiça de Pernambuco. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2016). Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017).

RESUMO: Esta monografia se propõe a estudar a crise no sistema carcerário sob a ótica do postulado constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, verificando a possível ocorrência do fenômeno Estado de Coisas Inconstitucional no país. Tem-se como plano de fundo do presente trabalho a ADPF 347 proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This monograph proposes to study the crisis in the prison system from the point of view of the constitutional postulate of the Dignity of the Human Person, verifying the eventual occurrence of the phenomenon State of Things Unconstitutional in the country. The background to the present work is the ADPF 347 offered towards the Federal Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dignidade da Pessoa Humana. 3. Reserva do Possível x Mínimo Existencial. 4. Poder Judiciário e o Mérito Administrativo. 5. A Pena. 6. Estado de Coisas Inconstitucional e a ADPF 347. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Rebeliões ou fugas em massa são manchetes comuns nos periódicos do país. Da mesma maneira, notícias de ex-presidiários sendo apanhados pela polícia, em decorrência do cometimento de novos crimes, não causam mais espanto à população. É fácil depreender que há algo errado na seara penitenciária brasileira. Entre as possíveis causas para tal problema, aponta-se a morosidade do Poder Judiciário e a legislação penal branda.

A crise no sistema carcerário é um velho problema enfrentado pelo Poder Público. Tem-se um verdadeiro caos, no qual a missão de ressocialização da pena parece cada vez mais distante de ser alcançada. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil é um dos países que mais encarcera no mundo. Contudo, o Estado não consegue acompanhar tal numerário, falhando em conceder o aparato mínimo de sobrevivência a então superpopulação carcerária. Por conseguinte, as facções criminosas encontram uma brecha para o seu crescimento, uma vez que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

suprem as necessidades dos detentos em troca da obediência às suas normas e da prestação de serviços quando esses forem postos em liberdade. Tem-se, dessa forma, a perfeita formatação da chamada "escola do crime".

Outrossim, um terço dos presos nas penitenciárias brasileiras é provisório, conforme levantou o CNJ.[1] O Poder Judiciário é extremamente moroso para realizar o julgamento dos presos, sendo esses, em parcela significativa dos casos, absolvidos ou condenados por período menor do que aquele o qual passaram aguardando o posicionamento judicial. Além disso, a falta de assistência jurídica de qualidade pelo Poder Executivo contribui para que os suspeitos estejam mais vulneráveis à prisão provisória e, da mesma maneira, para que os condenados tenham mais dificuldade de acesso aos benefícios da progressão de regime, gerando, assim, mais tensão no sistema.

Nesse contexto, torna-se fundamental analisar o referido problema à luz dos postulados constantes da Constituição Federal, norma de hierarquia superior no ordenamento jurídico pátrio. Em decorrência de tal diploma ser de observância obrigatória, especialmente para os agentes públicos, o presente trabalho aufere salutar importância, uma vez que possibilita um estudo abrangente acerca da temática.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição brasileira de 1988, ademais denominada de CF/88, foi elaborada sob a influência do neoconstitucionalismo, movimento político-social que visa regular o poder político em um Estado, o qual tem como uma de suas bases o conteúdo axiológico no sentido da promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e, por conseguinte, garantia de condições dignas mínimas. [2]

Logo em seu art. 1º, a Carta Magna, traz insculpido em seu bojo, a dignidade da pessoa humana como uns dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual é formada não só pela União, mas também pelos Estados, Municípios e Distrito Federal. Dessa maneira, em razão da posição de lei suprema que a Constituição ocupa no ordenamento jurídico pátrio, pode-se dizer que a observância do referido princípio se espraia por todos os Poderes políticos e por todos os entes federativos, devendo esses ter no postulado da Dignidade da Pessoa Humana um norte obrigatório na elaboração e aplicação de seus atos políticos, administrativos, judiciais e legislativos.

Nesse sentido, Bruna Pinotti Garcia e Rafael de Lazari trazem, conjuntamente com a democracia, a razoabilidade-proporcionalidade e as dimensões de direitos, a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos dos direitos humanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para os autores, corretamente, a dignidade da pessoa humana é o valor-base de interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que se possa considerar compatível com os valores éticos, em especial da moral, da justiça e da democracia. Desse modo, pensar em Dignidade da Pessoa Humana significa, acima de tudo, colocar a pessoa humana como centro e norte para qualquer processo jurídico de interpretação, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação.[3]

Outrossim, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou o §3º ao art. 5º, CF, o qual tem a seguinte redação:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Tal constitucionalização denota a importância do postulado da Dignidade da Pessoa Humana para o ordenamento pátrio, uma vez que se traduz na possibilidade dos documentos internacionais observados pela República Federativa do Brasil que versem sobre direitos humanos tenham valor hierárquico igual ao das normas constitucionais, ou seja, valor superior ao das demais normas do sistema. Nesse sentido, caso, porventura, haja algum tratado de direitos humanos, submetido ao rito referido, que disponha em sentido contrário a uma norma posta infraconstitucional, aquele deve prevalecer, ainda que esta seja válida de acordo com o disposto no texto constitucional vigente.

Destarte, é possível depreender que a importância e a posição do postulado da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento pátrio não deixam qualquer margem de inobservância daquele para os agentes estatais, sendo vedado a esses, portanto, a prática de qualquer ato atentatório tal valor constitucionalmente assegurado.

3.RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Segundo ensina Flávia Bahia, a carga axiológica que lastreia o vértice dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais é a mesma, qual seja o centro dos direitos mais valiosos que as pessoas têm. Nesse panorama, direitos humanos, sob a análise do Direito Constitucional, são denominados, portanto, como direitos fundamentais.[4]

A CF/88 traz em seu título II a expressão "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", englobando em tal grupo: os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Lançando-se os olhos sobre o art. 6º, tem-se que os direitos sociais são 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.

O art. 5º, §1º, enuncia que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Não obstante todas desse rol a tenham, algumas dessas não tem aplicabilidade imediata. Conforme aduz José Afonso da Silva, aplicação imediata consiste no fato das referidas normas serem dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que regulam. Por outro lado, a aplicabilidade imediata se traduz pelo fato das normas prescindirem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem a sua aplicação.

Nesse contexto, continua o autor, a regra é de que as normas que revelem direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem direitos sociais apenas tendem a ser, possuindo uma carga de eficácia menor que a dos direitos de primeira geração. Assim, algumas são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Dessa maneira, o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicar as referidas normas, sob pena de violação ao texto constitucional, devendo, portanto, conferir ao interessado o direito reclamado.[5]

Por outro lado, a efetivação dos direitos sociais depende da concretização de políticas públicas e, por conseguinte, de maneira vultosa, de gastos estatais. Nesse panorama, sustenta-se a teoria da reserva do possível, segundo a qual ao Estado cabe apenas efetivar os direitos sociais na medida do financeiramente possível. Desse modo, a efetivação dos direitos sociais deve ocorrer nos ditames da suficiência de recursos públicos e da previsão orçamentária da respectiva despesa. Em outras palavras, é possível compreender que, segundo tal ideário, não havendo verba em caixa para a prestação do direito, o Poder Público estaria *a priori* liberado da sua missão.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede da ADPF 45 MC/DF, decidiu que a cláusula da reserva do possível afasta a aptidão do Poder Judiciário para intervir na efetivação dos direitos sociais, desde que reste comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, uma vez que, considerada a limitação material referida, não se pode razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. [6]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Todavia, os direitos sociais são direitos fundamentais e, consequentemente, indispensáveis à realização da dignidade da pessoa humana, a qual constitui vetor interpretativo maior em um estado democrático de direito. Nesse contexto, o Estado, na qualidade de promotor do interesse público, deve garantir o mínimo existencial daqueles na tarefa de concretização dos direitos sociais. Mínimo existencial, dessa forma, pode ser conceituado como o grupo de prestações essenciais que se deve fornecer ao ser humano para que esse tenha uma existência minimamente digna.

Consoante entende o STF, o mínimo existencial é uma limitação à cláusula da reserva do possível, embora esses sejam compatíveis e devam conviver de maneira harmônica. Dessa monta, a reserva do possível só pode ser invocada após a garantia do mínimo existencial pelo Estado, sendo a última, por conseguinte, uma obrigação estatal inafastável e não sujeita, portanto, à reserva do possível.[7]

Em outros termos, é possível concluir que os gastos públicos devem ser orientados, de maneira precípua a garantir o mínimo existencial. Uma vez garantido, o Estado pode decidir em quais outros campos investir. Lado outro, a cláusula da reserva do possível restringe a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Contudo, tal limitação é mitigada pelo princípio do mínimo existencial. Nesse sentido, tem sido possível a judicialização de grande das políticas públicas de forma a garantir direitos mínimos para os cidadãos.

4.PODER JUDICIÁRIO E O MÉRITO ADMINISTRATIVO

A teoria da separação dos poderes foi criada com o escopo de evitar o recrudescimento do absolutismo, fato o qual representaria a morte da democracia e dos direitos fundamentais, conforme ensina Paulo Bonavides.[8] Da mesma maneira, Alexandre de Moraes defende que a separação de poderes é um princípio cujo objetivo é evitar arbitrariedades e desrespeito aos direitos fundamentais, uma vez que o poder político concentrado nas mãos de uma só pessoa tende ao abuso, constituindo tal ideário uma verdadeira técnica de limitação do poder estatal.[9] É clara, desse modo, a relação de interdependência existente entre a estruturação do poder em uma sociedade e a realização dos direitos fundamentais, tema cerne deste trabalho.

Conquanto o art. 2º da CF aduza que são poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a independência entre os poderes não é absoluta. Mas sim, atenuada pelo sistema de freios e contrapesos, o qual prevê a interferência legítima de um poder sobre o outro.

Fundamentado nesse panorama, o art. 5º, XXXV, garante que a lei (em sentido amplo) não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Resta, então, consagrado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual possibilita, entre outras coisas, que os atos praticados pela Administração Pública, em especial, pelo Poder Executivo sejam revistos no âmbito judicial.

Maria Sylvia Zanella de Pietro conceitua ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.[10] Quanto à liberdade da Administração Pública quando da formação do ato, esse pode ser classificado em vinculado ou discricionário.

O ato administrativo vinculado é aquele no qual a lei estabelece a única conduta possível diante de certa hipótese de ocorrência, deixando a Administração presa à escolha legal. Lado outro, ato administrativo discricionário é aquele em que a lei concede à Administração uma margem de liberdade na prática do ato, podendo essa, diante do caso concreto, escolher a opção que mais lhe pareça conveniente e oportuna diante das legalmente permitidas.

Nesse contexto, o mérito do ato administrativo é o conteúdo da decisão discricionária feita pela Administração no que tange à oportunidade e a conveniência para praticá-lo, só existindo tal instituto, por conseguinte, nos atos discricionários.[11] Grande parte da doutrina entende que, em decorrência da própria lei conferir à Administração o poder de escolher qual a melhor opção dentre as legalmente permitidas, não cabe ao Poder Judiciário analisar ou controlar o aspecto discricionário do ato, isto é, seu mérito, sob pena de se imiscuir em missão reservada a outro Poder pelo texto constitucional. Não obstante, esse poderia apenas analisar a legalidade do ato discricionário, ou seja, se a Administração escolheu uma das situações previstas na lei.

Entretanto, Gustavo Scatolino e João Trindade, acertadamente, entendem que é cabível a análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário no que tange a sua razoabilidade/proporcionalidade. Por serem a razoabilidade e a proporcionalidade princípios de Direito Administrativo, caso a escolha do agente público não seja razoável (fuja ao senso comum de aceitabilidade) ou seja desproporcional (não se revele o meio menos danoso e mais adequado a consecução daquele fim), a decisão seria ilegal, uma vez que, de acordo com o princípio da legalidade, a Administração sempre se submeterá à lei e só poderá agir quando e como ela autorizar. Nesse caso, a lei é tida em sentido amplo, englobando não só as regras, como também os princípios. Assim, o controle realizado, no que toca a razoabilidade/proporcionalidade, seria, em última análise, de legalidade, não se revelando, portanto, interferência à autonomia dos Poderes, mas sim preservação dos ditames do ordenamento jurídico pátrio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5.A PENA

Conforme dispõe Cleber Masson, a pena é uma espécie de sanção penal que se traduz na privação ou restrição de determinados bens jurídicos de uma certa pessoa. É aplicada pelo Estado como consequência do cometimento de uma infração penal e tem por objetivo castigar o infrator, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, de forma ostensiva à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.[12]

O art. 5º, XLVII, e), CF, enuncia que são vedadas penas cruéis. Nessa esteira, o mesmo art. 5º, XLIX, aduz que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Da leitura dos artigos da Carta Maior, é possível depreender a preocupação do constituinte originário com o caráter humanitário da pena em observância ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Tem-se, assim, positivado o princípio da humanidade, segundo o qual nenhuma pena pode violar a dignidade da pessoa humana, sendo proibida a aplicação de penas cruéis e infamantes. A pena deve respeitar, portanto, os direitos fundamentais do condenado enquanto ser humano e deve ser cumprida de forma a efetivamente ressocializar a pessoa do condenado, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.[13]

Muitas teorias tentam explicar a finalidade do instituto da pena, sendo possível dividi-las em dois grandes grupos: as teorias absolutas ou retributivas, as quais enunciam que a pena é concebida como uma forma de retribuição justa pela prática de um delito, sendo o castigo a ser recebido para que se faça justiça; e as teorias relativas, preventivas e utilitárias, as quais não veem a pena como retribuição, mas sim como uma forma de prevenção, constituindo um meio de proteção dos bens jurídicos, em última análise.

O legislador pátrio optou por tentar conciliar as duas teorias acima, surgindo, dessa maneira, as teorias unificadoras, unitárias, ecléticas ou mistas. Para essas, a pena tem dupla finalidade: retributiva e preventiva. Nesse sentido, a parte final do art. 59 do Código Penal dispõe que o juiz estabelecerá a pena conforme seja necessário o suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O STF entende que as finalidades da pena têm sua incidência de forma diversa de acordo com o momento penal. Na fase da elaboração da lei e cominação abstrata, prevalece a finalidade de prevenção geral. Por outro lado, na etapa de aplicação da pena, prepondera a finalidade de uma decisão justa e retributiva. Já no momento de execução da pena, restaria prevalecido o aspecto ressocializador da pena.[14]

6.ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ADPF 347

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surgiu em 1997 a partir de decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC). Aquele foi observado quando esta esteve frente à constatação de violações generalizadas, contínuas e sistêmicas aos direitos fundamentais ocorridas naquele país, as quais se originaram na inércia ou incapacidade reiterada e contumaz do Poder Público em alterar a conjuntura existente.

A omissão inconstitucional deriva, portanto, da falha de coordenação entre o Legislativo e o Executivo, a qual resulta em deficiências na consecução de políticas públicas. Em que pese, em muitos casos, haver leis e atos administrativos dirigidos à concretização dos comandos legais em observância aos ditames constitucionais, tais atitudes se mostram insuficientes. Em outras palavras, tem-se que a omissão não é decorrência exclusiva da ausência de lei, mas sim da inexistência de estrutura apta a realizar os comandos legais e constitucionais. A persistência de tal situação somada à violação massiva dos direitos fundamentais se traduz em um quadro extremo e permanente de falhas estruturais conhecido como Estado de Coisas Inconstitucional, o qual legitima medidas ativistas.[15]

Segundo ensina Dirley da Cunha Jr., é inegável que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pressupõe uma atuação ativista por parte dos tribunais (uma espécie de Ativismo Judicial Estrutural), uma vez que as decisões judiciais vão induvibitavelmente interferir nas funções executivas e legislativas, com repercussões, sobretudo, orçamentárias.[16]

Como explica Márcio André Lopes Cavalcante, o ECI gera um litígio estrutural, no qual um número grande de pessoas é alcançado pelas violações de direitos. Dessa maneira, para enfrentar litígio dessa espécie, a Corte teria que fixar "remédios estruturais" dirigidos à formulação e execução de políticas públicas, objetivo o qual não seria atingido por meio de decisões tradicionais.[17]

Nesse sentido, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347, em desfavor da União e de todos os Estados, pleiteando que seja reconhecido pelo STF que o sistema carcerário brasileiro enfrenta um ECI em razão de afronta aos direitos humanos e de violação aos direitos fundamentais dos presos e aos preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Em sua petição inicial, os autores esclarecem que, apesar da técnica de declaração do ECI e da adoção das medidas subsequentes não estarem previstos no texto da Carta Magna, a intervenção da Suprema Corte deve ocorrer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

excepcionalmente quando houver sérias e generalizadas violações aos direitos humanos, como é o caso do ocorrido com o sistema penitenciário. Entre as medidas requeridas, tem-se a implementação de audiência de custódia, o estabelecimento de penas alternativas à prisão, o abrandamento de requisitos temporais para a concessão de benefícios aos detentos, entre outros.

O STF ainda não se debruçou total sobre o mérito da peça, mas ao analisar o pedido liminar, o concedeu parcialmente, deferindo os pedidos de estabelecimento de audiência de custódia e de liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para qual foi criado.

A partir de tal decisão, STF sinalizou que dispositivos infraconstitucionais, constitucionais e internacionais estão sendo desrespeitados no sistema prisional brasileiro, uma vez que, além dos cárceres brasileiros não estarem servindo à ressocialização dos presos, estão servindo como criadouro de "monstros do crime", o que se comprova pela alta taxa de reincidência com o cometimento de crimes mais graves. Todavia, em que pese caber à Suprema Corte retirar os demais poderes da inércia, monitorando ações e controlando resultados, o Poder Judiciário não pode retirar dos demais Poderes constituídos a incumbência de formulação e implementação de soluções necessárias.

7.CONCLUSÃO

Diante da interpretação sistemática dos institutos pátrios sob a ótica da dignidade da pessoa humana, postulado fundamental previsto na Constituição Federal, torna-se forçoso reconhecer que o Poder Público tem falhado em sua missão em decorrência da inobservância dos ditames jurídicos no que tange o sistema penitenciário.

Vive-se, dessa maneira, um verdadeiro estado de coisas inconstitucional, no qual os direitos dos presos, ao longo dos mais variados estados do país, são desrespeitados. Falta estrutura mínima de sobrevivência, estando as prisões superlotadas e configurando masmorras medievais. A prestação de serviços de saúde preventiva e curativa é negligenciada, ocorrendo em alguns locais epidemia de doenças tais como sarna.

Ademais, o Poder Executivo tem fracassado na incumbência de fornecer assistência jurídica satisfatória aos detentos, impedindo o acesso desses a prerrogativas como progressão de regime ou prisão domiciliar para as mães de filhos menores de 12 anos em crimes menos graves. Tais medidas trariam impacto positivo na situação de superlotação das prisões, além de fomentar um caráter humanitário da pena ao promover uma efetiva ressocialização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não se pode esquecer que em pese o alvo imediato de tais medidas seja a população carcerária, os efeitos de tais ações se espraiam pela sociedade como um todo, impactando na economia, seguridade social, educação, entre outros aspectos, atingindo de forma mediata os direitos dos demais brasileiros.

Frente a isso, espera-se que, no julgamento do mérito da ADPF 347, o STF reconheça o estado de coisas inconstitucional que vige no Brasil. Nesse sentido, é mister que a Suprema Corte, em respeito à dignidade da pessoa humana, tome as medidas necessárias de modo a amenizar as inconstitucionalidades patentes ocorridas no sistema carcerário. Seria o primeiro passo na concretização dos direitos previstos na Carta Magna de 1988.

Em um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que o órgão guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, despreze os ditames do texto constitucional e lhes dê sentido diverso, rejeitando os pedidos da ADPF 347, sob pena de afronta ao bloco de constitucionalidade no qual o ordenamento jurídico pátrio está inserto.

8.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. Direito Penal. Parte Geral. 5. ed. Salvador: ed. Juspodivm. 2015.

BAHIA, Flavia. Descomplicando Direito Constitucional. 3.ed. Recife: ed. Armador. 2017

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/4469. Acesso em 15 jun 2017.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodium, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Reunião Especial de Jurisdição. 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf> Acesso em 12 out 2017.

CUNHA JR., Dirley. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional> Acesso em 11 ago 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GARCIA, Bruna Pinotti; Lazari, Rafael de. Manual de Direitos Humanos. Salvador: ed. Juspodivm. 2014.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2016

NOTAS:

[1] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reunião Especial de Jurisdição.** 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf> Acesso em 12 out 2017.

[2] BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/4469. Acesso em 15 jun 2017.

[3] GARCIA, Bruna Pinotti; Lazari, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos.** Salvador: ed. Juspodivm. 2014. P.74.

[4] BAHIA, Flavia. **Descomplicando Direito Constitucional**. 3.ed. Recife: ed. Armador. 2017. P. 102.

[5] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 185.

[6] ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.2004.

[7] STF, RE 639.637. AgR. Rel. Min. Celso de Mello. 15.09.2011.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. P. 203.

[9] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2010. P. 72.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. P 189.

[11] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: ed.

Forense, 2008. P. 147.

[12] MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado. Vol 1**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. 604.

[13] AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal**. Parte Geral. 5. ed. Salvador: ed. Juspodivm. 2015. P.364.

[14] STF HC 70362

[15] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016. P 57 e 58.

[16] CUNHA JR., Dirley. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional> Acesso em 11 ago 2017.

[17] Info 798 STF.

www.conteudojuridico.com.br

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EXTRAJUDICIAL: ENTRE A DESBUROCRATIZAÇÃO E O FAVORECIMENTO DA ADOÇÃO

DÉBORA RAQUEL DA SILVA SANTOS: Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI.

BRENDA LETÍCIA RODRIGUES BELFORT [1]

JOÃO SANTOS DA COSTA[2]

RESUMO: A presente pesquisa tem por determinação analisar os aspectos do instituto da adoção socioafetiva pela via extrajudicial, verificando seus principais aspectos, como ocorre e até mesmo sobre sua segurança jurídica, tudo isso voltado ao questionamento se este mecanismo consegui ser eficaz ao Direito de Família. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica foi desempenhado um estudo em conjunto entre doutrina, jurisprudência e legislação acerca do tema, onde foi possível verificar que desde a aprovação do Provimento do CNJ 63/2017, esse instituto vem sendo aplicado, o que é comprovada com as jurisprudências trazidas nesta pesquisa. Desse modo, por meio deste estudo, chegou-se à conclusão que ocorreu um grande avanço no Direito brasileiro com a permissão desse tipo de adoção no formato extrajudicial, além de ter ajudado o Judiciário a diminuir a superlotação de demandas excessivas e que hoje podem ser feitas no Cartório de Registro Civil, desde que cumpra certos segmentos.

Palavras-chave: adoção socioafetiva, segurança jurídica, extrajudicial.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve Histórico de como surgiu o reconhecimento da filiação Socioafetiva no Brasil. 3 O que diz a Doutrina e Legislação brasileira sobre o reconhecimento da filiação Socioafetiva. 4 Os mecanismos de desburocratização da filiação Socioafetiva presentes na Legislação Brasileira. 5 Reconhecimento de filiação Socioafetiva por via extrajudicial: um mecanismo de desburocratização que facilita à adoção brasileira. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da adoção é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro e exige procedimentos a serem realizados pelo pretenso adotante. Desse modo, é possível interpretar o referido instituto como um ato jurídico que estabelece um vínculo de paternidade e filiação entre quem pretende adotar e quem será adotado, não sendo necessário que exista laço sanguíneo entre as partes.

Em sua essência a adoção visa atender duas finalidades essenciais, a primeira é permitir que pessoas que não podem ter filhos biológicos possam obtê-los via processo adotivo, a segunda na via inversa é proporcionar às crianças desamparadas a possibilidade de terem pais que lhes garantam amparo social e afetivo. Anote-se por importante que segundo o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção é irrevogável ainda que os pais adotantes venham a ter filhos biológicos.

No caso específico da filiação socioafetiva, que é fundada no convívio, no vínculo afetivo, nos direitos e deveres recíprocos das partes, e que não existe nenhum laço sanguíneo, há um entendimento por parte dos defensores dessa modalidade de adoção que por si só o afeto já possibilita a adoção, que seria pela via extrajudicial o caminho menos burocrático. Isso porque, embora o afeto não seja fruto biológico, quando ele deriva da convivência familiar gera solidariedade mútua e carinho suficientes para que adotante e adotado possam viver como pai e filho com felicidade.

Entende-se que não há qualquer dúvida de que o parentesco em solo brasileiro não exige grau biológico, sendo nesse sentido que o Código de Civil Brasileiro, em seu art. 1593, reconhece o parentesco natural ou civil, denotando aí a possibilidade da filiação socioafetiva quando exprime que esse parentesco pode ser resultante de consanguinidade ou outra origem. Destaque-se que, embora o legislador não tenha previsto expressamente a afetividade ele abre precedente para tal.

Contudo, deve-se salientar que a despeitos dos avanços a que se chegou do entendimento da relação filial socioafetiva, discussões acaloradas sobre o tema exigem mecanismos jurídicos que devem ser entendidos como entraves burocráticos para a possibilidade desse tipo de adoção transcorra normalmente e o discurso mais proeminente é que ela é muito parecida com a adoção a brasileira, proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, que se deve ter cautela em seu procedimento.

Anote-se que a filiação socioafetiva é um procedimento extrajudicial que surge em razão de medida editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 14 de novembro de 2017, através do Provimento nº 63, art. 10, que estabeleceu como regra que o registro de filiação socioafetiva poderia ser exarado pelos oficiais de registro civil das pessoas naturais, quando houvesse o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva.

A previsão legal da referida filiação se encontra pacificada em solo brasileiro, porque há entendimento majoritário de que o Provimento do Conselho Nacional de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Justiça (CNJ) deve ser cumprido e exaure a matéria. Assim, o reconhecimento extrajudicial da socioafetividade que pode ser realizado após superar algumas burocracias como atender todos os requisitos necessários apontados pelo Provimento 63/2017 do CNJ.

Como exemplo de burocracias aponta-se a necessidade de um requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo, testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º). E quando o registrador entender que há risco de fraude, vício, simulação, má fé ou dúvida do estado de posse do adotante, deve submetê-la à apreciação do juiz.

O objetivo principal desta pesquisa foi realizar um estudo exploratório na doutrina e na legislação sobre o reconhecimento da filiação socioafetiva pela via extrajudicial, objetivando investigar como se dá o reconhecimento da referida filiação, identificando seus mecanismos de desburocratização.

Adiante, conforme o capítulo quatro da presente pesquisa, objetivou-se também analisar se a via extrajudicial de reconhecimento de filiação socioafetiva não poderia se converter em um mecanismo de desburocratização que facilitasse a adoção à brasileira.

No decorrer do trabalho será respondido o seguinte problema: o reconhecimento da filiação socioafetiva pela via extrajudicial representa um avanço na desburocratização ou, de fato, favorece a adoção à brasileira? Para responder a esse questionamento foi empregado a pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, buscando compreensão de que é necessário construir uma reflexão mais clara sobre a filiação socioafetiva através da via extrajudicial e seus reflexos na adoção à brasileira.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O SURGIMENTO DO INSTITUTO DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO BRASIL

A seara do Direito de Família é baseada nas relações familiares e nas consequências jurídicas dessa interação de pessoas, que podem ser unidas pela consanguinidade ou pelo afeto, já que a estrutura familiar não se baseia em formações restritivas na medida em que as pessoas não são padronizadas. O instituto da adoção é uma evidência da visão que o Direito tem sobre a formação familiar, já que compreende que a união de pessoas é regida pelo afeto. Maria Berenice Dias (2018) trouxe o seguinte a respeito da temática:

> Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um

> agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. (...)A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. (DIAS, 2018, p. 21)

Como se observa do contexto trazido pela autora, há novas concepções de famílias por conta das mudanças culturais no Brasil. Até porque, há diversos tipos de convívio entre pessoas, que podem ou não envolver laços de sangue e, mesmo assim, formam um conjunto de relações familiares. Esse é o caso, por exemplo, do reconhecimento de família constituída pela união de pessoas do mesmo sexo que optam pela adoção de um novo membro para integrar o seio familiar:

> O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. Viu-se então o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no Livro do Direito de Família. No entanto, olvidou-se de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares. Igualmente, nada traz sobre as famílias homoafetivas, que de há muito foram inseridas no âmbito do direito das famílias por obra da jurisprudência. O fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a despersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. (DIAS, 2018, p.28)

Importante ponto da autora ao trazer uma reflexão sobre a inserção da temática das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo e famílias monoparentais através da jurisprudência, o que fortalece a compreensão de que a realidade molda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o direito, sendo importante uma visão do meio social como um todo na busca pela construção do teor das disposições legais. A evolução constante do pensamento e das mudanças culturais sobre a família são a base da formulação da visão integradora que esta tem, cabendo a compreensão da modalidade eudomonista, sociológica ou socioafetiva.

A conceituação de família é uma tarefa de compreensão do meio social mais do que qualquer outra, e trazendo à baila com essa concepção, Gagliano e Pamplona filho trazem:

> Nesse contexto, fica claro que o conceito de família se reveste de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo-nos um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de não corrermos o risco de cair no lugar--comum da retórica vazia ou no exacerbado tecnicismo desprovido de aplicabilidade prática. Nesse ponto, perguntamo-nos se seria possível delimitar um conceito único de família. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2018, p. 56)

A importância do afeto é clara na formação familiar, e, nesse passo, verifica-se que surgem novas caracterizações ao conceito de família, que não fica mais limitado pela união entre homem, mulher e seus descendentes. A visão constitucional do seio familiar deve ser encarada paralelamente à realidade social que sobrevém à lei, conforme corroboram Gagliano e Pamplona filho, ilustrando a convicção com o pensamento de Paulo Lôbo (2018):

> Especialmente por considerarmos — consoante afirmamos acima — que o conceito de família não tem matiz único, temos a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos. Nesse sentido, PAULO LÔBO: "Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade

> aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade" 9. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2018, p.60)

Com fulcro neste pensamento, importante trazer à baila que o legislado constituinte reconheceu a família monoparental e erigiu o artigo 226 § 4 da Constituição Federal de 1988 insculpindo que: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (BRASIL, 1988, p. 1). Nesses termos, deve-se refletir sobre o instituto da adoção, sobretudo, sob a égide da filiação socioafetiva.

A adoção é um mecanismo jurídico pelo qual alguém adota uma pessoa para constituí-la como filho legítimo, conforme os requisitos da legislação brasileira, e se configura como um: "Ato jurídico que cria, entre duas pessoas, uma relação análoga, que resulta da paternidade e filiação legítima, porém, mais do que um ato jurídico, é um ato de amor" (NASCIMENTO, 2014, p. 37).

Portanto, a relação entre o adotado e o adotante é regida pela emoção, e a ligação entre os dois, sendo é mais importante para a formação da família do que a existência de parentesco, pois a unidade das pessoas na vida familiar se deve ao parentesco, mas eles optam por constituir família Portanto, a adoção é considerada um ato legal, através deste ato legal, não importa quantos filhos você tenha, você pode estabelecer parentes.

O instituto da adoção é normatizado no judiciário brasileiro pelas Leis n.º 13.509/2017; nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e pela Lei n.º 10.406/2002. Os dispositivos legais refletem a visão procedimental e ideológica do instituto da adoção, explicitando que a adoção é uma forma irrevogável de constituição de paternidade, e inicia um vínculo familiar do adotante com os pais que não se distingue da filiação biológica, reforçando que o caráter da constituição de uma família é baseado na relação afetiva e de convivência entre os membros desta.

A adoção como, é um procedimento legal, tem requisitos para o seu correto andamento. Gonçalves (2017) disse a respeito:

> A adoção de crianças e adolescentes rege-se, na atualidade, pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. De apenas 7 artigos, a referida lei introduziu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou expressamente 10 artigos do Código Civil concernentes à adoção (arts. 1.620 a 1.629), dando ainda nova redação a outros dois (arts. 1.618 e 1.619). Conferiu, também, nova redação ao art. 1.734 do Código Civil e acrescentou dois parágrafos à Lei n. 8.560, de 29 de dezembro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> de 1992, que regula a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento. A referida Lei Nacional da Adoção estabelece prazos para dar mais rapidez aos processos de adoção, cria um cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas e limita em dois anos, prorrogáveis em caso de necessidade, a permanência de criança e jovem em abrigo. (GONÇALVES, 2017, p. 226)

Ainda, sobre os procedimentos da adoção, conforme Gonçalves elucidou, o Código Civil prevê, em seus arts. 1.618 e 1.619, a limitação de idade para que possa ser oficializada, com a condição de que o adotante tenha ao menos 16 anos a mais que o adotado. A imposição de procedimentos legais para adoção elucida uma modalidade de adoção que é fundada na informalidade, a chamada "adoção à brasileira", que recebeu essa terminologia por ser uma prática comum no Brasil:

> Há, ainda, a adoção simulada ou à brasileira, que é uma criação da jurisprudência. A expressão "adoção simulada" foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como próprio, com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho. Embora tal fato constitua, em tese, uma das modalidades do crime de falsidade ideológica, na esfera criminal tais casais eram absolvidos pela inexistência do dolo específico. Atualmente, dispõe o Código Penal que, nesse caso, o juiz deixará de aplicar a pena. No cível, a aludida Corte manteve o mesmo entendimento, não determinando o cancelamento do registro de nascimento, afirmando tratar-se de uma adoção simulada. (GONÇALVES, 2017, p. 226)

O autor continua o raciocínio erigindo uma visão da jurisprudência pátria sobre o assunto:

> A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça igualmente decidiu que a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida, mesmo na hipótese da chamada "adoção à brasileira", em que criança recém-nascida foi registrada como filha pela adotante. Segundo o decisum, "se a atitude da mãe foi uma manifestação livre de vontade, sem vício de consentimento e não havendo prova de má-fé, a filiação socioafetiva, ainda que em descompasso com a verdade biológica, deve prevalecer, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> mais uma forma de proteção integral à criança. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea – com base no afeto – deve ter guarida no Direito de Família, como os demais vínculos de filiação" (GONÇALVES, 2017, p. 226)

Embora seja uma prática bastante empregada pelos brasileiros e que se configura muitas vezes por casais que registram filhos não biológicos, é uma atitude que configura crime, como consta no Código Penal, o qual impera 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: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981) Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981) Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981) Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981) (BRASIL, 1940, p. 1).

Nesses termos, compreende-se que o instituto da adoção é uma espécie de filiação baseada no procedimento que decorre da norma jurídica brasileira. Ainda existem outras espécies, como a filiação biológica, decorrente da concepção natural, e também a filiação baseada no tempo de convivência e do modo como as pessoas se relacionam, onde o afeto cria o vínculo para a base filial, sendo esta a filiação socioafetiva.

Quando se trata da temática concernente à filiação socioafetiva, é importante compreender a extensão da aplicabilidade. Gonçalves, conforme citado acima, trouxe à baila uma decisão da 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça que trata dessa filiação socioafetiva como um motivador da regularização de uma adoção realizada de forma irregular, constando até mesmo como um crime tipificado pelo Código Penal.

Sobre a filiação socioafetiva, Gagliano e Pamplona Filho trouxeram o posicionamento do judiciário brasileiro, elucidando também um caso de adoção à brasileira:

> O que vivemos hoje, no moderno Direito Civil, é o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva. Ou seja, situações há em que a filiação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> é, ao longo do tempo, construída com base na socioafetividade, independentemente do vínculo genético, prevalecendo em face da própria verdade biológica. Estamos, pois, a tratar da paternidade ou maternidade socioafetiva, que reputamos a face mais encantadora do nosso atual Direito de Família, com reflexos na própria jurisprudência do STJ: "Filiação. Anulação ou reforma de registro. Filhos havidos antes do casamento, registrados pelo pai como se fossem de sua mulher. Situação de fato consolidada há mais de quarenta anos, com o assentimento tácito do cônjuge falecido, que sempre os tratou como filhos, e dos irmãos. Fundamento de fato constante do acórdão, suficiente, por si só, a justificar a manutenção do julgado. — Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma 'adoção simulada', reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. Status de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 119346/GO, rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 1.º4-2003, DJ 23-6-2003, p. 371, 4.ª Turma). Cuidou, o julgado supra, da figura da adoção à brasileira, tida como ato ilícito, mas, mesmo assim, ensejando o reconhecimento da filiação, pela socioafetividade, o que já tem sido enfrentado, como dito, pela jurisprudência pátria. Da mesma forma, também já se reconheceu a maternidade socioafetiva. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2018, p. 676)

No entanto, ainda que os autores tenham destacado casos de adoção à brasileira, é importante compreender a filiação socioafetiva como um todo antes de estabelecer os seus critérios, em especial os que distinguem-na de uma forma irregular de adoção, observando-se que pode referir-se a outras situações.

É sob o manto da afetividade, que sobrevém às relações familiares, que se entende a filiação socioafetiva como real gesto de paternidade/maternidade, já que "Independentemente do vínculo sanguíneo, o vínculo do coração é reconhecido pelo Estado com a consagração jurídica da 'paternidade socioafetiva'" (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2018).

O entendimento que se tira da percepção da filiação socioafetiva frente ao ato ilícito que representa a adoção à brasileira, especialmente analisando-se a jurisprudência pátria, é o de que adotar por vias irregulares, quando é

comprovadamente gerador de uma afetividade sem má-fé, enseja que seja reconhecida a filiação socioafetiva. Sobre a temática, Cassettari diz:

> Feita a "adoção à brasileira", com a convivência, é natural que se estabeleça a socioafetividade no relacionamento paterno/materno filial. O grande problema é que, mesmo assim, quando alguns relacionamentos se findam, e o guardião do menor decide ingressar com ação de alimentos, representando o incapaz, é que a "fúria" de quem fez a adoção desperta, e, assim, decide ingressar com alguma medida judicial para extinguir a parentalidade, alegando não ser justo ter que pagar pensão para um filho(a) que não é biologicamente seu. (CASSETTARI, 2014, p.46)

O autor explicita a questão da parentalidade socioafetiva quando ocorre a adoção à brasileira, conforme visto anteriormente. Ainda, o autor discorreu sobre a compreensão da socioafetividade dizendo:

> 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. E, caso seja comprovada, entendemos que os filhos socioafetivos deverão ter os mesmos direitos dos biológicos, em razão da igualdade prevista em nossa Constituição. Desta feita, a título de sugestão de lege ferenda, sugerimos a modificação do art. 1.596 do Código Civil, nos seguintes termos: Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, por adoção, ou por socioafetividade, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (CASSETTARI, 2014, p.45)

O posicionamento do autor evidencia a importância da afetividade tanto no contexto da familiaridade biológica quanto civil, uma vez que apenas a determinação genética não é suficiente para impulsionar a convivência que gera a constituição do seio familiar, uma instituição que se explica e compreende muito mais pela vertente filosófica do que pela forma fisiológica. Assim, a afetividade é um requisito essencial para que seja constatada a parentalidade socioafetiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Abordando parentalidade socioafetiva no que se refere aos procedimentos judiciais, tem-se que, para reconhecimento do vínculo, pode-se entrar com ação de Reconhecimento dessa modalidade de filiação, porém, importante compreender que "independentemente da via judicial utilizada, não devemos esquecer que o judiciário não pode se negar de reconhecer o vínculo afetivo que existe ou existiu entre duas pessoas apenas por que não foi proposta a ação correta" (CASSETTARI, 2014, p. 72). A existência de jurisprudências que corroboram com a compreensão de que o formalismo não pode ser empecilho para o reconhecimento de relações socioafetiva fortalece a concepção de que deve haver um reconhecimento judicial (CASSETARI, 2014).

Sendo assim, é impossível compreender que a evolução do reconhecimento da filiação socioafetiva se deu a partir do momento onde se percebeu que negar a alguém o direito de conhecer sua paternidade biológica, é como negar a escolha emocional feita. A investigação do tribunal para julgar o reconhecimento da relação pai-filho e o julgamento da licença parental e da licença maternidade é uma inovação do tribunal no campo do direito, que deve atrair a atenção básica, especialmente porque visa proteger o melhor interesse das crianças.

3 O QUE DIZ A DOUTRINA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O reconhecimento da paternidade e maternidade socioafetiva pode acontecer tanto pela via judicial quanto pela via administrativa (GAGLIANO e PAMPLONA, 2019). Entende-se que é nesse sentido o contexto do Provimento 63/2017 do CNJ, que vem reconhecer a filiação socioafetiva extrajudicial através do estabelecimento de um regramento de regulação do registro extrajudicial desse instituto.

No que se refere ao caminho traçado até essa regulamentação, um passo importante e de forte contribuição certamente foi a provocação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – que ingressou em 14 de novembro de 2017 com o Pedido de Providências nº 0002653-77.2015.2.00.0000. Além disso, os tribunais também já acenavam favoravelmente para o reconhecimento dessa modalidade de filiação restando apenas sua regulamentação.

O provimento do CNJ trouxe a oficialização de um instituto que já acontecia e necessitava de um regulamento que aperfeiçoasse os procedimentos. Assim, promoveu diversas melhorias práticas, na medida em que "[...] dispôs sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade/maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil, em todo território nacional, e estabeleceu a multiparentalidade" (FRANCO, EHRHARDT JUNIOR, 2018, p. 223).

O CNJ fundou sua decisão de expedir o Provimento de nº63/2017 na interpretação do art. 1593 do Código Civil, que traz em sua redação: "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem" (BRASIL, 2002, p. 1). A compreensão do parentesco, em todos os sentidos e responsabilidades jurídicas que vem com este papel, portanto, não se confina ao reconhecimento da ligação genética, ou ao instituto da adoção, estendendo-se até a força do elo afetivo, que, quando em acordo as disposições normatizadas, gera a filiação socioafetiva.

A decisão de elaborar um manual normativo que alcance a parentalidade socioafetiva é uma clara demonstração da busca pela desburocratização do Direito de Família, uma vez que quanto menos empecilhos no contexto para a solução, mais efetividade ela tem e menos prejuízos as pessoas envolvidas sofrem, em especial tratando-se de uma temática com a natureza da maternidade/paternidade socioafetiva.

Entre os elementos que embasam a efetivação da filiação socioafetiva, tem-se que a voluntariedade da paternidade é um dos elementos decisivos na obtenção da concretização jurídica. Isso porque ela tem a função de criar vínculos e embora sua essência seja o afeto, chega até o universo do direito patrimonial, onde o afiliado passa a ter direitos.

É oportuno registrar que o Provimento nº 63/2017 do CNJ sofreu algumas alterações realizadas pelo Provimento de nº 83 do CNJ, em 14 de agosto de 2019. Em vista disso, o art. 10 do provimento anterior passa a vigorar acrescido do art. 10-A, como se verifica:

> Art. 1º O Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações: I – o art. 10 passa a ter a seguinte redação: Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. II – o Provimento n. 63, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A - A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente. 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos. 2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretenso filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável – com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida. 3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo. 4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento. III – o § 4º do art. 11 passa a ter a seguinte redação: 4º Se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento (CNJ, 2019, p. 1).

A modificação, como se percebe, não trouxe alterações com relação ao consentimento por parte daquele que vai ser reconhecido, caso a pessoa seja maior de idade 12 anos de idade, pois tal procedimento jurídico além de torná-lo sujeito de direitos e obrigações como filho, exige o vínculo afetivo, pelo qual se poderá presumir que há a reciprocidade do afeto. A exclusão dos menores de 12 anos de idade encontra lugar aparentemente no intento do legislador de proteger a criança menor de 12 anos na medida em que esta tem menos autonomia e consistência na expressão volitiva pela maturidade inerente à tenra idade.

No que concerne a oficialização, a socioafetividade não precisa da sentença judicial da adoção (art. 47 do ECA), e se perfaz perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, como insculpido no art. 10 do Provimento nº. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CN), quando há o correto cumprimento dos requisitos estabelecidos:

> I - Requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo (nos termos do Anexo VI), testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º, do Provimento 63/2017 do CNJ); II - Documento de identificação com foto do requerente – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ); III - Certidão de nascimento atualizada do filho – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ); IV – Anuência pessoalmente dos

> pais biológicos, na hipótese do filho ser menor de 18 anos de idade (artigo 11, parágrafos 3º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ); V – Anuência pessoalmente do filho maior de 12 anos de idade (artigo 11, parágrafos 4º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ); VI - Não poderão ter a filiação socioafetiva reconhecida os irmãos entre si nem os ascendentes (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ); VII - Entre o requerente e o filho deve haver uma diferença de pelo menos 16 anos de idade (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ); VIII - Comprovação da posse do estado de filho (artigo 12 do Provimento 63/2017 do CNJ) (CNJ, 2017, p. 2).

Frente ao rol de requisitos elencados, que vão desde documentos básicos até a anuência do filho maior de 12 anos, entende-se que no caso de impossibilidade de cumprimento dessas regras (inclusive se a criança é menor de 12 anos), há o impedimento da efetivação da filiação socioafetiva de modo extrajudicial, com a necessidade de que as partes busquem as vias judiciais, que funciona conforme visto anteriormente, através de ações de reconhecimento.

As medidas insculpidas no Provimento nº. 63/2017 do CNJ trazem relevantes benefícios, pois a partir dessa normativa, que abrange todos os cartórios do Brasil, torna-se possível registrar diretamente nestes a filiação socioafetiva consensual e voluntária, sem que haja a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Mais que isso sobreleva-se como importante também porque além de reduzir a quantidade de demandas judiciais referentes ao registro civil, favorece grande número de pessoas em todo o país se encontravam sem a devida formalização de sua filiação por conta da burocracia até então existente (CALDERÓN; TOAZZA, 2018).

Nesse contexto, cabe questionar se a filiação socioafetiva extrajudicial pode ser desconstituída. Tema que gera discussão doutrinária aponta que:

> [...] não se pode reconhecer extrajudicialmente, de forma voluntária, cumprindo todos os requisitos exigidos, e depois desconstituir tal filiação sem um motivo plausível, com base, por exemplo, somente em seu querer, muito menos com pensamento medíocre de que a via extrajudicial a admitiria como se fosse uma simples devolução de uma mercadoria que não agradou, diminuindo o filho (ou pai/mãe) a um objeto, não o tratando como ser humano (SILVA; SILVA, 2018, p. 154).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vai em socorro desse entendimento ainda o Provimento nº. 63/2017 do CNJ, que em seu art. 10 que dirime as dúvidas que podem ainda existir declarando no § 1º, que: "O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação" (CNJ, 2017, p. 2).

O estudo da filiação socioafetiva extrajudicial, por se tratar de uma temática que envolve inúmeras variáveis, necessita de um aprofundamento através da pesquisa e análise do contexto jurisprudencial, especialmente por promover uma modalidade de filiação que se aproxima da adoção à brasileira, precisando, assim, de análises constantes para que sua inserção promova uma desburocratização e ao mesmo tempo proteja os jovens e crianças de quaisquer negligências com relação a integração em um seio familiar.

Para Freitas (2017) a socioafetividade tornou-se uma das principais características da família atual e se assenta nas relações familiares onde o amor é cultivado cotidianamente. Portanto, é compreensível que a relação pais-filho que influencia a sociedade se baseie na diferença entre pai e genitor e no direito ao reconhecimento do parentesco, pois sabe que se trata de uma pessoa que desempenha um papel educativo e afetivo.

4 OS MECANISMOS DE DESBUROCRATIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PRESENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Adoção pode ser conceituada como um negócio jurídico, por meio de decisões judiciais constitutivas, para promover a entrada de uma pessoa na família do adotante desde que tenha idade, independentemente de haver parentes próximos ou relações parentais semelhantes entre eles, e para desfrutar da adoção de todas as crianças.

Enquanto que a filiação socioafetiva decorre do vínculo socioemocional decorrente do status de filho em que se tem a relação pai-filho. O tratamento existente entre pais e filhos tem características de afeto, amor e resistência.

Para Freitas (2017) a adoção socioafetiva está presente na adoção comumente conhecida no Brasil como adoção à brasileira, para a autora a adoção à brasileira é uma prática disseminada no Brasil que consiste no reconhecimento registral de determinada pessoa como sendo filho de outros que não se traduzem como seus pais biológicos, sem, no entanto, obedecer aos trâmites legais, caracterizando um procedimento irregular, tipificador de falsidade ideológica, de acordo com o artigo 299, parágrafo único do Código Penal.

Como já citado, o Provimento 63/2017 veio para desburocratizar alguns procedimentos tornando estes mais simples e céleres. Conforme Halitta Amorim (2018) a forma extrajudicial dar maior liberdade ao jurisdicionado, que pode perseguir seus interesses de forma mais rápida e prática, além de desafogar o Judiciário, permitindo que se retire dele o dever de decidir sobre questões que podem ser resolvidas pelos próprios interessados por meio dos cartórios.

São muitos os institutos que já são trabalhados na forma extrajudicial, dentre eles destacam-se: a usucapião, o divórcio, a separação e extinção de união estável, o inventário extrajudicial e a partilha, a consignação em pagamento e a ata notarial como meio de prova.

Conforme ocorreram mudanças trazidas por este provimento, a compreensão das pessoas sobre a família e os pais ao longo dos anos mudaram, houve um tempo em que o sistema jurídico brasileiro tina a responsabilidade de proteger as relações jurídicas consideradas comuns hoje. Quando isso acontece Falta de legislação cobrindo a vitalidade da vida social, e neste sentido, o judiciário toma medidas para atualizar a forma como essas novas relações jurídicas existem.

Neste sentido, para Amorim (2018) foi o Provimento 63, que disciplinou, entre outras questões, a possibilidade de se reconhecer a filiação socioafetiva por meio dos Cartórios de Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais. E que para Souza (2017) antes mesmo da publicação do Provimento 63/2017, alguns estados brasileiros já realizavam o reconhecimento extrajudicial da filiação por socioafetividade.

O mecanismo encontrado na legislação brasileira para desburocratizar a adoção socioafetiva foi justamente a aplicação do Provimento de número 63/17 promovendo a adoção nesta modalidade como sendo permitida na via extrajudicial, contudo, alguns requisitos devem ser tomados, a saber:

> Em resumo, assim passaram a ser os principais requisitos para o procedimento extrajudicial de reconhecimento de filiação socioafetiva com o advento do novo provimento:
>
> Exclusivamente para filhos acima de 12 anos, que deverão consentir;
>
> Reconhecimento exclusivamente unilateral (somente um pai ou uma mãe socioafetiva);
>
> Necessidade de apresentação de prova do vínculo afetivo;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Consentimento do pai/mãe biológicos;
>
> Atestado do registrador sobre a existência da afetividade; Parecer favorável do Ministério Público, que equivalerá ao deferimento.
>
> Em conclusão, a opção do CNJ, em seu papel como órgão regulador, foi pelo caminho da segurança jurídica, preocupado em restringir eventuais abusos, mantendo ainda o viés da extrajudicialização já consagrado no provimento anterior. (OLIVEIRA, p. 3, 2019).

Desta Forma, o instituto da adoção socioafetiva apresenta-se como uma resposta diante dos problemas causados pela complexidade das relações familiares hoje, principalmente as relações familiares brasileiras. Quando é fácil verificar que na instituição legal de adoção, é preciso quebrar o vínculo parental anterior, na adoção socioafetiva ao reconhecer a conexão social e emocional, não é necessário, podendo ser inscritos no cartório até dois pais e / ou duas mães.

Interessante se faz que neste momento seja analisado algumas jurisprudências a respeito dessa nova modalidade de adoção simplificada, a saber:

> DEMANDA AJUIZADA CONTRA A GENITORA E O PAI SOCIOAFETIVO. PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA). PATERNIDADE BIOLÓGICA DO AUTOR COMPROVADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MAGISTRADO QUE ENTENDEU PELA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECURSO DO DEMANDANTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. VIABILIDADE. RECONHECIMENTO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO DA DUPLA PARENTALIDADE. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO COM A MANUTENÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE NÃO EXCLUI O BIOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE AMBOS. PREVALÊNCIA INTERESSE DA CRIANÇA. TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A PEDIDO DO AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226 , § 7º , da Constituição , na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos" (STF, RE n. 898.060/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016). TJ-SC - Apelação Cível AC 03026749320158240037 Joaçaba 0302674-93.2015.8.24.0037 (TJ-SC)
>
> Jurisprudência: Data de publicação: 17/04/2018

Com a jurisprudência analisada acima, foi possível perceber que o magistrado reconheceu a filiação socioafetiva como sendo o melhor para o interesse da criança onde o pai socioafetivo já constava no registro de nascimento da criança e o do pai biológico não, feito o exame de DNA ficou comprovado que o registro seria no nome do pai biológico mas que haveria a revisão permanecendo o pai socioafetivo também, pois filho e pai socioafetivo tinham um vínculo muito maior. Outro exemplo é a seguinte:

> POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SOCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico. 2. "A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante." (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil). 3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar. 4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança. 5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito "ou outra origem" do art. 1.593 do Código Civil . 6. Os conceitos legais de parentesco e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança. 7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica.
>
> STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1608005 SC 2016/0160766-4 (STJ)
>
> Jurisprudência: Data de publicação: 21/05/2019

Neste recurso interposto no STJ, acima analisado priorizou-se manter um registro de nascimento simultâneo onde ficou presente o pai biológico e o pai socioafetivo, respeitando o melhor interesse da criança, no caso em tela, houve uma reprodução assistida onde o pai doador quis reconhecer a paternidade, figurando no registro o pai biológico e o pai socioafetivo.

Há ainda outro exemplo trago pela jurisprudência:

> PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades,

> de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido.
>
> STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1618230 RS 2016/0204124-4 (STJ)
>
> Jurisprudência: Data de publicação: 10/05/2017

Sendo assim, restou claro a análise doutrinária, legislativa e inclusive jurisprudencial que a adoção socioafetiva pela via extrajudicial é um avanço para o Direito de Família brasileiro pois desburocratizou uma série de exigências que pela via judicial é exigida além de ajudar o judiciário com a demanda excessiva de processo em suas varas.

5 RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POR VIA EXTRAJUDICIAL: UM MECANISMO DE DESBUROCRATIZAÇÃO QUE FACILITA À ADOÇÃO BRASILEIRA

Muito já se falou no decorrer do trabalho sobre os benefícios da adoção socioafetiva na forma extrajudicial, e conforme Amorim (2018) dar aos cartórios de registro de pessoa natural a autoridade de reconhecer a socioafetividade, quando por iniciativa voluntária e livre de vícios, é seguir o fluxo da desburocratização, pregado, em especial, pelo Código de Processo Civil.

E conforme o Novo Código de Processo Civil de 2015, desde seu projeto voltava-se a extrajudicialização das demandas, de modo a aliviar o Judiciário brasileiro e buscar soluções eficazes para determinados conflitos.

Contudo, para Amorim (2018) essa desburocratização deve ser bastante analisa pois por ser um caminho mais simples pode acabar gerando margem a fraudes, visto que afastar essas demandas do Judiciário pode deixá-las ainda mais vulneráveis à má-fé de tantos.

E somente a análise do Provimento 63/2017 que responde as questões sobre a segurança jurídica que esse tipo de adoção traz. O artigo 14 do Provimento 63 do CNJ dispõe que:

> "O referido provimento autorizou a realização diretamente no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de todo o Brasil, do reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> bem como o estabelecimento da multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de se ter mais de dois genitores no assento de nascimento; o art. 14 estabelece não poder o reconhecimento socioafetivo implicar o registro de mais de dois pais e de duas mães, ou seja, a norma autoriza que seja feito diretamente no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais o reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva, mesmo existindo pai e mãe registral, pois no registro será possível ter no máximo dois pais e duas mães, sendo quatro no total, não podendo ser três pais e uma mãe e nem um pai e três mães". (CNJ, 2017, p. 2).

Além disso, o provimento se preocupa bastante com a segurança jurídica do acordo extrajudicial e por essa razão faz uma série de segmentos para serem cumpridos, um destes requisitos e não menos importante é a apresentação de documento com foto, conforme art. 11, outrossim, outros documentos que são exigidos no ato do reconhecimento da adoção socioafetiva são:

Certidão de nascimento do filho, Requerimento assinado pelo ascendente socioafetivo, onde este documento contém a ciência que o requerente deve ter quanto aos direitos adquiridos pelo filho reconhecido, inclusive sucessórios, e tal ato é irrevogável, conforme consta no art. 1.610 do Código Civil. (AMORIM, 2018).

Há ainda a anuência dos pais biológicos, se o filho for menor de 18 anos, anuência do filho, se este já tiver mais de 12 anos de idade, idade mínima do requerente de 18 anos, diferença mínima de 16 anos de idade entre o filho e o requerente, e ainda que o requerente e o filho não sejam irmãos entre si nem haja relação de ascendência: Essa regra vem apresentada, de forma expressa, no art. 10: "§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes". Ela se justifica, mais uma vez, pelo intuito de se conferir à nova família, no que for possível, aparência de família biológica. Assim, permitir que um irmão, por exemplo, reconhecesse outro como seu filho iria contra essa regra. (AMORIM, 2018).

E por fim, o requisito obrigatório que o provimento traz é a posse do estado de filho comprovada, ausência de discussão judicial para reconhecimento da paternidade ou adoção. Cumpre ainda ressaltar que o ato extrajudicial é absolutamente irrevogável e somente será discutido na forma judicial se este estiver viciado, fraudado ou simulado. E esta irrevogabilidade se verifica justamente por haver entre as partes afeto e confiança.

É sabido que permitir que alguns atos sejam realizados na forma extrajudicial pode trazer inúmeras vantagens, contribuindo para a desburocratização em adoções, das quais podem ser verificadas: a velocidade de ações, onde nenhum cidadão tenha que passar por procedimentos difíceis, podendo encontrar a coisa certa de forma simples e fácil diante da grande burocracia e morosidade do Judiciário brasileiro.

Muito se discute na doutrina sobre a segurança jurídica deste ato extrajudicial e o próprio provimento traz a resposta para tal discussão afirmando que: "Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local". (BRASIL, 2017).

Sendo assim, fica totalmente evidente que o reconhecimento da filiação socioafetiva pela via extrajudicial representa um avanço na desburocratização da adoção e não está interligado necessariamente com a adoção à brasileira pois para que ocorra a adoção socioafetiva pela via extrajudicial os requerentes e filho devem ter uma relação de afeto.

6 CONCLUSÃO

Por meio deste estudo que foi possível verificar que a filiação socioafetiva tem sido amplamente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro sem se falar da universalidade causada pela origem biológica e da ligação causada pela origem emocional.

O que o CNJ fez pela Provimento 63/2017 foi garantir que fosse reconhecida a filiação social e emocional reduzindo à burocracia, tornando mais fácil para os cidadãos, diminuindo a morosidade e formalização do Judiciário. Portanto, este movimento de Extrajudicialização se esforça para garantir que os procedimentos sejam mais rápidos e eficazes, não ignorando a segurança legal.

Portanto, esta pesquisa tentou atingir o objetivo de sua análise, onde o CNJ 63/2017 diante do movimento extrajudicial de direito brasileiro, trouxe um novo modelo de família que também está aumentando.

Este trabalho visou revelar a importância do princípio da pertença social e emocional por meio de pesquisas realizadas nas diferentes obras de juristas e doutrinadores, e na perspectiva do princípio do mesmo sexo e da igualdade, onde o Estado deve reconhecer sempre o melhor interesse da criança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao analisar tais temas discutidos, foi possível perceber claramente que, em comparação com os direitos das crianças no passado, a evolução dos direitos é baseada no patriarcado, e a família é organizada de acordo com os princípios e ordens do pai. Atualmente, as crianças têm recebido plena proteção de seus direitos, não podem mais ser discriminadas, nem serão amparadas pela legislação civil vigente e pela Constituição Federal de 1988.

E para isso, princípios foram criados para nortear essa proteção, como o princípio da igualdade entre as crianças, o princípio do direito da família aplicável às conexões sociais e emocionais, o princípio da dignidade humana, o princípio do melhor interesse das crianças e dos jovens e os sentimentos que penso estarem relacionados à igualdade que independentemente da origem biológica da relação, pode haver vínculos afetivos e iguais entre filhos e pais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM. Hallita. **O reconhecimento da parentalidade socioafetiva a luz do provimento 63/2017 do CNJ e a extrajudicialização do direito brasileiro.** Disponível em: file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/HACFA19112018.pdf. Acesso em 06 de Setembro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 de Agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002- código civil brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 12 de março de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do adolescente**. Brasília: Congresso Nacional, promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 15 de Agosto de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848/1940 -código penal.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 de Agosto de 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9757-7.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CLADERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriel Bortolan. **A afetividade chega aos cartórios: reflexões sobre o provimento 63 do cnj**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-set-08/opiniao-afetividade-chega-aos-cartorios-provimento-63-cnj. Acesso em: 21 de Agosto de 2020.

CNJ. **Provimento nº. 83 de 14 de agosto de 2019.** Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em: 21 de Agosto de 2020.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. atual. [*S. l.*: *s. n.*], 2018. ISBN 978-83-203-67 11-7.

FREITAS. Hanna. **Filiação socioafetiva e seu reconhecimento no ordenamento jurídico**. Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50532/filiacao-socioafetiva-e-seu-reconhecimento-pelo-ordenamento-juridico-brasileiro#_ftn27. Acesso em 05 de Setembro de 2020.

FRANCO, Karina Barbosa; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e multiparentalidade: comentários ao provimento nº 63, de 14.11.17, do cnj.*Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil.*** Belo Horizonte, v. 17, p. 223-237, jul./set. 2018. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/279. Acesso em: 23 de Agosto de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 9. ed. atual. [*S. l.*]: Saraiva educação, 2018. v. 6. ISBN 9788553606474.

GOLÇALVES, Carlos roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 14. ed. atual. [*S. l.*]: Saraiva, 2017. v. 6. ISBN 978-85-472-1305-3.

JUSBRASIL. **TJ-SC - Apelação Cível AC 03026749320158240037 Joaçaba 0302674-93.2015.8.24.0037 (TJ-SC).** Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Pai%20Socioafetivo&s=paid. Acesso em: 05 de Setembro de 2020.

JUSBRASIL. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1608005 SC 2016/0160766-4 (STJ). Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Pai%20Socioafetivo&s=paid. Acesso em: 05 de Setembro de 2020.

JUSBRASIL. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1618230 RS 2016/0204124-4 (STJ). Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Pai%20Socioafetivo&s=paid. Acesso em: 05 de Setembro de 2020.

IBDFAM. **Provimento do CNJ altera registro de filiação socioafetiva em cartórios para pessoas acima de 12 anos.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/7034/Provimento+83+do+CNJ+altera+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+em+cart%C3%B3rios+para+pessoas+acima+de+12+anos. Acesso em: 20 de Abril de 2020.

NASCIMENTO, V. H. V. **O que é adoção**. Disponível em: http://www.guiadobebe.uol.com.br/planejamento. Acesso em: 01 de Setembro de 2020.

OLIVEIRA. Rogério. **Provimento que alterou as regras de filiação socioafetiva.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-09/provimento-alterou-regras-reconhecimento-filiacao-socioafetiva. Acesso em 06 de Setembro de 2020.

SILVA. Maísa Paula da; SILVA, Laurinéia Borges Souza. **Filiação socioafetiva e sua extrajudicialização.** *Rev. Eletrônica Organ. Soc.*, Iturama (MG), v. 7, n. 8, p. 147-160, jul./dez. 2018.Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.

SOUZA. Carlos Magno Alves de. **CNJ cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva. Acesso em: 14 de Agosto de 2020.

NOTAS:

[1] Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI. *E-mail*: brenda.leticia@hotmail.com

[2] Orientador professor do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail*: jscostadireito@gmail.com

www.conteudojuridico.com.br

MÃES DE BRAÇOS VAZIOS: DESAMPARO LEGISLATIVO NO REGISTRO DO NOME DO NATIMORTO

KIMBERLY CAROLINE CABRAL:
Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(Professor Temático)[i]
ÉRICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS[ii]
(Orientadora Metodológica)

RESUMO: Este estudo se resume em propiciar uma sucinta análise sobre a negatória da concessão do direito de nomear o natimorto em registro próprio, originado pela lacuna deixada pela Lei de Registros Públicos. Ainda amparado em uma visão humanista de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, são analisados os fundamentos da concessão do direito ao nome do natimorto, sob a óptica dos direitos da personalidade, de estudo psicológico sobre a importância do nome as famílias enlutadas, a nomeação do natimorto nas legislações estrangeiras, as divergências entre Normas das Corregedorias-Gerais da Justiça e, por fim, a jurisprudência brasileira. Este trabalho tem por objetivo demonstrar que o direito ao nome do natimorto é, acima de tudo, um ato humanitário de respeito à memória da criança e da família que sofre com a sua perda, e que se faz imprescindível a regulamentação expressa do nome no registro de natimorto, a fim de viabilizar a faculdade de atribuir um nome ao filho natimorto, a todos os pais que assim desejarem.

Palavras-chave: Nome; Natimorto; Dignidade Humana; Personalidade Jurídica.

ABSTRACT: This study is summarized in providing a succinct analysis of the denial of the granting of the right to name the stillborn in its own register, originated by the lacuna left by the Public Records Law. Still supported by a humanist vision of respect for the principle of human dignity, the fundamentals of granting the right to the name of the stillborn are analyzed, from the perspective of personality rights, of a psychological study on the importance of the name for bereaved families, the appointment of the right on naming stillborn in foreign legislation, the divergences between the Rules of the Internal Affairs of Justice and, finally, Brazilian jurisprudence. This work aims to demonstrate that the right to the name of the stillborn is above all, a humanitarian act of respect for the memory of the child and the family that suffers from its loss, and that the express regulation of the name in the stillbirth registration is essential. In order, to enable all parents who so wish, the option of naming their stillborn child.

Keywords: Name; Stillborn; Human Dignity; Legal Personality.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO – 2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – 3. DIREITOS DA PERSONALIDADE – 4. A IMPORTÂNCIA DE NOMEAR – 5.O NOME DO NATIMORTO E SEU REGISTRO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA – 6. O NOME DO NATIMORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA – 7. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS – 9. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O nascimento e a morte são os eventos mais emblemáticos e intensos na vida das pessoas. A primeira lembrança profunda que se tem de um nascimento é o primeiro choro do bebê, e da morte, o silêncio. A morte prematura de uma criança, além de silenciosa, muitas vezes é invisível. Tanto pela falta de compreensão para lidar com sua perda precoce, quanto pelo não reconhecimento do vínculo que o une aos pais desde as primeiras semanas de sua gestação, e até mesmo o não reconhecimento legal de que aquela criança de fato existiu. "É muito mais difícil para os pais lamentar uma criança morta sem nome, sem sepultura, sem lembranças tangíveis" (WEHKAMP, apud NIJS, 1999, p.16, tradução nossa).

Com fundamento na dignidade humana e disposto no rol exemplificativo dos direitos da personalidade, o direito ao nome civil é fundamental as relações humanas. Com relevância não somente jurídica, mas essencialmente social. Configurando-se como um atributo intimamente conectado a dignidade, propiciando o reconhecimento e a individualização dos seres humanos. Entretanto, a norma civil vigente condiciona o início da personalidade ao nascimento com vida, o que perfaz a ideia de que o nome é um direito exclusivo aos nascidos vivos.

Mas se a atribuição da dignidade através do nome pressupõe o nascimento com vida, qual é o caminho a percorrer para conferir dignidade aos nascidos mortos, senão pelo nome? Visto que o mínimo que se pode fazer para dignificar a memória do natimorto é o reconhecimento legal de seu nascimento, individualizando-o através do nome que usaria em vida.

O presente estudo trata-se de pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, no qual aplicam-se as leis ou regras gerais aos fatos particulares. Bem como realizar-se-á análise qualitativa quanto a nomeação do natimorto, ou seja, aquele que nasceu morto, com peso corporal igual ou superior a 500g, e/ou estatura igual ou superior a 25cm e/ou com idade gestacional igual ou superior a 20 semanas, como dispõe o Conselho Regional do Estado de São Paulo (CREMESP, 2020). Tanto sob a ótica do princípio da dignidade humana como meio de conferir dignidade a sua memória e dignificar a dor das famílias enlutadas, quanto a dos direitos da

personalidade, haja vista o entendimento da I jornada de direito civil de que a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura. Analisará também um estudo psicológico sobre a importância de nomear o natimorto.

Ademais, será analisada a Lei de Registro Públicos (LRP), que prevê o dever de atribuição do nome somente aos nascidos vivos, em registro de nascimento e aos que faleceram imediatamente após o nascimento com vida, em duplo registro (nascimento e óbito) com os demais elementos que couberem. Já do nascimento sem vida, o que resta, além da previsão de registro do natimorto no livro "C-auxiliar", é a lacuna dos "elementos que couberem".

Desta forma, faz-se imprescindível o exame das Normas das Corregedorias-Gerais de Justiça Estaduais, responsáveis por disciplinar os elementos essenciais que irão compor o registro do nascido morto, diante da omissão deixa pela LRP, que no tocante ao nome do natimorto divergem-se. O que enseja expressiva demanda pelo acionamento do judiciário a fim de sanar tal lacuna.

O presente estudo também analisará legislações estrangeiras, que em relação ao tema, concedem nome ao natimorto não somente para dignificar sua memória, como também por empatia a dor dos pais enlutados.

Também necessária é a apreciação da jurisprudência de tribunais que se destacaram na vida de algumas famílias ao permitir a nomeação das crianças que nem chegaram a respirar. No entanto, tais decisões pioneiras ainda são consideradas minoria, perpetuando o sofrimento e o sentimento de injustiça às famílias que apenas buscam o reconhecimento da existência do bebê, que permanecerá na memória daquelas, sendo lembrado pelo nome que haveria de usar em vida.

E a falta de legislação em nível nacional que concede aos pais a faculdade de nomear o filho natimorto, visto ser necessária para resguardar o direito aos pais de fazê-lo se assim desejarem. Seja com fundamento na concessão de personalidade jurídica ao natimorto e na dignidade humana ou através do reconhecimento de que para os pais enlutados, negar o reconhecimento legal da existência de seu filho através de sua individualização é tão doloroso quanto voltar para casa de braços vazios, com um berço que não possui mais propósito.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade é um atributo que se encontra inserido nas principais legislações de nações democráticas, reconhecendo o ser humano como centro e fim do Direito. Essa propensão ocorreu devido ao traumático padecimento do mundo aos horrores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do nazifascismo na segunda guerra mundial, onde a dignidade da pessoa humana regressou à relatividade ao ser adotado a raça, o grupo social e a orientação sexual de um indivíduo como critérios para seu reconhecimento. Sendo levados a campos de extermínio milhões de pessoas que não pertenciam ao grupo considerado digno. Demonstrando-se assim, a ruptura com a dignidade da pessoa humana.

Sua reconstrução se deu logo o pós-guerra, sendo reconhecida como iniciativa pioneira a "Carta Magna da vida pública alemã", também conhecida Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (RFA) um modelo de transição do autoritarismo para a democracia, responsável por manifestar incisa declaração: "Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público". Tendo como inspiração a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que faz menção a dignidade humana no seu artigo 1º ao dispor que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

O constitucionalismo brasileiro, que desde 1934 recebe intensa influência germânica, também aderiu ao tema (BONAVIDES, 1993, p. 288). A Constituição de 1988 deixa manifesta que o Estado de Direito que fora instituído, tem como princípio basilar do direito pátrio a dignidade da pessoa humana no seu artigo 1º, inciso III: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana.".

A dignidade humana respalda-se no fato de que:

> Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda. (DÜRIG, 1956, p.125 apud SARLET, 2006, p. 45)

Caracterizando-se como:

> Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2009, p. 37)

Acerca do tema Alexandre de Morais (2019, p. 18) assim disserta:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente, na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto serem humanos.

E como valor espiritual e ínsito à pessoa humana, a proteção da dignidade humana faz-se necessária a todos os seres humanos vivos ou mortos, pois a dignidade não está atrelada a condição do nascimento com vida, mas sim a condição de ser humano.

Para os juristas alemães Bodo Pieroth e Bernard Schlink (2008, p. 81), "O princípio da dignidade humana é o ponto de partida de outros direitos fundamentais, ele reforça o vínculo com outros direitos". Como os direitos da personalidade. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, é lei fundamental que constitui garantias, comando normativo de valor que irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, orientando a criação da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, e a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Da dignidade da pessoa humana decorre a garantia da proteção e respeito aos direitos da personalidade, compreendido neles, o direito à vida digna, honra, a imagem e ao nome, entre outros. Sendo o nome uma das maneiras mais efetivas de dignificar uma pessoa, porém o ordenamento civil vigente somente o garante aos nascidos vivos, não o conferindo aos natimortos, que para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (2005a, p. 162):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Mesmo não havendo nascido com vida, ou seja, não tendo adquirido personalidade jurídica, o natimorto tem humanidade e por isso recebe proteção jurídica do sistema de direito privado, pois a proteção da norma ora comentada a ele se estende, relativamente aos direitos de personalidade (nome, imagem, sepultura, etc.).

Vedar a atribuição do nome ao natimorto, como forma de identificá-lo e dignificar sua memória, demonstra o total desrespeito ao princípio constitucional da dignidade humana, como se aqueles, por não terem superado o nascimento, são irrelevantes ao Direito portanto irrelevantes até mesmo as suas famílias, o que de fato não são.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Quanto aos direitos da personalidade, estes

> (..) são reconhecidos a pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (BITTAR, 2015, p. 29)

Consagrados pela Magna Carta e posteriormente pelo Código Civil vigente, são reconhecidos como direitos subjetivos de natureza jurídica constitucional, civil e penal, tendo como uma de suas finalidades, a proteção da dignidade humana. Nasceram em atenção aos anseios e a constante evolução cientifica e tecnológica da sociedade. Como resultado de debates da sociedade brasileira que pleiteava o respeito e a proteção aos direitos intimamente conectados a personalidade humana, tendo como respaldo o princípio da dignidade humana, matriz ética dos direitos da personalidade. "Significa este princípio, que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito e, como tal, a eles preexistente" (AMARAL, 2017, p. 380).

Intimamente ligado ao conceito de pessoa, a personalidade é um atributo ou qualidade do ser humano, adquirida através do nascimento com vida, ou seja, todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, por conseguinte adquire personalidade. Pode ser definido como capacidade genérica para adquirir direitos e contrair deveres ou obrigações na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica (GONÇALVEZ, 2019, p. 111). É o agrupamento das particularidades ínsitas a própria pessoa que confere a ela o poder de pleitear

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

todos os seus direitos personalíssimos, primordiais a satisfação e proteção da personalidade e de sua essência, assim como sua integração nas relações jurídicas, com aplicação a todos os homens (*erga omnes*).

Para Caio Mario (2002, p. 152) são direitos "inalienáveis e cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra". "São direitos inatos, absolutos e necessários." (BITTAR. 2015, p. 43).

No tocante ao início da personalidade doutrinadores adeptos da teoria natalista, defendem que se inicia a partir do nascimento com vida, sendo essa adotada pelo Código Civil vigente (Artigo 2º).

> A doutrina tradicional sustenta ter o direito positivo adotado, nessa questão, a teoria natalista, que exige o nascimento com vida para ter início a personalidade. Antes do nascimento, não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascendo com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção. (GONÇALVES, 2019, p. 117)

De forma antagônica, José Tavares (1928, p. 21) em comentários ao Código Civil Português questionava a atribuição da personalidade desde a concepção, visto ser qualidade inerente a condição de ser humano, só se concebe como atributo ínsito ao próprio ser, como uma consequência imediata da formação e existência do indivíduo, que forma-se pelo fenômeno biológico da concepção, existindo e vivendo desde esse momento; sendo protegido pela lei, e por isso desde logo deveria ser reconhecida a sua personalidade.

Análogo é o entendimento da I jornada de direito civil ao afirmar que "a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.". Apesar do natimorto nunca ter sido sujeito de direito pois não adquiriu personalidade, alguns direitos relativos à personalidade como o direito ao nome, merecem proteção.

> Mesmo tendo sido extinta a personalidade jurídica da pessoa natural pela sua morte ou da pessoa jurídica já dissolvida, o sistema jurídico se ocupa em regular algumas hipóteses, que se caracterizam como proteções diretas ou indireta de quem não é mais ou nunca chegou a ser sujeito de direito, por que não adquiriu personalidade (natimorto) ou já a perdeu (morto, pessoa jurídica extinta). São meios de proteção direta de quem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> não tem personalidade jurídica, v.g., dar nome e sepultura ao natimorto. (NERY; NERY JÚNIOR, 2011b, p. 213)

Nestes termos, com fundamento na personalidade jurídica, pleitear pela individualização do natimorto através do direito ao nome, parece ser legítimo. Haja vista sua condição humana, um nascituro que infelizmente não alcançou a vida extrauterina. Compreendendo no nome, o prenome e o sobrenome que receberia em vida.

4 A IMPORTÂNCIA DE NOMEAR

"O nome de uma pessoa está intimamente relacionado ao reconhecimento de sua individualidade e personalidade. A questão da identidade e natureza de uma pessoa são frequentemente associadas ao nome que leva" (NIJS, 1999, p. 48, tradução nossa). Dê certa forma, é um pré-requisito para estabelecer um relacionamento com outras pessoas.

Quando um bebê nasce com vida, nomeá-lo não só parece natural como é imprescindível. O nome é uma das primeiras perguntas que os pais escutam, não somente após o nascimento, mas desde o momento da descoberta da gestação. Porém essa maneira natural de lidar com o nome é perdida com o nascimento sem vida.

Para a médica psicoterapeuta belga Michela Nijs, em seu estudo intitulado "O luto tem seu tempo: Rituais de despedida quando uma criança morre cedo" (1928, p. 21, tradução nossa), quando esta era a situação, os pais raramente eram questionados quanto ao nome do filho perdido.

Para os pais e familiares do bebê que partiu prematuramente atribuir-lhe um nome é especialmente importante. "Quando os pais atribuem um nome a criança natimorta é certificado a morte de uma pessoa e não da perda de um produto gestacional" (NIJS, 1999, p. 48, tradução nossa). Visto que, muitas vezes o natimorto é a morte trágica e secreta de uma pessoa sem nome e identidade.

O reconhecimento da individualidade do bebê é essencial, como meio de conferir dignidade à aquelas pessoas que lidaram com a morte precoce daquele que nem ao menos escutaram chorar. Apesar de grande parte desses pais terem conferido um nome para o bebê antes mesmo de saber o seu sexo, a maioria não teve a chance de atribuí-lo de fato.

A nomeação de crianças natimortas é de fato relevante visto que, chamar o filho pelo nome que receberia em vida ajuda os pais enlutados a lidarem com o trauma da perda. "Porque os pais têm tão poucas memórias concretas do filho, e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

nomeação pode frequentemente ajudá-los a reconhecer que estão lamentando uma pessoa de fato. O nome também pode se tornar um símbolo para certificar a existência da criança" (NIJS, 1999, p. 48, tradução nossa).

Especialmente quando há outras crianças, a nomeação do bebê natimorto facilita a sua compreensão como membro da família e a sua lembrança. O que é importante para a saúde mental da família. (LOTHROP, 1998, p. 89, tradução nossa)

O vínculo com o bebê se desenvolve muito antes do seu nascimento, desde os preparativos para a sua chegada até a escolha de seu nome. Para muitos, o assunto é irrelevante juridicamente, pois logo se esquecerão, mas a memória do filho perdido permanecerá para sempre com os pais, desta forma, conceder o direito de atribuir um nome ao natimorto não somente dignifica a sua memória, como ajuda a família a superar, de forma digna e empática, a dor da perda de um filho.

5 O NOME DO NATIMORTO E SEU REGISTRO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

A Comparação dos diferentes sistemas legais entre países revela-se de suma relevância, visto que a experiência alheia sobre o tema possibilita tanto o desenvolvimento do Direito nacional, quanto o enriquecimento do presente estudo, através da análise comparativa quanto à possibilidade de nomear o natimorto e seus fundamentos. Com destaque à Alemanha e a Irlanda, que pautam o registro do natimorto não como direito personalíssimo, mas sim como um ato que dignifica a memória do natimorto e proporciona respeito a dor dos pais e familiares enlutados.

Na Alemanha, a nomeação do natimorto é reconhecida pelos legisladores como forma de dignificar a despedida. Desde de 1º de Julho de 1998 os bebês natimortos (somente aqueles com peso igual ou superior a 500 gramas) podem ser inscritos no registro civil familiar *(Das Familienbuch),* com os seus respectivos nome e sobrenome, devido a revogação da seção 24 da Lei do Estatuto Civil *(Personenstandsgesetz - PSt*G*)* que estipulava o registro do natimorto apenas no livro de óbitos, sem a opção de nomeá-lo. Destaca-se que o "Das Familienbuch" é um documento de registro civil, onde são inseridos os dados sobre o casamento, nome de nascimento dos cônjuges e os dados pessoais dos pais do casal, além das data(s) de nascimento da(s) criança(s).

Com a revogação da seção 24, o parágrafo segundo da seção 21 da PStG facultou aos pais a inserção do nome do natimorto também ao assento de nascimento, no Livro do Nascimento (Das Geburtenbuch) que difere se do registro familiar. No assento de nascimento, além de outros elementos, constará o nome e sobrenome da criança, com a anotação de que nasceu morta. Neste caso, o nome deverá ser inserido somente mediante pedido dos pais ou do guardião legal da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

criança, caso tivesse nascido com vida, caso contrário o registro de nascimento será lavrado de acordo com os parágrafos 2º, 3º e 4º da seção 21, ou seja, com a data e horário de nascimento, o sexo da criança, os nome e sobrenome dos pais, e se um deles desejar, sua afiliação legal a uma comunidade religiosa.

Porém a grande mudança se deu após o casal de alemães Barbara e Mario Martin perderem três filhos prematuramente, Joseph-Lennard e os gêmeos Tamimo e Penelope, sendo apenas Penelope, que morreu uma hora depois do nascimento, incluída no registro familiar, pois seu coração batia após o nascimento e por pesar 500 gramas. De acordo com a lei alemã, os outros filhos não foram registrados por serem natimortos nascidos com peso inferior a 500 gramas, sendo considerados abortos. (DEUTSCH WELLE, 2012, tradução nossa)

Por meio de uma campanha o casal recolheu 40.000 assinaturas a fim de pleitear perante o parlamento alemão a modificação da Lei do Estatuto Civil (PStB) permitindo que todos os natimortos fossem registrados e enterrados a pedido da família. Desta forma, por meio da Portaria para Implementação do Estatuto Civil (PStV), o parlamento alemão modificou os parágrafos 2º e 3º da seção 31 da PStV que versa sobre nascidos vivos, natimortos e aborto, versando o parágrafo segundo sobre a adoção do critério para definir o natimorto como aquele com peso mínimo de 500 gramas ou, se inferior, aquele que a gravidez superou as 24 semanas, devendo ser registrado no livro de registro civil familiar com todos os elementos especificados em lei, incluindo o nome do registrado. Ademais também versa sobre a possibilidade da certificação do nascimento dos bebês que não se enquadram na classificação de natimorto, consideradas abortos.

A inovação se dá no fato de que as crianças que são consideradas abortos espontâneos (*SternenKinder*) apesar de não serem registradas, desde maio de 2013, os pais ou o tutor legal da criança caso tivesse nascido com vida, possuem a faculdade de relatar o nascimento do bebê ao cartório responsável, "a mudança na lei do status civil permite, assim, um tratamento digno as crianças-estrelas (*SternenKinder*)." (BundesministeriumfürFamilie, Senioren, Frauenund, Jugend, 2018, tradução nossa). Neste caso o cartório emitirá ao requerente um certificado onde será indicado o nome, sobrenome e gênero da criança, a data de nascimento com a especificação "§31, Absatz 2 PStV" indicando que o certificado está de acordo com a seção 31, parágrafo 2 da PStV, entre outras informações.

Desta forma concedendo a todas as famílias de crianças que morreram intrauterinamente ou na ocasião do parto, a certificação de sua existência e de sua individualização a partir do direito de nomeá-las, quer seja através do registro de nascimento do natimorto, ou através da "certidão de aborto das SternenKinder".

Na Irlanda o reconhecimento da importância de nomear o natimorto em registro, se deu primeiramente através da *"Stillbirths Registration Act, 1994",* legislação que regula o registro de nascimento de natimortos, adotando como critério a definição de natimorto como uma criança nascida com peso igual ou superior a 500 gramas ou com idade gestacional igual ou superior a 24 semanas, que não mostre sinais de vida (Seção 1).

Proposto pelo Ministro da Igualdade e Reforma da Lei Mervyn Taylor, o Projeto de Lei teve como escopo propiciar não somente o registro oficial de natimorto, como também ajudar os pais enlutados a passarem pela experiência da perda de forma menos traumática. Adotando como fundamento basilar a essencialidade terapêutica do registro, uma vez que o reconhecimento legal do nascimento dá aos pais evidências tangíveis da existência do filho natimorto, trazendo conforto a eles. Como argumentação em debate, ao propor o projeto de lei Taylor (1994) assim dispõe:

> [..]The establishment of a stillbirths register, as proposed in the Bill, would provide tangible evidence of the existence of stillborn children and so serve as a focus for the memories of bereaved parents [...] the rationale for stillbirths registration is essentially therapeutic. Stillbirths registration is primarily intended to comfort grieving parents [...].

Tendo como parâmetro a *"Stillbirths Registraction Act*", a lei vigente que regula o registro de nascimento do natimorto, na Irlanda é a *"Civil RegistrationAct 2004"* que em seu capítulo 3 versa sobre o registro de nascidos vivos e natimortos.

Quanto a nomeação do natimorto, destaca-se que na legislação Irlandesa, o registro do natimorto assemelhasse ao dos nascidos vivos, onde constará o nome e sobrenome da criança, a data, o horário e o local do nascimento, entre outras especificações, entretanto, será anotado o peso e período gestacional da criança (GOVERNMENT OF IRELAND, 2020, tradução nossa). Destaca-se também a previsão de retroatividade na legislação, dando aos pais de natimortos nascido antes de 1995 a possibilidade de registrá-los de acordo com normas especificas dispostas em lei (seção 29).

Na legislação irlandesa, é notório que a nomeação do natimorto é pautada pelo sentimento e não por dados estatísticos e probatórios ou por razões lógicas, na medida em que a perda de um bebê pode ser a dor mais profunda que uma pessoa pode ter. Nas palavras do então Senador do painel do trabalho Dan Neville (1994):

> It is important, too, that the baby is named so parents can use a name to talk about their baby to others. It will thus be It will thus be easier to refer to him or her in discussions with their other children and easier to connect memories to the baby if he or she is referred to by name.

O direito de nomear o filho natimorto evita o duplo trauma dos pais que ao perderem o filho tem o direito ao reconhecimento de sua existência e morte negados.

6 O NOME DO NATIMORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Lei de Registros Públicos (LRP) é expressa quanto ao dever de nomear o nascido vivo e a criança que faleceu logo após o nascimento com vida, mas é omisso quanto a nomeação do natimorto. Ou seja, aquele que morreu no útero materno ou em decorrência do parto, apenas lhe reservando um registro em apartado, cujo conteúdo não faz alusão expressa a possibilidade de nomeação do natimorto, sendo vago ao dispor que tal registro será lavrado com os elementos que couberem no livro C-auxiliar, não especificando-os (artigo 53, §1º da LRP). Ressalta-se que apesar da lacuna existente na LRP quanto a nomeação do natimorto em registro, a falta de obrigatoriedade ou proibição de nomear expressa na lei, trata-se de questão meramente interpretativa. Não podendo ser alegado que a falta de disposição a favor, é justificativa para a proibição da nomeação do natimorto.

A carência de um rol taxativo na LRP quanto aos elementos que couberem no registro do natimorto, deixou a cargo das Normas de Corregedorias-Gerais de Justiça (NCGJ) a especificação de tais elementos, que no tocante ao nome, divergem-se. Nas NCGJ-MT e NCGJ-BA são expressas ao vedarem a nomeação, quando em seus artigos 859 e 584 respectivamente, diz que em caso de natimorto não será dado nome. Já nas NCGJ-SP, após revisão normativa das Normas de Serviço no Registro Civil, de forma antagônica, adotou a atribuição de nome ao natimorto como faculdade exercida pelos pais, dispensando o duplo registro (nascimento e óbito) análogo é o entendimento adotado pelas NCGJ-RO. O que possibilitou, em março de 2012, o registro de Sara, filha natimorta do casal Elias Germano Lúcio e Vanessa Gomes Lúcio, perante o cartório de Barueri (SP), atribuindo a ela, o nome que usaria caso tivesse nascido com vida. (PAIS E FILHOS, 2013)

Seguindo o mesmo caminho, o Desembargador Jones Figueiredo Alves, Corregedor- Geral da Justiça em exercício estabeleceu o provimento nº 12/2014, que faculta aos pais a de atribuição de nome, em caso de natimorto, no registro a ser assentado no Livro "C-Auxiliar", com o índice em nome do pai ou da mãe,

dispensando o assento de nascimento. Nas palavras de Alves no artigo "O nome ao natimorto é um direito humanitário", Alves (2013) assim dispõe:

> Desde a concepção e durante a vida intrauterina, a criança por nascer não será uma mera perspectiva de filho, mas uma pessoa a chegar, com personalidade jurídica de fato, tendo direito a um nome. O filho gestado significa o projeto parental já alcançado, de tal modo que, por isso mesmo, o nascituro já recebe dos pais um nome. Isso é fato que tem sido recorrente, a tanto que é preparada a sua chegada pondo-se-lhe o nome que o representa. (CONJUR, 2013)

Entendimento este, também adotado pelo Corregedor-Geral de justiça Kisleu Dias Maciel Filho do Estado de Goiás, ao assinar o provimento nº 30 de 14 de outubro de 2019, facultando a identificação do natimorto. Em depoimento ao Centro de Comunicação Social do TJGO em seu site oficial, O corregedor-Geral Maciel Filho (2019) assim dispõe:

> A Justiça caminha hoje no sentido da humanização, da cooperação, de uma melhor prestação jurisdicional, mais digna, célere e eficiente. Isso representa um grande avanço para toda a sociedade, negligenciar às famílias enlutadas o direito de ter o nome do seu filho registrado oficialmente é atentar contra a dignidade humana, contra o sagrado e divino princípio de humanidade, da vida em si. A Corregedoria hoje se norteia por um viés muito mais humanizado, colaborativo, moderno e que prima não somente pela eficiência, mas pela dignidade de todos. (TJGO, 2019)

Entretanto, tais divergências e a carência de especificação clara e expressa em lei, ainda ensejam uma crescente demanda de famílias que já acometidas pelo luto, provocam o judiciário a fim de sanar a lacuna deixada pela omissão no ordenamento, buscando o reconhecimento de que a criança natimorta é integrante da família, ou foi, mesmo que somente pelo período em que estava no útero materno onde fora almejada, cuidada e amada pelos entes queridos, tentando lhe conferir dignidade através do reconhecimento legal do nome que haveria de usar em vida, mas que por vezes lhe é negada. Nas palavras de Jones Figueiredo (2013**)** "O filho, já esperado pelo nome que lhe seria dado, torna-se apenas o registro do feto que feneceu como sombra de si mesmo e feto, enquanto tal, por não ter vindo à luz com vida, mesmo que por mínima fração de tempo".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É notório que o direito ao consentimento de atribuir nome ao natimorto garante tanto a dignidade do feto quanto a dignidade de sua família, pois para estes não resume o nome à apenas um fato registral e estatístico, o nome constitui-se em interesse essencial da pessoa (AMARAL, Francisco. 2015, p. 380). É a certificação de que aquela criança apesar de não ter nascido com vida, detém relevância jurídica para o Estado, visto ser ele um futuro cidadão que a sociedade também perdeu. Teixeira de Freitas ensina: "As pessoas por nascer existem, porque, suposto não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno" (Esboço do Código Civil, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1952, vol. I, nota ao art. 53).

Dada as constantes transformações, o tema chegou ao Congresso Nacional brasileiro em 2013, por iniciativa da Câmara dos Deputados. O projeto de Lei nº 88, de 2013 (nº 5.173 na Câmara dos Deputados), de autoria do Deputado Federal Ângelo Agnolin, pretendia modificar o art. 53, §1º da Lei de Registros Públicos, incluindo de forma expressa o prenome e sobrenome na lavratura do assento do registro de natimorto. O fundamento da lei esclarecia que mesmo nascido sem vida, o natimorto era um ser humano, dotado de humanidade e, por esse motivo, gozava da proteção jurídica concernentes aos direitos de personalidade.

Entretanto, o projeto de lei foi vetado pelo então Presidente da República em exercício, Michel Temer com a argumentação de que "a alteração poderia levar a interpretações que contrariariam a sistemática vigente na codificação civil, inclusive com eventuais efeitos não previstos para o direito sucessório", o que é de fato controverso. Já que o registro de natimorto, efetuado no Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais, não possui natureza constitutiva, somente declaratória. Por conseguinte, o consentimento de nome não reflete o reconhecimento de personalidade jurídica para fins patrimoniais, pois o registro não é capaz de conceder tais direitos, mas apenas de assegurar a publicidade erga omnes desta circunstância. Também há de se esclarecer que negar o nome ao natimorto com fundamento no direito sucessório não é plausível, visto que algumas normas estaduais já concedem esse direito, ademais não será lavrado um registro de nascimento mas sim um registro de natimorto, constando de forma clara e expressa que aquela criança nasceu sem vida, o que não daria aos seus herdeiros o direito a participar da sucessão de bens, não interferindo, desta forma, no direito patrimonial.

7 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

As divergências e a carência de especificação clara e expressa em lei, ensejam uma crescente demanda de famílias que já acometidas pelo luto, provocam o judiciário a fim de sanar a lacuna deixada pelo ordenamento, tentando conferir dignidade ao natimorto através do reconhecimento legal do nome que haveria de usar em vida.

O parecer favorável a atribuição de nome ao natimorto vem mudando a vida de muitas famílias, que enxergam na justiça o amparo que a legislação não lhes conferiu. Nos dizeres da Juíza Patrícia Maiello Ribeiro Prado, a ação de retificação de registro civil para a inclusão do nome do natimorto:

> Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária de caráter administrativo, mas também e sobretudo emocional [...]. Afinal o nome ao natimorto é um direito humanitário, no seu espectro mais denso. Como bem destacou o d. Promotor de Justiça, e nas palavras do e. Desembargador Rui Portanova, bem é certo que omitir o nome representa "uma crueldade para com os pais, que já passaram pelo traumático evento da criança morta, e não precisam passar por uma segunda 'morte' do filho, desta vez causa pelo desprezo da ordem jurídica" [...] (TJSP, 5º Vara Cível, Comarca de São Paulo, Foro Regional III – Jabaquara. Ação de Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil – Retificação de Nome nº 1043873-29.2020.8.26.0100, 20.06.2020)

Também de forma análoga, a Juíza Andréa Epaminondas Tenório de Brito, em sentença na Ação de Retificação de Certidão de Natimorto, deferiu o pedido de identificação do natimorto, tendo este morrido em 2009, o que identifica o caráter retroativo da decisão, fato este de suma importância visto que a possibilidade de nomeação do natimorto deve alcançar a todos que desejam assim fazê-lo.

> A certidão de natimorto em questão fora lavrada no dia 09 de setembro de 2010, quatro anos antes da vigência do artigo 634 do Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros do Estado de Pernambuco, incluído pelo Provimento CGJ/Peº 12/2014 e publicado no DJE de 11 de setembro de 2014, dispositivo que prevê a consignação no assento de óbito do natimorto do prenome e sobrenome para ele escolhidos, sempre que solicitado pelo declarante [...] Por outro giro, como bem discorreu o desembargador Jones de Figueiredo Alves, decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em artigo publicado junto ao sítio eletrônico Consultor Jurídico – CONJUR, "há um luto social diante do natimorto, filho dos pais que não o tiveram, e futuro cidadão que a sociedade não o recebeu. Esse luto tem, por certo, relevância jurídica, não resumida ao fato registral e estatístico".[1] O sofrimento vivenciado por uma mãe em decorrência da morte de um filho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> é decerto um dos sentimentos mais lancinantes, algo sobremaneira intenso, sendo o deferimento da medida aqui perseguida um gesto de compreensão, solidariedade e ínfima tentativa de mitigação de uma dor tão pungente [...] Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o pedido contido na inicial, amparada pela legislação acima referenciada. (TJPE, 12ª Vara de Família e Registro Cível da Capital. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE CERTIDÃO DE NATIMORTO nº 0081347-57.2019.8.17.2001)

Em argumento favorável a individualização do natimorto através do nome, o desembargador relator Luiz Felipe Brasil Santos assim disserta:

> É por isso que o nascituro, desde a sua concepção, já tem – e deve mesmo ter – protegidos os seus direitos de personalidade, dentre eles, especialmente, o direito ao nome, talvez o que seja mais representativo da personalidade. A não ser assim, a mensagem remetida aos pais é que aquela criança gestada e esperada, que tanto significou para eles, e que foi tão presente na vida de cada um mesmo antes do nascimento, é um nada jurídico, que nem nome deve ter registrado. (Apelação Cível Nº 70057297814, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/01/2014).
>
> (TJ-RS - AC: 70057297814 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 30/01/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/02/2014)

Apesar dos tribunais brasileiros estarem se destacando na vida de algumas famílias ao permitir a nomeação de crianças natimortas, tais decisões pioneiras ainda são consideradas minoria, prolongando o sofrimento e o sentimento de injustiça as famílias que apenas buscam o reconhecimento da existência do filho perdido que permanecerá na memória daquelas, sendo lembrado pelo nome que haveria de usar em vida.

Portanto, negar o nome ao natimorto é negar sua existência, perpetuando a dor das famílias enlutadas, que enxergam a falta de empatia e o desprezo para com seu alento no ordenamento jurídico, tratando o natimorto como "coisa" e seu registro como mero dado estatístico, desumanizando-o e diminuindo a dor de sua perda e relevância. Se tornando apenas um registro vazio para mães que vão voltar para casa de braços vazios.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana como matriz do direito constitucional e infraconstitucional evidência a luta por um ordenamento mais humanista, que visa sanar os anseios de uma sociedade em constante evolução que pleiteia por direitos intrínsecos a personalidade humana, onde a sua aplicabilidade esteja não somente nas relações dos indivíduos com o Estado mas também nas relações privadas. Entretanto, ainda nos deparamos com um obstáculo a respeito do direito legal ao nome do natimorto, que, apesar de ser um ser humano, por não ter alcançado a vida extrauterina, não tem sua personalidade legitimada de maneira integral, desrespeitando o princípio constitucional da dignidade humana.

Apesar da perda de uma criança ser uma das dores mais profundas sentidas pelo ser humano, o Direito se recusa a reconhecer que negar aos pais a faculdade de nomear um filho que nasceu sem vida, além de ferir a dignidade do natimorto, também fere a dignidade da família que já sofre pela dor do luto. Não reconhecendo que a legitimação do nome ao natimorto, para os pais, é mais do que um nome em registro para fins estatísticos e probatórios, é a prova concreta da existência do seu filho.

Neste estudo, com fundamentação na dignidade humana buscou-se trazer as convicções existentes relativas à personalidade jurídica e se o natimorto galga de tal personalidade, tendo como favorável o entendimento da I jornada de direito civil. Bem como um estudo sobre a importância de nomear o natimorto, para as famílias enlutadas.

Foi exposta, ainda, uma análise de legislações estrangeiras que concedem o direito de nome ao natimorto, tanto de forma obrigatória, quanto facultativa, como forma de dignificar a memória do natimorto e da família e, também de confortar os pais diante da sua perda estimável, tendo por fim evitar o duplo trauma de perder o filho e ter sua existência e morte negados, causado pelo desprezo da ordem jurídica.

Com amparo na legislação nacional, constatou que apesar da Lei de Registros Públicos, que regula o registro de natimorto, não ser expressa quanto a possibilidade de nomeação do natimorto, a lacuna deixada é meramente interpretativa, visto que a LRP não somente não possibilita como também não proíbe a nomeação do natimorto em registro próprio. Porém, a forma com que as Normas das Corregedorias-Gerais da Justiça Estaduais encontraram de sanar tal lacuna, divergem-se, onde parte delas proíbem expressamente a nomeação legal do natimorto, e outras, no entendo, facultam aos pais o direito de nomeá-lo. Ocasionando, desta forma, o acionamento do poder judiciário por parte dessas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

famílias que tiveram seu direito cerceado, a fim de conferir dignidade através do nome que o natimorto haveria de usar em vida. E o que se percebeu foi que, embora o entendimento dos tribunais seja a favor do direito ao nome do natimorto, tais decisões ainda são minorias. Também foi analisada a tentativa de modificação do §1º do artigo 53 da Lei de Registros Públicos a fim de legitimar a nomeação do natimorto, que foi vetada pelo poder executivo com fundamento errôneo de que poderia ensejar efeitos não previstos no direito de sucessão, o que não é plausível visto que o nome do natimorto não garante a ele direito de participar de sucessão de bens, pois não possui natureza constitutiva mas, sim, declaratória, para fins de publicidade.

Conclui-se do presente estudo que é legitimo pleitear o direito ao nome do natimorto com fundamento nos direitos da personalidade em razão de ser o natimorto um ser humano, um indivíduo com direitos garantidos desde a concepção, sendo a ele resguardado o direito ao nome. Neste aspecto, é necessário destacar que ainda que o natimorto em si possa não deter os direitos da personalidade, desconsiderando o nome como um dos direitos a ele conferidos, a família, com fundamento na dignidade humana e no afeto, deteria o direito de nomeá-lo. Destaca-se que se faz necessário imputar ao Estado o ônus de proporcionar dignidade a todas as pessoas, quer elas tenham nascido com vida ou não, com destaque ao nome, como forma de validar a existência daquele que um dia fora almejado e amado por seus familiares, que apesar da sua breve existência, foi um ser humano e não somente um número de registro para fins de contabilização, não sendo plausível dar mais importância a um suposto patrimônio que evidentemente não será afetado em detrimento a dor psicológica dos pais que voltam para casa de braços vazios e com um registro “sem valor”. Pensar de outra forma seria caminhar em sentido oposto ao pensamento jurídico humanista, que coloca o ser humano como centro e fim do ordenamento.

9 REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal. de 23 de maio de 1949. Edição impressa. Atualização: Janeiro de 2011. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn.

ALVES, Jones Figueirêdo**. O nome ao natimorto é um direito humanitário**. CONJUR. 5 ago. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-ago-05/jones-figueiredo-nome-natimorto-direito-humanitario#:~:text=O%20nome%20ao%20natimorto%20%C3%A9%20um%20direito%20humanit%C3%A1rio,-5%20de%20agosto&text=Ao%20nascituro%20que%20nasce%20sem,personal%C3%ADssimo%20ao%20nome%20e%20sobrenome. Acesso em: 17 jun. 2020.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL (São Paulo). Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. 197.356/19. **Declaração de Óbito para Óbito Fetal**. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 13 fev. 2020. Disponível em: https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=a&ficha=1&id=16570&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%E3o%20Paulo&numero=197356&situacao=&data=13-02-2020#anc_integra. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Nº 5.171/2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=400567EAC5C6 D4083D7FF776C4D40EDE.proposicoesWeb2?codteor=1067189&filename=PL+5171/2013. Acesso em 09 jun. 2020.

_____. Presidência da República. Mensagem Nº 231, de 30 de Junho de 2015. Veta o Projeto de Lei no 88, de 2013 (no 5.171/13 na Câmara dos Deputados). 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VET/VET-231.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BUNDESMINISTERIUM. **Sternenkinder**. 01. Juni 2018. Disponível em: https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/sternenkinder/75368?view=DEFAULT. Acesso em: 22 jun. 2020.

DEUTSCHLAND. Personenstandsgesetz vom 19. Februar 2007 (BGBl. I S. 122), das zuletzt durch Artikel 88 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist. Köln, NW. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/__21.html. Acesso em: 21 jun. 2020.

DEUTSCHLAND. Personenstandsverordnung vom 22. November 2008 (BGBl. I S. 2263), die zuletzt durch Artikel 89 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist. Köln, NW. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/pstv/__31.html. Acesso em: 21 jun. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DITTRICH, Monika. **Parents fight for rights of stillborn children**. WELLE, Deustch. 27 Oct. 2012. Disponível em: https://p.dw.com/p/16Y4I. Acesso em: 21 jun. 2020.

ÉIREAAN. **Registering a stillbirth**. Government of Ireland, 22 nov. 2019. Disponivel em: https://www.gov.ie/en/service/e6c3d6-registering-a-stillbirth/. Acesso em 29 mai. 2020.

_____. Stillbirths Registration Bill, 2 feb. 1994: Second Stage. Vol 139, No. 1. Disponivel em: https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/seanad/1994-02-02/7/. Acesso em 09 abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto**. Direito civil 1: esquematizado: parte geral: obrigacoes e contratos**. 9. ed. Sao Paulo: Saraiva Educacao, 2019.

IRELAND. Civil Registration Act, 2004, nº 3 of 2004. Disponível em: http://www.irishstatutebook.ie/eli/2004/act/3/enacted/en/print. Acesso em: 09 abr. 2020.

IRELAND. Stillbirths Registration Act, 1994 nº. 1 of 1994. Disponível em: http://www.irishstatutebook.ie/eli/1994/act/1/enacted/en/print. Acesso em: 09 abr. 2020.

LOTHROP, Hannah: **Gute Hoffnung – jähes Ende**. 6. Auflage. München: Kösel, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NERY JÚNIOR, Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade**. Código Civil Anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade**. Código civil comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NIIJS, Michaela. **Trauern hat seine Zeit – Abschiedsrituale beim frühen Tod eines Kindes; aus der Reihe Psychosoziale Medizin**. Band 7. Göttingen: Verlag für angewandte Psychologie. 1999.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por. Acesso em: 16 mai. 2020.

PAIS E FILHOS. **Certidão de óbito do natimorto pode trazer nome do bebê**. 29 abr. 2013. Disponível em: https://paisefilhos.uol.com.br/familia/certidao-de-obito-do-natimorto-pode-trazer-nome-do-bebe/. Acesso em 19 mai. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 24. Ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional / Béatrice Maurer... (et al.); org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, José. Os princípios fundamentais do Direito Civil. V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1928.

TJGO. Após regulamentação da corregedoria, famílias que perderam filhos prematuramente ganham direito de incluir nome na certidão de óbito. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 21 out. 2019. Disponível em: https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/18443-apos-regulamentacao-da-corregedoria-tres-primeiros-nomes-de-natimortos-em-goias-sao-registrados-em-cartorio. Acesso em: 27 jun. 2020.

NOTAS:

[i] RODRIGO FRESCHI BERTOLO (Professor Temático)

[ii] ÉRICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS (Orientadora Metodológica)

A IMPORTÂNCIA DO OPERADOR ECONÔMICO AUTORIZADO ADUANEIRO PARA SEGURANÇA DA CADEIA DE ABASTECIMENTO INTERNACIONAL FRENTE ÀS ATIVIDADES DO TERRORISMO E DO NARCOTRÁFICO

HERVAL BARBOSA SANTIAGO NETO: - Economista pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (CIESA); Pós-Graduado em Comércio Exterior (CIESA); Pós-Graduado em Logística pela Fundação Getúlio Vargas; MBA Executivo pela UFAM; Concluindo em 2020 o Curso de Direito pela ULBRA (Manaus/AM)

RESUMO: O avanço crescente da globalização experimentado no mundo desde o final do século XX vem provocando o aumento exponencial do fluxo de pessoas e de mercadorias entre os diversos países, que, de um lado, gera muitos benefícios, como o crescimento da economia mundial, de outro, tem seu viés negativo: ser uma porta de entrada, principalmente, ao terrorismo. Nesse sentido, o crime organizado internacional e diversas facções terroristas ao redor do mundo se aproveitam desse volumoso fluxo comercial para circularem mercadorias ilícitas às margens das fiscalizações aduaneiras, promovendo, assim, o tráfico de drogas e armas, o contrabando e a lavagem de dinheiro, dentre outras atividades criminosas. Cientes desse cenário, especialmente, após o atentado às Torres Gêmeas, em 2011, quando ficou comprovado que o Comércio Exterior segurança da cadeia de abastecimento internacional, pois ficou evidente que o Comércio Exterior funciona como uma importante porta de entrada para o terrorismo global, uma variedade de países passou a estudar alternativas viáveis acerca da implementação de medidas para dinamizar os fluxos de trabalho das aduanas, tornando-os mais céleres e com menos retardos. Diante do acima exposto, o presente estudo teve por escopo, analisar a importância do Operador Econômico Autorizado Aduaneiro para segurança da cadeia de abastecimento internacional, frente ao terrorismo e ao narcotráfico, pautado no Cumprimento da Legislação Tributária e Aduaneira.

Palavras-chave: Importância. Operador Econômico Autorizado. Segurança.

ABSTRACT: The increasing advance of globalization experienced in the world since the end of the 20th century has caused an exponential increase in the flow of people and goods between different countries, which, on the one hand, generates many benefits, such as the growth of the world economy, on the other , has its negative bias: to be a gateway, mainly, to terrorism. In this sense, international organized crime and several terrorist factions around the world take advantage of this massive commercial flow to circulate illicit goods on the margins of customs inspections, thus promoting drug and arms trafficking, smuggling and money laundering, among

other criminal activities. Aware of this scenario, especially after the attack on the Twin Towers in 2011, when it was proven that Foreign Trade security of the international supply chain, as it became evident that Foreign Trade works as an important gateway to global terrorism, a a variety of countries began to study viable alternatives regarding the implementation of measures to streamline customs workflows, making them faster and with less delays. In view of the above, the present study aimed to analyze the importance of the Authorized Customs Economic Operator for the security of the international supply chain, in the face of terrorism and drug trafficking, based on Compliance with Tax and Customs Legislation.

Keywords: Importance. Authorized Economic Operator. Safety.

INTRODUÇÃO

Até os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, a atenção das alfândegas estava direcionada, sobretudo, à fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias e aduaneiras, relacionadas ao recolhimento de tributos e à classificação tarifária. No entanto, após a fatídica data, o controle da segurança da cadeia logística passou a se constituir como um dos elementos de maior preocupação das aduanas, especialmente nos países desenvolvidos.

Assim, a prioridade das aduanas mudou definitivamente e as discussões sobre temas aduaneiros passaram a incluir identificação de vulnerabilidades, gerenciamento de riscos e proteção das fronteiras para combate ao terrorismo e tráfico de drogas e armas.

Neste sentido, foram criados o padrão C-TPAT (Customs-Trade Partnership Against Terrorism) dos Estados Unidos e para o Programa AEO da União Europeia, adotados por diversos outros países, no intuito de segurança nas operações comerciais internacionais e, ao mesmo tempo, garantir a logística de abastecimento internacional e facilitar o comércio.

O Programa Operador Econômico Autorizado, criado no âmbito da Organização Mundial das Aduanas – OMA, atualmente, encontra-se em franca operação, em 56 países, cujos quais devem estar de acordo com as determinações da Estrutura Normativa da OMA para Segurança e Facilitação do Comércio Internacional. No entanto, nos últimos levantamentos extraoficiais, há 77 países operando por meio de Programas de OEA, incluindo-se o Brasil, com programas em desenvolvimento, cujo qual instituiu o Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado, por intermédio da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil Nº 1598, de 11 de dezembro de 2015.

O Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado – OEA foi desenvolvido com o propósito de conceder maior segurança à cadeia logística internacional e, concomitantemente, facilitar as operações de comércio exterior, por meio da colaboração entre a aduana, empresas e outras agências do governo envolvidas nas operações de comércio exterior, promovida, especialmente, pelo compartilhamento de informações, que estabelece a análise de risco dos atores envolvidos.

Sendo assim, o estudo em comento, tem por finalidade apresentar as principais definições do programa OEA brasileiro, descrevendo seus métodos e benefícios para as empresas que atuam no comércio exterior brasileiro e apresentando as particularidades exigidas para a certificação dos Despachantes Aduaneiros.

1 O IMPACTO DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL NAS CADEIAS GLOBAIS DE ABASTECIMENTO

Considerado um dos maiores obstáculos para a estrutura interna e o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, o crime organizado é um problema de segurança de difícil erradicação, tendo em vista que abrange atividades altamente diversificadas, abrangendo os mais diferenciados ramos de atuação, além da comum infiltrando em órgãos governamentais, mediante pagamentos de propina a funcionários da máquina estatal para continuarem desenvolvendo suas práticas ilícitas. (CUNHA, 2011)

As organizações criminosas, nesse sentido, adquirem a forma de uma organização empresarial, de planejamento, dinâmica, logística, semelhantes aos das empresas multinacionais, com a presença de uma hierarquia bem definida, pagamentos de salários e, inclusive, do emprego de técnicas sofisticadas de administração no desempenho de atividades destinadas à obtenção de poder e lucro, por meio de atividades ilícitas. (CABETTE, 2014)

Dentre as muitas fontes existentes de renda do crime organizado, o tráfico de drogas surge como uma das mais rentáveis e predominantes, não sendo possível, desvincular, realmente, um do outro, refletindo, principalmente, no aumento dos índices de violência e criminalidade.

Um reflexo atual do poder do narcotráfico se deu na internacionalização de suas funções, levando consigo todas as modalidades de crime relacionadas possíveis, de modo que, ao se estudar a evolução histórica das organizações criminosas, uma parcela majoritária delas, cedo ou tarde, tornou-se transnacional, de modo que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

crime organizado passou a operar, também, fora dos limites territoriais do Estado onde tiveram origem. (NUCCI, 2017)

Na mesma medida, diante das diversas conexões internacionais desencadeadas pelo crescimento das relações internacionais, em decorrência, sobremaneira, da globalização, ao longo dos últimos anos, foi constatado que diversas organizações criminosas estrangeiras passaram a atuar no Brasil, em uma via criminosa de mão dupla. (NUCCI, 2017)

Assim, tendo em vista os efeitos colaterais e os reflexos negativos na realidade histórico-social no qual está inserido, o crime organizado, em sua dimensão internacional, tornou-se umas das maiores prioridades universais em razão de se apresentar como uma verdadeira ameaça às instituições democráticas e um desafio para o ordenamento jurídico internacional, requerendo, portanto, a colaboração global, para implantação de medidas coletivas de prevenção e combate.

1.2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Até muito recentemente, a delimitação precisa acerca do crime organizado era recheada de controvérsias, em razão da falta de legislação pertinente e, também, da aparente impossibilidade de se engessar este conceito, restringindo-o a infrações penais determinas, levando-se em conta que muitos são os ramos de atuação envolvidos.

Assim, por muitos anos, ante à omissão legislativa, foi aplicado o conceito trazido pela Convenção de Palermo, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo Nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada por meio do Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004.

> Artigo 2
>
> Terminologia
>
> Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:
>
> a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
>
> (BRASIL, 2004)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A doutrina, também, tinha seus posicionamentos, incluindo o conceito do nobre César Roberto Bittencourt, que se posicionou acerca da dificuldade de se conceituar as organizações criminosas em razão da sua complexidade e estrutura:

> A concepção teórica do que vem a ser uma organização criminosa é objeto de grande desinteligência na doutrina especializada, tornando-se verdadeira *vexata queastio*. A essa dificuldade somava-se o fato de que a nossa legislação não definia o que podia ser concebido como uma organização criminosa, a despeito de todas as infrações penais envolvendo mais de três pessoas serem atribuídas, pelas autoridades repressoras, a uma "organização criminosa". Aboliram, nesses crimes, a figura do concurso eventual de pessoas (BITTENCOURT, 2018, p. 255).

O autor Wilson Lavorenti, em contrapartida, descreveu a dimensão participativa dos grupos organizados em sociedade da seguinte forma:

> A organização criminosa pode ter atuação regional, nacional e/ou internacional. Cada vez mais se organiza de forma empresarial, tornando-se parte da economia formal e, dependendo de seu grau de estruturação e desenvolvimento, chega quase a uma amálgama com o poder púbico em razão de seu potencial de corrupção e influência. A criminalidade organizada é menos visível que a criminalidade comum. Geralmente, possui um programa delinquencial, dentro de uma hierarquia estrutural, além de organizar-se como uma societas sceleris. Possui um campo de atuação disforme e variado e atua de forma a intimidar eventuais testemunhas que possam compor o adminículo probatório, além de praticar infrações cujo bem jurídico tutelado é atingido de forma imediata pelo Estado e imediatamente pelo titular do bem (como nos casos de trágico de psicotrópicos, corrupção, crimes contra o sistema financeiro etc). (Apud MENDRONI, 2014, p. 14)

Assim, o crime organizado era entendido, pela doutrina, como a conduta praticada por indivíduos que se associam de forma organizada, remetendo conceito de organização criminosa, para a prática de atividades ilícitas não dá lugar a uma estrutura criminosa, de modo que ambos os conceitos estão interligados.

No entanto, as divergências doutrinárias acabaram com a promulgação da Lei Nº 12.850/13, que trouxe, em seu artigo 1º, a tão almejada definição:

> Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.
>
> § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.
>
> (BRASIL, 2013)

Dessa forma, ficou estabelecido que para que um determinado grupamento de pessoas seja classificado como organização criminosa, é preciso que outros requisitos sejam preenchidos. Não basta, tão-somente, a existência de um determinado grupo de pessoas, é necessária a finalidade comum de se obter grandes somas de dinheiro, através da prática de atividades ilícitas.

1.2.1 Características das organizações criminosas

Ao apontar as principais características das organizações criminosas o autor Eduardo Araújo da Silva, concluiu que:

> Um dos pontos mais característicos do fenômeno da criminalidade organizada é a acumulação de poder econômico dos seus integrantes, pois, como referido, geralmente as organizações atuam no vácuo de alguma proibição estatal, o que lhes possibilita auferir extraordinários lucros. (SILVA, 2014, pg. 8)

Em suas explanações, Ana Luíza Ferro estabeleceu uma série de particularidades atribuídas às organizações criminais, resumidas conforme abaixo:

> - associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente;
>
> - estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas;
>
> - emprego de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> - atividades ilícitos;
>
> - capacidade de cometimento de fraude difusa;
>
> - foco na lucratividade;
>
> - emprego de violência e ameaças,
>
> - estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes;
>
> - infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas
>
> - prestação eventual de ações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado
>
> - tendência à expansão e à **transnacionalidade**; (apud. LIMA & BARBOSA, p. 25, grifo dos autores).

O nobre procurador aposentado, Rogério Tadeu Romano dispõe, em seu estudo sobre as organizações criminosas, as seguintes características:

> [...]. Assim como na quadrilha ou bando estamos diante de um crime permanente, onde os agentes são levados a delinquir indefinidamente, dentro de uma estruturação ordenada, com necessária divisão de tarefas, ainda que informalmente, mesmo que na prática de crime continuado ou ainda de habitualidade, como se vê no tráfico de mulheres, dentro de uma contínua vinculação entre os que participam da organização. As atividades do crime organizado estão presentes em nosso no dia a dia: tráfico de drogas, tráfico de mulheres e menores, lavagem de dinheiro, terrorismo, extorsões, roubos, homicídios, como exemplo, e ainda delitos que continuam definidos como contravenção como se vê dos jogos de azar. (ROMANO, 2015, pp. 7-8)

Verifica-se, assim, que o crime organizado investe, sistematicamente, em infraestrutura e especialização de seus membros, além da diversificação de atividades, que incluem desde a prestação de serviços sociais até a infiltração na máquina estatal.

Além disso, tais organizações precisam investir, ainda, capitais consideráveis em atividades econômicas aparentemente legais, contando com setores de recrutamento e pagamento de pessoal, programação de fluxo de caixa e estrutura contábil bem parecida com a de uma empresa legal e, por vezes, se apresentando como tal, no intuito de dificultar as investigações e esconder os rastros de suas ilicitudes.

Por fim, cabe ressaltar que essas organizações estabelecem conexões regionais, nacionais ou internacionais com outras organizações, de mesma natureza, estabelecendo um poder invisível, quase indestrutível. (CAPEZ, 2014)

Assim, as atividades delituosas das organizações criminais se proliferam em grande escala, sendo impossível para o poder público, acompanhar essa evolução, no mesmo ritmo, ou dispor de mecanismos para conter suas ações para seu combate, tendo em vista os parcos investimentos, principalmente, nos setores de inteligência.

Atualmente, uma das modalidades consideradas em plena expansão pelo crime organizado tem sido o crime organizado transnacional, mascarado pela ampla extensão territorial do Brasil, com pouca ou nenhuma fiscalização em suas fronteiras, principalmente, no que se refere ao tráfico de drogas/armas, mercadorias, animais e seres humanos.

1.3 DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

O crime organizado é transcontinental quando suas atividades transpassam os limites territoriais nacionais e passam a ser realizadas em outros países, conforme se aduz das definições da ONU, transcritas abaixo:

> O crime organizado transnacional engloba, praticamente, todas as ações criminais motivadas pelo lucro e cometidas por grupos organizados, envolvendo mais de um país. (...) Há muitas atividades que podem ser caracterizadas como crime organizado transnacional: tráfico ilícito de drogas, contrabando de migrantes, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro, tráfico ilícito de armas de fogo, de vida selvagem e de bens culturais. (UNODC, 2017)

No âmbito internacional, os criminosos, não encontram maiores obstáculos para expandirem suas atividades, principalmente, após, o auge do processo de globalização da economia, que contribuiu para a aproximação das nações, possibilitando aos grupos que ainda operavam paralelamente um novo impulso em suas relações com maiores perspectivas de expandirem mercados ilícitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como exemplos, os cartéis colombianos expandiram seu negócio de comércio de cocaína para o cultivo do ópio e a comercialização da heroína, ao passo que a Máfia japonesa, além de do narcotráfico, invadiu o mercado de ações a exploração de atividades ligadas à pornografia e ao tráfico de órgãos e pessoas. (CAPEZ, 2014)

A Máfia russa, por outro lado, explora o tráfico de componentes nucleares, além de armas, entorpecentes e mulheres, e, finalmente, os grupos brasileiros também diversificaram suas atividades, as quais constituem em roubo a bancos, extorsão mediante sequestro, resgate de presos, tráfico de armas e entorpecentes, com conotações internacionais.

Diante desse cenário, preocupada com o avanço do crime organizado, a ONU estabeleceu a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, em 15 de novembro de 2000, assinada por mais de 123 países incluindo o Brasil. (FERRAZ, 2012, p. 18)

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), apesar de ser uma atividade global, os efeitos do crime organizado transnacional são sentidos localmente, desestabilizando comunidades regionais e nacionais, prejudicando a assistência ao desenvolvimento nessas áreas e estimulando o crescimento do mercado doméstico de corrupção, extorsão e violência. (CUNHA, 2011)

Os Estados-membros signatários da chamada Convenção de Palermo se comprometeram a adotar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a tipificação criminal na legislação nacional de atos como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça.

O aludido documento prevê, ainda, a adoção de medidas para facilitar processos de extradição, assistência legal mútua e cooperação policial, através da promoção de atividades de capacitação e aprimoramento de policiais e servidores públicos no sentido de reforçar a capacidade das autoridades nacionais de oferecer uma resposta eficaz ao crime organizado. (SILVEIRA, 2013)

Nesse sentido, mais recentemente, no ano de 2010, novamente a ONU manifestou significativa preocupação com as graves ameaças que o tráfico de drogas e o crime organizado transnacional representam para a segurança internacional em diferentes regiões do mundo, sendo indispensável, portanto, estratégias de prevenção e análise de conflitos, e na avaliação e planejamento integrados das missões. (BRASIL, MPF, 2013, p. 07)

De acordo com o Informe das Nações Unidas, de 2010, sobre o crime organizado transnacional, com relação às rotas de tráfico, os traficantes continuam tendo como objetivo o destino da mercadoria entorpecente ser os Estados Unidos, é notório que grande parte dos Estados da América do Sul e da América Central sofre as consequências das rotas de tráfico que utilizam os diferentes cartéis e organizações criminosas, que novamente, adaptam seus métodos criminosos para evitar a perseguição policial e judicial. (SILVEIRA, 2013)

Dessa forma, desenvolver uma estratégia que seja eficaz na luta contra o crime organizado transnacional se transformou em um assunto prioritário na esfera internacional, tendo em vista que, nos dias atuais, em virtude da globalização, uma infinidade de atividades ilegais pode ser explorada pelo crime organizado transacional, dentre elas o tráfico de pessoas, o tráfico ilícito de migrantes, o tráfico de drogas, o tráfico de armas, o contrabando de recursos ambientais, o contrabando de produtos falsificados, a pirataria marítima e os crimes cibernéticos.

2 O CONTROLE ADUANEIRO BRASILEIRO E A SEGURANÇA DA CADEIA DE SUPRIMENTOS INTERNACIONAL

A globalização da produção, do fornecimento de matéria-prima e do mercado consumidor vem transformando a gestão de fornecimento e a demanda nas cadeias de suprimentos, fazendo com que, cada vez mais, as organizações, em diferentes regiões do mundo, primem por custos e preços mais baixos e qualidade superior em matérias-primas, produtos e serviços.

Entretanto, estudos mostram que cadeias de suprimento globais são mais afetadas e estão mais sujeitas a riscos do que cadeias que operam localmente, uma vez que, com cadeias globais, são formadas redes cada vez mais longas, complexas e, consequentemente, de maior vulnerabilidade, em virtude da quantidade de elos a serem gerenciados e a diversidade de contextos culturais, econômicos e políticos envolvidos. (PEREIRA & PEREIRA, 2017)

De modo simplificado, pode-se definir cadeia logística internacional como sendo o conjunto de etapas pelas quais uma mercadoria percorre, desde o momento em que sai de sua origem (exportador – vendedor da mercadoria) até a sua chegada ao destino final (importador – comprador da mercadoria). (OLIVEIRA, et al., 2015)

Durante esse percurso, há a participação de vários intervenientes, tais como: transportadores, agente de cargas, terminais de despacho, dentre outros, de modo que, muito embora a experiência global revele a existência de interesses específicos e díspares entre os programas (controle de terrorismo, segurança contra o narcotráfico, controle de perdas por roubos ou simplesmente morosidade de fluxo),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a principal preocupação das iniciativas consiste em uma série de critérios voltados a garantir tanto a segurança e a inviolabilidade física das mercadorias quanto a credibilidade nas informações prestadas pelos agentes de mercado.

2.1 A FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

O tema da facilitação comercial é um principais tratados pela Organização Mundial do Comércio (OMC), pelo Acordo GATT, DE 1994, no que tange especificamente ao artigo V (respeito à liberdade de trânsito aduaneiro), ao artigo VIII (simplificação e redução de formalidades) e ao artigo X (transparência nas ações governamentais, previstas em procedimentos publicados em normas) (MORINI, et al., 2013).

A OMC trabalha em comum acordo com a Organização Mundial das Aduanas (OMA), mediante a integração de propostas e iniciativas para tratar do *trade-off* entre agilidade *versus* segurança nos fluxos internacionais de mercadorias.

Com a ameaça terrorista ampliada a partir dos atentados de 2001, o receio de que o comércio internacional de mercadorias pudesse ser corrompido por ações terroristas disseminou a busca por iniciativas que pudessem dar respostas ao acentuado fluxo de mercadorias pelas fronteiras e à necessidade de segurança. (MORINI, et al., 2013).

Nesta senda, dentre as iniciativas que emergiram nas últimas décadas, destaca-se o Authorized Economic Operator (Operador Econômico Autorizado), recomendado, no âmbito da OMA, como um programa de certificação voluntária dos elos da cadeia de suprimentos internacionais, envolvendo produtores, exportadores, importadores, transportadores, armazéns, despachantes aduaneiros e outros operadores logísticos.

No que se refere à facilitação do despacho aduaneiro, a nível nacional, normas especiais aplicáveis ao despacho aduaneiro já se encontravam em vigor, no art. 52 do Decreto-Lei Nº 37/1966, a partir do qual se outorgou ao legislador regulamentar a competência para normatizar a simplificação de procedimentos.

A atividade regulatória, quanto às medidas de facilitação, deve escorar-se no conteúdo do caput do art. 579 do Decreto Nº 6.759/2009, no caso das importações, mediante a seguinte redação:

> Art. 579. A Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá, em ato normativo, autorizar: I – o início do despacho aduaneiro antes da chegada da mercadoria; II – a entrega da mercadoria antes de iniciado o despacho; e III – a adoção de faixas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> diferenciadas de procedimentos, em que a mercadoria possa ser entregue: a) antes da conferência aduaneira; b) mediante conferência aduaneira feita parcialmente; ou c) somente depois de concluída a conferência aduaneira de toda a carga.
>
> (BRASIL, 2009)

Na exportação, os arts. 595 e 596 do Decreto Nº 6.759/2009 são os que merecem mais atenção, sendo extensíveis, vale repisar, a esse tipo de operação as normas previstas para o despacho de importação, no que for possível:

> Art. 595. Poderá ser autorizado, em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil: I – a adoção de procedimentos para simplificação do despacho de exportação; e II – o embarque da mercadoria ou a sua saída do território aduaneiro antes do registro da declaração de exportação. Art. 596. Aplicam-se ao despacho de exportação, no que couber, as normas estabelecidas para o despacho de importação. (BRASIL, 2009).

Verifica-se, destarte, que a legislação brasileira, desde 1966, muito antes das normatizações da OMC e do MERCOSUL, já previa a possibilidade de simplificação das normas sobre o despacho aduaneiro, muito antes da internalização dessa Diretriz do Mercosul no ordenamento jurídico nacional. O critério adotado pelos legisladores, nos planos legal e regulamentar, primou por critérios objetivos, estando abertas às medidas de facilitação, portanto, a qualquer importador ou exportador que logrem cumprir referidos objetivos.

No entanto, com o recente lançamento pela Aduana brasileira de um novo programa de facilitação de comércio exterior, as empresas interessadas poderão se credenciar como Operadores Econômicos Autorizados – OEA - e se beneficiar de uma redução de prazos nas liberações aduaneiras, com reflexos nos seus custos operacionais e de transação (SILVA, 2013).

Assim, após adesão do Brasil ao programa da World Customs Organization – WCO, SAFE Framework of Standards to Secure and Facilitate Trade, surgiu à oportunidade para as empresas brasileiras intervenientes do Comércio Exterior reduzirem seus custos nas operações de passagem de fronteira e atingir uma certificação internacional de boas práticas em relação aos riscos de segurança na cadeia logística internacional. (SILVA, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para tanto, as empresas precisarão estar adequadas às exigências do Programa OEA, dadas pela Estrutura Normativa SAFE (WCO SAFE Framework of Standards), com o intuito de incentivar medidas de segurança e de facilitação no Comércio Global, as quais atuariam como elementos de dissuasão ao terrorismo internacional, de incentivo à arrecadação de receitas seguras e de promoção à facilitação do comércio mundial.

2.2 DIREITO ADUANEIRO BRASILEIRO

Com um comércio exterior bem desenvolvido, em decorrência do fenômeno da globalização mundial e a crescente unificação dos mercados mundiais em blocos econômicos, se tornou imprescindível a criação de normas para regulamentar a entrada e saída de produtos, mercadorias, pessoas, em um país. Para isso existe o Direito Aduaneiro, que é um conjunto de normas jurídica que regulamenta a política aduaneira. (OLIVEIRA, et al., 2015)

Para a elucidar melhor o conceito, é necessário se voltar a leitura ao texto constitucional, o qual traz a base do ordenamento jurídico. Dessa forma, o artigo 237 da Constituição da República traz o seguinte enunciado: "A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda". Isso incluí não apenas o comércio de bens com o estrangeiro, mas também o ingresso, sem conotação comercial, de pessoas e bens.

Sendo assim, cabe ao Ministério da Fazenda a competência para fiscalizar e controlar o comércio exterior. Bem como no art. 22, inciso VIII, diz que é de competência da União a criação de normas referentes ao comércio exterior. Essas normas criadas pela União acerca da política aduaneiro é o que se pode dizer, "*a priori*", de Direito Aduaneiro. (OAB, 2014)

O art. 447 do Decreto-Lei Nº 37, de 18 de novembro de 1966, regulamentado pelo art. 543 do Decreto Nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, transcreve um dos princípios do Direito Aduaneiro, segundo o qual toda mercadoria que ingressa no território brasileiro deve submeter-se aos controles prescritos pelo Estado – e o mesmo ocorre se o fluxo de comércio for em direção ao exterior, consoante dispõe o art. 8º do Decreto-Lei Nº 1.578, de 11 de outubro de 1977.

O enfoque de sua regulação é disciplinar a relação entre Estado e cidadão decorrente do tráfego de bens e pessoas, com ou sem conotação comercial. Dessa matriz primordial, vislumbra-se, de pronto, o choque de princípios fundamentais a uma República: o direito do Estado em fiscalizar e aplicar a lei, e o do contribuinte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em seu direito de propriedade e ao livre exercício de atividade econômica. (OAB, 2014)

Sendo assim, o objeto do Direito Aduaneiro identifica-se no resguardo dos múltiplos interesses públicos do Estado com à saúde, à segurança, o meio ambiente, à economia, à política e afins, os chamados interesses primários (difusos) - de que efetivamente deveria o Estado se ocupar, decorrentes do controle dos fluxos de pessoas e bens em seu território.

2.3 OPERADOR ECONÔMICO AUTORIZADO: CONCEITOS E PRINCIPAIS ATRIBUIÇÕES

A legislação que normatiza o Programa Brasileiro de OEA é a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil Nº 1598 de 9 de dezembro de 2015, a qual substituiu a Instrução Normativa RFB Nº 1421 de 10 de dezembro de 2014. Por seu turno, o conceito de Operador Econômico Autorizado encontra-se localizado no parágrafo 1º, do art. 1º, da Instrução Normativa RFB Nº 1598/2015, mediante a seguinte redação:

> Entende-se por Operador Econômico Autorizado (OEA) o interveniente em operação de comércio exterior envolvido na movimentação internacional de mercadorias a qualquer título que, mediante o cumprimento voluntário dos critérios de segurança aplicados à cadeia logística ou das obrigações tributárias e aduaneiras, conforme a modalidade de certificação, demonstre atendimento aos níveis de conformidade e confiabilidade exigidos pelo Programa OEA. (BRASIL, 2015)

Segundo o art. 2º da referida Instrução Normativa RFB Nº 1598/2015, o Programa OEA é regido pelos seguintes princípios: i. Facilitação; ii. Agilidade; iii. Simplificação; iv. Transparência; v. Confiança; vi. Voluntariedade; vii. Parceria público-privada; viii. Gestão de riscos; ix. Padrões internacionais de segurança; x. Conformidade aos procedimentos e à legislação; e xi. Ênfase na comunicação por meio digital. (BRASIL, 2015)

A certificação do programa não é obrigatória, ou seja, os operadores certificados pelo OEA irão usufruir das vantagens logísticas, aduaneiras e dos benefícios de futuros acordos de reconhecimento mútuo e os operados não certificados não usufruirão de tais benefícios (PROCOMEX, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para os operadores se certificarem no OEA, é necessário que possuam as condições e requisitos determinados pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.598/15. É preciso que os operadores atendam aos requisitos de admissibilidade, no qual o operador torna-se apto a participar do processo de certificação no OEA, os critérios de elegibilidade que indica a confiabilidade do operador e os critérios específicos por modalidade e interveniente. (BRASIL, 2015)

Os requisitos de Admissibilidade e os Critérios de Elegibilidade são aplicados em todas as fases do Programa Brasileiro de OAE (OEA-Segurança, OEA-Conformidade e OEAPleno), caso o operador esteja certificado em alguma modalidade OEA e busque uma nova certificação, serão analisados apenas os critérios específicos da nova certificação (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS ADUANEIROS, 2016).

Para a modalidade de certificação do OEA-Segurança e OEA-Pleno os critérios de segurança estão relacionados ao controle de unidade de carga; controle de acesso físico; treinamento em segurança; conscientização de ameaças; procedimentos de segurança e; segurança física das instalações (IN RFB Nº 1.598/15).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comércio internacional é considerado um dos fatores-chave para o crescimento econômico tanto de um pais quanto em nível mundial. No âmbito internacional, pode-se notar que tudo se torna muito mais complexo, tendo em vista que são distâncias maiores a serem percorridas, culturas diversas, adaptações do produto ao mercado destino, legislações divergentes, riscos, entre outros.

O comércio exterior brasileiro, desde a década de 90, vem apresentando forte crescimento, tanto nas operações de exportação quanto nas importações. Desde a abertura das fronteiras brasileiras no referido período, o País conseguiu desenvolver o seu parque tecnológico, aumentou a sua participação no comércio internacional, assim como, ganhou maior representatividade política nos acordos e reuniões das principais organizações internacionais.

Nesse contexto, a globalização da produção, do fornecimento de matéria-prima e do mercado consumidor também vem transformando a gestão de fornecimento e a demanda nas cadeias de suprimentos. Atualmente, as organizações buscam, em diferentes regiões do mundo, custos e preços mais baixos e qualidade superior em matérias-primas, produtos e serviços.

Entretanto, com as ameaças geradas pelos atentados terroristas em 2001, o comércio internacional acabou sendo afetado, uma vez que a reação do governo

norte-americano foi imediata e focou no endurecimento das medidas de segurança no país, com grande foco nos aeroportos, e na represália contra seus perpetradores.

Esta nova configuração dada pelos Estados Unidos teve impacto global, sendo seguido por outros países de relevância comercial internacional, como Canadá, Alemanha, Reino Unido e Canadá, de modo que a administração aduaneira passou a desempenhar um papel fundamental no controle e efetividade do comércio internacional de um pais, assegurando o cumprimento de normas, vigilância e controle das áreas fronteiriças.

Com isso, a Organização Mundial das Aduanas (OMA) passou a ditar as políticas a serem seguidas pelos países que queiram ser devidamente reconhecidos internacionalmente no cenário mercadológico, aumentando sua credibilidade perante o mercado internacional, mediante a observância de uma série de procedimentos, considerados indispensáveis para tornar a aduana mais segura.

Assim, a OMA tem coordenado esforços com a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Agência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), no sentido de remover barreiras do comércio promovendo a simplificação e harmonização de procedimentos aduaneiros e processos associados.

Nesse sentido, o Brasil possui planos que apesar de independentes, seguem as estruturas requeridas pela OMA, para a otimização dos processos, como o Plano Nacional de Segurança Aduaneira (PNSA), o Linha Azul, o Operador Econômico Qualificado (EOQ), Projeto Harpia, entre outros. O país também se vê obrigado a se habilitar em programas de melhorias aduaneiras em setores que influenciam no comércio com os outros países, como o atendimento das normas do Customs And Trade Partnership Against Terrorism (C-TPAT), voltado contra atos terroristas.

O Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado, disciplinado pela IN RFB 1.598/15, concede tratamento diferenciado para os intervenientes em operações de comércio exterior envolvidos na movimentação internacional de mercadorias a qualquer título. Para receber os benefícios oferecidos pela Aduana é necessário comprovar o cumprimento dos requisitos e critérios estabelecidos pelo Programa OEA e, assim, receber a certificação com operador de baixo risco e confiável, o que habilitará a receber os benefícios oferecidos pelo programa que, resumidamente, representam simplificação, facilidade e agilidade nos procedimentos aduaneiros no País e no exterior.

Atualmente no Brasil, apenas setenta e seis empresas estão habilitadas no programa brasileiro de OEA. Estas empresas atendem aos requisitos e às condições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabelecidas pela Receita Federal, entre eles: requisitos de admissibilidade, critérios de elegibilidade, critérios de segurança, critérios de conformidade e estão divididas em três categorias: OEA segurança, destinado a empresas exportadoras e prestadores de serviço da cadeia logística; OEA Conformidade Nível 1 e Nível 2, destinado a empresas importadoras e; OEA Pleno, destinado a empresas que realizam operações de importação e exportação.

Cabe mencionar, ainda, que as empresas participantes do Programa OEA contam com uma série de vantagens, tais como: disponibilização de ponto de contato na RFB, usufruto de benefícios concedidos pelas Aduanas estrangeiras, participação no fórum consultivo, reduzido percentual de canais na exportação; parametrização imediata das DE, prioridade de conferência das DE, dispensa da garantia no trânsito aduaneiro, acesso prioritário dos transportadores OEA em recintos aduaneiros, redução do percentual de canais na importação, parametrização imediata das DI, prioridade de conferência das DI e despacho sobre águas OEA, dentre outros.

Trata-se, portanto, de um sistema voltado para a segurança das transações comerciais internacionais, mediante o estabelecimento de critérios de segurança cujo intuito é evitar que a cadeia logística seja contaminada por produtos ilícitos, associados ao cumprimento de critérios de natureza tributária e aduaneiras.

A adesão é voluntária e o objetivo é certificar empresas que praticam suas atividades de maneira regular e idônea e que contem com processos de gestão bem definidos e transparentes e com controles rígidos de segurança e qualidade.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS ADUANEIROS. (2016). Programa OEA, OEA – Segurança e OEA – Conformidade: Momento atual e perspectivas. Disponível em: http://www.abead.org.br/noticias/programa-oea-oea-seguranca-e-oea-conformidade-momento-atual-e-perspectivas/. Acesso em: 20 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, vol. 1, p. 255.

BRASIL. Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.ht. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Decreto Nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

2010/2009/decreto/d6759.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%206.759%2C%20DE%205,que%20lhe%20confere%20o%20art.. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm.** Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Receita Federal. Instrução Normativa RFB Nº 1598, de 09 de dezembro de 2015. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=70204&visao=anotado. Acesso em: 15 set. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada: curso completo de acordo com a lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CAPEZ, Fernando Capez. Curso de Processo Penal/Fernando Capez. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias. 2011. Disponível em: https://journals.openedition.org/pontourbe/1752 . Acesso em: 03 set. 2020.

LIMA, Adriano Gouveia; BARBOSA, Aline da Silva..Os requisitos para a concessão da colaboração premiada no contexto das organizações criminosas. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 30, nº 1588. Disponível em *https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4293/os-requisitos-concessao-colaboracao-premiada-contexto-organizacoes-criminosas*. Acesso em 3 jan. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários à lei de combate ao crime organizado. São Paulo: Atlas, 2014.

MORONI, Cristiano; MACHADO, Luiz Henrique Travassos; FERNANDES, Rodrigo Mineiro; TREVISAN, Ronaldo. A Linha Azul no Brasil: diagnóstico e desafios. Cadernos de finanças públicas / Escola de Administração Fazendária. – n. 13 (dez. 2013). – Brasília: Esaf, 2000- Anual.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, Victor Tadeu de Oliveira; ALCÂNTARA, Rosane Lucia Chicarelli; SANTOS, Márcio Goncalves dos Santos. O papel da colaboração na redução de

vulnerabilidades na cadeia de suprimentos: uma revisão sistemática de literatura. XXXV ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO Perspectivas Globais para a Engenharia de Produção Fortaleza, CE, Brasil, 13 a 16 de outubro de 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CARTILHA DE DIREITO ADUANEIRO. 2014. Disponível em: https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-anteriores/direito-aduaneiro/cartilhas/Direito%20Aduaneiro%20-%202014.pdf. Acesso em: 19 de setembro 2020.

PEREIRA, Susana Carla Farias; PEREIRA, Luís Henrique. Desafios da gestão de riscos. GV EXECUTIVO, [S.l.], v. 16, n. 6, p. 16-21, dez. 2017. ISSN 1806-8979. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/73252>. Acesso em: 29 set. 2020.

PROCOMEX – Aliança Pró-Modernização Logística de Comércio Exterior. (2016). O que é um operador econômico autorizado? Disponível em: http://www.procomex.com.br/o-que-e-um-operador-economico-autorizado/. Acesso em: 19 set. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. A fraude processual e o crime previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4220, 20 jan. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/35563. Acesso em: 19 set. 2020.

SILVA, Eduardo Araújo da. Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Os limites da imputação do crime de formação de quadrilha ou bando. In: Boletim do IBCCrim, São Paulo, n. 242, jan. 2013.

UNODC. Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime, 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/. Acesso em: 19 de setembro 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E O PACOTE ANTICRIME

RODRIGO CIRANO SILVA CAPRIOLLI: Bacharel em Direito pela UNISINOS; Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Verbo Jurídico. Advogado

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar as alterações promovidas na Lei dos Crimes Hediondos pelo Pacote Anticrime, Lei n. 13.964/2019, uma vez que esta promove alterações substanciais no que diz respeito à punibilidade asseverada nos casos do cometimento dos crimes de homicídio qualificado com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, do latrocínio, da extorsão, do furto, do genocídio, da arma de fogo de uso proibido, e da organização criminosa. O presente trabalho se propõe a uma análise detalhada das mudanças legislativas e controvérsias que surgiram com a alteração legislativa, bem como a realização de um comparativo entre a previsão normativa anterior e a nova redação legal promovida pelo Pacote Anticrime.

Palavras-chave: Lei dos Crimes Hediondos. Pacote Anticrime. Homicídio qualificado com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. Latrocínio. Extorsão. Furto. Genocídio. Arma de fogo de uso proibido. Organização criminosa.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the changes promoted in the Law of Crimes Inherited by the Anti-Crime Package, Law nº 13.964/2019, since this promotes substantial changes respect to the asserted punishment in cases of committed crimes of qualified homicide with the use of a restricted or prohibited use firearm, robbery, extortion, theft, genocide, the forbidden firearm, and the criminal organization. The present work proposes a detailed analysis of the legislative changes and controversies that arose with the legislative change, as well as a comparison between the previous normative provision and the new legal wording promoted by the Anticrime Package.

Keywords: Heinous Crimes Law. Anti-crime package. Qualified homicide using a restricted or prohibited use firearm. Robbery. Extortion. Theft. Genocide. Firearm for prohibited use. Criminal organization.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Das Alterações na Lei dos Crimes Hediondos - 2.1 Do Homicídio Qualificado – Arma de Fogo de Uso Restrito ou Proibido - 2.2 Do Latrocínio - 2.3 Da Extorsão - 2.4 Do Furto - 2.5 Do Genocídio - 2.6 Da Arma de Fogo de Uso Proibido e Outros - 2.7 Da Organização Criminosa - 3. Conclusão - 4. Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

A Lei dos Crimes Hediondos foi publicada no Diário Oficial da União em 26 de julho de 1990. Naquela ocasião, dentre o enfrentamento a tantos outros crimes bárbaros, a sociedade experimentava o dessabor dos crimes de sequestro. Caso emblemático foi o sequestro do empresário Abílio Diniz, ocorrido no dia 11 de dezembro de 1989, 06 (seis) dias antes do segundo turno da eleição presidencial, que elegeu Fernando Collor de Melo. O Estado buscou, com a Lei dos Crimes Hediondos, dar uma resposta à violência, endurecendo a punição para os crimes mais abjetos, causadores de comoção pública e merecedores de maior reprovação.[1]

A Lei em comento regulamenta o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República Federativa do Brasil. De acordo com o disposto no art. 2º, I, da Lei n. 8.070/90, os crimes hediondos e os equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto.[2]

Em sua primeira redação, a Lei dos Crimes Hediondos considerou hediondos os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, todos do Código Penal, e os crimes de genocídio, tentados ou consumados.

Havia a previsão, no §1º do artigo 2º da lei em comento, de que os autores destes crimes não teriam direito a progressão de regime e deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado, o que gerou neste ponto a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, segundo o entendimento de que esta previsão feria os princípios da individualização e humanização da pena, além dos princípios da igualdade e do devido processo legal. Este entendimento fez surgir, inclusive, a Súmula Vinculante 26, a qual prevê que "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

Observe o precedente representativo emitido por aquele Órgão Supremo: "PENA — REGIME DE CUMPRIMENTO — PROGRESSÃO — RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso, que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA — CRIMES HEDIONDOS — REGIME DE CUMPRIMENTO — PROGRESSÃO — ÓBICE — ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990 —

INCONSTITUCIONALIDADE — EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena — art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal — a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. [HC 82.959, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 23-2-2006, DJ de 1º-9-2006.]".[3]

Com a Lei 11.464/2007, o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos crimes Hediondos passou a prever que a pena destes crimes seria cumprida inicialmente em regime fechado. De qualquer forma, o atual entendimento jurisprudencial é no sentido de que cabe ao juiz sentenciante a definição quanto ao regime de cumprimento de pena a ser aplicado ao condenado, em respeito ao princípio da individualização da pena, como se observa em Teses de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, como segue: "É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal". [Tese definida no ARE 1.052.700 RG, rel. min. Edson Fachin, P, j. 2-11-2017, DJE 18 de 1º-2-2018, Tema 972.].[4]

Esta lei passou por diversas reformas legislativas. Lei 8.930/1994; 9.695/1998; 11.464/2007; 12.015/2009; 12.978/2004; 13.104/2015; 13.142/2015; 13.497/2017; 13.769/2018. Em muitos casos a lei tem sido utilizada de maneira eleitoreira por aqueles que inflamam o público com o argumento de que a segurança pública se resolve com o endurecimento das leis, e em outros momentos a lei tem servido apenas para acalmar os ânimos da sociedade, desempenhando papel muito mais emergencial e simbólico do que efetivo em seu propósito.

Uma vez que o Brasil adota um critério legal, enumerativo ou taxativo para a definição dos crimes hediondos, o juiz não possui discricionariedade para afastar a hediondez, ou ainda aplicá-la em casos que não os previstos na lei. Também devido a esta taxatividade, o legislador tem feito diversas mudanças na tipificação dos crimes, o que em certa medida atinge também aqueles previstos na Lei dos Crimes Hediondos. Exemplo disto são as recentes mudanças apresentadas pelo Pacote Anticrime, que em seu artigo 5º traz a previsão de alteração da redação do artigo 1º da Lei 8.072/1990, especialmente em seus incisos I (homicídio), II (roubo), III (extorsão qualificada) e IX (furto qualificado pelo emprego de explosivo).[5]

2. Das Alterações na Lei dos Crimes Hediondos

Passemos à análise das alterações promovidas na Lei dos Crimes Hediondos pelo Pacote Anticrime, Lei n. 13.964/2019, uma vez que esta promove alterações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

substanciais no que diz respeito à punibilidade asseverada dos crimes desta natureza. Vale referir que o Pacote Anticrime, na Lei dos Crimes Hediondos, fez alterações apenas no que tange ao rol de crimes hediondos, pois as alterações relacionadas à progressão de regime, liberdade condicional e outras características de cumprimento de pena foram incluídas na Lei de Execuções Penais.

2.1 Do Homicídio Qualificado – Arma de Fogo de Uso Restrito ou Proibido

Com relação as mudanças citadas, a primeira crítica que se faz é pelo fato de que o Pacote Anticrime tentou incluir no Código Penal o inciso VIII do parágrafo 2º, no artigo 121, mais precisamente a qualificadora do homicídio quando cometido com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, e ato contínuo considerou esta figura qualificada de homicídio como crime hediondo. Ocorre que a inclusão deste inciso VIII, § 2º, 121 do CP, restou vetada pela Presidência da República, sob o argumento que sua aprovação poderia vir em prejuízo dos agentes de segurança pública, como se percebe na Mensagem 726, de 24 de dezembro de 2019, da Presidência da República:[6]

> *Inciso VIII do § 2º do art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de1940, alterado pelo art. 2º do projeto de lei.*
>
> *"VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido:"*
>
> *Razões do veto*
>
> *"A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas."*

Entretanto, a alteração legislativa, mesmo constando como vetada no Código Penal, consta no rol de crimes hediondos da Lei 8.072/1990, ou seja, mais uma de tantas outras situações em que o legislativo demonstra a falta de zelo na publicação de nossas leis. Verifique a integra do texto legal já com a redação dada pelo Pacote Anticrime:

> *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*

> *"Art. 1º .....*
>
> *I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII);[7]*

2.2 Do Latrocínio

A Lei dos Crimes Hediondos apresentava em seu texto, tanto na redação original, quanto na alteração promovida pela Lei 8.930/1994, a expressão "latrocínio" como sinônimo de roubo acompanhado de morte da vítima. Trata-se de crime contra o patrimônio, e de acordo com a Súmula 603 do Supremo Tribunal Federal, "A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do Juiz singular e não do Tribunal do Júri".[8]

Hipóteses possíveis

a) roubo consumado e homicídio tentado: tentativa de latrocínio;

b) roubo consumado e homicídio consumado: latrocínio consumado;

c) roubo tentado e homicídio tentado: tentativa de latrocínio;

d) roubo tentado e homicídio consumado: latrocínio consumado.

Uma das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime é a retirada da expressão "latrocínio" da Lei dos Crimes Hediondos, sendo substituída pela expressão "roubo", conforme a técnica de nomenclatura utilizada no artigo 157 do Código Penal.

O roubo, artigo 157 do Código Penal, possui em seu bojo diversos desdobramentos, que vão desde o roubo em sua modalidade "simples" (porém classificado como crime complexo), roubo circunstanciado (aquele que apresenta circunstâncias majorantes) e roubo qualificado (quando o tipo prevê pena diversa em virtude de nova elementar).

A Lei dos Crimes Hediondos passa a prever hipóteses em que o "roubo" será considerado hediondo. Como dito, hipóteses no plural, e não mais apenas a situação em que ocorre a morte (consumada ou tentada) da vítima. O inciso II do artigo 1º da Lei passa a prever três alíneas que descrevem as situações em que o roubo será considerado crime hediondo. Nas alíneas "a" e "b" temos situações descritas como roubo circunstanciado. São elas: quando ocorre a restrição de liberdade da vítima, ou ainda, quando ocorre o emprego de arma de fogo "de uso permitido", arma de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fogo de uso proibido e arma de fogo de uso restrito. Na alínea "c" temos duas situações descritas como roubo qualificado. São elas: quando ocorre lesão corporal de natureza grave (ou gravíssima), e ainda, quando ocorre o resultado morte.

Em resumo, com o Pacote Anticrime, deixa de ser hediondo apenas o roubo com resultado morte, e passa a compor o rol destes crimes o roubo que restringe a liberdade da vítima; quando emprega arma de fogo, arma de fogo de uso proibido ou restrito; quando ocorre lesão corporal grave ou gravíssima; e o resultado morte. Não é demais recordar que se tratam de inovações que vêm em prejuízo do acusado, e por isso somente podem aplicar-se aos casos cometidos após a entrada em vigor da alteração legislativa, em respeito ao mandamento constitucional do artigo 5º, inciso XL (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu).[9] Verifique a integra do texto legal já com a redação dada pelo Pacote Anticrime:

> *"Art. 1º .....*
>
> *I - .....*
>
> *II - roubo:*
>
> *a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);*
>
> *b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);*
>
> *c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);*

2.3 Da Extorsão

A extorsão, assim como o roubo, está classificada entre os crimes de natureza patrimonial. Trata-se da conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa (CP, art. 158). Na prática, o crime guarda semelhança com o roubo, mas não deve com este ser confundido, pois em ambos ocorre a subtração violenta ou com grave ameaça de bens alheios. Entretanto, textualmente falando, a diferença está no fato de que a extorsão exige a participação ativa da vítima, fazendo alguma coisa, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo em virtude da ameaça ou da violência sofrida. No roubo, diferentemente, o agente atua sem a participação da vítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Semelhante ao que aconteceu com o crime de roubo, o Pacote Anticrime também implementou alterações relacionadas ao crime de extorsão dentro da Lei dos Crimes Hediondos, ampliando o rol em que será possível ao julgador atribuir à conduta criminosa os rigores necessários para o enfrentamento da hediondez da conduta.

Antes do Pacote Anticrime, a Lei dos Crimes Hediondos, em seu inciso III do artigo 1º, previa como hediondo o crime de extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 3º, do Código Penal), e no Inciso IV do mesmo artigo, a extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º). Este último, o inciso IV, não sofreu qualquer alteração. A mudança se concentra no inciso III, que passa a prever como crime hediondo a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, quando ocorra lesão corporal, ou ainda, quando ocorra o resultado morte.

Perceba que, com relação a lesão corporal no crime de extorsão, o legislador não teve o cuidado de especificar a natureza da lesão, diferentemente do que acontece no Código Penal em relação ao mesmo crime, ou ainda com relação ao roubo dentro da Lei dos Crimes Hediondos, em que o legislador especifica a natureza da lesão que configurará o crime como sendo hediondo. Há de ocorrer posicionamentos divergentes, contudo entendemos que a jurisprudência há de se curvar ao entendimento que prejudique de forma menos gravosa ao criminoso, ou seja, considerará hedionda a figura da extorsão qualificada pela lesão corporal de natureza grave (ou gravíssima). Verifique a integra do texto legal já com a redação dada pelo Pacote Anticrime:

> *"Art. 1º .....*
>
> *I - .....*
>
> *II - .....*
>
> *III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);*

2.4 Do Furto

A inclusão do furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum é figura que chama a atenção em particular. Não resta dúvida de que o legislador incluiu esta figura à Lei dos Crimes Hediondos na esperança de combater mais eficientemente os ataques as agências bancárias. Estes ataques têm se tornado frequentes. Não só despertam a atenção pela frequência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

com que ocorrem, mas também pelo *modus operandi* utilizado pelos criminosos, que têm realizado as ações criminosas, normalmente, em cidades pequenas, de reduzido efetivo policial, empregando forte quantidade de explosivos e alto grau de violência contra a população.

Andou bem o legislador neste sentido. O que chama a atenção, no entanto, é o fato de passar a integrar o rol de crimes hediondos o furto que se utiliza de explosivos, mas não se incluir na Lei dos Crimes Hediondos o roubo quando há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (artigo 157, § 2º-A, inciso II), afinal de contas, não nos parece restar qualquer dúvida no sentido de que o roubo seja figura mais grave do que o furto, assim como não restam dúvidas de que, por vezes, os ataques as agências bancárias são promovidos com a tomada de reféns, sejam clientes ou funcionários, e por isso, também, deveria ter havido esta preocupação por parte do legislador. Verifique a integra do texto legal já com a redação dada pelo Pacote Anticrime:

> *"Art. 1º .....*
>
> [...]
>
> *IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).*

2.5 Do Genocídio

O parágrafo único do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos também ganha nova redação. O texto anterior considerava hediondos o crime de genocídio previsto nos artigos 1º,2º e 3º da Lei nº 2.889/1956, e a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, crime previsto no artigo 16 da Lei nº 10.826/2003, todos tentados ou consumados. A redação cumulava-se apenas no parágrafo citado.

Com o Pacote Anticrime, o parágrafo único do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos passa a conter 5 (cinco) incisos. No inciso I reitera a manutenção do crime de genocídio, previsto nos artigos 1º,2º e 3º da Lei nº 2.889/1956, como hediondo. Vale lembrar que genocídio é crime cometido contra a humanidade, consistente em destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Observe que o tipo não é praticado apenas com a morte das vítimas, podendo ser entendida como genocídio a conduta, por exemplo, de adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo.[10] Neste caso, competente para o julgamento seria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a justiça comum. Verifique a integra do texto legal já com a redação dada pelo Pacote Anticrime:

> *"Art. 1º .....*
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:
>
> I - o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956;

2.6 Da Arma de Fogo de Uso Proibido e Outros

O inciso II, do parágrafo único, do artigo 1º da Lei em estudo, passa a prever a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido como crime hediondo. O Decreto 9.847/2019, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento, traz a definição quanto as armas de fogo de uso permitido, uso restrito e uso proibido. Quanto as armas de fogo de uso proibido, são aquelas que constam de acordos e tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; ou ainda, as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos[11]. A posse ou porte destas armas classifica-se como crime hediondo.

Ainda com relação as armas de fogo, respectivamente nos incisos III e IV, do parágrafo único, do artigo 1º da Lei 8.072/1990, passam a ser classificados como crimes hediondos o comércio ilegal de armas, bem como o tráfico internacional de arma de fogo, acessório e/ou munição, condutas incriminadas de acordo com Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003). Verifique a integra do texto legal já com a redação dada pelo Pacote Anticrime:

> *"Art. 1º .....*
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:
>
> I - .....
>
> II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
>
> IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

2.7 Da Organização Criminosa

As organizações criminosas existem desde os mais remotos tempos e acompanham a evolução da sociedade, isto quando não estão a um passo à frente, principalmente no que diz respeito a encontrar meios de burlar o sistema legal e auferir riquezas ilícitas. Poderíamos citar como exemplos as Tríades na China, a Yakuza no Japão, as máfias na Itália, e no Brasil o cangaço, o Comando Vermelho, o PCC, entre outros.[12]

Ocorre que para um combate efetivo e a aplicação de penas mais severas contra os integrantes destes grupos, o Brasil deveria em primeiro lugar possuir legislação para tanto, em virtude da necessidade de observância ao princípio da legalidade, já que esta constitui real limitação ao poder estatal de interferir arbitrariamente na esfera de liberdade do indivíduo.

A lei que primeiro tratou do tema foi a de nº 9.034/1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Ocorre que esta lei não trouxe uma definição do que seria considerado organização criminosa. Parte da doutrina opinava por utilizar-se do conceito extraído da Convenção de Palermo, que considera Grupo criminoso organizado aquele estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. Entretanto este conceito, como presente em legislação alienígena, não poderia resolver a questão.[13]

A situação foi contornada somente com a entrada em vigor da Lei das Organizações Criminosas, em 2 de agosto de 2013. De acordo com esta lei organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.[14]

O conceito de organização criminosa difere daquele empregado para descrever associação criminosa, previsto no artigo 288 do Código Penal, ou seja, associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. Difere também do conceito de associação da Lei de Drogas, o qual prevê como associação o vínculo entre duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 daquela lei.

Além do conceito supra, a Lei 12850/2013 também dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal nos casos que envolvem a organização criminosa.

No inciso V, do parágrafo único, do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos, o legislador fez constar a hediondez da formação de organização criminosa quando tenha como fim à prática de crimes hediondos ou equiparados (tráfico de drogas, tortura e terrorismo, artigo 5º, XLIII, CRFB/1988). Perceba que não se trata do cometimento de algum crime em especial, como homicídio, roubo ou furto, por exemplo. O inciso V pune como crime meio a própria formação da organização criminosa, pois trata-se de crime autônomo, e independentemente do cometimento de qualquer crime, poderá a organização criminosa sofrer todos os rigores da Lei dos Crimes Hediondos, ou seja, será insuscetível de anistia, graça ou indulto; fiança, prisão temporária de 30 dias prorrogável por igual período, entre outros.

> *"Art. 1º .....*
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:
>
> *[...]*
>
> *V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado."*

3. Conclusão

Em um contexto de alto índice de criminalidade, e seu alto grau de reprovabilidade, não restam dúvidas de que, por um apelo social e político, não há outra alternativa instantânea ao legislador senão a intervenção como a ora estudada, endurecendo as leis, tipificando condutas novas e ampliando as penas já previstas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aos tipos já existentes. As alterações promovidas na Lei dos Crimes Hediondos pelo Pacote Anticrime, inclui alterações substanciais no que diz respeito à punibilidade asseverada nos casos do cometimento dos crimes de homicídio qualificado com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, do latrocínio, da extorsão, do furto, do genocídio, do emprego de arma de fogo de uso proibido, e da organização criminosa.

Por óbvio, o ideal seria que a sociedade pudesse concentrar-se mais em políticas públicas de educação e saúde, cultura e lazer, e na construção de uma comunidade mais justa e fraterna, mas frente a realidade que se impõe, o recrudescimento das leis é a alternativa no combate ao cometimento dos crimes, principalmente aqueles que causam repulsa na sociedade e demonstram a degradação dos criminosos, como os são os crimes hediondos.

4. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9847.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 2.889, de 01º de outubro de 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Publicado em: 06 maio 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1060739/definicao-de-crime-organizado-e-a-convencao-de-palermo>. Acesso em: 20 set. 2020.

JURISWAY. Evolução Histórica da Organização Criminosa no Mundo e no Brasil. Publicado em 07 set. 2015. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15358>. Acesso em: 20 set. 2020.

JUSBRASIL. Críticas aos critérios de identificação dos crimes hediondos. S/D. Disponível em: <https://wesleycaetano.jusbrasil.com.br/artigos/596690222/criticas-aos-criterios-de-identificacao-dos-crimes-hediondos>. Acesso em: 20 set. 2020

O GLOBO. Acervo. Sequestro do empresário Abílio Diniz agitou campanha presidencial em 1989. Publicado em: 31 mar. 2015. Atualizado em: 05 dez. 2019. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/sequestro-do-empresario-abilio-diniz-agitou-campanha-presidencial-em-1989-15745169>. Acesso em: 20 set. 2020.

SENADO FEDERAL. Comoções sociais influenciaram punição de crimes hediondos. Publicado em: 16 jul. 2010. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/16/comocoes-sociais-influenciaram-punicao-de-crimes-hediondos>. Acesso em: 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplicação das Súmulas no STF. S/D. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 603. Aplicação das Súmulas no STF. S/D. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2683>. Acesso em: 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 26. Aplicação das Súmulas no STF. S/D. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 20 set. 2020.

NOTAS:

[1] O GLOBO. Acervo. Sequestro do empresário Abílio Diniz agitou campanha presidencial em 1989. Publicado em: 31 mar. 2015. Atualizado em: 05 dez. 2019. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/sequestro-do-empresario-abilio-diniz-agitou-campanha-presidencial-em-1989-15745169>. Acesso em: 20 set. 2020.

[2] SENADO FEDERAL. Comoções sociais influenciaram punição de crimes hediondos. Publicado em: 16 jul. 2010. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/16/comocoes-sociais-influenciaram-punicao-de-crimes-hediondos>. Acesso em: 20 set. 2020.

[3] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 26. Aplicação das Súmulas no STF. S/D. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 20 set. 2020.

[4] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplicação das Súmulas no STF. S/D. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 20 set. 2020.

[5] JUSBRASIL. Críticas aos critérios de identificação dos crimes hediondos. S/D. Disponível em: <https://wesleycaetano.jusbrasil.com.br/artigos/596690222/criticas-aos-criterios-de-identificacao-dos-crimes-hediondos>. Acesso em: 20 set. 2020

[6] BRASIL. Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

[7] BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

[8] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 603. Aplicação das Súmulas no STF. S/D. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2683>. Acesso em: 20 set. 2020.

[9] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

[10] BRASIL. Lei nº 2.889, de 01º de outubro de 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

[11] BRASIL. Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9847.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

[12] JURISWAY. Evolução Histórica da Organização Criminosa no Mundo e no Brasil. Publicado em 07 set. 2015. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15358>. Acesso em: 20 set. 2020.

[13] GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Publicado em: 06 maio 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1060739/definicao-de-crime-organizado-e-a-convencao-de-palermo>. Acesso em: 20 set. 2020.

[14] BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

A ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇO POR "CARONA"

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA: Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Cataria, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Como se sabe, por exigência constitucional, a contratação de obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão precedidas de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados na própria legislação, conforme expresso no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

De seu turno, a Lei Geral de Licitações, de forma genérica, em seu artigo 15, passou a prevê o Sistema de Registro de Preços, sem fazer qualquer referência à possibilidade de adesão à Ata de Registro de Preços.

No mesmo toar, a Lei 10.520/2002, que instituiu o Pregão como modalidade licitatória, apenas fez referência à possibilidade de se utilizar esta modalidade de licitação para formação do Sistema de Registro de Preços, sem, contudo, mencionar o mecanismo de adesão à Ata.

Vale frisar que o Sistema de Registro de Preços – SRP permite que a Administração Pública, a partir do registro, em ata, do menor preço proposto no certame licitatório, contrate, futura e eventualmente, durante o período de validade daquela Ata (não superior a 01 ano), com base no preço registrado.

No âmbito Federal, o Sistema de Registro de Preços é regulamentado pelo Decreto nº 7.892/2013, que, em seu artigo 22, possibilita que órgãos ou entidades

municipais, distritais ou estaduais adiram à Ata de registro de preços da Administração Pública Federal, nos seguintes termos.

> *Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.*
>
> *(...)*
>
> *§ 9º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão à ata de registro de preços da Administração Pública Federal.*

Não obstante a previsão normativa acima indicada, a possibilidade de adesão por órgão não participante da Ata, comumente conhecida como "carona", sobretudo quando a Ata é gerenciada por outra esfera de governo, tem sido objeto críticas e vista com bastantes ressalvas por parte da doutrina especializada.

Não obstante a figura da "Carona" esteja prevista em decreto, com a devida vênia aos que pensam de forma diversa, tal figura parece extrapolar os limites do poder regulamentar, inovando na ordem jurídica sem suporte legal da lei regulamentada.

A generalidade com que o Sistema de Registro de Preços foi tratado na Lei 8.666/90 não autoriza que a regulamentação infralegal crie figura não prevista no dispositivo regulamentado, especialmente em um campo tão deligado quanto o das exceções ao dever de licitar. A adesão à Ata de Registro de Preços de outro ente federado representa forma direta de contratação, em que o órgão contratante deixa de realizar procedimento licitatório para contratar fornecedor vencedor de licitação realizada por pessoa diversa. Não obstante renomados juristas não vejam maiores problemas nesta forma de contratação, a outra conclusão não podemos chegar senão a de que se trata de uma forma de contratação direta sem previsão legal.

Desta forma, a adesão à Ata de registro de preços por órgão não participante, especialmente em se tratando de esferas de governo distintas, representa grave ofensa ao princípio da legalidade, já que representa a criação, por decreto, forma de contratação direta sem amparo no dispositivo regulamentado.

De toda forma, ainda que, por esforço hermenêutico, se quisesse entender que a figura da "Carona" não se trata de forma de contratação direta, em função da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

licitação ter sido realizada pelo órgão gerenciador da Ata, o que parece não ser a melhor interpretação, estar-se-ia estabelecendo um tratamento diferenciado em benefício do fornecedor que possui preço registrado em ata, o que, por certo, não se harmonizaria com o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que prescreve que nas licitações públicas deve ser assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes.

Diante destas premissas acima aventadas, apenas dois caminhos se desenham: ou temos uma contratação direta sem previsão em lei ou o estabelecimento de condições diversas para os concorrentes. Assim, de uma forma ou de outra, tem-se que a figura do "Carona" finda por ofender disposições da Constituição Federal.

Não bastasse isso, a "Carona" tem gerado problemas de ordem prática que podem comprometer os princípios da moralidade e probidade administrativa. Já se tem percebido a menção à existência a um "mercado de atas" que, à evidência, é fator com potencial significativo para fraudes e corrupção.

Atendo a isto, o Douto Advogado Ramon Alves de Melo, em artigo publicado no site "Âmbito Jurídico", pontuou o seguinte:

> *O "carona" propicia lucro extraordinário ao detentor de determinada ata que com a elevação dos quantitativos nela previstos para atendimento a outros órgãos, sem que haja redução de preços unitário pago pela Administração favorecido pela economia de escala que atua em seu favor.*
>
> *Dificulta a fiscalização do administrado e dos órgãos de controle em virtude da insuficiência de regulamentação pelo Decreto de forma de divulgação, contratação e execução contratual especial do "carona", cria um mercado paralelo às aquisições de bens e serviços pela Administração Pública desvirtuando a regra de oferta e procura e levando o Administrador a adaptar o interesse público às soluções encontradas neste mercado, sem que faça os estudos e o planejamento necessário visando o melhor atendimento ao interesse público.*
>
> *O "carona" subverte a ordem dos procedimentos atinentes às aquisições e contratações públicas beneficiando aos lobistas de plantão que estão a oferecer, planejar e direcionar os negócios da Administração Pública, atendendo a interesses escusos em detrimento aos cofres e aos interesses públicos.**[1]***

Neste viés, pelo que se percebe, a adesão à Ata de Registro de Preço por órgão não participante, conhecida como "Carona", embora muito utilizada e aceita por boa parte da doutrina, deixa vulnerável valores basilares da nossa ordem constitucional, mitigando os princípios da legalidade e da competitividade, e ainda abrindo espaço para contratações desvantajosas para o poder público.

Assim, em que pese haja forte doutrina em sentido contrário, em atenção aos princípios da legalidade, moralidade e competitividade, o melhor caminho parecer ser evitar o uso da "Carona" em Ata de Registro de Preço, sobretudo e especialmente quando a adesão é realizada por órgãos de esferas governamentais distintas da do órgão licitante.

De todo modo, não obstante nossas ressalvas, acaso se insista em utilizar a "Carona", devem os gestores e advogados públicos terem redobrada cautela antes de autorizar a adesão, já que, como restou acima apontado, esta forma de contratação, além de mitigar os valores constitucionais antes mencionados, deixa a Administração vulnerável a fraudes e contratações desvantajosas.

Referências Bibliográficas:

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico, 10ªed, Belo Horizonte*: Fórum, 2015.

_____ . *Contratação Direta Sem Licitação, 10ªed, Belo Horizonte*: Fórum, 2016.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo.* 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

NOTAS:

[1] MELLO Ramon Alves de. O sistema de registro de preços, a figura do "carona" e a violação dos princípios jurídicos aplicáveis às licitações públicas http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4888

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES POR DANO AMBIENTAL

GABRIELA MANARIN: Acadêmica da décima fase do Curso de Direito da Unisociesc de Joinville.

RESUMO: O presente artigo possui como objetivo analisar a responsabilidade dos sócios e administradores por danos ambientais causado pela pessoa jurídica. Constata-se que a responsabilização por danos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro ocorre em três esferas autônomas: civil, administrativa e penal, de modo que estuda-se de minuciosamente quais os requisitos para caracterização da responsabilidade em cada uma delas. Por derradeiro, por meio de pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial, compreende-se a possibilidade de responsabilização dos sócios e administradores por danos ambientais em todas as esferas, dependendo de características e requisitos diferenciados, os quais devem ser analisados pelos operadores do direito no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental, Dano Ambiental, Responsabilidade Civil, Responsabilidade Penal, Responsabilidade Administrativa.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Responsabilização por Dano Ambiental. 2.1. Responsabilidade Civil. 2.2. Responsabilidade Administrativa. 2.3. Responsabilidade Penal. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O direito ao meio ambiente é direito fundamental da pessoa humana, sendo positivado em capítulo próprio na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por meio disso, demonstrou o legislador preocupação com o tema em questão, uma vez que os sujeitos são responsabilizados em três áreas diferentes do Direito. Além disso, a norma maior inovou ao trazer a possibilidade de responsabilização de pessoa jurídica na área criminal, uma vez que desde 1981 essa hipótese já era reconhecida no âmbito cível.

Desse modo, iniciou-se debate na doutrina e na jurisprudência pátria acerca da possibilidade de responsabilização também dos sócios e administradores por dano ambiental. E, ante a cumulatividade e independência das sanções, com a finalidade de apurar a responsabilidade dos sócios e administradores por dano ambiental, faz-se necessário o estudo de cada esfera separadamente.

Em síntese, conforme será exposto, no âmbito cível o entendimento majoritário é de que o ordenamento jurídico filiou-se à teoria do risco integral, sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

possibilitada a desconsideração da personalidade jurídica e atingimento do patrimônio do sócio. Na esfera administrativa, por sua vez, há ainda discussões doutrinárias e decisões judiciais sobre a prescindibilidade da culpa, no entanto, o entendimento majoritário atual é voltado em favor da responsabilidade subjetiva, a qual depende da comprovação de culpa do agente. Por último, é reconhecido que o Direito Penal será apenas utilizado como *ultima ratio*, sendo imprescindível a verificação de dolo ou culpa do agente, com a finalidade de proteger seus direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, ao se analisar a possibilidade de responsabilização dos sócios e administradores por danos ambientais, é imperioso não só analisar a exegese legal como também os estudos das correntes doutrinárias majoritárias e as posições tomadas pela jurisprudência pátria acerca do tema.

2.A RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO AMBIENTAL

O Direito Ambiental, o Direito do Consumidor e os Direitos Humanos das minorias e dos grupos vulneráveis constituem ramos autônomos do Direito, sendo considerados por muitos autores como direitos de terceira geração. Isso porque caracterizam-se por serem ao mesmo tempo transindividuais (seus titulares são uma coletividade) e indivisíveis (a satisfação de um dos titulares gera a satisfação dos demais) (FIGUEIREDO, 2011).

Em análise ao direito das futuras gerações, Bobbio (1992, p. 6, apud FRANCIOLI, 2006, p. 6) afirma que "o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído". Nessa toada, a Constituição da República Federativa do Brasil reservou um capítulo inteiro para dispor sobre o meio ambiente, o que representou imensa evolução em comparação com as Cartas anteriores.

No *caput* do art. 225 foi expresso que:

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

Milaré (2011) analisa a perspectiva de que foi reconhecido, pelo *caput* deste dispositivo, o ambiente como um bem essencial à vida digna, sendo parte do direito público subjetivo. E, segundo comenta Antunes (2005, p. 70), "o estabelecimento do direito ao ambiente como um dos direitos fundamentais da pessoa humana é um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

importante marco na construção de uma sociedade democrática e participativa e socialmente solidária".

Assim, tendo em vista que viver em um meio equilibrado é direito fundamental para que o ser humano tenha uma vida digna, é necessário que o Estado se ocupe de punir aqueles que causam danos ao ecossistema. Por essa razão, dispôs o § 3º do dispositivo supracitado que, tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, serão sujeitas a sanções penais, administrativas e terão a obrigação de reparar os prejuízos causados.

O fato de haver punição nos âmbitos cível, penal e administrativo trouxe ao ordenamento jurídico a regra da cumulatividade das sanções, uma vez que essas áreas protegem objetos diferentes e estão sujeitas a regimes jurídicos distintos (FIORILLO, 2012). Sobre o assunto, afirma Figueiredo (2011) que as esferas são independentes, uma vez que eventual absolvição criminal não exclui o dever de reparação civil ou administrativa, salvo quando reconhecida a inexistência do fato ou da autoria.

No plano jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em diversas ocasiões acerca da independência das esferas, conforme julgados a seguir mencionados: REsp 1154405/MG, RMS 36373/SP, AgRg no AREsp 1058993/MA. Cita-se ainda que tal entendimento é seguido pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais em diversas ocasiões.

Isso posto, surge discussão acerca da possibilidade de responsabilização do sócio ou do administrador da pessoa jurídica por dano gerado ao meio ambiente. Desse modo, tendo em vista a cumulatividade de sanções nas diferentes esferas do direito, faz-se mister o estudo mais aprofundado da hipótese em cada uma delas.

2.1. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem como principal finalidade restaurar o equilíbrio moral e patrimonial gerado por conduta ilícita de indivíduo que causou dano a outrem. Esta subdivide-se em responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva: a primeira configura-se pela existência de conduta, nexo causal e dano, enquanto na segunda há ainda necessidade de comprovação de dolo ou culpa do agente (GONÇALVES, 2014)

O Código Civil de 2002 estabelece como regra, no *caput* do art. 927, a responsabilidade civil aquiliana. No entanto, o parágrafo único do dispositivo estabelece que, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, haverá obrigação de reparação do dano independente de culpa.

Em se tratando do Direito Ambiental, segundo Figueiredo (2011), desde 1981 concorda-se que os danos ambientais seguem a responsabilidade civil objetiva. Em especial, segue-se o modelo da teoria do risco integral, segundo a qual o simples exercício de atividade lesiva ao meio ambiente torna o agente responsável pelos prejuízos, não podendo alegar excludentes de culpabilidade. Esse entendimento possui forte ligação com o princípio do poluidor-pagador, segundo o qual "aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes" (MILARÉ, 2011, p. 1251).

A respeito desse princípio, pode-se extrair duas características principais: "a responsabilidade do poluidor pelo dano ambiental causado (recomposição do meio ambiente degradado) e a necessidade de inserção no custo final, dos custos ambientais que são normalmente externalizados no processo produtivo". (FIGUEIREDO, 2011, p. 127)

Referido princípio foi positivado no art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981, *in verbis:*

> Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Assim, tendo em vista que o ordenamento considera a apuração da culpa desnecessária, faz-se necessário cumprir os outros pressupostos: a conduta, o nexo causal e o dano. No tocante ao primeiro aspecto, Venosa (2011) define a conduta como um comportamento humano voluntário e ilícito. Cabe aqui salientar o disposto no art. 186 do Código Civil: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Já o nexo causal pode ser definido como o vínculo que liga a conduta do agente ao dano causado. Sobre o tema, Gonçalves (2014) analisa a existência de diversas teorias para verificação deste liame: por primeiro, a teoria da equivalência das condições define que cada condição é também uma causa, o que gera um infinito número de condições; já a teoria da causalidade adequada expõe que só causa o evento a condição que é adequada a produzi-lo; e, por último, a teoria teoria da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

causalidade direta e imediata explicita que o agente deve responder por danos que sobrevierem direta e imediatamente do ato praticado. Segundo o autor supracitado, o ordenamento jurídico brasileiro teria se filiado à última teoria, contudo, é possível notar a existência de questionamentos pela doutrina (GONÇALVES, 2014).

Já no tocante ao dano, Venosa (2011) o conceitua como ofensa ao bem jurídico tutelado, subdividindo-o em: danos morais (atingem a personalidade do indivíduo) e danos materiais (atingem o patrimônio). Cita-se ainda a possibilidade de reconhecimento do dano estético como terceira espécie de dano, diante do texto da Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça.

Na esfera do Direito Ambiental, o dano ambiental possui difícil conceituação, mas Milaré (2011, p. 1119) arrisca classificá-lo como a "lesão aos recursos ambientais, com consequente degradação - alteração adversa ou *in pejus* - do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida". Na atualidade, considera-se que os danos provocados ao meio ambiente são um empecilho da sociedade de risco, que busca o desenvolvimento econômico por meio da utilização ilimitada de recursos ambientais para promover sempre o maior conforto. Dessa maneira, muitas vezes são provocados prejuízos irreparáveis para que os produtores enriqueçam pela degradação do meio ambiente (FRANCIOLI, 2006).

Após caracterizados os três pressupostos e, de acordo com o princípio do poluidor-pagador, estuda-se a possibilidade de responsabilização civil dos sócios e administradores de uma pessoa jurídica.

Nesse passo, estabeleceu o art. 931 do Código Civil de 2002 que, salvo outros casos, empresários individuais e empresas respondem sem apuração de culpa pelos danos decorrentes de seus produtos. Assim, o empresário que exerce atividade econômica organizada com finalidade de produzir bens e serviços (art. 966, CC) também é responsabilizado pelos danos provocados pelos produtos postos em circulação pela pessoa jurídica, porém, não há menção sobre os sócios. Isso pode ser explicado porque:

> A grande diferença entre o empresário individual e a sociedade empresária é que esta, por ser uma pessoa jurídica, tem patrimônio próprio, distinto do patrimônio dos sócios que a integram. Assim, os bens particulares dos sócios, em princípio, não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. (RAMOS, 2015, p. 39)

Acerca da possibilidade de responsabilização dos sócios por dano ambiental provocado pela pessoa jurídica, assevera o art. 4º da Lei 9.605/98 que "poderá ser

desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente". Tal possibilidade já tem sido utilizada pela jurisprudência pátria, conforme colaciona-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE. FALÊNCIA. SUSPENSÃO DE ATIVIDADES. ALIENAÇÃO DE ATIVOS. AUSÊNCIA DE PERDA DE OBJETO. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA. PRINCÍPIO POLUIDOR-PAGADOR E PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO IN INTEGRUM. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ART. 4° DA LEI 9.605/1998. ARTS. 81 E 82 DA LEI 11.101/2005. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. IMPUTAÇÃO SOLIDÁRIA (ART. 942, IN FINE, DO CÓDIGO CIVIL) E EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. [...] 5. Não custa lembrar que o Direito Ambiental adota, amplamente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (in casu, v.g., os arts. 4º da Lei 9.605/1998 e 81 e 82 da Lei 11.101/2005). Sua incidência, assim, na Ação Civil Pública, vem a se impor, em certas situações, com absoluto rigor. O intuito é viabilizar a plena satisfação de obrigações derivadas de responsabilidade ambiental, notadamente em casos de insolvência da empresa degradadora. No que tange à aplicação do art. 4º da Lei 9.605/1998 (= lei especial), basta tão somente que a personalidade da pessoa jurídica seja "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente", dispensado, por força do princípio da reparação in integrum e do princípio poluidor-pagador, o requisito do "abuso", caracterizado tanto pelo "desvio de finalidade", como pela "confusão patrimonial", ambos próprios do regime comum do art. 50 do Código Civil (= lei geral). [...] (BRASIL, 2013a)

Milaré (2011) também analisa a prática de pessoas físicas que escondem suas condutas por trás da pessoa jurídica, e percebe a importância da desconsideração para evitar condutas maliciosas. Já Souza (2010, p. 555, apud MILARÉ, 2011, p. 1272), seguindo o mesmo raciocínio, demonstra-se favorável à aplicação da teoria menor da desconsideração, na qual não se procura apurar conduta culposa e dolosa dos sócios e administradores, mas sim proteger os terceiros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sobre esse entendimento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> [...] A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.. [...] (BRASIL, 2003)

Assim, diante das decisões judiciais reiteradas neste sentido, bem como análise doutrinária, conclui-se pela possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica e consequente responsabilização dos sócios e administradores por danos provocados ao meio ambiente no âmbito cível.

2.2. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 9.605/99 foi criada para dispor sobre as sanções penais e administrativas em virtude de dano ambiental. Nesse toar, o art. 70 dispõe que "considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente".

Referida norma também dispõe acerca do processo administrativo, que deve respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 70, § 4º), acerca das autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo (art. 70, § 1º) e acerca das sanções administrativas que poderão ser impostas (art. 72).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme estudado por Fiorillo (2012, p. 150), a Lei 9.605/98 é aplicada "a qualquer poluidor, a saber, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que por ação ou omissão viole a tutela jurídica dos bens ambientais". Assim, com a finalidade de tutelar o meio ambiente, cabe ao Estado, por meio do poder de polícia ambiental, a intervenção na esfera privada para defesa do interesse da coletividade. O Poder Executivo é, portanto, dotado de discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, exercidos diretamente ou por delegação. (MILARÉ, 2011)

Para caracterização da responsabilidade administrativa ambiental, Milaré (2011) cita a necessidade da conduta ilícita, que o autor decompõe em: a) conduta: imputada à pessoa que tenha concorrido para a ação ou omissão que causou o dano, não podendo o órgão administrativo punir uma pessoa pela malfeitoria provocada por outra; e b) ilicitude: a contrariedade à norma positivada. E, ao contrário do que se estuda na esfera cível, o dano ambiental por si só não causa responsabilidade administrativa, necessidade uma conduta contrária à legislação, bem como é imprescindível o elemento ilicitude.

Sobre a necessidade de culpa para caracterização da responsabilidade administrativa, há divergência doutrinária. Figueiredo (2011) traz em contraposição os pensamentos de Vladimir Passos de Freitas e de Heraldo Garcia Vitta; o primeiro afirma que a responsabilidade é objetiva pois a lei não afirma a necessidade de culpa; já o segundo alega que, como essas sanções atingem a liberdade e a propriedade das pessoas, deve ser demonstrada a culpa. Milaré (2011), por outro lado, entende que há um sistema híbrido de responsabilidade.

Embora há diversas decisões em sentido contrário, a jurisprudência brasileira, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, possui precedentes no sentido de ser necessária a comprovação de culpa ou dolo e, portanto, tratar-se de responsabilidade subjetiva. Nesse sentido: STJ - Resp: 1640243 SC, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 07/03/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 27/04/2017; STJ - REsp: 1251697 PR 2011/0096983-6, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data do Julgamento: 12/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 17/04/2012; AgInt no AREsp 826.046/SC, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, publicado em 05/04/2018; e STJ: EAREsp: 62584 RJ, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 08/05/2019, publicado em 02/08/2019.

Havendo a necessidade da conduta ser realizada com culpa ou dolo, a Lei 9.605/98 prevê em seus arts. 3º, parágrafo único, e 4º, *in verbis*:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º [...] Parágrafo único. **A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato**.
>
> Art. 4º **Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica** sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. (grifou-se)

Dessa forma, torna-se mais sucinta a análise da possibilidade de responsabilização dos sócios ou administradores por dano ambiental na esfera administrativa: a possibilidade é chancelada pela Lei 9.605/98 e, segundo o entendimento atual de parte da doutrina e da jurisprudência, é imprescindível a comprovação de culpa ou dolo do representante da empresa para que este responda pelo dano ambiental provocado.

2.3. RESPONSABILIDADE PENAL

Além de sanções administrativas, a Lei 9.605/98 também traz os crimes contra o meio ambiente, que são divididos em crimes contra a fauna, crimes contra a flora, poluição e outros crimes ambientais, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultura e crimes contra a administração ambiental.

De acordo com Fiorillo (2012), o que o legislador fez foi sopesar valores, uma vez que as condutas mais graves ao meio ambiente são tuteladas pelo Direito Penal, clara evidência do princípio da intervenção mínima do Estado. Assim, o Direito Penal é a *ultima ratio* que só entra em tela quando as demais instâncias forem insuficientes para coibir a infração, assim como para punir condutas consideradas mais gravosas com penas que restringem mais direitos individuais. (MILARÉ, 2011)

Nos crimes contra o ambiente, o bem jurídico tutelado é o meio ambiente, que é um bem jurídico essencial à vida, à saúde e à felicidade dos indivíduos (MILARÉ, 2011). Quanto ao crime, a teoria atual estudada pelo Direito Penal utiliza o conceito analítico e tripartido de crime, que o define como conduta típica, antijurídica e culpável (BITENCOURT, 2011). Há que se ressaltar, por outro lado, que autores como Capez (2012) entendem que a culpabilidade não integra o conceito de crime, de modo que o crime seria fato típico e ilícito.

De início, em análise ao fato típico, são necessários quatro elementos para configuração: a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade. Em apertada síntese, a "conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime" (CAPEZ, 2012, p. 128).

Já o resultado, segundo a teoria naturalística "é a modificação provocada no mundo exterior pela conduta" e, de acordo com a teoria jurídico ou normativa, "é toda lesão ou ameaça de lesão a um interesse penalmente relevante" (CAPEZ, 2012, p. 164-165). No que toca ao nexo causal é o elo concreto, físico, material e natural existente entre a conduta do agente e o resultado naturalístico (CAPEZ, 2012). Por último, o tipo é o "modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade" (CAPEZ, 2012, p. 208).

Conforme analisa Bitencourt (2011), posteriormente estuda-se o instituto da antijuridicidade, que busca determinar se a conduta típica é contrária ao Direito ou, em outras palavras, se a ação ou omissão é injusta. Já a culpabilidade, é definida sinteticamente como a reprovabilidade pela prática de um ato ilícito (CAPEZ, 2012).

No entanto, conforme interpretação de Figueiredo (2011), quando da análise de existência do ilícito não se pode querer aplicar a responsabilidade objetiva do Direito Civil no Direito Penal, uma vez que culpabilizar alguém que não praticou um ato por dolo ou culpa seria um grave retrocesso, sobretudo na área dos direitos humanos.

Em se tratando da responsabilidade penal da pessoa jurídica, Fiorillo (2012) aponta que, seguindo países como França, Noruega, Portugal e Venezuela e, percebendo que as maiores degradações ao meio ambiente são provocadas por corporações, a Constituição Federal instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica em razão de danos ambientais.

Há três modalidades de penas que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas que cometam ilícito ambiental: a) multa; b) restritiva de direitos: que pode ser a suspensão, parcial ou total, das atividades da empresa, a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e a proibição de contratar com o Poder Público e de obter subsídios, subvenções ou doações; c) prestação de serviços à comunidade: que pode ser por meio do financiamento de projetos ambientais, da execução de obras com a finalidade de recuperar áreas degradadas, da manutenção de espaços públicos e da contribuição a entidades ambientais ou culturais (FIGUEIREDO, 2011, p. 150).

Sobre o sujeito ativo dos crimes ambientais, estipula o art. 2º da Lei 9.605/1998 que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Por este dispositivo já fica clara a possibilidade de responsabilização da pessoa física quando esta participa de alguma forma das condutas que causam lesão aos bens jurídicos ambientais. Corroborando com esta tese, o art. 3º , parágrafo único, observa que "a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato".

Nesse sentido, Machado (2008) cita modelos acerca da imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica: a) fato de referência: o fato de referência é aquele que liga a pessoa física que causa o dano e gera a responsabilidade da pessoa jurídica, em outras palavras, a pessoa física atual pela pessoa jurídica; b) responsabilidade indireta: a pessoa jurídica é criminalizada em razão da conduta da pessoa física, como se aquela fosse apenas objeto desta; c) responsabilidade direta: a pessoa jurídica deve responder por sua ação independentemente da análise da conduta da pessoa física; e d) funcionalismo: que se subdivide em: d.1) a concepção de Tiedemann: se não há organização da pessoa jurídica, a infração é atribuída à coletividade, sendo punições paralelas; e d.2) a concepção de Heine: a própria atividade empresarial aumenta o risco de dano, sendo irrelevante o comportamento individual errôneo.

Isso posto, Machado (2008) analisa a posição da jurisprudência brasileira, que adere ao sistema da dupla imputação: é reconhecido o fato protagonizado pela coletividade da pessoa jurídica e, por outro lado, a responsabilidade das pessoas físicas que integram a pessoa jurídica.

Reforçando esta tese está o pensamento de Milaré (2011, p. 1289), uma vez que a responsabilidade penal dos administradores e sócios é limitada porque:

> deve haver, entre a ação ou omissão do dirigente e o fato danoso, um nexo de causalidade. Ausente tal liame, não há como imputar ao dirigente o cometimento de crime ambiental, pelo só fato de integrar ele o corpo diretivo do ente moral, sob pena de se estar contemplando a responsabilidade penal objetiva a pessoas físicas.

Desse modo, nem toda lesão causada pelo sócio ou administrador provoca sua responsabilização penal, visto que sua conduta deve, minimamente, influenciar o resultado. (MILARÉ, 2011). Sob este prisma, já foi decidido pelos tribunais brasileiros:

> "(...). CRIME AMBIENTAL (ARTIGO 40 DA LEI 9.605/1998). INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO PACIENTE E A OCORRÊNCIA DE DANO À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO PERMANENTE. DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE A RELAÇÃO ENTRE A CONDUTA DO PACIENTE E O DANO AMBIENTAL OCORRIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. A mera condição de sócio, diretor ou administrador de determinada pessoa jurídica não enseja a responsabilização penal por crimes praticados no seu âmbito, sendo indispensável que o titular da ação penal demonstre uma mínima relação de causa e efeito entre a conduta do réu e os fatos narrados na denúncia, permitindo-lhe o exercício da ampla defesa e do contraditório. Doutrina. Jurisprudência. 2. No caso dos autos, da leitura da exordial acusatória percebe-se que ao paciente foi imputada a prática de crime contra o meio ambiente pelo simples fato de exercer o cargo de Diretor Presidente da Companhia Paranaense de Energia Elétrica - COPEL, não tendo o órgão ministerial demonstrado a mínima relação de causa e efeito entre os fatos que lhe foram assestados e a função por ele exercida na mencionada pessoa jurídica, pelo que se mostra imperioso o trancamento da ação penal contra ele instaurada. (...) (BRASIL, 2013b)

> APELAÇÃO CRIMINAL. AMBIENTAL. ARTIGO 60 DA LEI Nº 9.605/98. **INÉPCIA QUANTO ÀS PESSOAS FÍSICAS. DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE A RELAÇÃO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DOS SÓCIOS E/OU ADMINISTRADORES E O DANO. INÉPCIA MANTIDA.** PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE. CAMINHÃO DE RESPONSABILIDADE DA APELADA QUE OCASIONOU DERRAMAMENTO DE GRÃOS EM VIA PÚBLICA, CONFORME AUTO DE INFRAÇÃO. PRESENTE A JUSTA CAUSA E DEMAIS CONDIÇÕES PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO À PESSOA JURÍDICA. RECURSO

> CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, 2015) (grifou-se)

Dessarte, para ser possível responsabilização dos sócios e administradores na esfera penal, é necessário analisar a existência de dolo ou culpa de forma minuciosa com individualização da conduta praticada, sob pena de suprimir os direitos fundamentais do indivíduo e provocar grande abalo aos direitos humanos como um todo.

3. CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil garante especial proteção ao meio ambiente, considerando-o como direito fundamental. Dessa forma, conforme a legislação pátria, para qualquer espécie de dano causado ao meio ambiente haverá sanções autônomas nas esferas civil, administrativa e penal. Pela análise doutrinária, verifica-se que cada uma das esferas apresenta requisitos, teorias e, inclusive, sanções diferenciadas.

Na esfera cível, existe responsabilidade objetiva, isto é, independente de culpa e, além disso, entende-se que o ordenamento jurídico filiou-se à teoria do risco integral. Estudou-se, por fim, se a responsabilidade objetiva imputada à empresa também poderia ser esticada aos sócios, concluindo-se que a jurisprudência caminha para o lado da teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica, segundo a qual não é necessária a existência de culpa ou dolo dos sócios, pois são estes que devem arcar com os riscos da atividade empresarial.

Já na esfera administrativa, estudados os pressupostos para caracterização da obrigação de reparar, isto é, a conduta ilícita, seguiu-se à análise caso a responsabilidade seria objetiva ou subjetiva. Embora as discussões sobre o tema persistam, denota-se que a jurisprudência segue no sentido de que é necessária a comprovação de culpa ou dolo para que os sócios e administradores possam ser responsabilizados pelo dano provocado.

Por último, constatou-se que a esfera penal é a *ultima ratio*, o Direito só recorre à sanção penal quando as outras áreas não forem suficientes para punir e prevenir novos crimes ambientais. Dessa forma, tendo em vista que as sanções penais privam o indivíduo de bens mais importantes, como a sua liberdade, é imprescindível a verificação prévia de dolo ou culpa, sob pena de afrontar direitos fundamentais do indivíduo.

Entretanto, extrai-se, por fim, que o tema em questão ainda necessita maior análise pela doutrina e pela jurisprudência pátria para que ocorra pacificação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

matéria, sobretudo nos âmbitos civil e administrativo. E, no âmbito penal, os estudos acerca da responsabilização dos sócios também devem prosseguir, sempre levando em consideração o respeito aos direitos inerentes à pessoa humana.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 1126p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. . Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1339046/SC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013a, publicado em 07/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 232.751/PR**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Data de Julgamento: 07/03/2013b, Data de Publicação: 15/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 279273 SP 2000/0097184-7**, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 04/12/2003, Terceira Turma, Data de Publicação: 29/03/2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **APL: 00174793520138160129 0 PR 0017479-35.2013.8.16.0129/0** (Acórdão), Relator: Renata Ribeiro Bau, Data de Julgamento: 01/10/2015, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: 06/10/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AG: 990101085712** SP, Relator: Renato Nalini, Data de Julgamento: 20/05/2010, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 28/05/2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 643p.

FRANCIOLI, Prescila Alves Pereira. O direito ambiental na sociedade de risco. **Discurso Jurídico**, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26451-26453-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Reminiscências da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua efetividade. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia,** v. 36: 155-181, 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30757.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente:** A Gestão Ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5. Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DO LOCKDOWN E LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

RITA SUZANE MARQUES DOS SANTOS XIMENDES:
Graduanda em Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva discutir sobre a legalidade do Lockdown e a limitação dos direitos fundamentais. Especificamente, busca-se revisar a bibliografia em Direito Constitucional sobre os direitos fundamentais, coletar jurisprudência sobre a relatividade dos direitos fundamentais e, analisar decisões do Superior Tribunal Federal e recentes leis, que ratifiquem a limitação do direito de locomoção e direito de reunião. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a qual reuniu-se diversos autores com suas respectivas obras a fim de debater de forma incisiva o tema em questão. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, por tratar-se de uma grande repercussão no contexto atual, e sobrevir discussões que podem ser dirimidas no meio jurídico como a legalidade da aplicação do Lockdown e limitação dos direitos fundamentais, como por exemplo, o direito a locomoção, em consequência de medidas mais rigorosas para a contenção do COVID-19, por parte do poder executivo, prefeitos e governadores ou por ordem judicial. Dividiu-se a pesquisa em três eixos, quais sejam, os conceitos de lockdown, os direitos fundamentais limitados e, por fim, o direito fundamental de locomoção e a possibilidade de sua limitação por meio do lockdown.

Palavras-chave: lockdown; limitação; direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Metodologia – 3. Referencial teórico – 3.1 Lockdown - 3.2. Limites aos direitos fundamentais – 3.3 O direito fundamental de locomoção e a possibilidade de sua limitação por meio do lockdown - 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O estudo objetiva discutir sobre a legalidade do Lockdown e a limitação dos direitos fundamentais. Atualmente, o termo "lockdown" frequentemente vem sendo observado nas mídias sociais, por tratar-se de uma ferramenta que muitos chefes do poder executivos vêm aplicando com o objetivo de controlar a expansão da Pandemia do Coronavírus.

Por esteio das recentes decisões proferidas por juízes e representantes do Poder Executivo (governadores e prefeitos), pontuando a base jurídica para uso do lockdown nos estados brasileiros em virtude do COVID-19, o projeto visa esclarecer

os conflitos existentes sobre a aplicação do Lockdown em relação aos direitos fundamentais.

Por conta do conflito presente na restrição do direito de locomoção e direito de reunião em virtude do lockdown, instituto inglês que significa confinamento, a pesquisa fará um paralelo com análises de leis, decisões da Corte Suprema e doutrinas de constitucional, administrativo e penal a respeito da aplicação de medidas mais severas para guerrear o COVID-19. Além disso, será feita a análise da possibilidade de restrição do direito de locomoção, legalmente expressos na Constituição Federal, no que concerne às exceções.

Neste artigo, será observado brevemente a conceituação do Lockdown estabelecerá o entendimento a fim de demonstrar a legalidade de sua implementação no território brasileiro. Também, verificado a questão dos direitos fundamentais e sua relatividade. E por fim, observado a legalidade do Lockdown, e de que modo implica na restrição do direito de lomocação.

Sabe-se que o tema ora em destaque, atualmente representa uma grande discussão entre os teóricos e juristas, visto que, trata-se de uma limitação do direito de locomoção, sendo este um direito fundamental. Portanto, o questionamento está adstrito a observar a legalidade do Lockdown, e a consequente limitação dos direitos fundamentais.

A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, por tratar-se de uma grande repercussão no contexto atual, e sobrevir discussões que podem ser dirimidas no meio jurídico como a legalidade da aplicação do Lockdown e limitação dos direitos fundamentais, como por exemplo, o direito a locomoção, em consequência de medidas mais rigorosas para a contenção do COVID-19, por parte do poder executivo; prefeitos e governadores ou por ordem judicial.

Podendo os entes federativos através da Administração Pública utilizar o poder de polícia para repreensão dos infratores que se opõe às medidas do Lockdown. Pois, a Supremacia do Interesse Público que é salvar vidas, proteger a saúde pública vai prevalecer sobre o direito de locomoção ou reunião, o interesse particular.

Assim, faz-se necessário analisar concretamente de que forma o lockdown pode ser uma ferramenta eficiente para que os problemas relacionados a Saúde Pública sejam combatidos. E, quanto a restrição dos direitos fundamentais, o que os teóricos e juristas comentam sobre o assunto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. METODOLOGIA

O estudo pretende, por modo de pesquisa bibliográfica, ressaltar grandes informações sobre a legalidade do Lockdown e a limitação dos direitos fundamentais, usando bases disponíveis nas fontes de dados bibliográficas. Em seguida com o propósito de servir ao objetivo de discussão serão explanados conceitos, histórico e etc, com intuito de melhorar o entendimento sobre o assunto.

Segundo Gil (2002) o pesquisador se utiliza da investigação para aprimorar seus conhecimentos referentes a um determinado assunto, e dessa forma consegue fazer seus questionamentos críticos através de um trabalho pronto. Para que pudéssemos, de fato, compreender o assunto por meio da coleta de dados, tivemos, no decorrer da pesquisa, que ler e interpretar obras que perfazem o assunto, e com isso, trouxe-nos como forma de servir a discussão, a realização de análises, resultando no registro de conhecimentos.

Quanto aos procedimentos utilizou-se a pesquisa bibliográfica que segundo Gil (2002, p.102) "A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos".

Esse tipo de pesquisa também auxilia na escolha de um método mais apropriado e também ao conhecimento aprofundado do assunto, levando em busca de obras sobre o assunto, querer saber se já se tem algo publicado, levando o pesquisado a busca mais profunda do fenômeno.

O método que fundamenta a pesquisa é o crítico dialético, pautado no aporte teórico e metodológico, levantamento bibliográfico em trabalhos de conclusão de curso, revistas eletrônicas, Leis e coleta de jurisprudência.

3. REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 LOCKDOWN

Lockdown, termo cotidianamente visto e observado nas mídias sociais, trata-se de uma expressão em inglês, que literalmente quando traduzido significa confinamento. Sendo, deste modo, um instrumento do mais alto nível de segurança, que pode ser decretado pelos Governos quando se tem uma grave ameaça ao sistema de Saúde.

Assim, observa-se na prática um bloqueio total, de perímetros específicos sendo proibido sair e entrar, sendo bloqueadas por profissionais de segurança. Denota-se que esse tema se difere das outras medidas de distanciamento social,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

quais sejam, o ampliado conhecido mundialmente como quarentena, e o seletivo, sendo amplamente entendido como o isolamento vertical.

Neste primeiro, é uma medida que não se tem limitação de grupos especificamente, sendo que todos devem permanecer em sua residência durante a vigência determinações de gestores do local. É uma medida que visa restringe o máximo de contato. (BRASIL, 2020).

Quanto ao segundo, tal qual, seletivo, trata-se de um distanciamento social que atinge tão somente alguns grupos específicos. No caso do avanço da Pandemia, geralmente os que devem ser isolados são os grupos que possuem naturalmente a maior chance de ter complicações mais sérias com a doença, ou seja, pessoas com doenças crônicas como diabetes e cardiopatias, pessoas com obesidade e gestação de risco, e os idosos. (BRASIL, 2020)

3.2 LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais representam direitos de defesa do indivíduo, tanto contra as interferências de particulares, quanto do Estado, buscando assegurar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, sustentáculo do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se fala tanto na proteção de tais direitos, inclusive na impossibilidade de restringi-los.

Entretanto, muito embora a proteção aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana represente o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, não se pode classificá-los como direitos absolutos ou ilimitados, em razão dos mesmos acompanharem as transformações sociais e carregarem, com isso, um caráter conceitual aberto, o que permite, excepcionalmente, determinadas restrições na sua aplicação. Assim, clara é a existência e a possibilidade lógica de restrição aos direitos fundamentais, razão pela qual necessária é a análise de seus efeitos e critérios de aplicação.

Importante ressaltar que várias são as expressões trabalhadas no âmbito de restrição aos direitos fundamentais com o objetivo de definir os contornos, alcance ou afastamento desses direitos na realidade social. Dentre as expressões mais comuns aparecem limites e delimitação, restrição e configuração, ou, ainda, conformação e intervenção.

Dessas expressões, aplica-se restrição e limitação como sinônimas, correspondendo aos "limites ou intervenções que operam uma diminuição da esfera máxima de incidência do direito que pode ser extraída de sua definição constitucional, mediante o estabelecimento de condições e obstáculos ao seu

exercício", ou seja, a restrição que, legítima ou ilegítima, possa ser produzida no conteúdo ou no exercício do direito. Enquanto a configuração, conformação, delimitação ou regulação corresponde "a densificação do conteúdo normativo do direito, extraída do detalhamento de seu conceito, da especificação de suas formas de exercício e do estabelecimento de garantias processuais aptas a salvaguardálos" (PEREIRA, 2007, p. 138).

Nesse sentido, as restrições impostas aos direitos fundamentais representam limitações ao seu âmbito de proteção que, segundo Naranjo de La Cruz (2000, p. 36), outorga uma proteção prima facie que só poderá ser destruída mediante a imposição de um limite justificado constitucionalmente.

Segundo Gavara de Cara (1994, p. 158), restrição é a "modificação normativa ou factual, não contrária a Constituição, de algum dos elementos configuradores do direito fundamental (titular, destinatário e objeto) que como conseqüência afeta o seu exercício."

Com efeito, se o objetivo dos direitos fundamentais, isto é, seu âmbito de proteção, é garantir o amparo e a efetivação da dignidade humana, a sua restrição não pode importar em desrespeito ao texto constitucional

Assim, restrição é a limitação autorizada pela Constituição ou não contrária a ela, de um dos elementos caracterizadores do direito fundamental, consistentes no elemento subjetivo, ou seja, nos sujeitos do direito (titular e destinatário), no elemento objetivo, chamado de "âmbito de proteção" ou objeto do direito, e no elemento formal, isto é, nos limites do mesmo e de sua justificação constitucional (STEINMETZ, 2001, p. 28).

No caso de restrição de direitos fundamentais, destaca-se a proteção ao segundo elemento, ou seja, o seu âmbito de proteção, que representa o objeto assegurado por tal direito, isto é, "aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental" (MENDES, 2000, p. 211), ou ainda a extensão máxima de abrangência do direito que representa o conjunto de faculdades ou condutas invioláveis, consideradas como tal em razão de gozarem de uma proteção iusfundamental prima facie definitiva, salvo que se demonstre a possibilidade de lhe impor um limite constitucionalmente admissível (NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 36).

O âmbito de proteção de um direito fundamental está relacionado à extensão e abrangência da proteção outorgada a seus titulares, bem como à possibilidade de restrições ao mesmo, pois

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...] quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo. (MENDES, 2000, p. 212)

Assim, os direitos fundamentais, em razão de não possuírem como característica geral a condição de "absolutos", podem, dependendo da necessidade, relevância e análise do caso concreto, sofrer restrições, sem que isso signifique sua total relativização, bem como que não haja ofensa ao seu núcleo essencial, ou seja, ao núcleo inviolável sob pena de afetar a sua existência no ordenamento jurídico, haja vista que isso representaria a destruição da Constituição, que por meio do princípio da unidade impõem a harmonização dos direitos fundamentais entre si, bem como com outros bens constitucionalmente protegidos.

Entretanto, tendo em vista a sua importância, para que um direito fundamental seja limitado é necessário que exista autorização constitucional, em não existindo tal autorização, ou sendo a restrição contrária à Constituição, essa não será válida no sistema jurídico vigente.

Nesse sentido, Alexy (1997, p. 272) afirma que as restrições são normas que estabelecem privações de certas formas de exercício dos direitos, sendo que "as normas só são restrições de direitos fundamentais se são constitucionais". Assim, não sendo norma constitucionalmente legítima, sua imposição pode ter caráter de uma intervenção, mas não de uma restrição.

Com efeito, Steinmetz (2001, p. 37) afirma que "toda restrição apenas será válida se de alguma maneira for justificada constitucionalmente". Segundo Pereira (2007, p. 138), no plano hermenêutico, restrição representa toda interpretação do direito que "conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental". Razão pela qual a restrição representa a parte negativa da norma de direito fundamental, sendo o seu âmbito de proteção a parte positiva (ALEXY, 1997, p. 292).

Ainda, importante ressaltar que as restrições de direitos fundamentais não compõem apenas a esfera abstrata dos direitos, mas também podem surgir na esfera de concretização desses, ou seja, a restrição poderá ser legislativa, quando abordada em lei geral, ou poderá ser produto de interpretação judicial quando levada a efeito através do juízo ponderativo na análise do caso concreto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE LOCOMOÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SUA LIMITAÇÃO POR MEIO DO LOCKDOWN

O Lockdown, mesmo sendo visto pela maioria dos estudiosos e pesquisadores como instrumento eficiente de proteção da saúde, acaba por limitar intensamente um direito fundamental de locomoção.

Tem previsão no artigo 5º, inciso XV da Carta Magna, tendo a seguinte transcrição "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". (BRASIL, 1988)

A locomoção além de atrelar o direito de ir e vir, abrange também a circulação. Silva (2007) nos ensina que: "a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir(viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização"

Em relação a circulação, Silva (2009) aponta que "consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública afetada ao uso público".

No artigo 5º, inciso XV, é possível denotar fazendo sua leitura que tem-se a regulação do direito à locomoção, onde entende-se que tão somente em tempos de guerra a lei supramencionada poderia sofrer alguma limitação nesta liberdade.

Silva (2007) denota que em tempos de paz, não deve ser aplicado tal regulação, e caso haja restrições por meio de leis, quanto a liberdade de locomoção deveria notadamente ser considerada inconstitucional.

Por outro lado, Sarlet aduz que "como qualquer outro direito fundamental, notadamente o campo das liberdades, também a liberdade de locomoção não constitui um direito absoluto, no sentido de imune a limites e restrições". (SARLET, 2017)

Maciel (2014) seguindo na mesma linha de raciocínio, o direito de ir e vir pode ser restringível, onde nos tempos de paz, quando tiver a sua necessidade, deverá ser encurtada juridicamente. Ferreira Filho (2008) inteligentemente aponta que essa liberdade evidentemente pode terminar quando atenta ao bem comum geral de todos.

Portanto, é evidente que tal direito pode ser restringido nos tempos de paz, mas que é imprescindível que exista outro direito da esfera constitucional-fundamental que deve ser protegido. Atualmente, percebe-se que sua restrição esta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sendo utilizada para que evite a expansão maior de uma pandemia, que atualmente tem tirado a vida de milhares de pessoas.

Há um entendimento jurisprudencial do STF, que tem a seguinte afirmação "não há direito absoluto à liberdade de ir e vir", e desse modo, caso haja a sua imperiosa necessidade, é fundamental que seja utilizada esse instrumento de restrição e limitação..(BRASIL, 2008).

4. CONCLUSÃO

Observa-se que a pesquisa em questão atendeu rigorosamente seus objetivos, na qual foi possível delinear com inteligência a respeito do Lockdown e a possibilidade de limitar o direito de ir e vir. É evidente que este instrumento foi utilizado com o objetivo de fazer com que não houvesse de forma considerável, a proliferação do Coronavírus, evitando que os serviços de saúde entrassem em colapso

Em virtude de tal atitude, a pesquisa em comento focou especificamente em verificar a legalidade desses atos, onde denotou-se que é possível mesmo indo de frente com os princípios constitucionais, a sua limitação. Os juristas em sua maioria, entenderam que não há direitos fundamentais considerados "absolutos", e que alguns direitos podem sobressair-se a outros, como por exemplo, o direito à vida, a qual sem dúvidas é mais importante que o direito a locomoção.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico.* 06/04/2020. Disponível em: https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/06/2020-04-06-BE7-Boletim-Especial-do-COE-Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf. Acesso em 19/05/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 94.147, rel. min. Ellen Gracie, j. 27-5-2008, 2ª T, DJE de 13-6-2008.

_____._____. ADI 5352, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018

_____._____. ADI 6341 MC-Ref/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.4.2020. (ADI-6341)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MACIEL, Carlos Henrique. *Curso objetivo de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 SOBRE O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

LUARA FERREIRA BARBOSA AGUIAR:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

AMÁLLYA RAQUEL MARTINS LEAL [1]
(coautora)
ÉRIKA CRISTHINA NOBRE VILAR [2]
(orientadora)

RESUMO[3]: O casamento, após a evolução legislativa e jurisprudencial, tornou-se uma comunhão na qual se estabelecem direitos e deveres aos cônjuges. Por conta disso, passou a ser solúvel por meio da separação judicial e o divórcio, formas de dissolução que surgiram para o caso de descumprimento dos deveres exigidos. Procura-se analisar a situação das formas de dissolução do casamento após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 e, especialmente, verificar a permanência ou não da separação judicial na ordem jurídica atual. Ainda, com o emprego do método dedutivo, apresentou-se informações e conceitos para auxiliar a pesquisa. Acredita-se que a figura da separação judicial não foi abolida com o advento da emenda precitada, pois não há razões para suprimir o referido instituto. Ou seja, compreende-se que esse meio processual ainda é uma alternativa à disposição dos cônjuges. Nota-se que se trata de um pedido juridicamente viável. Para o alcance dos objetivos do presente ensaio, far-se-á uma abordagem doutrinária, jurisprudencial e de artigos científicos que tratam sobre o tema.

Palavras-chave: Casamento, Divórcio, Separação Judicial, Emenda Constitucional nº 66/2010

Abstract: Marriage, after legislative and jurisprudential developments, has become a communion in which rights and duties are established for spouses. As a result, it became soluble through judicial separation and divorce, forms of dissolution that arose in the event of non-compliance with the required duties. It seeks to analyze the situation of the forms of dissolution of marriage after the advent of Constitutional Amendment nº 66/2010 and, especially, to verify the permanence or not of the judicial separation in the current legal order. Still, with the use of the deductive method, information and concepts were presented to assist the research. It is believed that the figure of judicial separation was not abolished with the advent of the amended amendment, as there are no reasons to suppress the institute. In other words, it is understood that this procedural means is still an alternative available to the spouses. Note that this is a legally viable request. To achieve the objectives of this

essay, a doctrinal, jurisprudential approach and scientific articles dealing with the theme will be used.

Keyword: Marriage, Divorce, Judicial Separation, Constitutional Amendment nº 66/2010

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Casamento. 2.1 Análise histórica e definição. 2.2 O casamento no Código Civil de 1916 e 2002. 2.3 Aspecto histórico da dissolução. 3. A separação e o divórcio como meios de dissolução. 3.1 Efeitos e deveres do casamento. 3.2 Tipos de separação e seus efeitos. 3.3 Análise sobre o divórcio. 4. A separação judicial após da EC 66/2010. 4.1 Emenda Constitucional 66/2010. 4.2 Supressão do instituto da separação judicial. 4.3 Permanência da separação judicial. 5. Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

O casamento, que antes era indissolúvel e a única forma de se constituir uma família, foi flexibilizado pela figura do desquite, no qual não havia a dissolução do vínculo matrimonial, mas apenas da sociedade conjugal. Com a Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), ocorreram várias alterações. Entre elas está o surgimento de duas formas de dissolução do casamento, a separação e o divórcio. No Código Civil de 1916, homens e mulheres não eram iguais, porque a sociedade era patriarcal e conservadora. Com o Código de 2002 e a Constituição Federal de 1988, essa situação também foi alterada, passando-se a prezar pela isonomia entre homens e mulheres, em direitos e obrigações.

A separação e o divórcio como formas de dissolução surgiram para o caso de descumprimento de deveres que precisam ser cumpridos durante o casamento, pois, para a legislação novel, com ele, os cônjuges se tornam companheiros e responsáveis pelos compromissos que advém da família, quais sejam, os de fidelidade recíproca; respeito, consideração e assistência mútuos; sustento, guarda e educação dos filhos, entre outros. Enquanto a separação judicial é uma dissolução da sociedade conjugal sem a ruptura do casamento, o divórcio já extingue o vínculo matrimonial, sem poder ocorrer a reconciliação.

Com a promulgação da Emenda nº 66/2010, vigorou uma nova redação ao artigo 226, §6º da Constituição Federal de 1988. Após a alteração, é possível perceber a ausência quanto ao desfecho sobre a permanência ou não separação judicial no ordenamento jurídico, bem como sobre a extinção dos prazos anteriormente exigidos para a concessão do divórcio. Por essa razão, destacam-se duas principais correntes. A primeira propugna que a referida Emenda eliminou o instituto da

separação. Num giro oposto, a segunda sustenta, principalmente, que não há razões para considerar a supressão do referido instituto.

O intuito do estudo consiste em analisar a situação das formas de dissolução do casamento após o advento da EC nº 66/2010; verificar a permanência ou não da separação judicial na nova ordem jurídica; discutir a temática através de uma abordagem histórica, de diferentes posicionamentos doutrinários, de legisladores e aplicadores do Direito; e sintetizar sobre a evolução legislativa e jurisprudencial, até chegar à reforma constitucional.

No Capítulo I se realizará uma análise histórica acerca do casamento, sua definição e formas de se dissolver. O Capítulo II discorrerá sobre a separação judicial, o divórcio e alguns dos seus efeitos No Capítulo III, discutir-se-á sobre a situação da separação judicial após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010. Por fim, no Capítulo IV, a conclusão.

2 CASAMENTO

2.1 Análise histórica e definição

Em meados de 1889, com o advento da República, existia apenas a figura do casamento religioso. Após, sobreveio o casamento civil, em 1891, no qual era destinado a todos os cidadãos. À época, o casamento era considerado um verdadeiro sacramento, uma vez que estava ligado aos valores religiosos da igreja católica, que o considerava como indissolúvel.

Para o Código Civil de 1916, só existia uma única forma de se constituir uma família, era através do casamento, pois não existia outro modo de convívio. A supracitada característica da indissolubilidade foi flexibilizada pelo desquite, que surgiu como a única forma de romper com o matrimônio. Havia, pois, a dissolução da sociedade conjugal, mas o vínculo matrimonial, por sua vez, permanecia. Nesse caso, não se colocava fim ao casamento, somente à convivência sob o mesmo teto (DIAS, 2016).

Com o surgimento da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), o aspecto conjugal do casamento permaneceu, porém, ocorreram algumas alterações, quais sejam, a mudança da terminologia "desquite" para "separação judicial". Apesar de continuar com as mesmas características, passou a existir duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio.

Nesse seguimento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p.171) esclarecem: "Desde o advento da Lei do Divórcio, em 1977, mudou a orientação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sistema jurídico brasileiro, admitindo, como de resto o fazem todos os países democráticos atualmente, a dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio".

Nota-se que o casamento, com o surgimento da Lei do Divórcio, antes era considerado indissolúvel e passou a ser solúvel através da separação judicial e do divórcio. Nesse sentido, para dar continuidade à proteção da família, existia a imposição do curso de grandes prazos ou o reconhecimento de um culpado, pois assim ele não poderia planejar a ação para poder conseguir o fim do casamento (DIAS, 2016). Como consequência, o cônjuge que buscava o fim do casamento, tinha penalidades, como por exemplo, a perda de alimentos. No caso de a mulher ser a culpada, a perda do nome do marido.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 ampliou a definição de família, como uma convivência mais à frente do que casamento. Passou-se a proteger os vínculos entre pais e filhos; a reconhecer a chamada família monoparental e a união estável, que é um casamento não melindrado entre um homem e uma mulher. Com isso, o matrimônio deixou de ser a única e exclusiva forma de se constituir uma família.

Para o direito brasileiro, até maio de 2011, para se casar, era preciso que fossem pessoas de sexos distintos. No entanto, o Supremo Tribunal Federal modificou essa exigência ao reconhecê-la como inconstitucional devido a uma abordagem das uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo sexo.

Nesse passo, no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, o STF considerou a união homoafetiva como uma entidade familiar. Além disso, decidiu também que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher. A partir do referido julgamento, os casamentos no direito brasileiro, passaram a ser realizados, tanto através de pessoas do mesmo sexo (homossexual), bem como de pessoas de sexo diferentes (heterossexual).

Isto posto, o casamento pode ser definido como um contrato especial de direito de família, no qual os cônjuges formam uma comunhão de afeição e vivência por meio de um estabelecimento de direitos e deveres entre ambos e com relação aos filhos, com a concordância de efetivar os planejamentos da vida.

Ante o panorama histórico e a evolução legislativa e jurisprudencial do tema discutido nesta pesquisa, com o fito de complementar o conteúdo, é importante obter uma melhor compreensão sobre o atual conceito de casamento, sua abrangência e realizar uma explanação sobre as mudanças axiológicas às quais o casamento se submeteu no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.2 O casamento no Código Civil de 1916 e 2002

O Código Civil de 1916, que teve inspiração romana, impôs que a única maneira de se constituir a família era apenas através do casamento. Diante de uma sociedade totalmente patriarcal, existia a figura do *pater*, ou seja, o homem tinha totais poderes sobre os filhos e sua mulher. Por isso, a mulher, ao se casar, perdia sua autonomia e não tinha plena capacidade civil, tornando-se relativamente capaz, mas com a obrigação de adotar o sobrenome do marido.

É o que Maria Berenice Dias (2017) diz na obra "A mulher no Código Civil". Para ela, a força física do homem transformou-se em poder pessoal, em autoridade e foi outorgado a ele o comando exclusivo da família. Por isso, ao se casar, a mulher perdia sua capacidade plena. Ela passava a ser relativamente capaz, da mesma forma que índios, os prodígios e os menores. Para trabalhar, inclusive, ela precisava da autorização do marido.

Porquanto, como se tratava de uma sociedade conservadora e patriarcal, na lei, o privilégio era dado ao varão. Durante o matrimônio, o marido era o chefe da casa, sendo o representante legal e administrador dos bens dos filhos, já que era a figura do *pater*. A mulher até poderia se apresentar como representante legal, mas apenas na hipótese de falta do marido, conforme o artigo 385 do antigo Código Civil.

Além do mais, a mulher não poderia exercer qualquer profissão sem a autorização do marido. Poderia até exercer fora do lar alguma função, mas deveria constar de instrumento público ou particular previamente autenticado e tal autorização poderia ser revogada a qualquer tempo. O casamento, por sua vez, era passível de anulação se a mulher não fosse virgem e não mantivesse fidelidade ao marido. Nesse período, por esse tratamento dado à mulher, o número de dispositivos que discriminava a mulher com o passar do tempo se tornava odioso (DIAS, 2016).

Durante a vigência do Código 1916, homens e mulheres não eram iguais. A situação da mulher era regulada pelo o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962). Para o antigo Código, a família era constituída somente pelo casamento e de forma heteroparental.

Conforme Geildson de Souza Lima (2016, p. 2), "toda família era necessariamente heteroparental, pois o próprio conceito de família exigia uma relação entre um homem e uma mulher, diferentemente do que ocorre atualmente, onde a família pode ser heteroparental ou homoparental (ex: mãe solteira com filha; pai e filho)".

Não se imaginava, àquela época, a constituição de uma família entre duas pessoas do mesmo sexo. Essa possibilidade somente foi permitida no Brasil em 05 de maio de 2011, quando fora declarado pelo Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Ademais, o antigo Código (1916) previa os impedidos legalmente de se casar, como era disposto no art.183, inciso VI. Ou seja, as pessoas que haviam se casado uma vez, estavam impedidas de se casarem novamente. Através da impossibilidade de um novo casamento, existia, portanto, o chamado concubinato impuro. Como o casamento era indissolúvel, o concubinato impuro se fixava pelo caso extraconjugal do casamento. Porém, em 1988, com a nova Constituição Federal, o que era chamado de concubinato impuro, tornou-se apenas concubinato.

No mais, a celebração do casamento se dava no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houvesse de presidir ao ato. Ocorria mediante petição dos contraentes que se mostrassem habilitados com a certidão. Depois de celebrado o matrimônio, lavrava-se o assento no livro de registro. A celebração do casamento era imediatamente suspensa se algum dos cônjuges se recusasse a confirmação da sua vontade, seja pelo fato da vontade não ser livre e espontânea, seja por arrependimento (DIAS, 2016).

No Código Civil de 1916 não era permitido o divórcio direto, sendo assim, para que houvesse a separação/desquite, alguns requisitos precisariam ser cumpridos. Desse modo, o desquite só poderia ser requerido se algum dos cônjuges já estivesse casado por mais de dois anos, se manifestado perante o juiz e devidamente homologado. Contudo, o vínculo matrimonial permanecia e a separação era apenas de corpos. Dessa maneira, seguiam partilhando os bens, podendo pedir o desquite nos casos de adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (DIAS, 2016).

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, §6º, passou a dispor que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. A novidade foi a igualdade entre homens e mulheres perante a lei em seu artigo 5°, inciso I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Com a nova Constituição, o pátrio poder cessou quanto ao sustento da mulher e filhos, manutenção da casa, zelo pela moral e bons costumes, educação, entre outros, pois a responsabilidade passou a ser dos pais.

Com a inovação da CF/1988 e a reforma do Código Civil, o objetivo do casamento que até então era destinado para procriação, direcionado para pessoas de sexos distintos e que tinha como paradigma a religião cristã, passou a exigir três

pilares essenciais para que pudesse se constituir, quais sejam: amor, gratificação sexual e organização da vida (ULHÔA, 2020).

Com as mudanças desses paradigmas e das novas ideias, os homens e as mulheres passaram a ficar responsáveis pelos interesses entre o casal e pelas tarefas familiares. Foi excluída a hipótese de anulação do casamento, pelo fato da mulher não ser mais virgem, pois homens e mulheres perante a lei passaram a ser iguais.

Posto isso, ressalta-se, ainda, que para haver casamento, a pessoa precisava ser capaz, livre e desimpedida. Essas eram premissas fundamentais. A capacidade não poderia ser confundida com impedimento, pois a capacidade refere-se à idade do nubente e o impedimento, à fatores biológicos, jurídicos, entre outros. (ULHÔA, 2020).

Regulamentados pelo Novo Código, os impedimentos estão subdivididos em impedimento relativo (art. 1523, CC) e absoluto (art.1521, CC). O impedimento relativo é, por exemplo, o que existe entre pais e filhos. O absoluto é o que existe para as pessoas que já estão casadas (pois enquanto durar o casamento, não podem de forma alguma casar-se) e para os menores de 16 anos. (DIAS, 2016).

Nessa vereda, ainda existe a chamada união estável prevista no novo Código Civil. A união estável é reconhecida como uma entidade familiar contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir uma família. Sendo assim, com o reconhecimento da união estável, o conceito de concubinato, que existia no antigo Código, foi excluído. A mulher passou ter todos os direitos que possui uma mulher casada civilmente, podendo, por exemplo, concorrer com os herdeiros e os bens deixados pelo marido.

Tecidas breves noções sobre o casamento no novo e no antigo Código, é essencial trazer ao lume esclarecimentos sobre o aspecto histórico da dissolução do casamento, para que assim se possa entender o atual contexto da permanência ou não da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio.

2.3 Aspecto histórico da dissolução

O casamento era considerado como uma instituição sacralizada, pois somente era reconhecida aquela família ungida do casamento segundo a vigência do Código Civil de 1916, no qual a sociedade era vigorosamente dominada pela igreja, e por essa razão era considerada indissolúvel.

Existia uma exclusiva forma de romper o casamento, era apenas através do desquite que ocorria a dissolução da sociedade conjugal, permanecendo o vínculo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

matrimonial e a responsabilidade de auxílio recíproco entre os cônjuges, não sendo admitido a qualquer um deles constituir um novo casamento (DIAS, 2016).

Além do mais, como a única forma de se constituir uma família era através do casamento, não podendo ser desfeito, sem pedir a separação judicial ou o divórcio, os cônjuges criavam novos relacionamentos considerados ilegais, era o chamado "concubinato", pois eram dessa forma reconhecidas as uniões que não eram constituídas pelo casamento.

Dito isso, a Constituição Federal de 1988 substituiu o termo concubinato por união estável, na qual todas as entidades familiares foram reconhecidas como família, sem a obrigatoriedade de serem formadas pelo casamento. A família era considerada a base da sociedade, pois possuía total proteção do Estado. Tal proteção e resguardo de direitos também passou a ser conferido à união estável (DIAS, 2016).

Por ser o casamento considerado indissolúvel, o Senador Nelson Carneiro, por meio de uma reforma constitucional, trouxe a Lei n º 6.515/77 (Lei do divórcio) que extinguiu essa indissolubilidade e pôs fim à separação e não ao vínculo matrimonial. Como dito anteriormente, para que fosse possível se divorciar, era necessário primeiro que as pessoas se separassem.

A EC nº 9 de 28 de junho de 1977, que alterou o §1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967, estabeleceu que o casamento somente poderia ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos. Tal separação poderia ser de fato, desde que devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se fosse anterior à referida emenda. Já conforme a CF/88, art. 226, §6º, o casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio, após a prova da separação judicial por mais de um ano, nos casos previstos em lei ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Visto isso, a nova redação dada ao art. 226, § 6º, trazida pela EC 66/2010, transformou o que era previsto no Direito das Famílias, pois trouxe a dissolução do casamento sem a obrigação de prazos ou reconhecimento de um culpado. Nesta ocasião, há grande discussão sobre o divórcio ser ou não o único meio existente para a dissolução do casamento, ou se ainda permanece o instituto da separação no sistema jurídico. A seguir, passa-se a análise sobre cada uma dessas formas de dissolução.

3 A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO COMO MEIOS DE DISSOLUÇÃO

3.1 Efeitos e deveres do casamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo Tartuce (2017, p.74), "o casamento é um negócio jurídico complexo, com regras especiais na sua formação, constituindo, ainda, uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação (teoria eclética ou mista)". Visto isso, surgem em decorrência do casamento, efeitos jurídicos para ambos os cônjuges, acompanhado também de deveres para os que planejam uma comunhão plena de vida que compõe a eficácia do patrimônio.

Com o casamento, os cônjuges se tornam companheiros e responsáveis pelos compromissos que advém da família. Como efeito do casamento, tem-se o de que qualquer dos cônjuges é capaz de aderir o sobrenome do outro no seu, como está disposto no art.1.565 do Código Civil. Essa é a regra, mas essa mudança não é obrigatória, pois fica a critério do casal, vez que o nome é considerado um direito da personalidade.

Ademais, segundo o art. 1.565, §2º, do Código Civil, é de liberdade do casal decidir sobre sua organização familiar e ao Estado cabe a competência de proporcionar meios financeiros e educacionais para o desempenho desse poder, o que se aplica, também, aos casos de união homoafetiva.

Por sua vez, os deveres do casamento estão previstos no art. 1.566 do Código Civil:

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
>
> I - fidelidade recíproca;
>
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
>
> III - mútua assistência;
>
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
>
> V - respeito e consideração mútuos.

Com amparo desse artigo, primeiramente se tem como dever a fidelidade recíproca, ou seja, é dever dos cônjuges se respeitar, não cometerem coisas erradas tais como ter relações sexuais com outra pessoa, para evitar como forma de sanção, a separação judicial, como aduz o art. 1.572, *caput*, do Código Civil, artigo que suscitou grande polêmica após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010.

O segundo inciso do dispositivo mencionado demonstra expressamente o compromisso de convivência como foco na vida em comum dos cônjuges,

adentrando nas relações sexuais de ambos, importando o afeto entre eles e o amor com o propósito de conservação do matrimônio. Em terceiro momento, também é dever, a mútua assistência afetiva, econômica, moral e espiritual entre ambos os cônjuges, independente do momento que estiverem passando, como forma de um ajudar o outro, pois o casamento pressupõe a comunhão plena de vida em todos os aspectos.

Outrossim, o quarto inciso dispõe que os cônjuges devem promover o sustento e educação dos filhos, pois este é um dever do casal de manter a família. O último dever é o de respeito e consideração mútuos, pois no casamento existem alegrias e tristezas, saúde e doença. Dessa forma, os cônjuges devem estar um do lado do outro, como companheiros.

Desta feita, havendo conflito entre o casal, algum dos cônjuges será capaz de ir a juízo, no qual o juiz vai decidir conforme o motivo do casal e o interesse dos filhos. Por fim, vale ressaltar que o comando da família pode ser exercido apenas por um dos cônjuges, mas desde que o outro esteja distante ou num lugar desconhecido; preso por mais de cento e oitenta dias e em caso de doenças ou acidentes como disposto no art. 1.570 do CC/2002.

À vista do exposto, observa-se que os deveres exigidos para o casamento são pré-condições para a sua manutenção e para que não haja a necessidade de se utilizar um meio processual para a dissolução, como a separação judicial ou o divórcio. Por isso, com o intuito de contribuir ao debate, passa-se a analisar cada um desses meios, bem como os seus efeitos.

3.2 Tipos de separação e seus efeitos

Para Maria Helena Diniz (2019), na vigência do Código Civil de 1916, a separação judicial podia ser considerada como uma forma de dissolução da sociedade conjugal, sem causar ruptura sobre o casamento dos cônjuges. Desse modo, nenhum dos nubentes poderão se envolver com outras pessoas, ou seja, constituir um novo casamento, pois se os cônjuges assim fizessem, surgia o chamado concubinato.

Desta sorte, a separação judicial consiste num meio que é antecedente ao divórcio. Existem duas espécies de separação, a consensual e a litigiosa. A separação consensual está prevista no art. 1.574 do Código Civil de 2002. É aquela realizada por meio do acordo entre os cônjuges, desde que estejam casados por mais de um ano. Diante disso, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, tem-se a interpretação de que não existe mais prazo para a concessão da separação judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Deve-se levar com consideração, ainda, que a separação consensual é importante e não deve ser revogada, pois com ela existe a possibilidade dos casais se reconciliarem e dar continuidade à vida em comum. No tocante à separação litigiosa, está prevista no art. 1.572 do Código Civil. Ela ocorre por disposição de um dos nubentes, que propõe a ação de separação judicial unilateral. Ambas as separações decorrem de sentença do juiz, por esse motivo que se chama separação judicial.

Neste passo, a ação de separação judicial só será feita pelos cônjuges, por isso, é considerada personalíssima. Nos casos de incapacidade de um dos cônjuges, a ação poderá ser proposta pelo curador, ascendente ou irmão, desde que o represente. Portanto, quando se fala em "separação judicial", trata-se de uma ação proposta por um cônjuge contra o outro. Caso o réu venha a anuir ao pedido, a separação judicial se converte em separação consensual, o que, no entanto, não subtrai a demanda do âmbito judicial.

Por conseguinte, a separação judicial possui efeitos que recaem sobre os bens, filhos e a pessoa de um dos cônjuges, diversificando de acordo com o tipo de separação. Se for consensual, o próprio casal faz os devidos esclarecimentos. Se for litigiosa, será estabelecido por meio da arbitragem do juiz conforme a lei. Nesse caso, a sentença gera efeitos baseados na decisão do juiz ou a data que foi realizada a separação.

Nesse diapasão, da separação judicial em relação aos cônjuges decorrem alguns efeitos, como por exemplo: fim das obrigações mútuas do matrimônio, convivência, firmeza e apoio imaterial; evitar que o cônjuge continue usando o nome do outro, se for apresentado como culpado pela separação litigiosa; impedimento de constituição de um novo casamento, já que a separação judicial não dissolve o vínculo matrimonial e possibilidade de conversão em divórcio, sem obedecer aos requisitos exigidos da separação judicial, após a EC 66/2010.

Após elucidação da separação judicial, resta claro que, de forma consensual ou litigiosa, produz efeitos que atingem não só os cônjuges, mas também bens e filhos. Além disso, que consiste num meio que antecede o divórcio, e para melhor entendimento, faz-se necessário exposição sobre sua definição e efeitos, por isso, a seguir, passa-se a analisar sobre ele.

3.3 Análise sobre o divórcio

O divórcio se difere da separação judicial por ele ser uma forma de dissolução do casamento, extinguindo o vínculo matrimonial, não podendo ocorrer a reconciliação dos cônjuges. Atribui-se a eles a possibilidade de constituírem um novo

casamento, seja o divórcio realizado por meio de sentença do juiz ou escritura pública.

A partir da EC 66/2010, vigorou uma nova redação ao art. 226, §6º, da CF/1988. Antes dessa emenda, para se divorciar, era exigida prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Com a alteração, o dispositivo passou a prever apenas que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. Assim, por ter deixado de estabelecer os prazos anteriormente exigidos, há quem entenda que isso foi fator de facilitação do divórcio.

Sendo assim, vale salientar duas formas de divórcio, por conversão ou indireto e divórcio consensual direto ou extraordinário. O primeiro ocorre quando depois de passado um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial, ambos os cônjuges possuem capacidade para pedir a sua mudança para o divórcio. Aplica-se também nos casos de medida cautelar para a separação de corpos, conforme o art. 1.580 do CC/1916. Com a EC 66/2010, esse dispositivo supostamente foi modificado, pois ele não estabelece mais o cumprimento de prazos para a concessão do divórcio.

Por seu turno, o divórcio consensual direto ou extraordinário é realizado com base na anuência de ambos os cônjuges, sendo que somente era possível se os cônjuges estivessem separados a mais de dois anos, o que atualmente merece destaque, pois a Emenda Constitucional 66/2010 suprimiu os prazos que eram exigidos anteriormente.

Como efeito, segundo Maria Helena Diniz (2019, p. 394), "a sentença do divórcio, que homologa ou decreta, possui eficácia *ex nunc*, não atingindo ou suprimindo os efeitos produzidos pelo casamento antes de seu pronunciamento". Depreende-se que, com a sentença do divórcio, sobrevém a dissolução da sociedade conjugal, o que acaba com os efeitos civis do casamento, coloca desfecho nos deveres de ambos os cônjuges, elimina o regime de bens e acaba com o poder sucessório de ambos.

Vale ressaltar que, como efeito fundamental, tem-se a possibilidade de os cônjuges constituírem um novo casamento, pois o divórcio não admite reconciliação. Com isso, se os cônjuges decidirem reatá-lo, é preciso que seja realizado um novo casamento, o que pode ser realizado a qualquer tempo.

Em face do exposto, diferentemente do que ocorreu quando da promulgação do Texto Constitucional de 1988, a legislação infraconstitucional não foi expressamente modificada, o que fez surgir muitos questionamentos acerca do real

significado da alteração promovida pela Emenda nº 66/2010, conforme será explanado no capítulo que segue.

4 A SEPARAÇÃO JUDICIAL APÓS A EC 66/2010

4.1 Emenda Constitucional nº 66/2010

Após uma análise sobre casamento, dissolução do casamento, separação judicial e divórcio, passa-se à discussão do objeto da presente pesquisa, qual seja, a situação da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010. Por isso, faz-se imprescindível breves esclarecimentos sobre os antecedentes históricos que determinaram o seu surgimento, objetivos e consequências.

É certo que a Emenda 66/2010 proporcionou uma verdadeira revolução na disciplina do divórcio no Direito brasileiro. Trata-se de uma proposição do IBDFAM[4] e foi de iniciativa do deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05). Após, foi exposta pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07).

Como justificativa para a propositura da aludida PEC, foi alegado que se tratava de um desejo da sociedade brasileira, com o argumento de que duas ações distintas provocavam despesas para o casal e sofrimentos evitáveis, como o de ter que aguardar o lapso temporal exigido antes da promulgação do referido texto. Ainda, que a alteração serviria para evitar que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias fossem reveladas e levadas a espaço público. Vejamos:

> No mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre a dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com os valores da sociedade e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação[5].

À vista disso, após regular trâmite perante a Câmara dos Deputados, a redação final, aprovada após discussão em segundo turno e ratificada pelo Senado Federal, trouxe uma nova redação ao art.226, §6º da Constituição Federal, que determinou pura e simplesmente: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Com a nova redação, alguns autores defendem que a mencionada emenda teve como objetivo a atuação do divórcio imediato, pois ao ser promulgada, retirou os prazos que existia anteriormente e a culpa de quem deu iniciativa à dissolução, o que tornaria um direito potestativo do cônjuge.

Desse modo, pela leitura da nova redação do dispositivo supracitado, é possível perceber a ausência quanto ao desfecho ou a subsistência da separação judicial, bem como sobre a extinção dos prazos para a concessão do divórcio anteriormente exigidos, pois o previsto antes era que o casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Hoje, nota-se que não está esclarecido se realmente houve a revogação do instituto da separação judicial, já que mesmo com a superveniência da EC 66/2010, ela continuou prevista no atual Código Civil e mesmo com o advento do Novo CPC, em 2015, o instituto permaneceu regulamentado nos artigos 693 a 699 (ações de família); 731 a 734 (ações consensuais de divórcio e separação); e artigo 733 (possibilidade de separação judicial por escritura pública). Por essa razão, a respeito da sua suposta revogação tácita ou expressa, surgiram diversas discussões doutrinárias, que serão abordadas no próximo tópico.

4.2 Supressão do instituto da separação judicial

Além de entender a Emenda sobre a qual cinge-se a pesquisa, faz-se imprescindível trazer à discussão os argumentos e divergências sobre o tema. Dentre eles, salienta-se que o divórcio direto tem natureza de direito potestativo; ao lado, tem-se a separação como um direito incondicionado, e a não revogação da legislação infraconstitucional. Devido à variedade de pontos de vista, a depender do viés hermenêutico adotado, o comportamento do magistrado será diferente. Daí se extrai a importância de se compreender as diferentes implicações práticas decorrentes de cada uma das concepções suscitadas pela doutrina nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo Daniele de Souza Silva (*et al*, 2016), ao ser retirado o instituto "separação judicial" pelo novo dispositivo, deduz-se que, caso o casal queira dissolver o vínculo conjugal, poderá de imediato entrar com o pedido de divórcio, sem a necessidade de preencher as exigências do processo de separação. Desse modo, devido à nova norma constitucional de eficácia plena, isso se tornou possível.

Nessa senda, é possível deduzir que a evolução legislativa ocorreu para que houvesse a interferência mínima do Estado na autonomia privada, na intimidade e na liberdade individuais. Assim, entende-se que a manutenção da separação equivaleria a transformar a emenda constitucional em letra morta.

Conforme a mesma autora, em comparação, antes da EC 66/2010, o legislador agia de forma impeditiva, no que tange à dissolução do vínculo conjugal. Era permitida, apenas, a separação mediante motivos elencados na lei de forma expressa, a qual poderia imputar outro cônjuge. Entre os motivos pré-estabelecidos, está a separação com causa culposa, tendo como reflexo a perda da própria identidade.

Em contrapartida, após a EC 66/2010, percebe-se que o legislador passou a priorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que atende o direito à liberdade e que os motivos elencados na lei somente seriam reflexos do fim do amor. Dessa forma, resulta-se no esgotamento do vínculo de afetividade e leva um dos cônjuges à violação dos deveres do casamento. Logo, com o advento da EC, há a interferência do Estado na vida dos cônjuges em causa da separação.

Para esse segmento da doutrina, a alteração teve como justificativa a vontade da sociedade em ter o divórcio como a única forma de dissolução do vínculo matrimonial. Além disso, que o divórcio é mais vantajoso do ponto de vista jurídico, psicológico e econômico, pois seria uma forma de evitar a submissão dos cônjuges a dois processos judiciais.

É, pois a mesma percepção de Rolf Madaleno (2018, p. 178). Ao dispor sobre partilha de bens, leciona: "Embora tal proibição não atingisse o divórcio direto, travava e impedia o antigo divórcio por conversão, que nem existe mais depois da Emenda Constitucional 66/2010". Ou seja, seu entendimento pela não subsistência da separação judicial após a referida emenda, é no sentido de que não há mais a possibilidade de converter a separação judicial em divórcio, até mesmo porque, para ele, o referido instituto não existe mais.

Maria Berenice Dias (2016) segue o mesmo raciocínio, quando assevera:

> Felizmente - e em boa hora - a Emenda Constitucional 66/10 derrogou quase todo o capítulo do Código Civil que trata da

> dissolução do casamento e do vínculo conjugal (arts. 1.571 a 1.582). Todos os tribunais admitem exclusivamente a dissolução do vínculo conjugal por meio do divórcio. Não há mais prazos nem perquirição de culpas para qualquer dos cônjuges, a qualquer tempo, buscar o divórcio.

Salienta-se, ainda, que a referida emenda, seja na esfera extrajudicial ou judicial, nada alterou em questões de natureza procedimental. Com a reforma, o que teria ocorrido seria a eliminação da separação, que segundo a autora, não pode mais ser levada a efeito nem extrajudicialmente. Por essa razão, se um procedimento administrativo se encontrasse em elaboração quando da modificação do texto constitucional e se os cônjuges não concordam com o divórcio, o tabelião não pode lavrar a escritura de separação.

Considera que foi a Emenda Constitucional 66 que realmente eliminou o instituto da separação e consagrou o divórcio como a única forma de acabar com o matrimônio. Após a promulgação da emenda, passa-se a não existir mais necessidade de identificar causas e nem prazos para dissolver-se o vínculo matrimonial.

Nesse mesmo sentido, destaca-se a doutrina de Pablo Stolze, Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 645), abaixo colacionado:

> Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto no ordenamento brasileiro, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante (entendimento que abraçamos, do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos).

Diante disso, as razões que justificam a extinção seriam por conta de uma revogação tácita ou pela inconstitucionalidade superveniente advinda da nova redação dada ao art. 226, §6º da CF, fenômeno pelo qual, uma lei que é constitucional ao tempo de sua edição, deixa de ser, em virtude de uma modificação no parâmetro constitucional, o que faz torná-la incompatível com a Constituição vigente.

Nesse âmbito, ainda há certa resistência em aceitar que a separação judicial foi revogada tacitamente do ordenamento jurídico nacional. Conforme a análise dos entendimentos acima aduzidos e pela interpretação da norma constitucionalizada, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

linha de pensamento é que não existiria lógica na manutenção da separação judicial, pois o legislador teria banido da Carta Magna a sua única referência.

A despeito dessa discussão, há quem defenda, diametralmente, o oposto, isto é, que a separação judicial pode ser exercida a qualquer tempo pelos cônjuges e por isso, não seria de titularidade do Estado retirar o direito dos casais de se separarem, primando pela manutenção do instituto da separação. É o que se buscará abordar, a seguir.

4.3 Permanência da separação judicial

Num giro oposto, a segunda corrente sustenta, principalmente, que quando se vive numa sociedade pluralista, não há razões para suprimir o referido instituto, o que ocorreu foi ele ter deixado de ser um procedimento obrigatório e antecedente ao divórcio. Ou seja, a separação ainda é uma alternativa à disposição dos cônjuges. Acredita-se que essa figura não foi abolida com o advento da EC 66/2010.

Segundo Ana Caroline Trabuco e Emanuela Pompa Lapa (2016), sob esse ponto de vista, a separação pode ser utilizada como instrumento facultativo quando o desejo dos cônjuges não seja a extinção do casamento, mas apenas a dissolução da sociedade conjugal. É de se ver que facilitar o divórcio seria banalizar o casamento e por consequência, fragilizar a família.

Desse modo, a manutenção da separação seria uma maneira de oportunizar aos cônjuges um prazo para maior reflexão e amadurecimento, com a finalidade de decidirem se realmente querem dissolver a união e, no caso de se arrependerem, ser facultado o reestabelecimento da sociedade conjugal.

Consoante Isabele Soares de Castro (2012), aqueles que prezam pela permanência da separação judicial no ordenamento jurídico indagam que a norma constitucional se manteve silente, pois nada expôs sobre sua extinção. Além disso, ainda há a polêmica acerca dos conflitos conjugais, os quais deverão ser resolvidos açodadamente pelo divórcio, que não admite a reconciliação do casal, ou se manter em separação de fato até decidirem se devem ou não pôr fim definitivo ao casamento, passado o estresse momentâneo.

Ainda sobre esse argumento, Rebecca Braz Vieria Melo (2018, p. 5) mensura:

> Com efeito, aqueles que perfilham a tese da mera desconstitucionalização da matéria argumentam que a ausência de estipulação constitucional não poderia significar a revogação dos requisitos, visto que a previsão genérica do divórcio não teria o condão de vedar a atuação (anterior ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> posterior) do legislador ordinário, mormente em razão da temática não se revelar materialmente constitucional.

Então, o silêncio da Lei Maior quanto aos requisitos antes exigidos, não significa a derrogação do instituto da separação e sim uma ampliação da atuação do legislador infraconstitucional, tendo em vista que o divórcio traz um conceito geral. Por isso, a atuação ampla do legislador seria possível, proporcionalmente à realidade política e às conformações sociais. Isto posto, o que ocorreu foi que a retirada dos parâmetros constitucionais implicou na desconstitucionalização. Nesse caso, seria a perda da hierarquia constitucional para a matéria ser regulada num plano infraconstitucional.

A discussão intensa sobre o alcance da reforma promovida pelo constituinte derivado não é apenas doutrinária, mas também jurisprudencial. A respeito do tema, restou decidido pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relatora Isabel Gallotti, que a única alteração ocorrida com a EC 66/2010 foi a supressão do sistema bifásico e do requisito temporal para que o casamento possa ser dissolvido pelo divórcio.

O posicionamento foi proferido devido a um recurso especial interposto por um casal que buscava a homologação pelo juízo das condições pactuadas, em ação de separação. Entre as condições, estavam a regulação de visitas ao filho, o recebimento de pensão, a alteração de sobrenome e a partilha de bens.

Primeiro o juízo de primeiro grau concedeu prazo de dez dias para adequação do pedido. Ato contínuo, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ao julgar agravo interno em agravo de instrumento, manteve decisão singular e determinou a emenda de ação de separação judicial para que dessa forma o pedido formulado fosse adequado, diante da suposta extinção da separação judicial com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Entrementes, o posicionamento do STJ no julgado do REsp. 1.247.098[6] foi sedimentado nos seguintes termos:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA.
>
> 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos.
>
> 2. A Emenda Constitucional n° 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.
>
> 3. Recurso especial provido.
>
> (STJ - REsp: 1247098 MS 2011/0074787-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 14/03/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação DJe: 16/05/2017)

Como se vê, de forma semelhante ao que ocorre em relação ao divórcio, a separação judicial não depende mais de um determinado tempo desde a data que tenha cessado a vida em comum ou desde as faltas matrimoniais do um dos cônjuges. Os diversos tipos de separação, cada qual vinculado ao preenchimento de certo requisito de índole subjetiva, fática ou temporal, foram substituídos por uma única forma de postulação, e ainda com caráter potestativo. Em outras palavras, não é preciso mais a comprovar qualquer condição.

Nessa esteira, evidencia-se o que se extrai do voto precitado:

> (...) Percebe-se, assim, que os critérios cronológico e hierárquico são insuficientes para sanar a antinomia aparente suscitada e dirimir da melhor forma a questão, devendo a especialidade orientar a interpretação dos operadores do direito para solução do caso, tendo em vista a mencionada distinção entre os institutos do divórcio e da separação, com suas respectivas repercussões jurídicas nas esferas privadas e pessoais dos cônjuges.
>
> O que foi feito, repise-se, foi a supressão de qualquer requisito referente à separação prévia para requerer o divórcio, e não a supressão do instituto em si. Não há conflito, portanto, entre o disposto na Constituição Federal e o prescrito na legislação infraconstitucional.

Dessarte, a Excelentíssima Senhora Ministra Maria Isabel Gallotti, na condição de relatora, ao analisar a matéria à luz dos critérios de solução de antinomia, em especial sob o prisma da especialidade, concluiu que os institutos do divórcio e da separação não se confundem, pois cada um produz efeitos próprios, no âmbito da vida pessoal e privada dos cônjuges. Partindo desse pressuposto, não existiria incompatibilidade entre o texto constitucional após a reforma e a regulamentação infraconstitucional. Em síntese, é preciso reconhecer a viabilidade de se promover a ação de separação judicial.

Tal entendimento é reforçado pelo fato do Código de Processo Civil de 2015 mencionar sobre a separação judicial no Título III, referente aos procedimentos especiais, ao disciplinar as ações de família em seu Capítulo X, como também na Seção IV, do Capítulo XV, quando regulamenta os procedimentos de jurisdição voluntária.

Nessa seara, a supressão dos requisitos antes exigidos para o divórcio não afasta necessariamente a existência de um procedimento judicial ou extrajudicial de separação conjugal, pois é possível considerar que a partir da promulgação da Emenda, aderir à essa forma de dissolução passou a ser opcional. Essa orientação é confirmada pela intelecção de diversos Enunciados da V Jornada de Direito Civil ao tratar sobre a matéria, cuja redação segue abaixo:

> Enunciado 514: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial
>
> Enunciado 515: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.
>
> Enunciado 516: Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.
>
> Enunciado 517: A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.[7]

Acrescenta-se, ainda, sobre o Recurso Extraordinário nº 1167478, que tem esse tema por objeto e está pautado no Supremo Tribunal Federal para apreciação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

constitucionalidade da matéria. Será analisado se após a Emenda Constitucional 66/2010, a separação judicial continua sendo requisito para o divórcio e se ela se mantém como instituto autônomo no ordenamento jurídico.

O aludido recurso foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual a EC 66/2010 afastou a exigência prévia da separação judicial ou de fato, com o argumento de que com a mudança na Constituição, se um dos cônjuges manifestar a vontade de romper o vínculo conjugal, o outro nada pode fazer para impedir o divórcio.

No Supremo, um dos cônjuges alegou que a CF/88 (artigo 226, §6º) apenas tratou do divórcio, mas seu exercício foi regulamentado pelo Código Civil. Ele sustentou que seria equivocado entender pela aplicabilidade imediata do artigo 226, §6º, sem a edição ou observância de qualquer outra norma infraconstitucional. Em contrarrazões, foi alegada a inexigibilidade da separação judicial após a alteração constitucional.

Nesse trâmite, o relator ministro Luiz Fux se manifestou pela existência de repercussão geral devido ao surgimento de várias interpretações doutrinárias e posicionamentos conflitantes no Poder Judiciário após a alteração do texto constitucional. O relator, em sua manifestação, citou decisões jurisprudenciais de diferentes tribunais do país. Entre elas, precedentes que declaram a insubsistência da separação judicial, e a do STJ, que assenta a coexistência dos dois institutos de forma autônoma e independente.

Nesse ínterim, é possível constatar que não há razão para ser acatado o argumento de que só existe o divórcio como a única via para a dissolução do casamento e de que o art. 226, §6º da CF tem aplicabilidade imediata sem a observância na legislação infraconstitucional. A Suprema Corte deve, pois, manifestar-se em consonância com supramencionada decisão do STJ, que entendeu o divórcio e a separação como institutos que não se confundem e que apesar da EC 66/2010 ter retirado os requisitos antes exigidos, ela não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. Dessa maneira, ainda podem ser observados.

Portanto, por intermédio do exame das exposições doutrinárias e jurisprudenciais, identifica-se que há uma tendência para o reconhecimento de que a separação judicial é um pedido juridicamente viável. Acepção essa que foi ratificada, consoante o exposto: pela Quarta Turma do STJ, devido ao julgamento do REsp 1.247.098-MS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti; pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.102/2015); pelos Enunciados nº 514, 515, 516 e 517 da V Jornada de

Direito Civil do Conselho da Justiça Federal; e pode ser confirmada pelo STF ao julgar o RE nº 1167478.

5 CONCLUSÃO

O intuito do estudo consistiu em analisar a situação das formas de dissolução do casamento após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, especialmente para verificar a permanência ou não da separação judicial na nova ordem jurídica, instaurada com a exclusão dos requisitos antes exigidos para a concessão do divórcio.

No cumprimento de tal intento, realizou-se uma discussão através de diferentes posicionamentos de doutrinadores, legisladores e aplicadores do Direito. Realizou-se uma abordagem histórica sobre o casamento, suas formas de dissolução e sobre a EC 66/2010. Além disso, um apanhado geral sobre a evolução jurisprudencial acerca da temática, até chegar à reforma constitucional.

Conforme se procurou demonstrar, conclui-se que os intensos debates travados sempre gravitavam acerca da legitimidade da intervenção estatal na desconstituição dos laços familiares que antes eram firmados única e exclusivamente pelo matrimônio. Nesse contexto, devido a fortes pressões sócio - jurídicas, despontou-se a emenda constitucional em comento.

Nesse estudo, destacou-se duas principais correntes. A primeira defende que a Emenda Constitucional 66/2010 eliminou o instituto da separação e consagrou o divórcio como a única forma de acabar com o matrimônio. Contrária a isso, a segunda corrente sustenta que não há razões para considerar a supressão do referido instituto, ou seja, que a separação judicial ainda é uma alternativa à disposição dos cônjuges.

Sob os critérios da antinomia, divórcio e separação não se confundem, pois cada um produz efeitos próprios. Por isso, verifica-se que não existe incompatibilidade entre o texto constitucional após a reforma e a regulamentação infraconstitucional. Assim, acredita-se que há uma tendência para o reconhecimento de que a separação judicial ainda é um pedido juridicamente possível aos cônjuges.

Portanto, pelos argumentos aduzidos por cada uma das vertentes apresentadas, depreende-se que as discussões aventadas na V Jornada de Direito Civil; a regulamentação do CPC/15 e a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 2017 indicam a consolidação do entendimento de que a separação judicial, com a Emenda Constitucional nº 66/2010 ainda existe e é passível de ser exercido de modo incondicionado pelos interessados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BISCAIS, Antonio Carlos. Legislação Informatizada - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 2010 - Exposição de Motivos. **Diário da Câmara dos Deputados**, 2005. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2010/emendaconstitucional-66-13-julho-2010-607267-exposicaodemotivos-149254-pl.html. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar.2020.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. **Diário Oficial da União,** 13 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. **Diário Oficial da União**, 29 jun. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

_____. **Lei N º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial no 1247098/ MS (2011/0074787-0)**. Recurso Especial. Direito Civil. Família. Emenda Constitucional n° 66/10. Divórcio Direto. Separação Judicial. Subsistência. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, data do julgamento: 14 de março de 2017, data de publicação: 16 de maio de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos. Acesso: em 24 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 DISTRITO FEDERAL**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Ayres Britto, Data de julgamento: 05 maio 2011, Data de publicação: 14 out. 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false. Acesso em: Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 RIO DE JANEIRO**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Ayres Britto. Data de julgamento: 05 maio 2011, Data de publicação: 14 out. 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false. Acesso em: Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1167478 RG/ RJ**. Recurso Extraordinário. Direito Civil. Divórcio. Exigência De Prévia Separação Judicial. Necessidade. Artigo 1.580 Do Código Civil. Artigo 226, § 6º, Da Constituição Da República. Superveniência Da Emenda Constitucional 66/2010. Manifestação Pela Existência De Repercussão Geral. Relator: Ministro Luiz Fux, Data de julgamento: 06 jun. 2019, Data de publicação: 21 jun. 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral10642/false. Acesso em: 04 out. 2020.

CASTRO, Isabele Soares de. **Da Emenda Constitucional n. 66/2010 e a polêmica quanto à permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito de Valença) – Centro de Ensino Superior de Valença da Fundação Educacional Dom André Arcoverde, Rio de Janeiro, 2012. Acesso em: 30 mar. 2020.

CJF. Enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 514**. Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej. Acesso em: 25 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____. Enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 515** Art. 1.574, caput: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. Enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 516**. Art. 1.574, parágrafo único: Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. Enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 517**. Art. 1.580: A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej. Acesso em: 25 set. 2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil:** família, sucessões. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book (220 p.). ISBN 978-65-5065-075-9. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/76283852/curso-de-direito-civil-v-fabio-ulhoa-2020pdf. Acesso em: 30 mar.2020.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. **Revista do Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis, Santa Catarina, 2008. Disponível em: http://www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. **Manual de Direitos das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. E-book (1275 p.). ISBN 978-85-203-6711-7. Disponível em: https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1527-Manual-de-Direito-das-Famlias-Maria-Berenice-Dias-11-ed-2016.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: Direito de família, 33 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Famílias. 9.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 171.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil,** volume 6: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 645.

LIMA, Geildson de Souza. A evolução no conceito de família: a família como instrumento na busca da felicidade. **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2016. p. 2. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade. Acesso em: 28 set 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 178.

MELO, Rebecca Braz Vieira de. Reflexões sobre a separação judicial na ordem jurídica vigente. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2018. p. 5. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51368/reflexoes-sobre-a-separacao-judicial na-ordem-juridica-vigente. Acesso em: 25 set. 2020.

SILVA, Daniele de Souza; (*et tal*). A utilidade jurídica da manutenção da existência do instituto da separação. **Pesquisa e Ação,** São Paulo, ISSN 2317-3793, 2016. Disponível em: https://revistas.brazcubas.br/index.php/pesquisa/article/view/534. Acesso em 23. mar. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, volume 5: Direito de Família. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.74

TRABUCO, Ana Caroline; LAPA, Emanuela Pompa.; (coord.). Análise sistêmica da separação e do divórcio após a emenda constitucional 66/2010. **Revista de Direito de Família e das Sucessões,** Santa Catarina**,** v. 10, ano 3, out./dez. 2016. Disponível em: http://adfas.org.br/2017/05/12/edicao-10/. Acesso em: 04 out. 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. *E-mail*: amallyaleal@hotmail.com

[2] Orientadora, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA, formada pela Universidade Federal do Piauí -UFPI. *E-mail*: erikavillar@hotmail.com

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 14 de novembro de 2020.

[4] IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

[5] https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2010/emendaconstitucional-66-13-julho-2010-607267-exposicaodemotivos-149254-pl.html. Acesso em: 22 de setembro de 2020

[6] REsp: 1247098, MS 2011/0074787-0, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j - 14/03/2017; disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos. Acesso em: 24 set. 2020.

[7] Enunciados da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej. Acesso em: 25 set. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A SEGURANÇA PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

JOSE NUNES DE OLIVEIRA NETTO:
Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Católica do Tocantins (UniCatólica).

WELLINGTON GOMES MIRANDA[1]

(orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo compreender as implicações jurídicas em relação a Segurança Pública e a Responsabilidade Civil do Estado com fundamentos baseados no ordenamento jurídico que estão determinados em lei específicas que tratam do assunto. O agente administrativo representa o órgão da pessoa jurídica da qual é funcionário. Destarte, recai a responsabilidade Civil, sobre o Estado, obrigando este a responder pelos atos daqueles em relação aos danos causados por seus funcionários. Desta forma o Estado frente às necessidades da sociedade em relação à segurança pública tem o dever de eleger prioridades para que possa implementar uma política pública eficaz, quanto aos danos causados em relação a terceiros. Neste sentido a relevância do tema escolhido foi de suma importância para a vida acadêmica, onde pode - se notar corriqueiramente que este assunto está cada vez mais em evidência e este tipo de crime cresce consideravelmente com o passar de cada ano em relação aos danos causados por funcionários e neste sentido o estudo deste tema corrobora no sentido de proporcionar trocas de experiências que são enriquecedoras nas práticas acadêmicas como um processo de aprendizagem. Há necessidade que a nossa sociedade esteja preparada de forma a teórica e também na prática para lidar com este tipo de situações e com os problemas causados, por isso através de pesquisas percebe se a carência de leis e estudos científicos direcionados a essa temática.

Palavras - Chave: Segurança pública, Responsabilidade Civil, Estado.

ABSTRACT: This work aims to understand the legal implications in relation to Public Security and the State's Civil Liability based on the legal system that are determined in specific laws that deal with the subject. The administrative agent represents the body of the legal entity of which he is an employee. Thus, civil liability rests with the State, forcing it to be responsible for their actions in relation to the damage caused by its employees. In this way, the State facing the needs of society in relation to public security has the duty to choose priorities so that it can implement an effective public policy, regarding the damage caused in relation to third parties. In this sense, the relevance of the chosen theme was of paramount importance for academic life, where

it can be noticed that this subject is increasingly in evidence and this type of crime grows considerably with the passing of each year in relation to the damage caused by In this sense, the study of this theme supports the exchange of experiences that are enriching in academic practices as a learning process. There is a need for our society to be prepared in a theoretical way and also in practice to deal with this type of situations and the problems caused, so through research it realizes if the lack of laws and scientific studies directed to this theme.

Keyword: Public security, Civil Liability, State.

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade Civil do Estado. 1.1 Conceito e Fundamentação. 2 Elementos da Responsabilidade Civil. 2.1. O ato. 2.2. O Dano. 2.3. O Nexo Causal na Responsabilidade Civil. 3. Responsabilidade Civil do Estado: Fundamentos e o Dever de Reparação. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A segurança pública é um serviço tanto essencial quanto indispensável, ou seja um processo contínuo que deve permitir tanto o usufruto de direitos quanto o cumprimento de deveres desta forma o processo de segurança pública constitui inicialmente pela prevenção e tem o seu fim quando o dano é reparado.

O Serviço público é o bem da administração pública que podemos identificar como sendo um conjunto de atividades e serviços que estão relacionados diretamente à administração do Estado que tem sempre a coletividade disposta, desta forma todos os cidadãos podem usufruir de forma individual de seus direitos e também colaboram efetivamente com a coletivamente em relação dos seus deveres.

São vários os atos ou procedimentos administrativos aplicados à gestão da segurança pública, no entanto os princípios que merecem destaque: São os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público, da moralidade administrativa e da co-responsabilidade, esse último está disposto no Artigo 144 da Constituição Federal.

Conforme está disposto na Carta Maior no artigo 144, que corrobora ser a segurança pública como um dever do Estado, onde enfatiza que a ordem pública e a integridade das pessoas devem ser garantida e preservada. Esses direitos são tidos na constituição como garantia fundamental, assegurado aos cidadãos brasileiros, tratando-se de cláusula pétrea (que não pode ser modificada) na forma dos artigos 5º, caput e 60, § 4º, IV, ambos do Vigente Texto Constitucional de 1988. (BRASIL, 1988).

O trabalho aqui exposto se divide em quatro partes. Na primeira parte trata se da introdução onde a temática do trabalho será abordada de forma ampla sobre a justificativa e relevância do tema abordado, seja, a problemática a hipótese e sobre os objetivos. Já na segunda parte faremos uma explanação detalhada sobre a fundamentação teórica que trata especificamente sobre a Responsabilidade Civil do Estado, Conceito e Fundamentação, Elementos da Responsabilidade Civil, O ato, O Dano, O Nexo Causal na Responsabilidade Civil, Responsabilidade Civil do Estado: Fundamentos e o Dever de Reparação.

Para designo de estudo, foram utilizadas pesquisas, descritivas, bibliográficas a respeito do tema nas bases de dados acadêmicas também em pesquisas jurisprudenciais em análise de legislações inerentes em revistas dos tribunais em legislações e sites relacionados ao tema proposto.

Com este intuito, a presente pesquisa entende que a Segurança Pública é de fato e de Direito uma Responsabilidade que está atribuída ao Estado, neste sentido configura se o estado como sendo o responsável pelos atos que ora são praticados por agentes que o representam, quando o estado se omite, este poderá ser responsabilizado civilmente.

A análise dos dados será realizada por meio da abordagem qualitativa. A pesquisa qualitativa considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito, a base do processo é a interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados a eles.

Com este intuito, a presente pesquisa será analisada com base na nos textos da Constituição Federal com o intuito de compreender a responsabilidade do Estado Civilmente quando seus servidores forem omissos no exercício da função à luz da segurança pública.

A Segurança Pública é de fato e de Direito Responsabilidade Civil do Estado, como disposto no vigente texto Constitucional de 1988, que configura o estado como sendo o responsável pelos atos que são praticados por agentes que fazem parte do quadro de funcionários, quando o estado de omite, este poderá ser responsabilizado civilmente.

1.RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1.1 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A responsabilidade civil do Estado, ou da Administração Pública, é a obrigação que o mesmo tem de reparar os danos causados a terceiros em detrimento de comportamento atribuível aos seus agentes ou seja em face de um prejuízo causado a terceiros.

É o que leciona Di Pietro (2007, p. 386) com relação à responsabilidade civil do Estado, quando diz que,

> "Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais".

O instituto da responsabilidade civil como um direito está resguardado pela nossa Carta Magna, quando ressalta que, segurança pública é considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinada à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (artigo 144 República Federativa do Brasil/88), que implicam num meio de garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos e garantias fundamentais do cidadão (BRASIL, 1988).

Ademais, Alexandrino e Paulo corroboram em relação ao tema:

> No âmbito do Direito Público, temos que a responsabilidade civil da Administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais, e com tal reparação se exaure. Não se confunde a responsabilidade civil com as responsabilidades administrativa e penal, sendo essas três esferas de responsabilização, em regra, independentes entre si, podendo as sanções correspondentes ser aplicadas separada ou cumulativamente conforme as circunstâncias de cada caso. A responsabilidade penal resulta da prática de crimes ou contravenções tipificados em lei prévia ao ato ou conduta. Já a responsabilidade administrativa decorre de infração, pelos agentes da Administração Pública – ou por particulares que

> com ela possuam vinculação jurídica específica, sujeitos, portanto, ao poder disciplinar –, das leis e regulamentos administrativos que regem seus atos e condutas (ALEXANDRINO, PAULO, 2010, p. 722).

Em pormenores, pode se dizer que o instituto da responsabilidade civil do estado consiste na reparação dos danos injustos causados pela falta de segurança pública, é sem dúvidas um dever que está vinculado ao estado e o mesmo deve resguardar esse direito em relação a segurança pública, e tem como objetivo recompor o que fora violado.

A esse respeito, Gagliano e Pamplona (2006, p. 197) afirmam que:

> "Uma tormentosa questão se refere não à ação regressiva do Estado em relação ao agente material do dano, uma vez que essas e encontra consagrada expressamente no texto constitucional, mas, sim, em relação à possibilidade de ajuizamento direto da ação contra o agente público e não contra o Estado". (GAGLIANO E PAMPLONA, 2006, P. 197).

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para que no mínimo seja preservada a ordem pública a incolumidade das pessoas e do patrimônio, é o que diz o art. 144 da Constituição Federal, haja vista que "o direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo". (GRACIE, 2011).

O conceito mais adequado para segurança pública disposto acima é o que está disposto no artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificado abaixo.

Artigo 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V- polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A responsabilidade civil vem disciplinada no Livro I da Parte Especial do Código Civil, que trata das obrigações. O regramento está no Título IX, Capítulo I e II – "Da obrigação de indenizar" e "Da indenização", respectivamente.

Conforme cita Mello, sobre a responsabilidade civil do estado é que:

> "A responsabilidade civil do Estado está ligada a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos a esfera juridicamente garantidade outrem e que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, 2008. P. 977).

De forma geral, a Responsabilidade Civil do Estado é denominada como a responsabilidade que a esfera estatal assume pelos danos que os agentes possam vir a causar a terceiros, que para a justiça brasileira é conhecida como responsabilidade civil objetiva.

2. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para ser configurada a responsabilidade civil tanto na esfera estatal quanto à disposta no Código Civil, alguns elementos serão essenciais, tendo em vista as suas particularidades, são eles, a conduta (ação ou omissão), o dano e o nexo causal (elo entre o ato e o dano gerado).

É neste sentido que Cavalieri Filho (2010, p. 24) ensina que a conduta é "o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas".

Com essa afirmativa fica claro que o homem de forma tanto direta quanto indireta por meio das pessoas jurídicas que o constitui, é que poderá ser civilmente responsabilizado. O que configura a conduta humana sendo um pressuposto indispensável e essencial e sem a mesma não pode haver a responsabilidade civil.

O eminente jurista Filho conceitua dano como:

> "Conceitua-se, então o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> conhecida divisão do dano em patrimonial e moral." (FILHO, 2010, p.7).

É importante ressaltar que a responsabilidade civil do particular é tratada no artigo 927 do Código Civil, que dita que "aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Nos dizeres de Diniz (2005, p. 43):

> "A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntario e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado".

Percebe se também o dolo como "vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração consciente do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem" (CAVALIERI FILHO, 2010 p. 32).

Nos dizeres de Venosa, acerca do dano moral e de suas muitas facetas e aferição que são trazidas pelo poder judiciário:

> "Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bônus pater famílias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em casa caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal".(VENOSA, 2013, p. 47).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sobre o nexo causal, podemos concluir que o mesmo, é uma ponte entre a, relação da causa e efeito, seja a conduta (ação ou omissão) e o resultado (dano/prejuízo), para que seja de fato efetivado é necessário que o agente tenha agido de forma contrária ao Direito, mesmo que seja outro a sofrer algum dano. Ou seja é necessário uma relação – causa e efeito – entre o dano sofrido e a conduta do infrator, como cita Cavalieri Filho:

> "Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeitos. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele". (FILHO (2012. p. 46).

Observa-se que é de suma importância a responsabilidade civil tanto na esfera estatal quanto à disposta no Código Civil, a atuação do Poder Judiciário com as devidas intervenções, que quando provocada seja para garantir a efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

> "A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo" (GONÇALVES, 2011, p. 24).

Como já mencionado anteriormente, são três os elementos constitutivos da responsabilidade civil: a conduta humana seja o ato, o dano e o nexo de causalidade. O artigo 186 do Código Civil traz detalhadamente esclarecido os elementos da responsabilidade civil. 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." Esses pressupostos da responsabilidade civil serão elencados logo a seguir.

2.1. O ATO

O ato pode ser lícito ou ilícito, culposo ou não, se consiste em uma ação ou omissão, nada disso é o que realmente importa no primeiro momento, na primeira análise, porque se não houver *conduta* não se pode por óbvio examiná-la nem qualificá-la.).

Nesse sentido, Pereira:

> "Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fator de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico. Esta satisfação social gera a responsabilidade criminal. Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar".(PEREIRA 2001, p.11).

Este é o elemento da responsabilidade civil que gera prejuízo a outrem, como a ação ou omissão voluntária,

Desta maneira Dias, classifica esta como o:

> "fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta provável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa em sentido amplo; e a simples negligência (negligentia, imprudentia, ignavia)em relação ao direito alheio que vem a ser a culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico". (DIAS, 2006, P. 133-134).

Na visão de Cavalieri Filho, entende-se por conduta o comportamento humano "voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão produzindo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

consequências jurídicas [...] ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, [...] sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo." (FILHO 2009, p. 24).

Destarte, ao falamos em conduta, maneira, estamos retratando não somente da ação, mas também da omissão, visto que a conduta pode caracterizar se também como não fazer.

2.2. O DANO

O dano é considerado como requisito essencial e somente com a sua existência é que pode ocorrer responsabilidade civil em qualquer das espécies, tanto na contratual ou extracontratual, quanto na subjetiva ou objetiva. Afirma José de Aguiar Dias, "que o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil" (DIAS, 2006, p. 55).

Cavalieri Filho deixa sua conclusão sobre dano como sendo:

> a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trata de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc." (FILHO, 2010, p. 73).

O dano pode ser material ou moral, O dano é a lesão a um interesse jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial (direito personalíssimo) que foi gerado pela ação ou omissão de um indivíduo infrator. Sendo assim o que podemos concluir é que todo dano deve se reparado. "pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano" (FILHO, 2010, p. 70).

Código Civil dispôs no seu art. 927 e parágrafo único o seguinte:

> "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. § 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".(BRASIL, 2002).

Quando a ocorrência do *ato* praticado pelo sujeito já foi posta em prática, podemos fazer a verificação da ocorrência de um *dano* sofrido pelo outro sujeito, aquele que será indenizado.

2.3. O NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No âmbito da responsabilidade civil o nexo de causalidade se dá tal como vislumbrado no Direito Penal, onde descobrir o nexo que liga o fato danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade do mesmo (GAGLIANO; PAMPLONA, 2006).

Desta forma entende se que o nexo causal é a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, onde se estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, que permite concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano.

Destarte, não haverá obrigação de indenizar se for concluído que esse não praticou ato que causou o *dano* ao outro sujeito. O nexo de causalidade é um dos elementos indispensáveis quando se trata de espécie de responsabilidade civil. Como define Sérgio Cavalieri Filho 2012, o nexo causal como sendo um "*elemento referencial entre a conduta e o resultado.* É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano." (FILHO (2012. p. 67).

Sobre o nexo causal, esclarece Filho 2009;

> "Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeitos. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele". (FILHO 2012. p. 46).

O autor quando referencia o tema aludido, deixa bem claro que ainda que haja responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal. O nexo causal, como percebe se é o elemento de ligação entre a conduta e o resultado.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: FUNDAMENTOS E O DEVER DE REPARAÇÃO

As vítimas que sofrem violências por atos comissivos praticados por agentes que estão a disposição do Estado, estão respaldados por lei que seus direitos serão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ressarcidos pelo mesmo, justamente porque a Administração Estatal tem a responsabilidade civil de indenizar os danos sejam eles patrimoniais ou morais.

Conforme Filho, para que haja conduta culposa do agente, deve haver conduta voluntária com resultado involuntário, previsão ou previsibilidade, e ainda, falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. Complementa o mesmo autor, que diz que, o ato ilícito:

> é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, (...). É o conjunto de pressupostos da responsabilidade, que em sede de responsabilidade subjetiva a culpa integrará esses pressupostos. (CAVALIERI FILHO, 2010 , p. 12).

Quando se refere à responsabilidade civil do Estado, ela é objetiva, ou seja, decorre da imposição da lei. Está prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal:

> "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" e no artigo 43 do Código Civil: " as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".(BRASIL, 1988).

É sabido que, com a Revolução Francesa surgiram as reações, impondo-se freios ao poder absoluto. Formaram-se alguns princípios da responsabilidade do Estado por certos atos, mas de cunho eminentemente subjetivo ou baseado na culpa, expandindo-se na segunda metade do século XIX e estendendo-se até a segunda metade do século XX. A obrigação do Estado passou a possuir natureza subjetiva, ou seja, haveria o dever de indenizar se seus agentes agirem com culpa ou dolo, estabelecendo, ainda, a diferença entre atos de império e atos de gestão.

Nesse sentido, leciona Pietro:

> Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços. (PIETRO 2003, p. 525-526).

Ainda sobre a responsabilidade, o Estado sempre responde independente da culpa do servidor, desta forma o servidor também responderá perante o estado, como leciona Pereira, quando diz que:

> "A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação de in rem verso, da administração contra o agente. Quer dizer: O Estado responde sempre perante a vítima independentemente da culpa do servidor. Este, entretanto, responde perante o Estado, em se provando que procedeu culposa ou dolosamente." (PEREIRA, 1999, p. 133).

Em relação às questões relacionadas sobre as condutas danosas praticadas pelos agentes públicos quando a sua segurança for lesionada, os vitimados podem buscar o ressarcimento administrativo e o judicial perante o Estado para ser ressarcido através de indenizações. Diante da atuação do estado da aplicação da lei deve ser razoável, e proporcional, sem abusos ou excessos, sob pena de também recair sobre si a responsabilidade civil.

Nesse contexto, Filho declara:

> "A indenização devida ao lesado deve ser a mais ampla possível, de modo que seja corretamente reconstituído seu patrimônio ofendido pelo ato lesivo. Deve equivaler ao que o prejudicado perdeu, incluindo-se aí as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou de ganhar. Quando for o caso, devem ser acrescidos ao montante indenizatório os juros de mora e a atualização monetária". (FILHO, 2010, p. 483).

A Responsabilidade Civil do Estado está assegurada na Carta Magna como um dever jurídico, que deve reparar os danos decorrentes das violações dos mesmos isto ocorre quando o agente público comete uma conduta danosa, este deverá fazer a reparação do dano seja pela via administrativa, seja pela via judicial, que está relacionada diretamente contra o Estado.

É o que diz Gonçalves:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima" (GONÇALVES ,2012, p. 386).

As demandas que versam sobre o reconhecimento de direito de natureza social envolvem questões de grande repercussão social e política o que só faz com que aumente a responsabilidade civil tanto na esfera estatal quanto à disposta no Código Civil, em relação aos órgãos jurisdicionais em se tratando da agilidade nas resoluções desses casos no dever de reparar.

4. JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Como podemos perceber através dos julgados com fundamentos baseados no ordenamento jurídico em relação à responsabilidade civil do estado entende se que a Segurança Pública é Responsabilidade Civil do Estado.

Como disposto no vigente texto Constitucional de 1988, que configura o estado como sendo o ente responsável pelos atos praticados por agentes que fazem parte do quadro de funcionários, quando o estado se omite, este poderá ser responsabilizado civilmente.

Desta forma temos que diferenciar o pessoal e o público, a responsabilidade pelos atos praticados na vida pessoal do agente público será de caráter pessoal, como já se manifestou o nosso Tribunal, no julgado abaixo:

> 1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DE AGENTE POLICIAL. INDENIZAÇÃO. Infringentes. Ordinária. Ferimentos graves causados a pedestre, em virtude de disparo de arma de fogo, ocorrido na via pública, cometido por soldado da Polícia Militar, à paisana, quando fora do serviço e sem qualquer relação com sua função. Desentendimento surgido em um bar com outro militar, agindo o policial, tão somente, em favor do companheiro de corporação, que, também, não se encontrava no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Inteligência do artigo 37, par.6, da Constituição Federal. Ato praticado por servidor militar "na qualidade de cidadão comum". Indenização repelida. Embargos providos. (Tribunal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 1990.005.04169. 1º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: desembargador Celso Guedes. Julgamento em 27 de novembro de 1991).

Destarte forma quanto à hipótese de dano resultante do confronto entre policiais e marginais, sem que se tenha a certeza de onde partiu o disparo de arma de fogo, deve prevalecer às decisões que desobrigam o Estado, como transcritos no julgado abaixo :

2. EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO POLICIAL. BALA PERDIDA. NEXO CAUSAL INCOMPROVADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. A responsabilidade do Estado, ainda que objetiva em razão do disposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, exige a comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano. Não havendo nos autos prova de que o ferimento causado a vítima tenha sido provocado por disparo de uma das armas utilizada pelos Policiais Militares envolvidos no tiroteio, por improcedente se mostra o pedido indenizatório. Daí, em sem mais delongas, a razão de não existir fundamento justo para se imputar ao Estado a responsabilidade pelo evento danoso, por mais trágico que tenha sido o ocorrido na vida do autor postulante. RECURSO PROVIDO.(Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 2006.005.00292. 1ª Câmara Cível. Relator: desembargador Maldonado de Carvalho. Julgamento em 30 de janeiro de 2007).

3. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPARO DE ARMA DE FOGO OCASIONADA POR ATUAÇÃO DOS POLICIAIS MILITARES. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO NOS AUTOS. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE PELOS RISCOS CRIADOS. ATO ILÍCITO QUE ENSEJA O DEVER DE REPARAÇÃO. Autora atingida por disparo de arma de fogo, em meio à incursão policial realizada na localidade em que reside. Considerando que o dano experimentado pela autora foi causado em razão do desempenho por agentes estatais do poder de policia, depreende-se que, conquanto não se tenha a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

certeza de que o disparo tenha sido realizado por um policial militar, a responsabilidade do estado é manifesta, já que a atuação estatal gerou o risco de dano a terceiro.A cumulação entre indenização por danos morais e por danos estéticos é perfeitamente cabível, sendo admitida tranqüilamente pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e neste Tribunal de Justiça Recurso parcialmente provido.(Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2008.001.32961. 18ª Câmara Cível. Relator: desembargador Luiz Habib. Julgamento em 04 de novembro de 2008).

4. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. PERSEGUIÇÃO. TROCA DE TIROS ENTRE POLICIAIS E BANDIDOS. "BALA PERDIDA". AUTOR ATINGIDO POR PROJÉTIL DE ARMA DE FOGO. AVARIAS EM SEU VEÍCULO. INCAPACIDADE TOTAL TEMPORÁRIA PARA O TRABALHO. PERDA TEMPORÁRIA DOS MOVIMENTOS DA MÃO. AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO NO ATUAR ESTATAL. DEVER DE INDENIZAR. É indiferente se o disparo que atingiu a vítima foi deflagrado por policial ou pelos meliantes que eram perseguidos. O nexo de causalidade está na atuação despreparada dos agentes estatais, que causarem a situação de perigo a todos os administradores que circulavam em horário de intenso movimento por local de grande circulação. A função do Estado é garantir genericamente a segurança pública, ao passo que a reiterada omissão transmuda a natureza desse dever em específica. Responsabilidade objetiva do Estado. Danos materiais e morais que devem ser reparados. Redução da verba compensatória. Conhecimento e parcial provimento do recurso.(Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2008.001.32508. 13º Câmara Cível Relator: desembargador Sirley Abreu Biondi. Julgamento em 01 de abril de 2009).

5. MORTE DE MENOR INFRATOR SOB CUSTÓDIA DO ESTADO - DANO MORAL .”1. Verificado o grave abalo emocional à esfera íntima dos autores causado pela morte violenta do irmão, que estava sob a custódia estatal, em unidade de internação para cumprimento de medida socioeducativa, não há que se falar em ilegitimidade ativa dos

irmãos, haja vista a configuração do dano moral reflexo ou por ricochete. Preliminar rejeitada. 2. O Estado responde de forma objetiva na hipótese de obrigação legal específica de agir para impedir o resultado danoso, assim denominada de omissão específica. Precedente do STF. 3. O art. 5º, XLIX, da Constituição Federal assegura o respeito à integridade física e moral dos presos. Trata-se, portanto, de um dever específico de agir imposto ao Poder Público. 4. Presentes os requisitos configuradores da responsabilidade civil na hipótese de homicídio ocorrido em unidade de internação, decorrente da ausência da atuação do Estado, quando existia o dever de evitar a ocorrência do evento danoso, não há que se falar em reforma da v. sentença que reconheceu o dever de indenizar a genitora e os irmãos da vítima pelos danos morais advindos da morte do interno. "(ACÓRDÃO1154818,*07010162920178070018, RELATOR: SANDRA REVES, 2ª TURMA CÍVEL, DATA DE JULGAMENTO: 20/2/2019, PUBLICADO NO DJE: 8/3/2019)*.

6.CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. "BALA PERDIDA". LINHA AMARELA. FERIMENTO CAUSADO A TRANSEUNTE EM TIROTEIO PROVOCADO POR TERCEIROS NÃO IDENTIFICADOS. Artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Não se desconhece que é francamente majoritária a orientação jurisprudencial no sentido de que o Estado não tem responsabilidade civil por danos provocados em episódios de "bala perdida", sendo invariável o argumento de que o Estado não pode ser responsabilizado por "omissão genérica". Reclama revisão a jurisprudência que reconhece a não responsabilidade civil do Estado do Rio de Janeiro pelos freqüentes danos causados por balas perdidas, que têm levado à morte e à incapacidade física milhares de cidadãos inocentes. O clima de insegurança chegou a tal ponto que os mais favorecidos têm trafegado pelas vias da cidade em carros blindados. Há uma guerra não declarada, mas as autoridades públicas, aparentemente, ainda não perceberam a extensão e a gravidade da situação. Pessoas são assassinadas por balas perdidas dentro de suas casas, enquanto dormem, em pontos de ônibus, em escolas, nas praias e em estádios de futebol. O Estado não se responsabiliza por esta criminosa falta de segurança, escudado por um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> verdadeiro nonsense teórico-jurídico, como se os projéteis que cruzam a cidade viessem do céu. Além disso, a tese tem servido como efetivo estímulo para que a Administração permaneça se "Omitindo genericamente", até porque aos eventos de balas perdidas tem-se dado o mesmo tratamento jurídico dispensado ao dano causado pelo chamado "ActofGod". A vetusta doutrina da responsabilidade subjetiva por atos omissivos da Administração Pública não tem mais lógica ou razão de ser em face do abandono em que se encontra a população da cidade do Rio de Janeiro. Ainda que se concordasse com o afastamento da responsabilidade objetiva, nestes casos, seria possível, sem muito esforço, verificar que no conceito de culpa "stricto sensu" cabe a manifesta inação do Estado e sua incapacidade de prover um mínimo de segurança para a população, sendo intuitivo o nexo causal. Não se trata bem de ver, de episódios esporádicos ou de fortuitos. Tais eventos já fazem parte do dia-a-dia dos moradores da cidade. Pessoas são agredidas e mortas dentro de suas próprias casas. Autoridades são roubadas em vias expressas sob a mira de armamentos de guerra. Dizer que o Estado não é responsável equivale, na prática, a atribuir culpa à vítima. O dano sofrido é a sanção. Recurso provido por maioria. (TJ do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2008.001.55121. 20ª Câmara Cível. Relator: desembargador Marco Antonio Ibrahin. Julgamento em 6 de maio de 2009).

Nesse mesmo pensamento, é a lição de FILHO: "No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. (...) A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva. Para configurar esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao poder público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in eligendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando). O segundo pressuposto é o dano. (...) não há que se falar em

responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial quanto o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não provar que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular. O último pressuposto é o nexo causal(ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa isso dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem nenhuma consideração sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima".(Filho. Pag. 582. 2017).

Como corrobora Filho 2017, sobre a caracterização da responsabilidade objetiva, não demanda análise da culpa ou dolo do agente que age em nome do Estado, mas tão somente a constatação de 03 pressupostos básicos: o fato administrativo, o dano, e o nexo causal entre estes.

Assim, caracterizada a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, impõe-se ao lesado demonstrar a ocorrência do fato administrativo (invasão de domicílio), do dano (morte da vítima) e do nexo causal (que a morte da vítima decorreu de errôneo planejamento de ação policial).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que se fez buscou retratar a situação onde se reflete a Segurança Pública e a Responsabilidade civil do estado, que está assegurado na Carta Maior como garantias fundamentais dos cidadãos.

A relevância de discussões levantadas sobre o tema comentado nesta pesquisa se torna necessária e extremamente válida no tocante à Responsabilidade Civil do Estado em relação a Segurança Pública. Tendo em vista a série de casos concretos divulgados por meios de comunicações em relação aos danos que são causados por seus agentes, conforme o §6º do artigo 37 do Vigente Texto Constitucional. (BRASIL, 1988 art. 37§ 6º).

Como pode – se perceber conforme artigo 144, caput, da Carta Magna, a segurança é uma garantia que o estado deve oferecer, nesta perspectiva se torna responsabilidade de todos, sendo essencial quando o que se almeja é a segurança da sociedade. (BRASIL, 1988 art. 144).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em conformidade com o artigo 5º também disposto na Constituição Federal de 1988, temos a segurança como um direito fundamental assegurada tanto aos brasileiros (natos ou naturalizados) quanto aos estrangeiros residentes do país.

Destarte, para assegurar a segurança civil (proteção individual e do patrimônio) e a tranquilidade tão almejada das pessoas de forma geral (ordem pública), o Estado democrático de Direito dispõe de dois sistemas: o criminal e o de segurança pública que estão ligados intrinsecamente por força de lei e também por coerência das atividades desenvolvidas.

No que está relacionado à responsabilidade civil do Estado, em virtude da atividade ou omissão desses agentes, a Constituição em vigência, regula a matéria no artigo 37, §6º, estabelecendo que "as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos de seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". (BRASIL, 1988 art. 37, §6º).

Ou seja, caso venha o agente público, por qualquer ação seja ela culposa ou dolosa, causar dano a uma terceira pessoa, o Estado será responsabilizado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12.mar.2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12.abr.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 559.646-AgR.** Rel. Min. Ellen Gracie Data do julgamento: 7/6/2011. Segunda Turma. Disponível em:http:// www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1 acesso. Acesso em: 03/03/2020.

_____. Superior tribunal de justiça. **acórdão n° 1154818,07010162920178070018**, relator: sandra Reves, 2ª turma cível, data de julgamento: 20/2/2019, publicado no dje: 8/3/2019)**.**

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – **Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 21ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIORDANI, José Acir Lessa. **A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, Responsabilidade**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011. V. 7. p. 24

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008. P. 977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15ªed. São Paulo: Atlas, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Embargos Infringentes nº 1990.005.04169.** 1º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: desembargador Celso Guedes. Julgamento em 27 de novembro de 1991.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Embargos Infringentes nº 2006.005.00292.** 1ª Câmara Cível. Relator: desembargador Maldonado de Carvalho. Julgamento em 30 de janeiro de 2007

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2008.001.32961.** 18ª Câmara Cível. Relator: desembargador Luiz Habib. Julgamento em 04 de novembro de 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2008.001.32508.** 13º Câmara Cível Relator: desembargador Sirley Abreu Biondi. Julgamento em 01 de abril de 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2008.001.55121.** 20ª Câmara Cível. Relator: desembargador Marco Antonio Ibrahin. Julgamento em 6 de maio de 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: **responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOTAS:

[1] Professor da Unicatólica do Tocantins, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF, analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, Médico Veterinário e bacharel em Direito. (Prof. Orientador).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIVÊNCIA LABORAL NA ASSISTÊNCIA SOCIAL DIANTE DO CONTEXTO DA PANDEMIA EM MARIANA-MG

LUCIANA DA CONCEIÇÃO GOMES:
Mestre em economia doméstica. Universidade Federal de Viçosa.

MARCIA BARROSO FONTES[1]
RAISSA CRISTINA ARANTES[2]
(coautoras)

Resumo: O presente artigo visa apresentar, através da visão laboral, as mudanças sofridas na Política de Assistência Social de Mariana, no estado de Minas Gerais, no contexto da pandemia do COVID-19. Sabe-se que junto com a pandemia, e a orientação da Organização Mundial do Trabalho, o isolamento social e a falta de maiores investimentos na questão econômica, gerou um aumento substancial das famílias dependendo da política de assistência social, seja por terem ficado desempregados, seja pela fragilidade que a flexibilização das leis trabalhistas trouxeram, seja pela miséria em si, ou pelo crescente número de óbitos; houve um aumento exponencial da dependência de um número cada vez maior de famílias dependendo da Assistência Social, conforme ilustrado pela cidade de Mariana – Minas Gerais através do olhar da vivência laboral de trabalhadores desta política.

Palavras chave: Pandemia, Política de Assistência Social, Mariana.

Abstract: This article aims to present, through the labor vision, the changes suffered in Mariana's Social Assistance Policy, in the state of Minas Gerais, in the context of the COVID-19 pandemic. It is known that together with the pandemic, and the guidance of the World Labor Organization, social isolation and the lack of greater investments in the economic issue, generated a substantial increase in families depending on the social assistance policy, either because they were unemployed, either because of the fragility that the flexibilization of labor laws brought, either because of the misery itself, or because of the increasing number of deaths; there was an exponential increase in the dependence of an increasing number of families depending on Social Assistance, as illustrated by the city of Mariana - Minas Gerais through the look of the workers' work experience under this policy.

Keywords: Pandemic, Social Assistance Policy, Mariana.

No ano de 2020, o mundo vivencia uma grave crise no âmbito da saúde. A Pandemia, do vírus COVID-19, modifica de forma drástica a vida da população do mundo inteiro, na medida em que o vírus ainda não possui nenhuma vacina e nem

cura. Um vírus este, com um alto índice de mortalidade, que coloca as pessoas em situação de isolamento social para assegurar o mínimo de proteção para suas próprias vidas. O isolamento social, indicado pela Organização Mundial da Saúde, coloca em xeque diversas questões que extrapolam a questão da saúde, em especial, implica fortemente em uma crise econômica.

No Brasil, no mês de março de 2020, o país vivencia os primeiros casos da COVID-19 e os primeiros óbitos, em tempo recorde; levando diversas Prefeituras a decretarem o isolamento social, através de fechamento de qualquer atividade que gere aglomeração que não estritamente necessário. Tem-se então diversos comércios de portas fechadas, empresas trabalhando em "Home-Office", setores públicos paralisados. E pouco, se não nenhum, investimento do Governo Federal como meio de minimizar essa crise que abalou o mundo inteiro.

O isolamento social, extremamente necessário, acarretou uma onda de demissões em massa de diversos setores; houve um crescimento do desemprego no Brasil, aliado a uma multiplicidade de trabalhadores autônomos sem poder exercer suas atividades laborativas. Como se pode perceber, a crise da saúde, efetivou em uma crise econômica, já iniciada no Brasil há alguns anos, mas agora potencialmente agravada.

O COVID-19, mostra para a população brasileira, o quanto o sistema de empregos é frágil, o quanto a terceirização do mercado de trabalho desprotege o trabalhador nas horas de crise.

Como meio de manter o mínimo social, a solução minimamente apresentada pelo Governo Federal para essa camada da população mais "vulnerável" mediante a pandemia, foi a criação do Auxílio Emergencial. Segundo dados retirados do site da Caixa Econômica Federal, o Auxílio Emergencial é um benefício financeiro destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, e tem por objetivo fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Corona vírus - COVID 19. O benefício no valor de R$ 600,00 pago por cinco meses (até o momento), para até duas pessoas da mesma família, e para as famílias, cuja mulher seja a única responsável pelas despesas da casa, o valor pago mensalmente é de R$1.200,00.

Contudo, diversos outros setores foram duramente afetados pelo isolamento social, causando um número ainda maior de desempregados, que por diversos motivos ficaram exclusos do Auxílio Emergencial. Salvo exemplo dos trabalhadores rurais, que em tempos de pandemia e isolamento social, tiveram que por segurança, não executar nenhum trabalho, e ficaram de fora do auxílio emergencial, com vias de perder os benefícios junto à Previdência Social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vários trabalhadores perderam o seus empregos, receberam o Seguro Desemprego por poucos meses, e ficaram de fora do Auxílio Emergencial. Isso sem falar nos diversos brasileiros que ficaram meses aguardando suas solicitações para ser analisadas, muitos ainda se encontram em análise pelo aplicativo onde se solicita o benefício.

Mesmo diante de inúmeros erros, equívocos, e pessoas que ficaram de fora do Auxílio Emergencial, a pandemia, e o referido benefício, mostra numericamente que mais da metade da população brasileira, encontra-se fora do mercado formal de trabalho. Segundo dados do Ministério da Cidadania em julho de 2020, 59,7% da população brasileira recebeu o Auxílio Emergencial; ou seja, quase 60% da população fora do mercado formal de trabalho. O Governo ainda aponta, que estima-se que 66,9 milhões de pessoas são elegíveis ao recebimento deste benefício; sendo 19,2 milhões de famílias através do Bolsa Família, 10,5 milhões analisadas através do Cadastro Único e 37,2 milhões extra Cadastro Único.

Destes 40% da população que ficou sem receber o auxílio, subtrai-se os pensionistas, as pessoas que recebem Benefício de Prestação Continuada, os trabalhadores rurais. Ou seja, muito menos de 40% da população brasileira se encontra inserida no mercado formal de trabalho.

Essa atual crise, coloca então, diversos brasileiros, na situação de dependentes da Política de Assistência Social. Diversos foram os beneficiários que tiveram que recorrer à Política de Assistência Social, em especial na concessão de Benefícios Eventuais[3], garantido pela Lei Orgânica de Assistência Social, em virtude de uma maior vulnerabilidade e desproteção que passam em virtude da pandemia.

Diante desse contexto, o objetivo desse trabalho é expor esse cenário por meio da vivência laboral enquanto agente da Política de Assistência Social no município de Mariana – Minas Gerais.

1 – A Política de Assistência Social em Mariana – MG e a Pandemia do COVID-19

A cidade de Mariana – MG está localizada na região Sudeste do Estado de Minas Gerais e, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para o ano de 2019, tem uma população estimada em cerca de 70 mil habitantes[4]. Economicamente, é um município que depende, principalmente, da exploração do minério e, em segundo plano, do turismo – já que é uma cidade histórica, inclusive, com o título de primeira capital do Estado mineiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mariana é uma cidade que vivenciou de forma intensa as privatizações ocorridas na década de 1990, durante os governos de Fernando Henrique Cardoso (FHC), já que a maior mineradora que atuava (e ainda atua) na região, a Companhia Vale do Rio Doce, foi vendida pelo Estado para empresas particulares. Como consequência, veio o crescimento das terceirizações, a precariedade dos contratos de trabalho, o aumento dos contratos temporários e a inconstância de permanência da população no município. Essa instabilidade no mercado de trabalho, além da pouca adesão dos moradores nativos do município nas políticas de pleno emprego, gera um aumento substancial da dependência de diversos grupos familiares nas políticas de assistência social.

Cabe ressaltar, ainda, que Mariana é uma cidade marcada pelo impacto sofrido em um dos maiores desastres ambientais já ocorridos no Brasil. No dia 05 de novembro de 2015, uma das barragens de rejeitos da empresa de mineração Samarco, controlada pela Vale S.A e pela BHP Billiton, rompeu-se, atingindo diversos distritos do município, sendo Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo os mais prejudicados o primeiro desses dois, inclusive, foi inteiro encoberto pela "lama", obrigando todos os seus residentes a abandonarem suas casas. Dessa maneira, outro grupo que tem procurando também os serviços do Plantão social é o de migrantes, visto que, há diversas empresas reconstruindo o povoado de Bento Rodrigues, que foi atingido e destruído pela lama em 2015, em decorrência do maior crime ambiental cometido pela empresa SAMARCO.

A política de assistência social do município é marcada pelo viés do assistencialismo e da caridade, contudo,este viés não deveria mais existir, tendo em vista que a Assistência Social é um direito social constitucionalmente garantido, integrando o tripé da Seguridade Social, ao lado da Saúde e da Previdência Social.

Os dados individualizados das famílias com renda total de até meio salário mínimo per capita atendidas por programas de assistência estão disponíveis no Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), o que permitiu traçar um perfil das famílias residentes em Mariana. De acordo com informações referentes ao ano de 2019, o Cadastro Único registrou neste município 9.471 famílias cadastradas; sendo que, destas, 4.750 são beneficiárias do Bolsa Família (número este que representa 21,37% da população marianense). Dentre as que recebem o benefício do Bolsa Família, 3.903 estavam em situação de pobreza extrema, ou seja, com renda familiar mensal inferior a R$85,00 por pessoa.

Os serviços ofertados pelos Centros de Referência da Assistência Social estão desde o início da pandemia funcionando de maneira remota, ou seja, não há grupos presenciais, os técnicos estão trabalhando em esquema de revezamento, alguns afastados por serem do grupo de risco. Basicamente os atendimentos estão sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

realizados com o objetivo de atender aos benefícios eventuais, sobretudo cesta básica e isenções de taxas de documentos.

Em um dos CRAS, o CRAS Volante Bairros, o atendimento é feito muitas vezes por telefone, ou pelo portão, não há contato direito entre técnico e demandante dos serviços socioassistenciais, gerando assim muitas vezes um desconforto para o usuário que demanda por algum serviço, visto que, ele não está sendo diretamente ouvido pelo técnico de sua referência.

Outro serviço da Política de Assistência Social no município de Mariana é o Plantão Social. Este trabalha diretamente com a concessão de benefícios, é um serviço que funciona de porta aberta, ou seja, de acordo com a necessidade, os usuários procuram por este serviço, geralmente são famílias ou indivíduos que não estão referenciados por nenhum dos CRAS existente no município e que por algum motivo demandam algum benefício eventual da assistência.

As técnicas do Plantão Social estão atendendo diretamente os usuários que procuram por tais serviços, com demandas como cestas básicas, isenções de documentos, auxílio funeral, transporte para mudanças e ou deslocamento para outros municípios.

É perceptível o quanto aumentou a demanda nos últimos meses nos atendimentos do Plantão Social, sobretudo a procura por cestas básicas e também auxílio funeral. Sabe-se que o grupo mais atingido pela pandemia é a população pobre, população essa que não tem o privilégio de fazer o isolamento social e que ainda perderam sua fonte de renda por causa da conjuntura atual. Tais pessoas essas que já não possuíam empregos formais faziam os chamados 'bicos', como: ajudantes de obras, faxineiras, manicures, ambulantes, dentre outros. Fora a grande parcela da população que trabalhavam com a carteira assinada e foram dispensados ou tiveram a jornada de trabalho reduzida juntamente com seus salários. Muitas dessas pessoas passaram a procurar os serviços de assistência do município solicitando, sobretudo o benefício da cesta básica e ainda o aluguel social, já que não possuem mais meios de arcar com a sua própria subsistência e de sua família.

Os idosos, grupo de maior risco desse novo vírus é exponencialmente o mais atingindo, em todos os sentidos, tanto na grande possibilidade de contágio, com um grande número de óbitos, pois são grupo de risco, bem como por não terem condições de ficarem efetivamente isolados. Muitos idosos dependem fisicamente de cuidados de terceiros, e muitos destes terceiros, estão nas ruas trabalhando e correndo o risco de serem infectados e infectarem os idosos. Desta forma, além do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

alto risco do contágio, os idosos não podendo sair de casa, sofrem isolados por estarem impossibilitados de desenvolver suas atividades rotineiras como: atividades físicas, contatos com netos e demais familiares, lazer; além da pressão psicológica do medo da infecção e do alto risco de mortalidade.

De acordo com a assistente social do RECREAVIDA (Programa de atenção ao idoso, com diversas atividades voltadas aos idosos que freqüentam o espaço, como atividades físicas, atividades manuais, oficinas da memória, dentre outras atividades) os idosos que freqüentam este programa estão sentindo muita falta das atividades cotidiana. Ainda que a Assistente procure manter com frequência contato via telefone com eles a ansiedade permanece já que a volta das atividades para ocuparem a mente e o dia-a-dia se mostra distante da realidade.

Sabe-se que não é somente a rotina dos idosos que sofreu mudança com o advento da pandemia; de um modo geral, a vida de toda a população está passando por diversas mudanças, tanto no âmbito laboral, de saúde, educação, bem como as mais internas dos grupos familiares, tais como mudanças no cuidado com a higiene, o não contato social,as novas adequações no trabalho, na vida familiar e o medo por um futuro incerto.

2 - Aumento da demanda dos benefícios eventuais

De acordo com informações do Coordenador da Proteção Básica[5], desde o início da pandemia, no mês de Março até o final de Agosto o município de Mariana recebeu aproximadamente duas mil trezentos e noventa cestas básicas através de doações de empresas privadas instaladas no município de Mariana, da Cruz Vermelha e o do próprio Estado de Minas. A Cruz Vermelha doou para o município também oitenta cobertores e duas mil máscaras para serem distribuídas para a população usuária da Política de Assistência Social.

Se antes da Pandemia, o número de demanda por cestas básicas no Plantão Social era em cerca de 90 cestas mensais, agora com o advento da pandemia, a procura passou para quase 300 cestas mensais. Esse aumento representa um aumento de mais de 100% da demanda mensal. São mais de 200 famílias novas dependendo da Política de Assistência Social, somente contabilizada no Plantão Social, sem contabilizar os demais CRAS. Todas as cestas que foram recebidas através de doações como citado acima são distribuídas no setor do Plantão Social, onde o atendimento acontece por demanda espontânea, ou seja, na medida que necessitam, os usuários procuram os serviços e são atendidos imediatamente, estando dentro dos critérios recebem o benefício solicitado e orientados à procurar o CRAS de referência do bairro onde moram caso necessitem do benefício eventual novamente, o benefício é concedido para a mesma família de acordo com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

atendimento do técnico do serviço mensalmente ou com espaço de dois meses a depender da composição familiar.

Já por parte da Prefeitura Municipal,manteve-se as mil e oitenta cestas mensais que é comprada para os beneficiários dos quatro CRAS do município e do Plantão Social. De acordo com o Coordenador da Proteção Básica, não houve necessidade de aumentar o número de cestas básicas nesse período em virtude das doações que receberam, e assim,com o aumento da demanda pela procura do benefício eventual da cesta básica no município, por causa das doações, os beneficiários que procuram os serviços estando dentro dos critérios socioeconômico, recebem o benefício eventual da cesta básica.

Houve ainda por parte da Secretaria Municipal de Educação a compra de seis mil cestas básicas para serem distribuídas à todos os alunos matriculados na rede municipal de educação. A Secretaria do Estado de Educação de Minas Gerais também, através da Secretaria de Desenvolvimento Social do Estado, ofertaram o Programa Bolsa Merenda, destinado aos alunos matriculados na Rede Estadual de Educação, cuja família esteja inscrita no Cadastro Único com renda per capita inferior à R$89,00 (oitenta e nove reais). O Bolsa Merenda terá duração de quatro meses (de abril á Julho de 2020), com o valor mensal de R$50,00 entregue através de um cartão, que as população beneficiária pode utilizar em estabelecimentos de cunho alimentício.

3 – Considerações Finais

Embora as pandemias geralmente atinjam a classe trabalhadora, com o COVID-19, pode-se constatar que se pudesse dar-lhe um rosto, este seria preto e pobre.É esta classe que se expõe trabalhando nas ruas como meio de garantir o seu sustento; bem como a manutenção da classe que domina os meios de produção. O sistema capitalista só funciona pelo fato de existir por um lado os detentoresdos meios de produção e por outro quem tem somente a sua força de trabalho para vender. Uma classe depende da outra, por um lado, os exploradores e por outro, os explorados. Dessa maneira, não tendo outra forma de manter a sua subsistência, os trabalhadores para garantir o próprio sustento e de suas famílias, enfrentam a pandemia, excluídos do isolamento social, privilégio este, da classe média e alta.

Os trabalhadores são expostos o tempo todo ao vírus. Mesmo que alguns trabalhadores considerados “grupo de risco”, tais como pessoas com problemas respiratórios e cardíacos, idosos, dentre outros estejam fazendo trabalho em casa ou afastados temporariamente, ainda assim continuam constantemente em risco, pois diversas vezes, moram com pessoas que estão trabalhando, se expondo aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

riscos e levando o risco da transmissão para dentro de casa. Isso acarreta ainda no aumento do numero de óbitos da população, em especial os mais vulneráveis social e economicamente, que não possuem recursos médicos e financeiros de qualidade para terem direito á vida de qualidade. São famílias muitas vezes numerosas tendo necessariamente que compartilharem o mesmo banheiro, quartos e muitas vezes até mesmo a mesma cama. Ainda a higiene não é possível de fazer adequadamente por falta de condições financeiras e também de informação, muitos compartilham as mesmas toalhas, fora à falta de produtos de higiene básica, tais como água limpa e sabão, o álcool e produtos para cuidados pessoais e com os espaços da casa.

O COVID-19 é novo para todo o mundo, ainda pouco se sabe desse vírus que tanto mata. Contudo para a população mais vulnerável, a informação e os cuidados é ainda menos precisa, e consequentemente a propagação e transmissão do vírus é infinitamente maior.

Vale ressaltar acerca do sistema de saúde no nosso país, sendo que, a região em questão, localizada no interior de Minas, que não possuí leitos de UTI. A cidade mais próxima à Mariana e que se encontra minimamente equipada para pacientes que necessitam de recursos para o tratamento do Covid-19 e suas interferências, é a cidade de Ouro Preto, que fica a16 Km de distância. Contudo, a questão é que o número de leitos disponíveis para as cidades da região é insuficiente, visto que, há outras cidades próximas que dividem leitos deste hospital.

O que aqui se apresenta, é que o COVID-19 é um vírus, com alto teor de propagação, e a população que mais sofre com esse vírus, são os mais vulneráveis, que sofrem impactos drásticos no âmbito da saúde, da educação e do emprego (renda). Desta forma, o recurso disponível para essa população é a Política de Assistência Social, que ficou sobrecarregada. E por mais que intensificou-se os recursos, por mais que mais da metade da população esteja recebendo o Auxílio Emergencial, este ainda é insuficiente para a manutenção de todos os gastos que a família comumente já possui e que ainda precisa ter em decorrência da prevenção mínima para a pandemia.

O município de Mariana – MG é só um breve exemplo do que vem ocorrendo em todo o país. Uma população que está desassistida de forma integral, uma população que esta extremamente exposta ao vírus, aos riscos, e ainda mais vulneráveis. A COVID-19 esfrega na cara do povo brasileiro, o quanto o sistema de empregos é falho, o quanto a flexibilização das leis trabalhistas é onerosa para a população mais vulnerável e deixa renda.

E tudo isso, sobrecarrega a Política de Assistência Social, que por mais que tenha-se intensificado as doações e alguns investimentos, como o exemplo da

educação na compra de cestas básicas, ainda é insuficiente para a demanda que vem se apresentando para os municípios. Fora os municípios, que diferentemente de Mariana, as Prefeituras tiveram que aumentar as despesas com compras de cestas básicas. Importante ressaltar também, que houve um aumento na oferta de cestas básicas graças à doações, contudo, não é só de comida que os grupos familiares se encontram carentes.

A pandemia mostrou o quanto a Política de Assistência Social é necessária para a população que dela necessita, e o quanto é imprescindível que as esferas do Governo ampliem investimentos na área da assistência, saúde e educação, para uma vida minimamente digna ao cidadão brasileiro.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BRASIL. **Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).** Lei n◦ 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em http://direitoshumanos.usp.br. <Acesso em 02/02/2019>.

BRASIL. **Política Nacional de Assistência Social (PNAS)**. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e a Miséria. Brasília, 2004.

IBGE. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/mariana/panorama. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

https://www.gov.br/cidadania/pt-br/servicos/auxilio-emergencial

NOTAS:

[1] Doutora em Demografia-UFMG

[2] Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Assistente Social da Prefeitura Municipal de Ervália - MG

[3]Entende-se por Benefícios Eventuais, segundo a Lei Orgânica da Assistência Social:

Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais aqueles que visam ao pagamento de auxílio por natalidade ou morte às famílias cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

§ 1º A concessão e o valor dos benefícios de que trata este artigo serão regulamentados pelos Conselhos de Assistência Social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante critérios e prazos definidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

§ 2º Poderão ser estabelecidos outros benefícios eventuais para atender necessidades advindas de situações de vulnerabilidade temporária, com prioridade para a criança, a família, o idoso, a pessoa portadora de deficiência, a gestante, a nutriz e nos casos de calamidade pública.

§ 3º O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), ouvidas as respectivas representações de Estados e Municípios dele participantes, poderá propor, na medida das disponibilidades orçamentárias das três esferas de governo, a instituição de benefícios subsidiários no valor de até 25% (vinte e cinco por cento) do salário mínimo para cada criança de até 6 (seis) anos de idade, nos termos da renda mensal familiar estabelecida no caput.

[4] Informação retirada do *site* do IBGE. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/mariana/panorama. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

[5] Segundo a Política Nacional de Assistência Social de 2004, a proteção social básica tem como objetivos prevenir situações de risco por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições, e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Destina-se à população que vive em situação de vulnerabilidade social decorrente da pobreza, privação (ausência de renda, precário ou nulo acesso aos serviços públicos, dentre outros) e, ou, fragilização de vínculos afetivos – relacionais e de pertencimento social (discriminações etárias, étnicas, de gênero ou por deficiências, dentre outras). 34 Prevê o desenvolvimento de serviços, programas e projetos locais de acolhimento, convivência e socialização de famílias e de indivíduos, conforme identificação da situação de vulnerabilidade apresentada. Deverão incluir as pessoas com deficiência e ser organizados em rede, de modo a inseri-las nas diversas ações ofertadas. Os benefícios, tanto de prestação continuada como os eventuais, compõem a proteção social básica, dada a natureza de sua realização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CASO ARACELI: AUMENTO DA VIOLÊNCIA E ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇA E O ADOLESCENTE DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL – COVID – 19.

JÉSSICA TORRES WAUGHON:
Graduanda do Curso em Direito, na Universidade Luterana de Manaus – ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo promover reflexões sobre o abuso sexual de crianças e adolescentes e expor um caso ocorrido no Espírito Santo na década de 1970, que se tornou um marco histórico devido à crueldade e impunidade do agressor até o momento, na análise comparativa da situação dos casos de violência infantil, verifica-se que, devido aos riscos e vulnerabilidades de crianças e jovens, os crimes sexuais continuam a ocorrer de forma crescente e chocante. Verifica-se também que em nenhum momento do passado a sociedade se mobilizou para combater o abuso e a exploração sexual de crianças e jovens como nas últimas duas décadas. A metodologia adotada para o presente estudo foi a pesquisa bibliográfica. A importância do tema se faz diante dos aspectos penais em tal prática, possibilitando um aprendizado maior sobre o assunto, pois será desenvolvida uma pesquisa na literatura contemporânea que envolve as questões relativas ao ordenamento jurídico.

Palavras - chaves: Caso Araceli, abuso sexual infantil, aumento de casos na pandemia.

ABSTRACT: This article aims to promote reflections on the sexual abuse of children and adolescents and expose a case that occurred in Espírito Santo in the 1970s, which has become a historic landmark due to the cruelty and impunity of the aggressor so far, in the comparative analysis from the situation of child violence cases, it appears that, due to the risks and vulnerabilities of children and young people, sexual crimes continue to occur in an increasing and shocking way. It also appears that at no time in the past has society mobilized itself to combat the abuse and sexual exploitation of children and young people as in the past two decades. The methodology adopted for the present study was bibliographic research. The importance of the theme is made in view of the criminal aspects in such practice, enabling a greater learning on the subject, as a research in contemporary literature will be developed that involves issues related to the legal system.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Keywords: Araceli case, child sexual abuse, increase in cases in the pandemic.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. CONTEXTO HISTÓRICO DO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 2.1. Fundamentos histórico do caso Araceli. 2.2. Formas de abuso sexual. 3. PRINCIPAIS PRINCIPIOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. 3.1. Da proteção integral. 3.2. Da dignidade da pessoa humana. 4. VIOLÊNCIA SEXUAL NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE. 4.1. Estupro de vulnerável de menores de 14 anos. 5. AUMENTO DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR DURANTE A PANDEMIA. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como finalidade mostrar as várias formas de abuso sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, e como o caso da menina Araceli que chocou o pais, trouxe mais atenção aos crimes de abuso sexual cometidos contra crianças e adolescentes. É sabido que as violências contra as crianças não ferem tão somente a dignidade sexual, mas como também, o psicológico/mental, física, e cultural, essa espécie de violência pode ser equiparada ao homicídio, uma vez que a vítima violentada leva sequelas pelo resto da vida.

Sendo assim, este projeto de pesquisa tem como objetivo trazer o caso Araceli, uma criança de 8 anos que foi brutalmente assassinada em Maio de 1973, seu assassinato chocou o Brasil naquela época, visto que a investigação foi rodeada de inconsistência, erros grotescos no inquérito policial, morte de testemunhas essenciais ao esclarecimento do assassinato, tentativa de suborno, denúncias de destruição de provas e pressões da família dos acusados rondaram esse processo, de mais de sete mil folhas e marcado pela impunidade. Ocorre que a morte de Araceli, fora criado o de projeto de lei sancionado em 2000, a data de 18 de maio (dia do desaparecimento e rapto de Araceli) ficou instituída como o Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes.

O presente projeto visa mostrar como a luta contra o abuso sexual contra a criança e o adolescente ainda não é uma batalha vencida, é importante destacar que durante a pandemia que assola no habitat, principalmente o Brasil, o abuso sexual teve um aumento considerável, por este motivo, ainda é preciso trazer este tema em pauta, para que assim as crianças que todos os dias são vítimas de abusadores, não sejam esquecidas.

O objetivo deste trabalho é esclarecer a importância da mobilização social para o enfrentamento da violência contra crianças e jovens e relembrar um caso que chocou o país por sua crueldade e impunidade. Se houver necessidade de desenvolver estratégias mais eficazes de prevenção e redução para todos os tipos de

violência, eles devem unir forças e continuar a realizar pesquisas detalhadas como subsídio a várias agências que resolvem o problema e divulguem informações esclarecedoras a respeito.

Posto isto, infelizmente a menina Araceli não foi a última criança ser abusada e morta, muitos casos iguais ao dele ocorreram ao longo dos anos, muitos cercados de impunidade, portanto, é de suma relevância a luta contra a violência e abuso sexual contra as crianças, trazendo em pauta punições mais severas.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

As crianças e os adolescentes no decorrer dos tempos sofreram maus tratos e agressões diversas instituições e até em suas famílias, em alguns casos as crianças foram consideradas mercadorias e eram vendidas como escravas. Portanto, a sociedade se viu na obrigação de proteger esses seres indefesos.

O surgimento da violência sexual vem de civilizações antigas, como a Romana, a Grega e Egípcia, mas naquela época nem toda violência sexual era considerado algo ilícito, sendo o estupro muitas das vezes considerado normal, geralmente essas violências ocorriam com mulheres e faziam parte dos costumes da sociedade. Portanto, a história de violência sexual vem muito antes de entendermos como crime.

De acordo com Ariés (1981, p. 77) preleciona que, na era medieval era normal os homens adultos brincarem com as crianças, sem que houvesse um limite nas brincadeiras, sem o puder e vigilância, visto que "a prática familiar de associar as crianças às brincadeiras sexuais dos adultos fazia parte do costume da época e não chocava o senso comum".

Sendo assim, o assédio sexual sempre se mostrou presente na conjuntura social, como também nas antigas civilizações. Todavia, no período do Império Romano, de acordo Bezerra e Clipes (2018, p. 2) "o imperador Sila (138 -78 A.C.), permitiu que à mulher honrada a oportunidade de apresentar ação contra aquele que ofendeu publicamente a sua decência". Posteriormente, no período cristã, ainda nas palavras de Bezerra e Clipes (2018, p. 2) "o Código de Justiniano (553 D.C), criminalizou em seu texto que aquele que acompanhasse uma mulher de perto contra a sua vontade, estaria cometendo um *adsectatio*, a proporção que, aquele que gritasse o nome de uma mulher em público estaria praticando *appellatio*".

De acordo com Sallin (2014, p. 4) "em 1991, foi criada na Bahia a organização não governamental Cedeca (Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Adolescente) com a missão de combater a violência contra crianças e adolescentes por meio de um programa de apoio jurídico à infância e adolescência, jovens que têm violaram seus direitos".

Ainda de acordo com o autor, preleciona que:

> Desde 1994, além de enfrentar os homicídios de jovens e a impunidade por esses crimes, o Cedeca / BA, com o apoio do UNICEF, lançou o combate à exploração sexual e comercial, e lançou Um estudo qualitativo denominado "Meninas em El Salvador". Iniciou-se o processo de mobilização para o tema, que incluiu oficinas e seminários regionais, e deu origem a uma campanha nacional contra a exploração sexual de crianças e jovens assinada pelo UNICEF, Ministério da Justiça do Estado da Bahia e Polícia Militar. Até a época de 1995, cerca de 30 entidades governamentais e não governamentais baianas já haviam participado desse processo (SALLIN, 2014, p. 4).

Com a participação do governo federal por meio do Ministério da Justiça, o movimento acabou se transformando em um movimento nacional, recebendo cerca de 3.000 denúncias apenas nos três primeiros anos da Bahia. A primeira reunião do Ecpat foi realizada em El Salvador, em 1997. Como resultado, foram formados cinco grupos regionais, que hoje se expandiram de todo o Brasil para 13 entidades, formando o movimento Ecpat Brasil. Em maio de 1998, o Cedeca / BA foi eleito representante oficial da Ecpat no Brasil (SALLIN, 2014, p. 4).

O projeto do Dia Nacional é resultado de pesquisa da repórter do Cedeca/BA Eleonora Ramos, que elaborou o projeto e pediu à deputada Rita Camata que o submetesse ao Bundestag. Em 18 de maio de 2000, as duas casas do Congresso dos Estados Unidos aprovaram o projeto de lei, que passou a fazer parte do calendário oficial do país e foi promulgado pela Lei Federal 9.970 / 00. Desde então, organizações voltadas para a defesa dos direitos da criança e do adolescente realizam atividades em todo o país para conscientizar a sociedade e as autoridades sobre a gravidade dos crimes de violência sexual contra menores.

O repórter Carlos Alberto Luppi investiga a reportagem "Araceli: Corrupção na Sociedade" (publicado pela Alfa-Omega em 1979) "História" (História Imediata) A série escreveu:

> "A morte de Araceli é um exemplo típico de incidente. Nesse incidente, o fenômeno da impunidade também inclui graves e escândalos omitidos pela polícia, a destruição de provas

> materiais por fatos criminais, a influência do tráfico, interesses políticos e a suspeita das autoridades. Pressão, tentativas de suborno a testemunhas eficazes e amedrontadas, relatórios precipitados, tentativas rudes de desqualificar testemunhas convincentes, estranhos intervindo e interessados em esconder crimes em investigações policiais, ameaças, mentiras, pessoas suspeitas de crimes e crimes Mortes, desaparecimentos, perseguições, tráfico de drogas, demora indefinida desse processo e corrupção" (LUPPI, 1979, p. 17-8).

Tais comportamentos continuam ocorrendo, e a impunidade por crimes sexuais parece ser muito maior do que outros tipos de crimes. É verdade que em sua história a sociedade brasileira nunca se mobilizou e se organizou para combater os abusos e tem estado Exploração sexual de crianças e jovens. Seu pai comunicou a polícia e deixou o retrato da garota na redação, esperando que fosse realmente apenas um desaparecimento. Seis dias após o desaparecimento da menina, um menino procurava pássaros atrás do hospital infantil da área. Quando sentiu um cheiro desagradável, ele se aproximou e percebeu que era um cadáver em decomposição, a maioria engolido por animais Reconhecimento, é irreconhecível, porque para dificultar o reconhecimento da vítima, jogaram ácido. Na verdade, os especialistas precisam "examinar" muitas coisas no terreno para encontrar os dentes e outras partes do corpo (SALLIN, 2014, p. 6).

2.1. Fundamentos histórico do caso Araceli

Na sexta-feira, 18 de maio de 1973, a rotina de Araceli mudou. Ela não apareceu em casa, papai estava em um velho besouro, procurando por ela na casa de amigos e conhecidos, até chegar ao centro de Vitória, mas não a encontrou.

De acordo com o autor Sallin (2014, p. 6) "araceli foi espancada, dopada, estuprada, estrangulada e segundo a perícia "morta numa orgia de sexo e drogas", tinha marcas de dentadas em seus seios, barriga e região pubiana. Seu queixo, deslocado com um golpe e o rosto e corpo desfigurados com ácido". Ocorre que em agosto de 1977, o juiz Hilton Healy ordenou a prisão de Dante de Brito Michelini e Paulo Constanteen Helal pelo assassinato de Araceli, Dante Barros Michelini foi acusado de sabotar a investigação para libertar seu filho. Em outubro do mesmo ano, obtiveram o habeas corpus e, por coincidência, o juiz foi "promovido" a juiz. Em 1980, Dantinho e Paulinho foram julgados e condenados, mas a sentença foi anulada. Em um novo julgamento em 1991, o réu não era culpado (SALLIN, 2014, p. 6).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O crime expirou, mas o caso Araceli é uma ferida que nunca foi totalmente curada. Segundo José Luzeiro, autor de "Accra Amore", o caso resultou em 14 mortes, desde possíveis testemunhas até interessados em solucionar o crime. Quando ele próprio investigava os crimes de Vitória para produzir seu relatório de livro, teria sido alvo de "queima de arquivo". Três anos depois, Araceli foi sepultado no Cemitério nº 1213 do Cemitério Municipal de Serra.

O abuso sexual é uma forma de violência e a impunidade é grave. Conforme mencionado anteriormente, na maioria dos casos, é bem sabido que os abusadores têm um importante significado moral, emocional e econômico para aqueles que os conhecem. Mesmo que o ato violento seja notificado, os obstáculos legais e processuais à coleta de "provas substanciais" do crime sempre desaparecerão.

2.2. Formas de abuso sexual

O uso do poder pela simetria entre o abusador e o abusado é ingrediente para violência cometida pelo abusador, uma vez que, que o abusador se aproveita do fato de a criança ter sua sexualidade despertada para consolidar a situação de acobertamento. A criança se sente culpada por sentir prazer, e isso é usado pelo abusador para manipular e abusar mais da criança.

O abuso sexual pode se manifestar de diversas formas, sendo dividido em duas formas; abuso sexual sem contato físico e abuso sexual com contato físico.

Os abusos sexuais sem contato físico, se dividem da seguinte forma:

> **Abuso sexual verbal:** conversas abertas sobre atividades sexuais destinadas a despertar interesse na criança ou no adolescente ou choca-los:
>
> **Telefonemas obscenos**: a maioria é feita por adultos, especialmente do sexo masculino, podendo gerar ansiedade na criança, no adolescente e na família.
>
> **Exibicionismo:** a intenção, neste caso, é chocar a vítima. O exibicionismo é, em parte, motivado por esta reação. A experiência pode ser assustadora para as vítimas.
>
> **Voyeurismo:** o voyeur obtém sua gratificação através da observação de atos ou órgãos sexuais de outras pessoas, estando normalmente em local onde não seja percebido pelos demais. A experiência pode perturbar e assustar a criança ou o adolescente. A internet é hoje a grande vitrine para o voyeur.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(Revista, ampliada. Ed. Autores & Agentes, Abuso sexual: mitos e verdades, 2002, p. 11)

Desta forma, o abuso sexual se manifesta de diversas maneiras, a primeira delas são os abusos sem contato físico, o agressor apenas inicia "marcando território", enviando mensagens de textos com cunho sexual, iniciando conversas pervertidas, despertando a curiosidade da criança, e logo, inicia os abusos físicos.

Já o abuso sexual com contato físico, são aqueles:

Atos físico-genitais: incluem relações sexuais com penetração vaginal, tentativa de relações sexuais, caricias nos órgãos genitais, masturbação, sexo oral e penetração anal.

Pornografia e prostituição de crianças e adolescentes: são essencialmente casos de exploração sexual visando fins econômicos.

Pornografia: é uma forma de abuso sexual da criança e ou do adolescente cujo objetivo muitas vezes, é a obtenção de lucro financeiro.

Prostituição infantil: é definida como a utilização ou participação de crianças ou adolescentes em atos sexuais com adultos ou outros menores, onde não necessariamente, está presente a força física.

Atentado violento ao pudor: é constranger alguém a praticar de atos libidinosos, sem penetração vaginal, utilizando violência ou grave ameaça, sendo que, em crianças e adolescentes de até 14 anos, a violência é presumida, como estupro.

Incesto: é qualquer relação de caráter sexual entre adultos e uma criança ou adolescente, entre um adolescente e criança, ou ainda entre adolescentes, quando existe um laço familiar, direto ou não, ou mesmo uma mera relação de responsabilidade.

Assédio sexual: caracterizado por propostas de contato sexual, quando é utilizada na maioria das vezes, a posição de poder do agente sobre a vítima, que é chantageada e ameaçada pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> agressor. (Revista, ampliada. Ed. Autores & Agentes, Abuso sexual: mitos e verdades, 2002, p. 12/14)

Portanto, os profissionais de saúde assim como pais, devem estar atentos para identificar as formas de abuso sexual contra as crianças e adolescentes. A criança ou adolescente abusado mostra mudança no comportamento, começa a se isolar, tem quadro de ansiedade e depressão. Os devem estar atentos, além de serem cuidadosos com seus filhos. A proteção à criança e aos adolescentes são direitos fundamentais promulgados pela Constituição Federal.

3. PRINCIPAIS PRINCIPIOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

É sabido que muitos são os direitos fundamentais que asseguram a personalidade da Criança e do Adolescente, dentre eles estão o respeito e a dignidade, assim como a liberdade, direito a vida, à saúde, educação e muitos outros, esses princípios e direitos de proteção e dignidade da pessoa humana. Os princípios da proteção integral, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Maria Regina Fay de Azambuja, preleciona que "A Constituição Federal de 1988 está embasada nas noções de valor e princípio. Conforme Gama, os princípios traduzem "mandamentos de otimização, com caráter deontológico, relacionando-se ao dever-ser (...)".

3.1. Da proteção integral

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente tem como origem a Constituição Federal de 1988, mais precisamente o seu dispositivo 227, que diz:

> 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).

Neste artigo da Carta Magna estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, 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 (NOGUEIRA, 2014, online).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É descrito em vários artigos do ECA o princípio da proteção integral, o artigo 143 do ECA que dispõe:

> Art. 143 - É vedada a disposição de atos judiciais, policiais e administrativos, que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.
>
> Parágrafo único - Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência ao nome, apelido, filiação, parentesco e residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

O referido artigo possui o objetivo de resguardar a criança e ao adolescente, por meio de sua intimidade, usando o sigilo como sua ferramenta, desviando-se da exposição exacerbada pública, injusta e prejudicial.

No que tange sobre o princípio, preleciona Cury, Garrido & Marçura (2002, p. 21) que:

> A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado (...)

Este princípio surge com a ideia de que a criança e o adolescente, deve ter todos os seus direitos protegidos pela sociedade. Desta forma, o princípio da proteção integral, em síntese, norteia a construção de todo o ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente.

3.2. Da dignidade da pessoa humana

A dignidade humana foi originada pelo homem desde os primórdios da humanidade, mas foi somente recentemente através de convenções e pactos relacionados aos seres humanos que foi acolhido por completo. Conforme Plácido e Silva, diz que "dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida". (Ivone Ballao Lemisz, 2010, online).

Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana "é valor próprio, natural, inalienável e incondicionado" (2008, p. 45). Vem definida como "um valor absoluto, intrínseco à essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente" (Pereira, 2008, p. 150). (AZAMBUJA APUD PEREIRA, 2011, p. 57).

A Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil e consequentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal:

> "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 1988)

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a ideia democrática, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Desta forma, o princípio da dignidade humana é para todos, o indivíduo quando nasce, automaticamente já adquiri este direito fundamental, sendo assim, a criança e o adolescente deve ter seu direito a dignidade preservado por todos.

É dever dos pais preservar todos os direitos da criança e o adolescente, trata-lo com dignidade. Mas como vimos, a cultura do estupro e pedofilia vem de muitos antes de ser proibido no mundo, a violência contra as crianças era normal em épocas antigas, e apesar de hoje ter sido vedado, ainda existe pessoas doentes que insistem em fazer mal a esses pequenos, a violência sexual incestuosa é uma delas.

4. VIOLÊNCIA SEXUAL NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Uma das principais violências acometidas contra as crianças, com certeza é a violência sexual, mas muitas das vezes ela acontece no lar onde a criança vive, e por alguém que devia protege-la. Desta forma, não existe um tipo grupal determinado, onde ocorre a violência sexual, pois está pode ocorrer nas mais variadas classes sociais, de todos os países do Mundo, nas mais diversas culturas, de inúmeras formas (Ivone Ballao Lemisz, 2010)

Sendo assim, Maria Regina Fay de Azambuja (Ivone Ballao Lemisz, 2010) afirma que:

> A violência sexual praticada contra a criança "ainda é um fenômeno social grave que atinge todas as idades, classes sociais, etnias, religiões, culturas e limitações individuais". Acontece em um ambiente relacional favorável, às expensas da

> confiança que a vítima deposita no abusador, que se aproveitando da ingenuidade da criança e do adolescente, "pratica a violência de forma repetitiva, insidiosa, fazendo crer que ela, a vítima, é culpada por ser abusada" (AZAMBUJA, 2011, p. 97)

Na maioria das vezes, a violência sexual ocorre com a criança pelo fato de ser mais vulnerável e fraca, pois ela não sabe o que está ocorrendo, se tornando uma presa fácil para o abusador. A algumas vezes o autor da violência é do sexo masculino, conforme preleciona Ivone Ballao:

> A maioria dos relatos de violência sexual contra crianças e adolescentes têm na figura do autor pessoa do sexo masculino, mas existem casos onde o abusador é do sexo feminino. Em quase que a totalidade dos casos de violência sexual no âmbito familiar a mãe da vítima, infante ou adolescente, tem pleno conhecimento da situação de violência sexual à que o filho é submetido, entretanto, silencia e acaba por se tornar conivente com a situação, quase sempre por temor ou porque é o agressor quem sustenta o lar. Isto posto, vemos que a criança ou adolescente não tem à quem pedir ajuda, já que quem deveria ajudar ou pôr fim à violência permanece inerte diante da situação (LEMISZ, 2010).

Desta forma, a violência intrafamiliar ocorre e, é, um mal a ser combatido, pois, traz consequências irreversíveis a criança e ao adolescente.

4.1. Estupro de vulnerável de menores de 14 anos

O presente item tratará sobre os crimes cometidos contra menores de 14 anos, em especial o estupro de vulnerável, Lei essa que foi alterada pela nova Legislação nº 12.015 de 2009 que dispõe.

> Art. 217-A ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
>
> pena – reclusão, de 8(oito) a 15(quinze) anos.
>
> § 1.º incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
>
> § 2.º (vetado.)
>
> § 3.º se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: pena – reclusão, de 10(dez) a 20 (vinte) anos.
>
> § 4.º se da conduta resulta morte: pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos [2]

No artigo 217-A da Lei 12.015/2009 inseriu-se as qualificadoras dos atos sexuais praticados em menores de 14 anos, onde se vislumbrou por aumento das penas ao acusado de estupro. O Capítulo II do Título referente aos crimes contra a dignidade sexual trata das condutas praticadas contra vulneráveis. Esse conceito não existia anteriormente à Lei n° 12.0 15/09, mas sim a "violência presumida", então prevista no artigo 224 do Código Penal ("Presume-se a violência, se a vítima: (a) não é maior de catorze anos; (b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; (c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência"). Assim, praticado ato sexual com uma das pessoas arroladas neste dispositivo, sem imposição mediante violência "real" (efetiva) ou grave ameaça, presumia-se violenta a conduta, ainda que por ficção jurídica, permitindo o enquadramento típico da relação libidinosa nos artigos 213 ou 214 do Código Penal. Não havia, portanto, tipificação autônoma para os crimes praticados contra vulneráveis, o que foi cambiado com a reforma dos crimes sexuais, em que restou revogado o artigo 224 do CP. Hoje, esses delitos estão previstos nos artigos 217-A a 218-B do Código Penal[3].

Gilaberte (2014) ressalta que, proteger certos grupos de pessoas, abrangendo na salvaguarda a esses indivíduos quanto as mudanças ocorridas no atual texto do Código Penal relativo a crimes sexuais.

> O termo vulnerável é originado do latim *vulnerabile*, tem seu significado como sendo a pessoa que poderá ser ofendida por motivo de maior fragilidade se for comparada a pessoas mais idosas. A legislação conceitua vulnerável como sendo o "menor de catorze anos" ou ainda a pessoa com deficiência mental ou alguma enfermidade grave que a impeça de sugestionar algo sobre a prática de relação sexual ou ato libidinoso, ou mais, por motivo de qualquer outro impedimento de discernir o ato, não possa oferecer resistência contra o sujeito ativo.[3]

Bitencourt (2012) definiu sua conceituação sobre o termo vulnerável que diversas situações requerem interpretações distintas, pois há diversos fatores que envolvem a vulnerabilidade.

> O legislador pátrio trata a vulnerabilidade fazendo referências a "pessoas absolutamente inimputáveis", como, o menor de 14 anos; pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tem noção para entendimento do ato como correto ou incorreto; ou ainda uma pessoa que não possa oferecer resistência por motivos alheios a sua vontade[4].

Bitencourt (2012) faz referências ao legislador quando o mesmo optou por descrever os tipos de vulnerabilidade que existem no ordenamento jurídico nacional.

> O Capítulo II, antes denominado "Da Sedução e da Corrupção de Menores", foi praticamente todo revogado pela Lei n. 11.106/2005, restando apenas o crime de corrupção de menores (art. 218). Os demais crimes já haviam sido retirados do CP: sedução (art. 217), rapto violento ou mediante fraude (art. 219) e rapto consensual (art. 220). Recentemente, por meio da Lei n. 12.015/2009, que alterou o nome do capítulo, também foram inseridos os arts. 217-A, 218-A e 218-B, além da alteração promovida no art. 218[5].

Martinelli (2013) aponta que as mudanças ocorridas nos crimes relacionados aos menores, que foram alterados e inseridos na Lei 12.015 de 2009, alterando também o nome do capítulo que trata do referido tema.

O sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável poderá ser uma pessoa qualquer, um homem, mulher, enfim qualquer pessoa que praticar atos sexuais ou não. Já o sujeito passivo também denota de qualquer pessoa, desde que se caracterize as condições de vulnerabilidade qualificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro: menor de 14 anos ou enfermidade ou deficiência mental. Pois, à medida que foi violentada pelo sexo masculino, em qualquer circunstância, torna-se também "sujeito passivo do crime de estupro" que é semelhante ao antigo "crime de atentado violento ao pudor". Dessa forma, o crime de estupro de vulnerável tem hipótese que poderá ser passível entre dois homens ou também duas mulheres.

Bitencourt (2012) revela as características que englobam o termo vulnerabilidade, dependem das circunstâncias em que ocorra o crime, o delito de estupro se configura na esfera penal como sendo de gravidade relevante. A nova figura justifica-se pela fragilidade das vítimas envolvidas. Entende o legislador que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

menor de 14 anos não possui maturidade suficiente para discernir sobre suas escolhas, especialmente quando houver envolvimento sexual. O consentimento da vítima abaixo dos 14 anos é inválido. O agente, por isso, merece a punição por se aproveitar de sua condição de vulnerável. Nota-se que o tipo do art. 217-A configurasse pela mera conjunção carnal ou outro ato libidinoso mesmo sem o uso do constrangimento. No entanto, pode o crime ser praticado também por meio da violência ou da grave ameaça, devendo o juiz, na dosimetria da pena, fazer uso do intervalo da pena de 8 a 15 anos.

Nota-se que o legislador teve a consciência e a perspicácia de inserir de forma clara os artigos que tratam do crime de estupro cometido em menores de 14 anos e encontra-se disposto no artigo 217-A da lei em vigor de 2009.

5. AUMENTO DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR DURANTE A PANDEMIA

De a Agência Brasil (2020, online) "um relatório da organização não governamental – ONG Word Vision estima que até 85 milhões de crianças e adolescente, entre 2 a 17 anos, poderão se somar às vítimas de violência física, emocional e sexual nos próximos três meses em todo o planeta". Ainda de acordo com o portal "o número representa um aumento que pode variar de 20% a 32% da média anual das estatísticas oficiais" (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Acontece que apesar de o confinamento em casa ser uma medida protetiva para conter o avanço do novo vírus chamado de Coronavírus, este procedimento foi um gatilho para o aumento de casos de violência doméstica. Uma vez que apesar de a casa na maior parte das vezes ser um "lar" existe uma boa parte da população que sofre por ali não ser um ambiente seguro, visto que muitos membros da família precisam compartilhar o espaço com a pessoa que comete o abuso.

O grande aumento de números se dar porque as escolas, centro comunitários entre outros não podem proteger a vítima em situação de violência, principalmente a criança que não pode fugir. De acordo com a Agência Brasil (2020) "relatório mostra um aumento alarmante nos casos de abuso infantil a partir das medidas de isolamento social", afirma Andrew Morley, presidente do conselho da World Vision Internacional". Ainda de acordo com o portal "no caso do Brasil, a projeção é de um aumento de 18% no volume de denúncias de violência doméstica. Esse aumento deve chegar a 75% no Chile, 50% no Líbano e 21,5% nos Estados Unidos". Sendo assim, no Brasil o aumento é alarmante, havendo certa preocupação, uma vez que os números de denúncias só aumentam.

Segundo a UNICEF algumas medidas estão sendo adotadas, e solicitações expedidas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O UNICEF está pedindo aos governos que garantam a segurança e o bem-estar das crianças em meio à intensificação das consequências socioeconômicas da doença. A agência da ONU dedicada às crianças, juntamente com seus parceiros da Aliança para a Proteção da Criança em Ação Humanitária, divulgou um conjunto de orientações para apoiar as autoridades e organizações envolvidas na resposta (UNICEF, 2020).

Além do mais, medidas devem ser adotadas para coibir este tipo de pratica durante o estado tão crítico que está sendo vivido. Conforme a UNICEF:

Aliança recomenda que governos e autoridades de proteção tomem medidas concretas para garantir que a proteção de crianças seja parte integrante de todas as medidas de prevenção e controle da Covid-19, incluindo:

> Treinar a equipe de saúde, educação e serviços para crianças sobre os riscos à proteção infantil relacionados à Covid-19, inclusive sobre prevenção de exploração e abuso sexual e como relatar preocupações com segurança;
>
> Treinar os socorristas sobre como gerenciar a divulgação de violência baseada no gênero (GBV Pocket Guide – Guia de Bolso sobre Violência Baseada em Gênero – disponível somente em inglês) e colaborar com os serviços de saúde para apoiar sobreviventes desse tipo de violência;
>
> Aumentar o compartilhamento de informações sobre serviços de referência e outros serviços de apoio disponíveis para crianças;
>
> Engajar meninas e meninos, principalmente adolescentes, na avaliação de como a Covid-19 os afeta de maneira diferente para instruir programas e advocacy;
>
> Fornecer apoio direcionado a centros de cuidados provisórios e famílias, incluindo famílias chefiadas por crianças/adolescentes e famílias substitutas, para apoiar emocionalmente meninas e meninos e engajá-los no autocuidado apropriado;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Prestar assistência financeira e material às famílias cujas oportunidades de geração de renda foram afetadas;
>
> Implementar medidas concretas para impedir a separação da criança de sua família e garantir apoio a crianças deixadas sozinhas sem os cuidados adequados devido à hospitalização ou morte de um dos pais ou cuidador; e
>
> Garantir que a proteção de todas as crianças seja levada em consideração nas medidas de controle de doenças (UNICEF, 2020).

Sendo assim, é necessário que haja políticas públicas por parte do Estado para aumentar o número de profissionais especializados nesse tema, e prepara-los para agir, assim como conscientizar a população a denunciar casos de abuso infantil, e que assim o órgão competente possa retirar a vítima das mãos dos agressores o mais rápido possível.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo analisar casos históricos de violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, a relação entre sua classificação e legislação e a situação atual do problema. Leis apropriadas e explícitas que proíbem o abuso sexual, junto com campanhas de educação, fortaleceram o cumprimento estrito da legislação e punição exemplar de infratores, o que pode quebrar a impunidade generalizada neste campo. Existem muitas dificuldades inerentes ao processo de notificação às autoridades de casos de abuso e ao funcionamento do sistema de proteção de direitos. Porém, vale lembrar que, nessa batalha, a aplicação da lei não basta. É preciso educar a população. A educação é sempre a melhor medida preventiva.

Tratou ainda sobre a violência sexual contra as crianças e adolescentes, como sua história no decorrer dos tempos, como as crianças mais pobres eram tratadas como submissas aos que possuíam mais recursos, e como ao longo dos tempos isso foi mudando e as crianças ganharam proteção do Estado, vimos também o conceito de violência sexual contra a criança e ao adolescente, assim como a diferenciação de violência intrafamiliar e extrafamiliar. Além disso, foi analisado sobre os princípios inerentes à proteção da criança e do adolescente e dignidade da pessoa humana.

Como o número de casos de crianças e adolescentes ameaçados de violência é crescente e chocante, o trabalho atual pode utilizar as informações para dar uma contribuição significativa para o reconhecimento de possíveis atitudes de crianças e

adolescentes em situação de risco, incitando denúncias e divulgando-as. As informações podem ser utilizadas para projetar criteriosamente novos trabalhos, e até prevenir plano de informações sobre abuso sexual e exploração sexual de crianças e adolescentes, de forma a trazer benefícios de longo prazo para a sociedade, mudando a questão anterior da vulnerabilidade, proporcionando um desenvolvimento seguro e saudável Informações de possibilidade.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **A história social da infância e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em: Acesso em: 17/08/2020;

ALBUQUERQUE, Catarina. **Direitos Humanos - Órgãos das Nações Unidas de Controlo da Aplicação dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos: Os Direitos da Criança: as Nações Unidas, a Convenção e o Comité**. Disponível em: Acesso em 17/8/2020;

AMENDOLA, Marcia Ferreira. **Crianças no labirinto das acusações: falsas alegações de abuso sexual.** Curitiba: Juruá Editora, 2009;

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?.** Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2011.

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. **CASOS ARACELI E ANA LÍDIA: UMA REFLEXÃO SOBRE O ABUSO E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MENORES NO BRASIL**, 2014. Revista, artigo e monografia. Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

BRASIL. **Constituição da República federativa (1988).** Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei NO12.015/2009. **Nova Lei de Crimes Sexuais**. 2015.

Brasil, República Federativa do Brasil. **Estatuto da Criança e do Adolescente. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).** Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Ed.Reformulada.

GILABERTE, Bruno. **Direito penal: crimes contra a dignidade sexual**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 60. Idem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos: procuram-se vítimas.** São Paulo: Cortez, 1984.

MARTINELLI, João Paulo **O. Dos crimes contra vulnerável. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 318.

SALLIN, Franciele Brito. 18 de Maio: o **Caso Araceli - O Início do Combate ao Abuso Sexual Infantil.** Psicologado, [S.l.]. (2014). Disponível em https://psicologado.com.br/atuacao/politicas-publicas/18-de-maio-o-caso-araceli-o-inicio-do-combate-ao-abuso-sexual-infantil . Acesso em 1 Out 2020.

Pandemia eleva risco de abuso a crianças e adolescentes. DISPONIVEL EM: https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/abusosexual/2020/05/22/NWS,141372,70,849,NOTICIAS,2190-PANDEMIA-ELEVA-RISCO-ABUSO-CRIANCAS ADOLESCENTES.aspx. Acesso em: 07/09/2020.

NOTAS:

[1] Prof. Rubens Alves. Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

[2]BRASIL, Lei nº 12.015/2009. **Nova Lei de Crimes Sexuais**. 2015.

[3]GILABERTE, Bruno. **Direito penal**: crimes contra a dignidade sexual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 60.

[4]Idem.

[5]MARTINELLI, João Paulo O. Dos crimes contra vulnerável. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código Penal interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 318.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CONCILIAÇÃO, OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS E O ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

LARISSA CORREA DA COSTA: Bacharelanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA/Manaus-Amazonas.

RESUMO: A cultura jurídica brasileira tem tradicionalmente intensificado ações de incentivo em modos alternativos de resolução de disputas (conciliação), apesar da crescente desilusão com o modo de adjudicação. Da mesma forma, a educação jurídica é conhecida por seu foco único em decisões de tribunais de apelação como pronunciamentos oficiais do que direito é, confirmando a orientação positivista e hierárquica do sistema jurídico. Desta forma este artigo tem por objetivo geral refletir e analisar perante as ações que tramitam e que são de competência dos Juizados Especiais Cíveis e sua participação no atual cenário Jurídico Brasileiro, além de especificamente descrever e explicar o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis, considerando todos os seus aspectos e importância para conhecimento desse meio de acesso à justiça; analisar o desenvolvimento do papel dos Juizados Especiais ao longo do processo; e, demonstrar de que forma pode ocorrer a interferência da crise judiciária nos Juizados e se realmente são tão eficazes desde sua criação. Os Juizados Especiais Cíveis, regidos pela Lei nº 9.099/1995, fazem-se presentes em meio a tantas demandas judiciais que crescem diariamente, destinado a resolução de menor complexidade dos conflitos, e verificar o seu funcionamento e eficácia justifica este trabalho. Neste sentido, este estudo foi construído por revisão bibliográfica integrativa em livros, artigos eletrônicos que tratam do tema fazendo um contraponto entre as opiniões de autores que se ocuparam da matéria. Conclui que a rigor, a conciliação é a forma menos intrusiva de resolução de disputas em que o mediador permite que as próprias partes determinem os parâmetros do debate, o modo de discurso e a natureza do resultado.

Palavras-Chave: Conciliação. Juizados Especiais. Lei nº 9.099/1995.

ABSTRACT: The Brazilian legal culture has traditionally intensified incentive actions in alternative dispute resolution (conciliation), despite the growing disillusionment with the adjudication method. Likewise, legal education is known for its unique focus on decisions by appellate courts as official pronouncements of what law is, confirming the positivist and hierarchical orientation of the legal system. Thus, this article has the general objective of reflecting and analyzing before the lawsuits that are under the jurisdiction of the Special Civil Courts and their participation in the current Brazilian Legal scenario, in addition to specifically describing and explaining the functioning of the Special Civil Courts, considering all its aspects and importance

for knowledge of this means of access to justice; analyze the development of the role of the Special Courts throughout the process; and, demonstrate how the judicial crisis can interfere in the Courts and whether they are really so effective since its creation. The Special Civil Courts, governed by Law No. 9,099 / 1995, are present amid so many judicial demands that grow daily, aimed at resolving less complex conflicts, and verifying their functioning and effectiveness justifies this work. In this sense, this study was built by an integrative bibliographic review in books, electronic articles that deal with the subject making a counterpoint between the opinions of authors who dealt with the matter. It concludes that, strictly speaking, conciliation is the least intrusive form of dispute resolution in which the mediator allows the parties themselves to determine the parameters of the debate, the mode of speech and the nature of the result.

Keywords: Conciliation. Special Courts. Law No. 9,099/1995.

1 INTRODUÇÃO

Embora a conciliação deva exercer um papel neutro no processo de negociação na justiça, pode-se esperar que ele defina a direção do processo em um grau maior do que no caso da mediação. A mediação é normalmente associada a uma disputa dentro de uma família, onde é muito do interesse das partes desenvolver a capacidade de exercer controle autônomo sobre seu relacionamento.

A linguagem de reclamante e acusado, utilizada pela legislação, sugere uma relação mais formal do que se poderia esperar em uma disputa interpessoal. No entanto, as partes não precisam necessariamente se confrontar durante o processo de conciliação, pois cabe ao conciliador ajudar as partes a chegarem a um acordo que seja mutuamente aceitável para elas por qualquer meio que provavelmente seja eficaz; uma conferência, seja voluntária ou obrigatória, é simplesmente uma estratégia. Apesar do reconhecimento legislativo da relação de oposição entre as partes a partir de criação da Lei Nº 9.099/1995, o conciliador, no entanto, não deve ser confundido com um árbitro com poderes para impor um acordo se as partes não conseguem chegar a um acordo entre si.

Além da capacidade de convocar uma conferência obrigatória e o poder de obter a descoberta de documentos incluídos em alguma legislação, a compulsão ao abrigo da legislação é em grande parte prerrogativa dos Juizados Especiais.

Mesmo com o advento da Lei Nº 9.099/1995, o sistema legal brasileiro moderno permanece enraizado em valores tradicionais nos quais a conciliação, ao invés da adjudicação, é o método preferido de resolução de disputas. Até mesmo a Suprema Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal - STF reluta em causar

discórdia e raramente usa seu poder de revisão judicial autorizado constitucionalmente. Desta forma este artigo tem por objetivo geral refletir e analisar perante as ações que tramitam e que são de competência dos Juizados Especiais Cíveis e sua participação no atual cenário Jurídico Brasileiro, além de especificamente descrever e explicar o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis, considerando todos os seus aspectos e importância para conhecimento desse meio de acesso à justiça; analisar o desenvolvimento do papel dos Juizados Especiais ao longo do processo; e, demonstrar de que forma pode ocorrer a interferência da crise judiciária nos Juizados e se realmente são tão eficazes desde sua criação.

Então este artigo examina os fatores legais e históricos que contribuíram para a adoção da Lei Nº 9.099/1995. Explora métodos e teorias de conciliação e as mudanças que o poder de revisão judicial provoca em todos os tribunais brasileiros. Verifica as questões que envolver os tribunais especiais e a Lei Nº. 9.099/95.

O enfoque da pesquisa foi qualitativo que pé um tipo de pesquisa que busca descrever um tópico mais do que medi-lo com uso de impressões, opiniões e visões. Uma pesquisa qualitativa é menos estruturada: ela busca se aprofundar no tópico em questão para obter informações sobre as motivações, pensamentos e atitudes das pessoas. Embora isso traga uma compreensão profunda às questões de pesquisa, também torna os resultados mais difíceis de analisar.

O desenho utilizado na pesquisa foi do método não experimental que é uma pesquisa que carece da manipulação de uma variável independente, atribuição aleatória de participantes a condições ou ordens de condições, ou ambas.

A técnica de coleta de dados foi a do método dedutivo aquele que parte de uma situação particular para uma situação geral. Para classificação do tipo de pesquisa utilizada quanto aos fins e quanto aos meios. Quanto aos fins a pesquisa foi descritiva. Quanto aos meios a pesquisa foi bibliográfica que representa um levantamento geral em relação ao tema escolhido. Conclui que a rigor, a conciliação é a forma menos intrusiva de resolução de disputas em que o mediador permite que as próprias partes determinem os parâmetros do debate, o modo de discurso e a natureza do resultado.

2 HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

O poder judiciário formal no Brasil, só começou a ser exercido quando da instituição por parte da Metrópole, no caso Lisboa e seu rei, do sistema de Governo Geral. Martins Afonso de Souza foi nomeado Governador Geral do Brasil, por dom João III, com amplos poderes: executivo, legislativo e judiciário. Exercia o poder judiciário de forma muito ampla, inclusive com a possibilidade de sentenciar alguém

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

à morte pelo cometimento de delitos muito graves, pelo menos na consideração dele (PEDRO, 2014).

Com o passar dos tempos e a evolução natural da Colônia, também era natural que um Estado fosse se organizando; ainda sob o domínio dos governadores Gerais, em 1609 foi instituída a Corte de Apelação do Tribunal de Relação da Bahia, que é considerado o primeiro Tribunal no Brasil que tinha com função fundamental julgar os recursos em 2ª Instância, ou seja, a primeira instância ainda era o Governador Geral, mas agora já sem todo o poder de julgamento, sendo criado uma instituição superior com esse intuito. Apenas em outubro de 1751, foi instituído o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro que tinha como função atender às demandas da região mineradora, com jurisdição amplas do que hoje é a região sudeste e sul do Brasil. Sobre a criação deste Tribunal, assim se manifesta Pedro (2014, p. 133):

> O Brasil crescia vertiginosamente e as demandas Estatais também, não havia mais espaço para decisões de administração pública para uma pessoa só, embora essa pessoa fosse o Governador Geral; na Bahia foi criado o primeiro tribunal brasileiro, mais em segunda instância, o que já representava um avanço considerável no sistema jurisdicional, mas haviam outras demandas e o tribunal na Bahia começou a ficar sobrecarregado, sendo necessário à criação de outro tribunal para atender a demanda de outra região muito mais importante economicamente naquele momento: a região mineradora. Mas em função da demanda acabou tendo suas funções ampliadas para atender as demandas jurisdicionais da região Sul também

Fugindo da invasão francesa ao território português aportou-se em 1808, no Brasil, a Corte Portuguesa. Uma das providências no âmbito legal-político-jurisdicional foi a instituição do Reino Unido do Brasil, a Portugal e Algarves, seguindo os ditames modernizadores da época, mas principalmente no sentido de preservar o *status quo* do Reino que tinha caráter absolutista e autoritária. Mas é importantes ressaltar que o Brasil já havia sio alçado a condição de vice-reino anteriormente a sua criação de Reino Unido. Desta forma, segundo Cotrim (2012), o Brasil deixava a sua condição anterior de colônia adquirindo autonomia administrativa.

A partir de 1820, com a revolução do Porto (independência de Portugal em ralação a França) que se consolidou em 1822, com o Príncipe Regente decretado a Independência do Brasil, Com esse processo era necessário organizar o Estado brasileiro, logo reconhecido pela maioria das nações, como os Estados Unidos, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inglaterra e a França. Até este momento o órgão máximo da Justiça do Brasil colônia era a Casa de Suplicação de Lisboa, que ficava fora do Brasil, o que dificultava em muito o acesso da justiça localizada nas terras portuguesas.

Mas é importante ressaltar que desde maio de 1808, foi instituído um Alvará com força de Lei, que estabelecia uma série de normas da Administração da Justiça. Segundo Oliveira (s/d, p. 6):

> A celeridade e fluidez no andamento processual ([...] embaraços que a retardem e estorvem e se faça com a prontidão e exactidão que convém [...]); a justiça de forma distributiva na proporcionalidade dos interesses ([...] interessa o estado e o bem comum e o particular dos meus leais vassalos [...]); a distância territorial/física como empecilho ante a resolução aos interesses processuais locais, para com a decisão aos recursos protocolados no Brasil colônia e decisões a serem emitidas em Portugal, na Casa de Suplicação localizada em Lisboa.

Assim, estava criado o Superior Tribunal de Justiça no caso brasileiro. Mas existia também outro órgão superior da jurisdição brasileira ainda em vigor: a Casa da Suplicação do Brazil, e tem: competência recursal em última instância. Em 1824 foi editada a primeira Constituição do Brasil. Essa constituição estabeleceu quatro (4) poderes: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. Quanto ao poder judiciário a Constituição a dividia em duas (2) partes: a primeira: a um juiz de direito, ao juiz de paz e ao Júri, que ligação administrativa a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça. Já a segunda parte, era a denominada justiça de segunda que estabeleceu a instituição de tribunais da Relação nas províncias (atuais Estados) (COTRIM, 2012).

Esse tribunal era um corte revisional das decisões de primeira instância. Mas não havia autonomia da justiça, em função da presença, no texto constitucional do poder moderador, que conferia ao Imperador o direito de reformar qualquer decisão, do âmbito dos outros poderes (legislativo e judiciário) contidos nos art. 101, 151, 153 e 155 da Constituição do Império do Brasil (OLIVERIA, s/d).

Já a Constituição de 1891, a primeira da República Federativa do Federativa do Brasil estabeleceu um Estado federativo e, por conseguinte, uma nova forma administrativa da justiça brasileira (COTRIM, 2012).

Os decretos n° 848, de 11 de novembro de 1890, e de n° 1030, de 14 de novembro de 1890 tinham como função precípua estabelecer um novo sistema organizativo da justiça federal e a justiça do Distrito Federal (Rio de Janeiro) que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabeleceram as jurisdições federal e local, ou seja, uma jurisdição dualista (PEDRO, 2014).

Rui Barbosa, talvez o amis importante jurista brasileiro da história foi o principal responsável pelo modelo de federalismo brasileiro, que tinha como elemento basilar o federalismo americano que foi construído dentro de uma de uma realidade distante da realidade americana (COTRIM, 2012).

Abrucio (2013, p. 76) diz com objetividade que: "afinal, federalismo entre nós quer dizer apego ao espírito de autonomia; nos Estados Unidos, associação de estados para defesa comum".

Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição de 1891, estabeleceu finalmente a independência do judiciário em relação ao executivo, garantindo-lhes a irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, com exceção dos casos de sentença condenatória, além de as suas atribuições serem, sensivelmente, aumentadas. Também foi garantido a independência de decisões , salvo aquelas decisões recorridas, cujos tribunais superiores poderiam revisar. Foram criadas a Justiça Federal, a Justiça Estadual e o Supremo Tribunal Federal (COMTRIM, 2012).

A Justiça Federal tinha como fator preponderante o Supremo Tribunal Federal e pelos Juízes Federais. Estava criada a estrutura atual da justiça no Brasil, com modificações ao longo do tempo, mas não na estrutura geral. As outras constituições brasileira (1934, 1937, 1946 e 1967/1969) preservaram a estrutura administrativa com base em um justiça dualista com modificações apenas na estruturação da lei, como a criação de tribunais do trabalho, justiça eleitoral e justiça militar (PEDRO, 2014).

3 SISTEMA JURÍDICO

A definição do tipo de ordenamento jurídico de um Estado está intimamente ligado com a sua origem, conforme elenca Bobbio (2010, p.205):

> Nenhum ordenamento nasce num deserto; metáforas à parte, a sociedade civil em que se vai formando um ordenamento jurídico, como o do Estado, não é uma sociedade natural, absolutamente desprovida de leis, mas uma sociedade em que vigem normas de vários tipos, morais, sociais, religiosas, comportamentais, costumeiras, convencionais [...].

É indispensável a existência de um sistema jurídico dentro de uma sociedade, pois os indivíduos tendem a tomar atitudes que lhes sejam vantajosas, sem considerar outros indivíduos. Desta forma, o Estado se incumbe de impor normas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que não prejudiquem o coletivo e que garantam os interesses individuais, conforme elucida Bobbio (2010, p. 16):

> As civilizações se caracterizam por ordenamentos de regras que contem as ações dos homens que delas participara. A história apresenta-se, então, como um conjunto de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa [...] perguntar-se quais ações foram proibidas naquela determinada sociedade, quais foram comandadas, quais foram permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se orientava cada indivíduo.

Tendo em vista a necessidade de um sistema jurídico para regular as normas e reger as relações de uma sociedade, faz-se necessário conceituar o termo sistema jurídico. Segundo Bobbio (2010, p. 196):

> [...] O ordenamento jurídico (como qualquer outro sistema normativo) é um conjunto de normas. Essa definição genérica de ordenamento pressupõe uma única condição: que para a constituição de um ordenamento concorram mais normas (ao menos duas) [...].

Assim conforme a definição de Bobbio (2010), sistema jurídico é uma expressão específica do termo sistema, com o qual se designa pelo menos:

a) um complexo de elementos interdependentes de modo a formar um todo (por exemplo, os de corpos celestes), e,

b) um complexo de noções, proposições e princípios logicamente conectados relacionados a uma ciência ou atividade prática específica.

Nesse segundo sentido, pode-se subdividir:

1) os sistemas como complexos organizados de doutrinas, filosóficas ou científicas, em inter-relação coerente segundo um princípio unificador (por exemplo: sistema aristotélico, hegeliano, euclidiano, geométrico);

2) sistemas como formas, ou conjunto de princípios ou critérios, de organizar um determinado quid (por exemplo, social, econômico, financeiro, fiscal, governamental, feudal, representativo, bicameral, capitalista, socialista, economia mista);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3) sistemas como procedimentos ou complexos de operações com os quais se tende a perseguir um propósito específico (por exemplo: construção, aquecimento, iluminação, trabalho, ensino, lazer, sistema vital) (ROCHA, 2009).

A diferença entre sistema, neste último significado, e método é mais quantitativa do que qualitativa: o método expressa a ordem das fases de um procedimento ou operação, o sistema é o complexo ordenado das várias fases. Então, o sistema jurídico pode ser entendido em todos e cada um dos significados anteriores. No sentido indicado em a) sistema jurídico equivale em geral como um conjunto de entidades interdependentes (instituições, normas, sujeitos), No sentido indicado em b) sistema jurídico é, respectivamente, um corpo de doutrinas de um jurista (por exemplo: sistema kelseniano) ou de um grupo de juristas (por exemplo: sistema da escola histórica) (o chamado sistema extrínseco (BARROSO, 2008).

O equivalente a uma ordem jurídica determinada ou positiva, por exemplo: o sistema italiano, canônico, internacional, francês, alemão (denominado sistema intrínseco) ou método sistemático ou dogmático, se preferir (ALEXY, 2005).

A noção de sistema tem origem no pensamento filosófico antigo, como representação e reprodução da totalidade da realidade entendida como organismo. Mais precisamente, surge em Aristóteles como uma ideia de uma organização sistemática de todas as ciências no conjunto do conhecimento (LIMA, 2013).

Mas são os estóicos que, ao definir a totalidade cósmica ordenada com o termo *sÚsthma*, contribuem para acolher a designação deste atributo de conhecimento com o derivado *susthmatikÒn* (sistemático) (PORTO, 2005).

Se, no entanto, a natureza sistemática do conjunto de verdades filosóficas (doutrinas) é originalmente exemplificada no modelo da realidade externa por ser considerada ordenada, então passa por um processo de desenvolvimento moderno (e adquire um significado específico) quando fundado exclusivamente de antes (no racionalismo) na coerência dedutiva (no modelo do conhecimento matemático), então (a partir de Kant) no caráter unitário do princípio que deve presidir ao elo entre as proposições individuais de conhecimento (LIMA, 2013).

Enfim, ao mesmo conjunto de verdades (de doutrinas) em virtude de leis intrínsecas a elas, representando assim a garantia última da verdade (que só pode ser expressa em forma de sistema através do desenvolvimento rigoroso de todos os aspectos da realidade a partir de um único princípio racional) que é tal como é logicamente pensável (SOUZA, 2007).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já na antiga ciência jurídica ocidental há uma distinção entre duas noções de sistema jurídico como um sistema de conhecimento jurídico: o sistema externo, como uma sequência convencional de representação dos objetos de uma ciência, e o interno, como a organização dialética de uma área do conhecimento através da classificação e definição completa de seus objetos, de forma tão compacta que a classe mais alta (gênero) forma o objeto da mesma ciência, a partir da qual, através das subclasses e espécies (espécies) chega-se finalmente à última espécie, ou seja, o fenômeno único (CRUZ E TUCCI, 2005).

Exemplos de sistemas externos incluem o sistema das Doze Tábuas, o *jus civile Mucian*, o sistema editorial, o sistema legal de Justiniano; como exemplos do sistema interno, os sistemas das instituições de Gaia e Justiniano. Mas esta é uma ressalva, bem como uma distinção difícil de referir ao pensamento jurídico romano, visto a necessidade de observar uma certa ordem no tratamento do *jus civil*, manifestada com Q. Mucio Scevola na época republicana e depois recorrente entre os juristas romanos, para fins cognitivos e didáticos, embora se desenvolvesse no sentido de preparar não apenas um despacho parcial, referente a certas figuras jurídicas semelhantes, mas também sua conexão lógica interna, não colocou conduzindo a um sistema real como se entende modernamente, com referência à totalidade do sistema jurídico ou, pelo menos, de direito privado (PORTO, 2005).

Só no período intermediário o problema e o valor da ordem e da clareza foram substituídos pela preocupação de comparar e agrupar o que nas várias partes do *Corpus Juris* tratava do mesmo assunto (permanece o fato de que o problema da sistemática é ainda entendido em um sentido totalmente extrínseco) (PORTO, 2005).

Certa estrutura sistemática emerge sobretudo na consideração das fontes (leis imperiais, direitos locais, costumes, direito canônico), mesmo que sempre de caráter extrínseco, isto é, voltado para a determinação da ordem hierárquica das normas, não para a construção de conceitos dogmáticos referentes a institutos individuais ou grupos deles (LOURENÇO, s/d)

Além disso, deve-se observar, de forma geral, que os chamados sistema de origem representa um exemplo típico de um sistema denominado externa ou extrínseca, não porque seja uma expressão mais ou menos mediada de uma ordem histórico-positiva, mas porque tende a visar determinar uma ordem das regras em razão de sua derivação (validade), e não pela coerência de seus conteúdos (LOURENÇO, s/d)

As origens da ideia de um sistema interno, de um *esprit de sy-stème*, como um complexo unitário formado por elementos (normas) consistentes em seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conteúdo, talvez possam ser atribuídas, ainda que confusamente, ao pensamento renascentista, precisamente no momento em que o direito romano, privado por evidentes razões histórico-políticas do valor do direito vigente, foi ao invés reconhecido (ou preservado) o do direito exemplar, do ponto de vista lógico (MARINONI, s/d).

4 CONCILIAÇÃO

O julgamento de disputas ainda é suspeito no Brasil por várias razões. Em primeiro lugar, porque muitos brasileiros ainda consideram que as aparências no tribunal tem muita valia, ou seja, se uma das partes de um poder aquisitivo maior, tem importância econômica maior (no caso das disputas entre pessoas físicas e jurídicas) etc., a conciliação continua sendo o método preferido de resolução de litígios. Na verdade, uma pessoa que não observa as regras de comportamento, mas em vez disso promove seus próprios interesses através dos tribunais, demonstra desprezo sobre si mesmo (CAMPOS e SOUZA, 2016).

Em segundo lugar, o *status* social também desempenha um papel substancial em determinar se deve usar os tribunais para resolução de disputas; aqueles indivíduos que a sociedade percebe como inferiores dentro da estrutura de classe se submetem àqueles a quem a sociedade percebe como superiores. Finalmente, o conceito ocidental de direitos individuais entra em conflito com o ideal filosófico de uma hierarquia humana natural, uma parte poderosa da vida de sociedades cristãs (CAMPOS e SOUZA, 2016).

Exemplos da influência contínua dos valores cristãos abundam no mundo ocidental e, especialmente no Brasil. Os credores solicitam, e não exigem, que os devedores cumpram com suas obrigações. Como antes, quando uma parte se desculpa, a outra perdoa. Para muitos brasileiros, a desarmonia criada ao processar outra pessoa é semelhante à extorsão e, portanto, os tribunais gastam grande parte de seu tempo resolvendo disputas por meio de conciliação (CHAGAS, 2017).

A Lei de Conciliação Civil promulgada em 20 de setembro de 1995 (Lei Nº 9.099) formalmente introduziu no Brasil a conciliação no código civil brasileiro. Essa lei fornece um mecanismo para a resolução de litígios relativos a todos os assuntos civis exceto relações domésticas e disputas trabalhistas (FONSECA, 2016).

Além disso, criou os tribunais especiais conferindo a eles jurisdição sobre os casos de conciliação, a menos que as partes designem um tribunal estadual. Uma parte pode solicitar que um caso de conciliação seja convocado apresentando uma proposta ou o tribunal pode designar um caso perante ele (MARINONI e ARENHART, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Um tribunal especial geralmente administra um caso de conciliação com a ajuda de um conciliador, embora o juiz tenha permissão para gerenciar o caso sozinho. O conciliador ouve o caso. As partes podem ser acompanhadas por advogados. A maioria das audiências começa com o presidente, geralmente um juiz e/ou conciliador que apresenta a assembleia das partes envolvidas, explicando o espírito e o propósito dos procedimentos de conciliação, enfatizando a diferença entre conciliação e um processo padrão (MARQUES, 2016).

Desta forma os conciliadores tem que agir de maneira justa e imparcial e enfatizar a natureza confidencial dos procedimentos. Após a introdução, o presidente questiona cada parte, demitem-nos e decidem que ação tomar. Oferece então acordos apropriados com, de preferência, várias alternativas (CAMPOS e SOUZA, 2016).

As audiências subsequentes persuadem as partes a fazer concessões e chegar a uma solução mutuamente aceitável. Depois um acordo é alcançado, as partes comprometem o acordo por escrito que se torna vinculativo e judicialmente executável. Se a conciliação falhar, as partes terão um tempo para entrar com uma ação judicial (MARQUES, 2016).

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão máximo da justiça brasileira tem incentivado fortemente a conciliação e apoia a educação e o treinamento de conciliadores Embora os conciliadores recebam apenas honorários nominais, muitas pessoas estão ansiosas para servir nesta prestigiosa atividade, principalmente acadêmicos de direito que tem atuado em tribunais especiais e, na no Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON com o objetivo de iniciarem suas atividades no campo do direito (MARINONI e ARENHART, 2011).

Os conciliadores têm diretrizes para audiências e são encorajados a evitar ficar com raiva, favorecer um lado ou não transmitir nem mesmo as opiniões irracionais de uma parte. Enquanto os tribunais no Brasil estão ocupados com processos judiciais padrão, a função principal do judiciário e do CNJ é encorajar a conciliação. Mas esse não é o único ímpeto que faz com que o judiciário gravite em direção à conciliação (CHAGAS, 2017).

Muitos juízes brasileiros, principalmente os mais velhos, nutrem valores tradicionalistas e cristãos e se veem como defensores da harmonia e do compromisso. Embora a conciliação é o método preferido de resolução de disputas, o compromisso é defendido mesmo em processos judiciais padrão. Mesmo assim, os críticos sustentam que a aparente falta de litigiosidade é o resultado de restrições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

institucionais ao invés de qualquer obediência avassaladora às preferências pela conciliação (FONSECA, 2016); (CHAGAS, 2017).

Para alguns autores, como Tavares (2015), alguns brasileiros não procuram a justiça para perseguirem seus próprios interesses nos tribunais por causa de uma questão cultural de não acreditar na justiça. Esses críticos apontam para longo atrasos que enfrentam os litigantes, geralmente forçando-os a buscar recurso de mecanismos alternativos, centros de proteção ao consumidor e negociações diretas com empresas (FONSECA, 2016).

Os atrasos nos procedimentos legais formais derivam em grande parte da falta de litigantes. O governo é responsável por seus números. O Estado controla o acesso de graduados em direito ao acesso aos cargos público de juiz e promotores de justiça por intermédio da realização de concursos públicos. Tem também a Ordem dos Advogados do Brasil OAB que controla o exame em que os graduados em direito devem passar para entrar no exercício da advocacia (MARINONI e ARENHART, 2011).

Embora o recurso atual a mecanismos alternativos de resolução de disputas possa realmente ser o resultado de um número artificialmente baixo de juízes e advogados, a insistência de que os brasileiros não favorecem a conciliação é falha. O fato de o governo se recusar a promulgar reformas jurídicas de longo alcance é, em si, forte evidência de uma preferência oficial esmagadora pela conciliação ao invés do litígio. Isso pode ser o produto da relação mais próxima entre o governo e o setor econômico no Brasil Claramente, segmentos poderosos da sociedade brasileira ainda favorecem a conciliação, embora possa chegar o dia em que esta posição atual dê lugar a uma litigiosidade crescente (MARQUES, 2016).

5 A LEI Nº 9.099/1995

No dia 20 de setembro de 1995 foi promulgada a Lei nº 9.099. A respectiva Lei é uma norma ampla com 97 artigos que tratam dos juizados especiais e criminais no Brasil. Se a vida da lei para formalistas jurídicos é lógica e para pragmatistas jurídicos é experiência, então a lei federal nº 9.099 não serve para nenhum dos dois. Mais do que qualquer outro campo do direito, o direito civil regular as relações civis dentro do Estado brasileiro. Seus princípios se agregam em grupos de normas consistentes, e seu efeito prático tem sido legitimar as relações sociais. A marca registrada da solução de controvérsias no sistema jurídico brasileiro passou a ser, com a edição da Lei nº 9.099/1996 a natureza consensual (ALMEIDA e OLIVEIRA, s/d).

A desordem nas relações entre entidades e pessoas físicas que têm *status* formal neste nível, principalmente, não poderia ser remediada a menos que todas as partes envolvidas consentam tanto na implementação do processo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

resolução de disputas quanto no mecanismo específico a ser engajado (VINCENZO, 2015)

Isso passou a ser verdadeiro quer o método específico selecionado seja de natureza judicial ou conciliatória Esta configuração da ordem conciliatória com a intermediação de juizados especiais conforme determina a Lei nº 9.099/1995 é o produto de seu formato descentralizado onde todos os preliantes, em princípio, são juridicamente iguais e onde não há entidade governamental superior com autoridade para prescrever, julgar e fazer cumprir a lei. O valor primordial é o acordo sob o comando de um juizado especial (CHAT, 2010).

Outra camada pode foi adicionada a respectiva lei é de se alguém expandir os limites da ordem jurídica para incluir, de acordo com os conceitos do direito civil as atividades de entidades privadas - individuais ou jurídicas - que estão participando de atividades no âmbito regional das quais surgem disputas. Suas transações costumam ser relacionadas a negócios, envolvendo comércio, re4lações de consumidor, litígios civis, etc (TORRES, 2017).

Desta forma a Constituição Brasileira garante o acesso a justiça de forma linear e efetiva. A justiça gratuita foi uma das principais garantias proferidas pela Constituição de 1988, justamente para garantir o princípio da igualdade. A garantia da justiça gratuita em sua espécie se diferencia em gênero e espécie. No gênero é a garantia da presença de um advogado do Estado para quem dele necessita conforme preceitua art. 5º, LXXIV, da CRFB/88 (LEITE, 2018).

A justiça gratuita está garantida no art. 98, §1º, do CPC/2015, em que diz textualmente que às custas judiciais a isenção das seguintes despesas processuais: I – as taxas ou à custa judicial, serão gratuitas em seus vários incisos, sendo que no inciso VI os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira, está garantido (LEITE, 2018)).

Assim, o processo deve seguir a máximo de produzir bons resultados, com a aplicação da justiça em sua plenitude e não de forma exagerada. O senador romano Cícero falava exatamente disso quando dizia "justiça demais é injustiça", ou sej,a existe limitações para a justiça que é aplicação da lei em sua plenitude (GUIMARÃES, 2018).

Embora a CF de 1998 garanta o acesso a justiça de forma igual, no Brasil é fato que isso não ocorre na garantia do princípio da igualdade, já que pessoas de baixa renda dificilmente tem acesso a justiça, pelo impeditivo financeiro. Não possuem recursos para acionar um advogado e o Estado não tem estrutura suficiente para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

oferecer advogados públicos em profusão que atendam essa enorme demanda (SANTOS, 2012).

Preocupado com isso, o constituinte originário de 1988 buscou estabelecer mecanismos de proteção ao principio da igualdade instituindo os Juizados Especiais Cíveis, que veio ocupar o lugar do Tribunal de Pequenas Causas, com a finalidade de atender a grande demanda de casos, chamados pela jargão jurídico de casos menores dificuldades, que geralmente atinge uma parcela significativa da população de baixo poder aquisitivo. O art. 98 da CF de 1988 diz com propriedade:

> A União, o Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

O constituinte originário procurou garantir um dos mais dos aspectos mais fascinantes do sistema jurídico brasileiro que envolvia o processo de pequenas causas. Frequentemente referido no direito comprado como Tribunal do Povo, justamente por ser esse tipo de tribunal aquele que entra em contato mais direto com os cidadãos de uma jurisdição. Alguns casos são bizarros, a maioria é interessante e todos são graves para as partes. Desde que o valor da causa seja menor ou igual ao limite jurisdicional. Assim, a CF de 1988 garantiu que qualquer tipo de ação civil pudesse entrar no juizado de pequenas causas, independentemente da complexidade do caso (GOMES, 2013).

Assim, a partir de CF de 1988, os tribunais especiais passaram a ser um componente fundamental do sistema jurídico brasileiro, criando assim um dos sistemas judiciais de pequenas causas mais movimentados e regulamentados do mundos. Nos tribunais especiais as disputas civis menores individuais são de especial importância para as partes e de significativa consequência social e econômica coletivamente para os cidadãos brasileiros (LORENCINI, 2009).

A fim de fornecer um processo adequado e eficiente para a resolução de tais disputas civis menores, o poder legislativo do Brasil criou e aprovou os tribunais especiais pela Lei nº 9.099 em 20 de setembro de 1995, passando a usar o sistema de tribunais especiais no Brasil como exemplo, desde sua origem no ano de 1882 no Rio Grande do Sul com a experiência dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem. Em 1894 foi aprovada a Lei nº 7.244 que criou o Juizado de Pequenas Causas até sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

definitiva mudança em 1988 por intermédio do art. 98 da CF e da adição da Lei nº 9.099 de 20 de setembro de 1995 (CHAT, 2010).

Seguindo o exemplo do estabelecimento dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem no Rio Grande do Sul em 1882 e da adição em 1894 da a Lei nº 7,244, todas as províncias e depois estados brasileiros criaram alguma forma de sistema de tribunais de pequenas causas (GUIMARÃES, 2018).

Embora os limites das reclamações financeiras, métodos de procedimento e estrutura geral variassem de estado para estado, o conceito era essencialmente o mesmo: disputas relativamente menores envolvendo quantias que era insuficientes para garantir o processamento do caso através do procedimento judicial normal justificavam um tratamento simplista e rápido. Os tribunais de pequenas causas do Brasil estavam vinculados ao sistema jurídico do Brasil, mas possuíam flexibilidade para usar abordagens mais holísticas para resolução de problemas e resolução de disputas do que o normal (GOMES, 2013).

Com a Lei nº 9.099 de 20 de setembro de 1995, os juízes mais internos passaram a fazer o que fizer sentido para eles, mesmo que isso signifique definir à parte as formalidades legais. Além disso, as regras tradicionais de provas e processos judiciais não eram tão significativas, embora importantes. Aqui o que vale é a autonomia da vontade das partes (LORENCINI, 2009).

As regras de pequenas ações judiciais enfatizam a conciliação e o pragmatismo sobre a vitória, e muitas regras de provas e procedimentos civis foram simplificadas para permitir o máximo acesso aos tribunais por indivíduos que não podem pagar um advogado (SANTOS, 2012).

Assim quando um pintor destrói o tapete antigo de R$ 1.550,00 de um proprietário, o lugar certo é geralmente o tribunal especial. Lá, as partes podem resolver a disputa por si mesmas, sem recorrer a litígios onerosos. Mas e se o tapete valesse bem mais? Muitos tribunais especiais não puderam aceitar o caso porque o valor em disputa excede seu limite jurisdicional. E muitos advogados não aceitariam o caso porque simplesmente não vale a pena seu tempo (TORRES, 2017).

Desta forma a criação dos tribunais especiais foi um avanço para o tratamento das pequenas causas no Brasil. Segundo Soares (1996, p. 23)?

> Tal preceito representou mais uma tentativa do Constituinte brasileiro de oferecer ao cidadão, em especial ao mais pobre, meios de acesso à Justiça com a necessária simplicidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> celeridade, brevidade e, acima de tudo, com a economia de gastos, este dispêndio que impregna a Justiça brasileira.

Em virtude dessas considerações, os Juizados Especiais Cíveis nascem pela busca do legislador em suavizar, formular um meio estratégico e satisfatório visando diminuir as altas demandas da Justiça Comum, proporcionar acesso possível e indistinguível de característica célere e rápida (VINCENZO, 2015)

6 A CRISE JUDICIÁRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUA EFETIVIDADE

É significativo o aumento diário das demandas legais, caracterizando-se altíssimas no judiciário, o que pode muitas das vezes interferir no bom curso processual. O Poder Judiciário vem passando por adversidades que, por sua vez, não se faz presente somente na Justiça Comum (VINCENZO, 2015)

As peculiaridades de atribulações também atingem os Juizados Especiais Cíveis, que por um lado alcançando eficiência com as conciliações, noutras perspectivas apresentam dificuldades existentes. Nessa linha, desenvolve-se o pensamento exposto por Buzzi (2014, p. 469- 470), pontuando os diversos fatores que causam óbices desencadeando a crise no judiciário:

> a) o distanciamento entre o Poder Judiciário e o cidadão;
>
> b) o excesso de processos, que abarrotam o Judiciário;
>
> c) a morosidade e os altos custos dos processos;
>
> d) a burocracia e a complexidade dos procedimentos que deveriam oferecer ao indivíduo a almejada justiça;
>
> e) a mentalidade de um contingente de juízes pouco compromissados com a missão da instituição a qual pertencem e que fazem menos do que poderiam;
>
> f) a ignorância das partes acerca dos procedimentos e rotinas judiciais;
>
> g) a deficiência, ou inexistência, concernente ao funcionamento dos serviços de defensoria pública ou assistência judiciária gratuita.

Apresentados tais fatos pelo Autor, esses são os principais geradores da problemática pertencente a funcionalidade do judiciário. Entretanto, não são todos os itens listados que afetam aos Juizados Especiais Cíveis (BUZZI, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O legislador criou os Juizados para sanar diversos problemas que foram listados pelo doutrinador. Todavia, o que se fala de falta de Juízes e serventuários, a tradição da sentença e da ação predominante em profissionais de direito entre outros, comprometem sua autocomposição (ALMEIDA e OLIVEIRA, s/d).

A conciliação ainda é o modo mais eficaz para a solução dos pleitos que tramitam nos Juizados. Podendo ocorrer na fase de Execução ou mesmo na Instrução e Julgamento, se busca preferencialmente esse método de apresentação de propostas para atingir a plena satisfação das partes (TORRES, 2017).

É indubitável o fato de a crise existente atingir em partes o funcionamento desse órgão, mas ele ainda concede uma tutela jurisdicional de baixo custeio, menos burocrática e informal (CHAT, 2010).

Nessa senda, os Juizados Especiais Cíveis apresentam sua funcionalidade atendida por aqueles que o buscam, atingindo a sua simplicidade processual e bons meios de acesso, desenvolve seu verdadeiro papel social e minimizando o excessivo formal (SANTOS, 2012).

Em remate, é necessário mudanças de infraestrutura, modo organizacional e melhor investimento nesse sistema jurídico para que não se torne moroso como a Justiça Comum, objetivando sempre a celeridade, acesso à Justiça, e a credibilidade dos que pleiteiam no Poder Judiciário Brasileiro e nos Juizados Especiais Cíveis (GUIMARÃES, 2018).

Assim no sentido de regulamentar o art. 98 da CF de 1988 o legislativo brasileiro promulgou importantes revisões como a adição da Lei nº 9.099 de 1995. No estado em que se encontra agora, o sistema de tribunais especiais é estatutariamente dirigido e concentra-se principalmente na solução de pequenos casos civis da maneira mais expedita e justa possível do ato é fornecer foro judiciário no qual disputas civis menores podem ser resolvidas de forma expedita, barata e justa 9BRASIL, 1988); (BRASIL, 1995).

O tribunal especial tem jurisdição extremamente ampla para ouvir quase todos os casos civis em que os danos solicitados sejam de valores considerados pequenos Ao longo dos anos, no entanto, vários grupos procuraram aumentar o limite jurisdicional a fim de permitir que mais disputas sejam canalizadas por meio desse sistema e aliviar os tribunais regulares de parte de seus encargos. Afinal, muitas vezes custa mais de R$ 5.000,00 para contratar um advogado para litigar da maneira convencional (GOMES, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como a jurisdição do Juizado Especial é limitada apenas pelo valor dos danos reivindicados e não pela complexidade do caso, quase qualquer tipo de ação pode ser intentada. Como resultado, mais elitentes estão optando pelas ações de pequeno montante no sistema judicial, mesmo que isso signifique renunciar ao valor de suas reivindicações que exceda o limite (GUIMARÃES, 2018).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das muitas mudanças que estão ocorrendo no judiciário, as atitudes e valores tradicionais permanecem influentes. A desaprovação popular, a vergonha por parte da vítima e a ênfase no pedido de desculpas continuam a ser fatores que desencorajam o litígio. Embora o litígio esteja aumentando no Brasil, o número de casos litigados permanece relativamente baixo embora dada a estrutura do sistema judiciário brasileiro esteja afogado de processos. Mais esse acúmulo é por conta da infraestrutura deficiente dos tribunais. A maioria dos litígios não chega aos tribunais. Aqueles que o fazem são geralmente resolvidos de maneira tradicional sob a orientação do juiz. No entanto, há sinais de que esses valores duradouros podem perder seu fascínio.

Tendo experimentado a transformação radical de sua sociedade, os brasileiros talvez estejam a ponto de deixar a tradição de lado e mergulhar de cabeça nos mares tempestuosos de litigiosidade e revisão judicial.

Os tribunais especiais, estabelecidos no Brasil elo art. 98 da CF de 1988 e adicionados definitivamente pela Lei nº 9.099 de 20 de setembro de 1995 são um componente fundamental do sistema jurídico brasileiro. Eles são originários dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem de 1882 no Rio Grande do Sul e da Lei nº 7.244 que criou o Juizado de Pequenas Causas no ano de 1894.

Em mais de 100 anos de vida do pequeno tribunal de reivindicações, o limite jurisdicional aumentou muito, reconhecendo assim a necessidade de não apenas manter os valores de reivindicações inflacionados, mas também garantindo que este sistema judicial continue para retirar casos que envolvem valores de reclamações menores fora do controle civil regular e em sua divisão.

A missão principal do processo é resolver controvérsias civis menores em tempo hábil e ordeiramente, não tendo que aderir às regras processuais e probatórias do tribunal formal . No entanto, existem várias questões e preocupações legais que ainda surgem. Este artigo explorou os mais comuns e controversos e examinou os tipos de casos e a eficiência do sistema de tribunais especiais por meio da aplicação da conciliação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Porém, o sistema parece estar funcionando de maneira expedita, justa e criteriosa para os tempos atuais. Conforme discutido, o sistema do Tribunal Especial é capaz de processar muitas reclamações, mais como todo o sistema jurídico brasileiro está estrangulado pela ausência de juízes em número suficiente para atender essa demanda.

Como escreveu o juiz do STF, Nery da Silveira no ano de 1996 "não é o acesso ao tribunal que garante o acesso ao prefeito funcionamento do processo adversário" No entanto, o tribunal especial que trata das pequenas causas dá aos litigantes a oportunidade de simplificar suas disputas jurídicas, exclui advogados do processo e discute seu problema com um localizador de fatos neutro, tudo sem o processo oneroso de litígio civil completo. Sem isso, o sistema brasileiro de justiça civil e procedimento seria gravemente prejudicado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira, Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, J.; OLIVEIRA, W. B. R. **A conciliação nos juizados especiais cíveis estaduais e o atual cenário jurídico brasileiro**. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/62535/a-conciliacao-nos-juizados-especiais- civeis-estaduais-e-o-atual-cenario-juridico-brasileiro > / Acesso em: 21 de maio de 2020.

BARROSO, L. R. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais, n. 23, p. 65-76, abr./jun. 2008.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. 3 ed. São Paulo: Brasileiense, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo> RT, 2015.

BRASIL. **Constituição da República**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.senadofederal.gov.br Acesso em 22 de fev de 2017RASIL.

BRASIL. **Lei nº 0.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm >. Acesso em 24 de maio de 2020.

BUZZI, D. C. A lei nº 9.099 de 20 de setembro de 1995: aspectos fundamentais. Artigo, 2014. Disponível em http://www.jusnavegandi.com.br Acesso em 22 de aset de 2020.

CAMPOS, A. P.; SOUZA, A. de O. B. A **Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 59, n. 1, 2016.

CHAGAS, B. S. R. **O tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2017.

CHAT, L. **Expressões condutoras do raciocínio jurídico**. Disponível em: <http://lunnachat.blogspot.com/2010/12/expressoes-condutoras-do-raciocinio-num.html >/Acesso em: 18 maio de 2020.

COTRIM, G. **História para o ensino médio, Brasil e geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ E TUCCI, J. R. **Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 13-23, mar./abr. 2005.

FONSECA, R. M. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 2016, v. 44, p. 61-76.

GOMES, A. A crise do judiciário e a eficácia da conciliação nos juizados especiais cíveis estaduais de São Luís-MA. 01/04/2013. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-crise- do-judiciario-e-a-eficacia-da-conciliacao-nos-juizados-especiais-civeis-estaduais-de-sao-luis-ma/> / Acesso em: 26 de maio de 2020.

GUIMARÃES, P. **O Acesso Á Justiça**: A Efetividade Dos Juizados Especiais Cíveis. 062018 às 08h49. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/priscilla-guimaraes1/artigos/o-acesso-a-justica-a-efetividade-dos-juizados-especiais-civeis-4354 >/Acesso em: 20 de maio de 2020.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito Civil**. 10ª ed. São Paulo: Sariava, 2018.

LIMA, T. A. R. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**. 1. ed. São Paulo:Saraiva, 2013.

LORENCINI, M. A. G. L. **Juizados Especiais**. 2 ed. Curitiba-PR. IESDE Brasil S.A, 2009.

LOURENÇO, H. **Precedente Judicial como fonte do Direito**: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em:<http: //www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em 20 de set de 2020.

MARINONI, L. G. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em: http://marinoni.adv.br/artigos.php#>. Acesso em 20 de set de 2020.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, A.
G. **A solução de conflitos dentro e fora do processo por meio da mediação no ordenamento jurídico brasileiro**: uma necessária contribuição do pensamento de Emmanuel Levinas sobre e a alteridade para a reflexão a respeito da mediação. Revista de Direito Brasileira, São Paulo/SP, set./dez. 2016, v. 15, n. 6, p. 200-222.

LIVEIRA, S. M. Q. de. **Retrospectiva histórica da justiça no Brasil**: sob os auspícios da casa da suplicação até a criação supremo tribunal de justiça. Artigo, s/d. Disponível em http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2007/sonia.pdf Acesso em 20 de set de 2020.

PEDRO. A. **História do judiciário brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, C. L. A. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.

SANTOS, M. F. **Dos Juizados especiais cíveis e criminais**: federais e estaduais. Vol. 15 - tomo II / Marisa Ferreira dos Santos, Ricardo Cunha Chimenti. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 15 – tomo II) 1. Juizados especiais - Leis e legislação – Brasil Leis e legislação – Brasil I. Chimenti, Ricardo Cunha. II. Título. III.

SOARES, N. da S. **Juizado Especial Cível**: a justiça na era moderna. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009.

TAVARES, S. M. F. C. **As alternativas para resolução de conflitos na área ciivl no Brasil**. Revista de Direito Brasileira, [S. l.], set. 2015, v. 4, n. 3, p. 561-591.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TORRES, K. **Os Juizados Especiais Cíveis estaduais e a morosidade processual**. 07/12/2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51112/os-juizados-especiais- civeis-estaduais-e-a-morosidade-processual> / Acesso em: 23 de maio de 2020.

VINCENZO, J. **Juizados especiais**: particularidades da sistemática e as alterações trazidas pelo CPC/2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69255/juizados-especiais-particularidades-da- sistematica-e-as-alteracoes-trazidas-pelo-cpc-2015> / Acesso em: 25/05/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO EM FACE DOS CRIMES PERMANENTES

LEIVA DOS SANTOS FERREIRA GUAITA:
Graduanda 9º periodo em Direito pela faculdade São Lucas DE Ji-Paraná e Pós Graduanda em Ciências Forense e Pericia Criminal pela faculdade Unijipa DE jI- Paraná.

THAYZ DE OLIVEIRA NASCIMENTO[1]

(coautora)

RESUMO: O presente artigo apresenta, para reflexão, a questão: a relativização do direito à inviolabilidade de domicílio em face dos crimes permanentes é legal? Isso porque, apesar de recorrente, referido questionamento ainda é objeto de constantes debates dentro do ordenamento jurídico brasileiro (doutrina e jurisprudência), pois emerge do princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar, uma das garantias constitucionais do cidadão — ter a sua casa como seu abrigo inviolável, a qual não poderia ser invadida sob o pretexto do cumprimento da lei, salvo exceções constitucionalmente elencadas. Diante desse cenário, pretende-se realizar uma breve análise da evolução do direito constitucional, em especial, dos dispositivos que tratam da inviolabilidade do domicílio, bem como dos conceitos de domicílio, invasão e crime permanente, apresentando um debate sobre a legalidade ou ilegalidade da invasão de domicílio nos crimes permanentes, sob à luz das normas vigentes e jurisprudências. Busca-se, para além de uma melhor compreensão sobre a legalidade ou ilegalidade da invasão do domicílio nos crimes permanentes, respaldada em ações legalmente instituídas, afastar falsas noções de inviolabilidade domiciliar absoluta, demonstrando, assim, como se dá o fenômeno da relativização do direito em face dos crimes permanentes.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicílio; Privatividade; Garantias fundamentais; Crime permanente; Relativização.

ABSTRACT: This article presents the question to reflect: is the relativization of the right to inviolability of the home in the face of permanent crimes legal? This is because, although recurrent, this questioning is still the subject of constant debates within the Brazilian legal system (doctrine and jurisprudence), as it emerges from the constitutional principle of home inviolability, one of the constitutional guarantees of the citizen - having his home as his inviolable shelter, which could not be invaded under the pretext of compliance with the law, except for constitutionally listed exceptions. In view of this scenario, it is intended to carry out a brief analysis of the

evolution of constitutional law, in particular of the devices that deal with the inviolability of the home, as well as the concepts of home, invasion and permanent crime, presenting a debate on the legality or illegality home invasion in permanent crimes, in the light of current rules and jurisprudence. It seeks, in addition to a better understanding of the legality or illegality of home invasion in permanent crimes, supported by legally instituted actions, to remove false notions of absolute home inviolability, thus demonstrating how the phenomenon of relativization of the law occurs in the face of permanent crimes.

Keywords: Home inviolability; Privativity; Fundamental guarantees; Permanent crime; Relativization.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO. 3. A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO 4. A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À INVIOLABILIDADE E OS CRIMES PERMANENTES 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A inviolabilidade domiciliar é um direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contudo, o próprio dispositivo que aborda essa proteção também traz a relativização do direito nos casos de flagrante delito, de desastre, para prestar socorro ou, ainda, durante o dia, mediante autorização judicial.

Sucede-se que, no que tange ao flagrante delito, quanto ao agente público, que é revestido de seu poder de polícia, embora tenha o dever legal de agir e o respaldo de violar o domicílio de qualquer cidadão para apurar possíveis condutas e atos criminosos quando há elementos objetivos que justifiquem tal excepcionalidade, em diversas situações fáticas, têm-se demonstrado o abuso de poder e de autoridade desses agentes ao violarem o domicílio de cidadãos sem mandado judicial.

Em se tratando de crimes permanentes, a necessidade de um mandado judicial que permita a violação do domicílio é patente, visto que as circunstâncias indicativas de um crime anterior ao flagrante delito são mais difíceis de serem adquiridas, porém, com frequência, agentes estatais, motivados por seu próprio estado de ânimo, acabam transgredindo a regra e produzindo provas ilícitas.

Noutro giro, diante de certas circunstâncias, as ações e as provas obtidas pelo agente policial no domicílio do infrator, aparentemente ilegais, muitas vezes acabam passando pelo crivo do Poder Judiciário para serem convalidadas ou não, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

forma a se evitar possível absolvição do condenado e revisão criminal do processo judicial. Há, ainda, situações em que ocorre o fracasso do flagrante delito, deixando vulnerável o indivíduo que teve seu direito à proteção do domicílio relativizado.

Diante do exposto, indaga-se qual o liame entre a proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar e o estrito cumprimento do dever legal do agente estatal diante de um possível crime permanente? Há consequências jurídicas e legais à sociedade e aos agentes públicos quando violado esse direito fundamental? E quais são as possibilidades de o Poder Judiciário convalidar as provas obtidas? Outro destaque importante desta pesquisa refere-se ao termo 'vulnerabilidade', que substituiu a redação anterior da norma, que discorria sobre 'presunção de violência'. Com isso, diante da mudança do tipo penal, da categoria de punição, para uma tipificação penal própria, justifica-se a relevância de ampliar e fomentar o debate sobre o tema ainda circundado de lacunas e entendimentos diversos no ordenamento jurídico nacional.

A metodologia escolhida para a referida abordagem foi a de caráter exploratória e descritiva, a partir da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que permite, por meio de uma revisão literária em artigos, periódicos e livros, analisar um amplo número de informações, decisões e concepções teóricas para se alcançar uma resposta à problemática apresentada, pautada na realidade e normativas vigentes. Referida metodologia permite um aporte teórico advindo da síntese do conhecimento já produzido em pesquisas científicas por outros estudiosos da área e autores referenciados dentro ordenamento jurídico brasileiro, facilitando, dessa forma, a utilização do saber já produzido e permitindo, a partir da sua aplicação, melhorias e ampliação das discussões e entendimentos nos meios acadêmicos, jurídicos e sociais (MENDES et al., 2008).

A opção pela revisão de literatura, conforme ensinam Flogiato e Silveira (2017), deve fazer parte do cotidiano de todos os acadêmicos e cientistas, uma vez que se trata de uma das atividades que melhor promovem o processo de ensino e aprendizado e, consequentemente, a ampliação e aquisição de novos saberes. Destaca-se, ainda, que a revisão de literatura, de cunho qualitativo, como forma de aporte para a compreensão da temática, encontra sustentação nos ensinamentos de Fonseca (2002):

> A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. (FONSECA, 2002, p. 31).

Assim, a realização da pesquisa bibliográfica permitiu reunir um número significativo de conceitos e informações sobre o tema apresentado, obedecendo ao seguinte caminho: levantamento e apresentação de um breve esboço histórico da evolução do direito brasileiro, em especial, das garantias constitucionais e do domicílio; verificação dos dispositivos constitucionais que se correlacionam e garantem a inviolabilidade de domicílio, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e à privatividade; seção especial com destaque para a legislação sobre crimes permanentes; revisão da jurisprudência que trata do tema em discussão, verificando as correntes sobre relativização do direito à inviolabilidade do domicílio em razão dos crimes permanentes e, por último, apresentação de uma reflexão crítica que buscou responder à questão-problema: qual é o liame entre a proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar e o estrito cumprimento do dever legal do agente estatal diante de um possível crime permanente? .

2. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Entender a evolução constitucional brasileira até alcançar a Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais nela inseridos se mostra essencial para a compreensão da temática quanto à inviolabilidade do domicílio, uma vez que tal prerrogativa encontra-se contida na Constituição Federal de 1988. Para além disso, também se faz necessária a compreensão quanto à construção das concepções de domicílio e da relativização do direito à inviolabilidade domiciliar.

A partir de um levantamento nos registros históricos, verifica-se a seguinte evolução no que se refere à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar:[2]

- **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**: estabelecia, em seu artigo 179, inciso VII, que: "Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar;" (BRASIL, 1824).
- **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**: estabelecia, em seu artigo 72, parágrafo 11: "A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei." (BRASIL, 1891).
- **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**: estabelecia, em seu artigo 113, item 16, que: "A casa é o asilo inviolável

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei." (BRASIL, 1934).

- **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**: apesar de ter inserido em seu bojo o dispositivo que garantia "a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei" (art. 122, item 6° – Dos Direitos e Garantias Individuais), em 1942, por força do Decreto n.º 10.358, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional, referido direito foi suspenso. (BRASIL, 1937, 1942). .
- **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**: estabelecia, em seu artigo 141, § 15, que: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer." No entanto, em virtude do estado de sítio decretado no país, por 30 dias, em novembro de 1955, pela Lei n.° 2.654, e estendido pela Lei n.° 2.682/1955, por período indeterminado, referida garantia foi suspensa. (BRASIL, 1946, 1955).
- **Constituição do Brasil de 1967**: estabelecia, em seu artigo 150, § 10, que: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer." (BRASIL, 1967).
- **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)**: movimentou o seu capítulo dos direitos e garantias fundamentais para o início da norma, integrando-os como cláusulas pétreas[3]. Nesse sentido, a maioria dos dispositivos encontra-se elencada no artigo 5º, com pertinência à inviolabilidade, estabelecido no item XI: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial." (BRASIL, 1988).

Referida evolução merece especial destaque quanto à fixação dos direitos e garantias fundamentais, que, de acordo com Novelino (2012), representa um dos objetivos precípuos da Carta Magna vigente. E, se cada constituição reflete o momento sócio-histórico vivenciado pela sociedade da época, pode-se afirmar que a CF/88 teve o seu caráter social potencializado, uma vez que suas premissas estão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

voltadas ao cidadão e às necessidades sociais. Lima aponta como uma das suas conclusões no trabalho sobre *A evolução constitucional brasileira* (2016):

> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 difere de todas as demais Constituições existentes no Brasil, em razão de sua índole humanitária, isto é, atinente ao coletivo, ao global. Por isso mesmo, é classificada quanto aos direitos fundamentais, na terceira geração, por atentar ao princípio de solidariedade e aos direitos humanos. Como Estado democrático de direito tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. (LIMA, 2016, s.p.).[4]

Diante desse cenário, verifica-se que os direitos adquiridos pelo indivíduo decorrem de uma construção histórica que culminou nas garantias previstas na Constituição de 1988, também identificada como Constituição Cidadã, uma vez que possui, em seu bojo, um caráter social.

3. A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

Conforme apontado no tópico anterior, a inviolabilidade do domicílio encontra-se prevista na Constituição Federal de 1988, que não só garante sua proteção constitucional, mas a insere como uma de suas cláusulas maiores. Diante desse contexto, observa-se o tratamento constitucional sobre o tema, justificando a importância de se ampliar os debates e estudos sobre a invasão de domicílio, no sentido de verificar o aspecto quanto à legalidade ou ilegalidade da invasão e os eventuais causadores da relativização do direito à inviolabilidade do domicílio em face dos crimes permanentes, objeto principal deste estudo.

Tal premissa decorre da compreensão de que a inviolabilidade do domicílio não se trata de um direito absoluto, visto que o próprio ordenamento jurídico já trouxe, em seu rol, situações nas quais se permite e, até mesmo, exige a violação do domicílio, que variam de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial (BRASIL, 1988).

Importante, ainda, para melhor compreensão do tema, é entender o que se configura como casa — domicílio — perante a Constituição. De acordo com Silva (2013), o texto constitucional não só apresenta o termo "casa" para dispor sobre a garantia de inviolabilidade como amplia tal concepção, ao trazer imbuído em seu sentido:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...] o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a casa como o asilo inviolável do indivíduo. Aí o domicílio, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. Aí também o direito fundamental da privacidade, da intimidade, a vida privada[...]. (SILVA, 2013, p. 439).

Coaduna-se com o pensamento de Silva (2013), uma vez que se entende o direito à inviolabilidade como uma das mais antigas e importantes garantias individuais instituídas dentro da sociedade, tendo em vista que, para além da proteção ao domicílio, versa sobre a tutela da intimidade, da vida privada e da honra, bem como da proteção individual e familiar, do sossego e da tranquilidade.

Outro aspecto importante quanto ao termo "casa" a ser observado, de acordo com Bertolo (2003), refere-se à conceituação apresentada ao termo pelo Código Penal (CP) brasileiro, datado de 1940, que assim dispôs:

> Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: (...) § 4º - A expressão "casa" compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, o jurista indica que o alargamento da conceituação de casa expressa no CP encontrou perfeita harmonia com a guarida dada pela Constituição de 1988, no "âmbito da liberdade individual e da privacidade pessoal", e que tem encontrado, ainda, respaldo na jurisprudência. (BERTOLO, 2003, p. 73). De acordo com o autor, vários são os julgados do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a extensão da garantia constitucional à inviolabilidade domiciliar, não só ao espaço de habitação, mas também ao utilizado para fins de atividade profissional (RT 214/409, RT 277/576, RT 467/385, RT 635/341).

Fernandes (2011), ao tratar do assunto, entende que:

> Por domicílio, entende-se o espaço físico no qual o indivíduo goza de sua privacidade, nas suas mais variadas modalidades. É portando, criticável o termo utilizado pelo constituinte, por isso ele deve ser interpretado (de forma ampliativa à luz do conceito jurídico de casa) como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> público, utilizado para moradia, profissão ou atividade, nos termos do art. 150 § 4º do Código Penal. Com isso, temos que os consultórios, escritórios ou mesmo, os estabelecimentos comerciais ou industriais de acesso restrito ao público (locais nos quais as pessoas exercem atividade de índole profissional com exclusão de terceiros) devem ser enquadrados no conceito de domicílio previsto na Constituição. (FERNANDES, 2011, p. 323).

Diante dessa perspectiva, tem-se que a tutela constitucional, para além dos limites estatais, objetiva (res)guardar a tranquilidade e o sossego do cidadão quando este se encontra em seu domicílio — sua casa —, não devendo, portanto, ser perturbado, ou seja, tanto o Estado quanto o particular devem respeitar o espaço constitucionalmente tutelado.

4. A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À INVIOLABILIDADE E OS CRIMES PERMANENTES

Uma vez que não há que se falar em direito absoluto, entendimento que também se aplica ao direito de inviolabilidade do domicílio, em face das exceções presentes na Carta Magna, relevante se faz verificar o que essa relativização causa ao direito fundamental no que se refere à legalidade ou ilegalidade. Para Bertolo (2003, p. 133), "se os direitos fundamentais não podem servir de escudo aos autores de atos ilícitos, é porque, em algumas vezes, o interesse da sociedade é maior do que o individual, e sendo assim podem ser violados", de forma que não se faz admissível a utilização de um direito fundamental — no caso o da inviolabilidade de domicílio — , para a prática de atos ilícitos, buscando escusar-se à lei.

Assim, a CF/88, da mesma forma com que garantiu o direito à inviolabilidade do domicílio, também apresentou as ressalvas em que se admite tal prática, de modo que: 1) a qualquer hora do dia, a inviolabilidade se mostra possível, independentemente de mandado judicial, nas seguintes hipóteses: a) com o consentimento do morador, b) flagrante delito, c) em casos de desastre, como incêndio, inundação etc. e d) para prestar socorro; 2) fora dessas hipóteses, só será possível o ingresso de uma pessoa, durante o dia, com apresentação de mandado judicial. Aqui, cumpre registrar que o direito à inviolabilidade do domicílio, além dos preceitos constitucionais, também é regulamentado pela legislação infraconstitucional penal e processual penal.

Diante desse cenário, verifica-se, nas normativas vigentes, que a entrada na "casa" para interromper flagrante delito não demanda ordem judicial e pode ser feita durante o dia ou à noite (AMARAL, 2017), conforme se abstrai das causas especiais de exclusão da ilicitude com relação aos delitos de violação de domicílio (artigo 150

do CP), por imposição da própria Constituição Federal (artigo 5º, XI da CF). A entrada no domicílio também pode ocorrer diante de uma das hipóteses de flagrância elencadas no artigo 302 do CPP, de forma que qualquer infração penal que esteja sendo praticada dentro da casa possa ser interrompida, ainda que se trate de contravenção penal.

Assim, adentra-se no debate a questão relativa ao flagrante de crime permanente, tipologia que se refere ao crime cuja consumação se prolonga no tempo, como é o caso do tráfico de drogas, porte ilegal de arma de fogo etc. Para tanto, admite-se que, enquanto não cessar a permanência, será permitida a prisão em flagrante (artigo 303 do CPP), mesmo que dentro da casa do indivíduo. A questão em si não traz dúvidas aos exercitores do direito, no que se refere ao ingresso na casa em situação de flagrante, mas, sim, nos casos de crime permanente, encontra dúvida quanto ao grau de certeza de que o crime está ocorrendo naquele momento.

Sobre o tema, apresenta-se o apontamento feito por SARLET (2015), ao comentar sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, amplamente divulgada e que gerou posicionamentos diversos, quando afirmou que:

> [...] o STF, em sede de repercussão geral, definiu que o ingresso forçado em domicílios sem mandado judicial apenas se revela legítimo, em qualquer período do dia (inclusive durante a noite) quando tiver suporte em razões devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto e que indiquem que no interior da residência esteja a ocorrer situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade peal, cível e disciplinar do agente ou da autoridade, ademais da nulidade dos atos praticados, decisão proferida por maioria, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio. (SARLET, 2015, s.p.).

Referida ação versou sobre a interpretação dada à norma vigente da CF/88, artigo 5º, XI, de que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial", no caso da aplicação concreta na hipótese do ingresso forçado em domicílio, sem prévia autorização judicial (SARLETE, 2015).

De acordo com o autor, a decisão em questão (do STF) afastou a ilicitude do ingresso forçado na esfera domiciliar, uma vez que se configurava caso de tráfico de drogas, ou seja, de crime permanente, de forma que a entrada de policiais no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

interior do imóvel, sem a devida autorização prévia, estaria juridicamente justificada, posto que seria evidenciado o estado de flagrância (SARLET, 2015).

Nesse sentido, coaduna-se com o pensamento do estudioso quanto ao julgado do STF, visto que o crime de tráfico de drogas (hipótese comentada) se refere a um crime permanente, e, dessa forma, a prisão em flagrante pode ocorrer, em qualquer horário, independentemente de mandado ou determinação judicial. No entanto, referida prática não pode ser ancorada em mera suspeita, devendo, para tanto, contar com dados concretos que indiquem a prática do crime permanente.

Será em decorrência da análise das causas motivadoras do flagrante delito em face de crimes permanentes que as discussões sobre a relativização da inviolabilidade do domicílio ganham questionamentos sobre a sua legalidade ou ilegalidade. Assim, a importância deverá recair não sobre uma eventual atitude suspeita do indivíduo, mas, nos termos do artigo 240, § 2 do Código Penal, em uma "**fundada suspeita** de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados" (BRASIL, 1940, grifo nosso), para que a relativização do direito fundamental da CF/88, art. 5º, inciso XI, possa ser entendida como legal.

Diante do exemplo da decisão do STF e do tema abordado, verifica-se que a questão da inviolabilidade domiciliar se refere a um assunto que tem enfrentado relativização e variedade da interpretação, apresentando, dessa forma, questionamentos quanto aos limites legais para tal flexibilização.

5. CONSIDERAÇÕES

O tema da inviolabilidade domiciliar se mostra importante, seja por se tratar de um direito fundamental do indivíduo, disseminado e enraizado mundialmente, seja por integrar uma das cláusulas pétreas estabelecidas pela Carta Magna em âmbito nacional. Destaca-se, ainda, que a temática possui vínculo com outros princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, que permite a interpretação dos direitos e garantias fundamentais presentes no nosso ordenamento jurídico, a partir do qual se permite interpretar com efetividade os demais direitos inseridos na Constituição, evidenciando a necessidade do debate sobre o tema de forma a aclarar as possibilidades de interpretação sobre a violação do domicílio.

Por se tratar de um tema de ampla abrangência — o direito à inviolabilidade do domicílio —, verificou-se que o mesmo dispositivo que o protege também impõe limites, uma vez que não se trata de um direito absoluto, apresentando, por conseguinte, exceções em suas regras. Mediante isso, foi possível levantar que, nos casos da relativização da inviolabilidade domiciliar, muitas questões surgem sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sua legalidade ou ilegalidade, em especial, quando da ocorrência de crimes permanentes e da prática do flagrante delito.

Em que pese a necessidade de se tratar com prudência as análises das decisões a respeito da prática da inviolabilidade nesses casos, a grosso modo, existe respaldo legal nos casos em que representantes do Estado ingressam em domicílios para a prisão em flagrante delito, em crimes reconhecidamente permanentes, mesmo que em menor potencial ofensivo ou ainda em contravenções penais, se a suspeita que leva à violação for fundada em dados concretos.

Assim, conclui-se que a inviolabilidade do domicílio, inserida desde a primeira Constituição (1824) e garantida pela atual Constituição Cidadã, possui caráter fundamental e, dessa forma, não pode ser afrontada, salvo por um bem jurídico fundamental que vise à manutenção da ordem e da pacificação social. O que se infere, pois, é a necessidade de se analisar caso a caso, em conjunto com as demais normativas vigentes, buscando dirimir as dúvidas que se levantam quanto à sua legalidade e relativização.

Portanto, no tocante aos casos permissivos, que excluem a ilicitude da violação domiciliar, esses devem estar imbuídos de razões que façam da invasão domiciliar uma prática pertinente, respaldada nos preceitos constitucionais, em especial, no disposto no artigo 5º, inciso XI (BRASIL, 1988).

6. REFERÊNCIAS

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/del2848.htm. Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n.° 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n.° 8.072, de 25 de julho de 1990**. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.° 253, de 2004. Justificação. **Diário Oficial da União de 14 de setembro de 2004.** Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3638945&ts=1571776545951&_disposition=online. Acesso em: 22 mar. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula nº 593. Crime de estupro de vulnerável. **DJe:** Brasília, DF, ano 2017, 6 nov. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-3-2010, Segunda Turma, **DJE de 30-4-2010**. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/crimescontraadignidadesexual.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102.473, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12-4-2011, Segunda Turma, **DJE de 2-5-2011**. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/crimescontraadignidadesexual.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

CAPEZ, Fernando. ***Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial:*** *dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública* (arts. 213 a 359-H). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 736p.

COUTO, Cleber. **Estupro de vulnerável menor de 14 anos**: presunção absoluta ou relativa? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4411, [n.p.], 30 jul. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/41151. Acesso em: 10 mar. 2020.

FILÓ, Mauro da Cunha Savino. ***O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de estupro de menor vulnerável***. Dissertação (Mestre em Direito). 2012. 106f. Universidade Presidente Antônio Carlos. Faculdade de Direito. Juiz de Fora, Minas Gerais. Disponível em: https://www.unipac.br/site/bb/teses/dir5.pdf. Acesso em: 02 mar. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 10. ed. Niterói–RJ: Impetus, 2013. 769p.

GRECO, Rogério. ***Código Penal:*** *comentado*. 11. ed. Niterói–RJ: *Impetus, 2017. 1312p.*

HOUAISS, ANTONIO. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetivo Ltda., 2001 [verbete vulnerável].

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H. – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. 1132p.

NUCCI, G. De S. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 6. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 574p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009.** 2. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 125p.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. **O conceito de vulnerabilidade no direito penal**. Disponível em http:// www.lfg.com.br - 08 de abril de 2010 [n.p]. Acesso em: 22 mar. 2020.

NOTAS:

[1] Graduanda em Direito no Centro Universitário São Lucas, da cidade de Ji-Paraná, estado de Rondônia.

[2] Mantiveram-se as escritas originais de cada Constituição.

[3] Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes **e os direitos e garantias individuais**. (Agência Senado, grifo nosso).

[4] Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-evolucao-constitucional-brasileira/. Acesso em: 21 set. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

OS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

GEVESON DE SOUZA OLIVEIRA: Bacharel em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM, Cursando Mestrado Profissional em Engenharia de Software pelo Centro de Estudos e Sistemas Avançados do Recife – CESAR SCHOOL, Servidor Público Federal (SUFRAMA) e Fiscal Técnico de Contratos.

Resumo: A pesquisa objetiva analisar os impactos da LGPD na Administração Pública Federal. Classifica-se como qualitativa, exploratória e documental direta. A preocupação com a proteção dos dados pessoais não é recente, embora tenha ganhado relevo a partir de escândalos envolvendo vazamento de dados, o que fomentou a edição da Lei Geral de Proteção de Dados, no Brasil, isso no ano de 2018. Impondo obrigações diversas as pessoas de direito público e privado, a lei em comento ainda não recebeu a atenção devida dos órgãos da Administração Pública. Para se ter uma ideia, não há registros acadêmicos ou em de outra natureza que evidencie política de implementação da LGPD no âmbito da Administração Pública. Contudo, os impactos são inegáveis, pois a entrada em vigor, recentemente, de grande parte dos dispositivos, e a inteireza da lei em agosto de 2021, culminará em penalidades para os órgãos da Administração Pública Federal que não se adequar.

Palavras-chave: LGPD. Impactos. Administração Pública Federal.

1 INTRODUÇÃO

A utilização da internet e compartilhamento de informações pessoais nunca foi tão comum no dia-a-dia social, sendo que a invasão da vida privada foi praticamente banalizada. Nesse cenário, percebe-se o grande desafio legislativo sobre a quantidade de leis e tecnologias necessárias para restaurar o nível adequado de controle da privacidade das pessoas, considerando a importância de existir o equilíbrio dos interesses públicos e privados.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) surgiu com a finalidade de unificar as disposições relativas ao assunto, criar direitos importantes e penalidades para o caso de descumprimento, criando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados para a normatização e fiscalização, entre outros.

Em que pese o período de *vacatio legis*, o diploma legal em comento entrou em vigor recentemente, salvo os arts. 52, 53 e 54, que somente entrarão em vigor em 1º de agosto de 2001, o que evidencia a necessidade de que as pessoas de direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

público e privado estejam em conformidade com as novas leis, sob pena de serem penalizados.

Contudo, a LGPD gera grandes impactos em todas as organizações, principalmente em se tratando da Administração Pública Federal que, em sua essência, lida com dados sensíveis e, por conseguinte, precisa estar em conformidade com os dispositivos da nova lei.

É nesse cenário que se situa o presente estudo, que tem por objetivo geral analisar os impactos da LGPD na Administração Pública Federal. E, como objetivos específicos busca-se discorrer, brevemente, sobre os fundamentos da proteção de dados no direito brasileiro; ressaltar a importância da LGPD; identificar os principais impactos na Administração Pública Federal para a efetivação das disposições contidas na referida lei.

Destarte, a pesquisa se classifica, quanto ao método de abordagem, em qualitativa e, no que diz respeito ao método de procedimento, é de cunho exploratório. A técnica de pesquisa adotada é a documental direta, pois se busca na legislação, artigos, dentre fontes outras, físicas e virtuais, elementos que permitam a compreensão do tema.

2 DESENVOLVIMENTO

A primeira questão a se ressaltar é que a difusão da internet e compartilhamento de informações próprias e de outrem nunca foi tão comum no dia-a-dia das pessoas, sendo que a invasão da vida foi praticamente banalizada, uma vez que o fato de "estar conectado" passou a ser a nova ordem.

Não se nega, em nenhum momento, que a internet trouxe importantes inovações, estreitamento de fronteiras, facilidades no compartilhamento de dados, rápida difusão de informações, etc. Daí ser considerada imprescindível nas relações humanas, sendo essencial que as organizações estejam conectadas e atualizadas para as transformações do mundo.

Porém, como observa Doneda (2019), nos últimos anos o vazamento de dados pessoais, nos mais variados ramos de atividade, no Brasil e no exterior, foram marcantes. O escândalo recente e mais emblemático, que desencadeou pesquisas, investigações, notícias, filme e até mesmo *TED Talks*, envolveu a campanha presidencial dos Estados Unidos da América, Donald Trump, o Facebook e a *Cambridge Analytica*. Em resumo, o que ocorreu foi o compartilhamento irregular dos dados pessoais de mais de oitenta milhões de usuários do Facebook para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

empresa de consultoria política *Cambridge Analytica*, que trabalhava na campanha do então candidato à presidência dos EUA.

Esse, dentre outros escândalos mundiais envolvendo o vazamento e mesmo a violação dos direitos que envolvem os dados pessoais desencadearam a promulgação de novos atos normativos, até mesmo em países em que a preocupação com dados pessoais já existe há décadas, como por exemplo a *General Data Protection Regulation* da União Europeia, em vigor desde 2018 (DONEDA, 2019).

De fato, a partir do surgimento desta preocupação mundial com a proteção de dados pessoais, as legislações e instrumentos normativos também evoluíram e adaptaram-se, procurando atender às novas demandas e direitos desta sociedade que se encontra em constante mudança. Esta evolução legislativa, portanto, iniciou-se com leis genéricas e amplas para então chegar às legislações que hoje encontram-se vigentes.

Considera-se como parte da primeira geração das normas de proteção de dados pessoais as que surgiram, principalmente na Europa e EUA na década de 70, ligadas ao tratamento de dados pessoais pela Administração Pública e pelas empresas privadas (MENDES, 2014).

Exemplos destas normas de primeira geração são, no âmbito europeu, as leis do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977). Nos Estados Unidos, foram aprovados nesse mesmo período o *Fair Credit Reporting Act* (1970), focado nas relações de crédito com consumidores, e o *Privacy Act* (1974), aplicável à administração pública (MENDES, 2014).

Nesse sentido, em 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.709, Lei Geral de Proteção de Dados ("LGPD") com a finalidade de unificar as disposições relativas ao assunto, criar conceitos importantes, hipóteses de tratamento de dados, penalidades para o caso de descumprimento, criar a autoridade de fiscalização, entre outros (BRASIL, 2018).

A LGPD, publicada em 2018, teve a sua entrada em vigor, em sua plenitude, alterada por diversos fatores, sendo que em agosto de 2020 a sua quase totalidade entrou em vigor e, em agosto de 2021 os arts. 52, 53 e 54 entrarão em vigor, protegendo as pessoas da comercialização e utilização indevida de dados pessoais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Porém, não se pode negar que a edição de normas, para tutelar os dados pessoais na rede mundial de computadores, é um desafio. Logo, embora tardia, se consideradas as críticas de parte da doutrina, a exemplo do que pontua Bioni (2018), é elogiável a preocupação do legislador em estabelecer medidas para a efetivação da proteção aos dados pessoais nas searas privada e pública.

A teor do que dispõe a lei em comento, Dado pessoal (art. 5º, I) é informação relativa a uma pessoa física identificada ou identificável, ainda que incidentalmente revelada. É considerada identificável uma pessoa física que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador (considerado "informação confidencial"), como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica, hábitos de consumo ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, econômica, cultural ou social dessa pessoa física (BRASIL, 2018).

Dado pessoal sensível (art. 5º, II) é uma categoria especial de dado sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Ou seja, dados pessoais da esfera íntima do titular de dado, que possam gerar preconceitos ou discriminação, se revelados (BRASIL, 2018).

Titular dos dados pessoais (art. 5º, V) será toda pessoa física identificada ou identificável, a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento, como por exemplo os empregados de uma empresa, seus clientes pessoa física, fornecedores etc. (BRASIL, 2018).

Tratamento (art. 5º, X) diz respeito a qualquer operação ou um conjunto de operações efetuadas com dados pessoais ou com conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a coleta, o registro, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou sua destruição, por exemplo (BRASIL, 2018).

Tais conceitos, sem a pretensão de esgotar a análise da LGPD, deveras complexa, são imprescindíveis para evidenciar que desde uma pequena empresa, que faz um cadastro para efetivar uma venda ao consumidor final, até grandes organizações públicas, que lidam com a difusão de dados pessoais, estão sujeitas às regras insertas na LGPD.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse cenário é que os princípios da prevenção e segurança ganham relevo, pois as organizações, sejam públicas ou privadas, devem envidar esforços para que os dados pessoais sejam protegidos, evitando-se vazamentos, acessos não autorizados, alteração das informações, dentre outras práticas.

Para atender aos princípios da segurança e prevenção os agentes de tratamento ou a própria Administração Pública Federal, que realiza o tratamento do dado, devem investir em melhores soluções de segurança da informação e utilizar medidas técnicas e administrativas para garantir a proteção dos dados pessoais. Dentro destas medidas preventivas incluem-se a restrição de acesso a dados, mecanismos de defesa em caso de incidentes, instituição de boas práticas e de governança, utilização de softwares atualizados e seguros, bem como todas as medidas razoáveis e alcançáveis para que os dados não se tornem alvo de vazamentos (SIQUEIRA, 2019).

Para assegurar a proteção de dados e, consequentemente, a implementação das disposições constantes em seu texto, a LGPD instituiu a ANPD, ou seja a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Trata-se de órgão vinculado à Presidência da República, ou seja, à Administração Pública que, após decorridos dois anos, pode ser convertida em autarquia, cuja natureza será de agência reguladora e passará a integrar, por conseguinte, a Administração Pública Indireta.

Criada pela Medida Provisória nº 869/2018, convertida ne Lei nº 13.853/2018, a ANPD é o órgão da administração pública federal, sem personalidade jurídica própria e integrante da Presidência da República, responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados, em todo o território nacional (BARROS; FERREIRA, 2019).

A ANPD traz entre suas atribuições a prerrogativa de elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação; promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança; editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, entre outros (art. 55-J) (BRASIL, 2018).

Além disso, compete à ANPD, também, editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se à LGPD (BRASIL, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados também deverá conciliar sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas, como o CADE, o SENACON e a ANATEL, podendo também realizar parcerias com autoridades estrangeiras. Outrossim, caberá ao referido órgão a análise integrada dos setores de proteção de dados, concorrencial, consumerista e de telecomunicações, bem como o amplo diálogo entre as normas nacionais e internacionais (TEFFÉ, 2020).

Entretanto, ainda não é possível saber ao certo como será a atuação da autoridade nacional, mesmo com a previsão legal de uma atuação preventiva e disseminadora para toda a população de boas práticas envolvendo o tratamento de dados pessoais. Trata-se, segundo autores como Lima (2020), de um desafio, pois deveria ser uma preocupação do Executivo Federal e, contudo, não recebeu a devida atenção desde a promulgação da lei.

Ademais, a LGPD não é de simples implantação, motivo pelo qual muito se discutiu, nos últimos meses, a prorrogação da *vacatio legis*, para que as organizações tivessem mais tempo para se organizar, o que acabou não se efetivando. Contudo, vinte e quatro meses se passaram e o que se percebe são entes públicos despreparados no que tange a tutela e proteção de dados.

Basta lembrar que o art. 5º da LGPD prevê figuras importantes, para a efetiva implementação da LGPD, mormente o controlador, o operador e o encarregado.

Segundo a lei, tanto o operador quanto o controlador devem manter o registo dos tratamentos de dados que realizarem (art. 37), sendo que o operador de dados deverá realizar o tratamento de dados segundo instruções fornecidas pelo controlador.

Em outras palavras, controlador é a pessoa física ou jurídica (não importando o formato jurídico, podendo ser uma Sociedade Anônima, EIRELI, Ltda., até uma grande holding ou empresa listada em bolsa de valores) responsável pelas decisões relativas à finalidade e forma de tratamento dos dados pessoais. Assim, sempre que qualquer empresa determinar quais dados pessoais serão tratados, de que forma e para qual finalidade, esta empresa atuará no papel de controlador (PINHEIRO, 2018).

Já o operador é a pessoa física ou jurídica contratada que concorda em receber, do controlador, dados pessoais para tratamento sob as instruções do controlador, nos termos das cláusulas estipuladas em contrato e das leis de proteção de dados pessoais aplicáveis (PINHEIRO, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A figura do encarregado, por sua vez, deverá ser indicada pelo controlador e tem como principais atividades aquelas descritas no artigo 41, §2º: aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares (PINHEIRO, 2018).

Tais conceitos também se aplicam à Administração Pública Federal. Porém, ao contrário do que se vê em relação às pessoas de direito privado, mormente as empresas, quanto aos impactos da LGPD, pouco se evidencia quanto aos setores públicos.

De fato, para Tepedino e Teffé (2019, p. 294), "na lei brasileira de proteção de dados, parte-se da ideia de que não existe dado pessoal insignificante. Por esta razão adotou-se um conceito amplo de dado pessoal [...]". Segundo o art. 5º, inciso I, da legislação, considera-se dado pessoal toda a informação relacionada à pessoa natural (portanto, apenas pessoas físicas) identificada ou identificável (excluindo os dados anonimizados) (BRASIL, 2018).

Em se tratando da Administração Pública Federal, é extremamente necessário o levantamento e identificação dos processos e fluxos que envolvam tratamento de dados pessoais dentro da empresa. Sem compreender exatamente o fluxo dos dados pessoais (como e por onde entram, como e por que sistemas ocorre o tratamento, onde ficam armazenados os dados pessoais, como e quando são descartados) novamente o programa de conformidade e adequação à LGPD tende a ser ineficiente.

As regras previstas na legislação não serão aplicáveis apenas nos casos em que por meio de processo de anonimização não seja possível a identificação do titular dos dados, tanto por terceiros quanto pelos próprios agentes de tratamento. Destarte, em casos em que a partir da utilização de informações suplementares, seja possível a identificação do titular do dado, a legislação será aplicada (SIQUEIRA, 2019).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, portanto, aparece com o intuito de proteger aqueles sujeitos cujos dados pessoais estão sendo tratados, muitas vezes, sem o devido cuidado, e regulamentar as mais diversas formas de tratamento de dados pessoais. Logo, a LGPD impacta sobremaneira a Administração Pública Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tratando-se das situações de interesse da Administração Pública, portanto, deve restar claro que os dados são necessários ao exercício da autoridade pública e, como exemplo disso, é possível citar o tratamento de dados pessoais para a execução de políticas públicas como as relacionadas à implementação de saneamentos básicos, pagamentos de auxílio, cadastramento de empresas para o recebimento de incentivos fiscais, etc. (COTS; OLIVEIRA, 2019).

Em relação ao tratamento de dados para fins de pesquisa, questão que ganha relevo, por exemplo, quando se trata de universidades federais, sempre que possível, a lei impõe a necessidade de realizar a anonimização dos dados. Sendo assim, se o estudo não depende da identificação do titular para se realizar ou se os dados coletados e tratados são excessivos, o tratamento deve ser considerado ilegal (CARNEIRO; SILVA; TABACH, 2019).

A legislação também permite o tratamento de dados pessoais para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. O legislador, neste caso, deixa claro que a proteção de dados pessoais não deve comprometer o direito o qual as partes têm de produzir provas umas contra as outras, ainda que estas envolvam dados pessoais da parte contrária (FRAZÃO, 2018).

Em relação ao tratamento de dados para a proteção da vida ou tutela à saúde (incisos VII e VIII), tratam-se de hipóteses específicas que vão além da proteção à privacidade em prol do interesse coletivo. São situações de interesse público, e visto a relevância do bem jurídico aqui protegido (a vida), o tratamento destes dados pessoais poderá ser realizado ainda que seja para a proteção da vida de um terceiro, e não somente do titular dos dados pessoais (COTS; OLIVEIRA, 2019).

Destarte, são apenas exemplos, mas que demostram o quanto a LGPD impacta a Administração Pública Federal, com uma verdadeira mudança de paradigmas no que tange os dados pessoais, principalmente pelos princípios da prevenção e segurança. Nesse cenário, portanto, deve a Administração Pública Federal se organizara para se adequar, efetivamente, às disposições da LGPD, principalmente por meio da formação de pessoal, sob pena de incorrer nas sanções legais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se, de plano, que a chamada Lei Geral de Proteção de Dados, ou simplesmente "LGPD", surgiu, portanto, com o objetivo de oferecer uma maior proteção às pessoas naturais, garantindo-lhes mais autonomia e controle sobre os seus próprios dados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A referida legislação tem como objetivo tutelar o tratamento de dados pessoais e busca proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, como se extrai do art. 1º da LGPD.

Nesse cenário, portanto, compreender o alcance de dado pessoal é fundamental, pois a lei impõe à pequenas e grandes empresas, setores privado e público, a adequação às normas legais, haja vista o reconhecimento de que a tutela dos dados pessoais está intrinsecamente relacionado aos direitos da personalidade.

Portanto, a distinção entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis foi instituída pelo legislador para evitar que os dados pessoais que possam ser utilizados para quaisquer fins discriminatórios, com a possibilidade de ferir a dignidade do seu titular, tenham uma tutela protetiva maior e que consequentemente acabe por resguardar a identidade pessoal e a privacidade destas pessoas.

Em que pese a relevância do tema, e decorridos dois anos da promulgação da lei, o que se percebe são discussões ainda superficiais, principalmente no que diz respeito à implementação e impactos da LGPD no setor público, ficando desde já a sugestão para futuros estudos, considerando a entrada em vigor da quase totalidade da lei.

Destarte, por ora sabe-se que o tema levantará emblemáticos e complexos debates a partir da entrada em vigor da lei e da constituição, efetiva, da Agência Nacional de Proteção de Dados, dada a relevância desse órgão para a efetivação das medidas previstas em lei. E não bastará não violar a lei para garantir a licitude do tratamento de dados, pois sanções serão aplicadas independente de culpa daqueles que não buscarem uma postura proativa frente à nova legislação, seja na seara privada, seja na seara pública. Sendo assim, os agentes de tratamento deverão buscar introduzir uma verdadeira cultura de proteção de dados a qual venha a prezar pelo respeito aos titulares dos dados, de modo que, frente a eventuais prejuízos, a adoção de medidas para a proteção de dados possa ser comprovada, ganhando relevo na seara pública.

REFERÊNCIAS

BARROS, Rafael Souza Paiva de; FERREIRA, Gianne Glória Lima. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Henrique Albani (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados:** Lei 13.709/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BIONI, Bruno. **Proteção de Dados Pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018:** Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Henrique Albani (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados:** Lei 13.709/2018**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais:** elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: as demais hipóteses de tratamento de dados pessoais. **Jota**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-as-demais-hipoteses-de-tratamento-de-dados-pessoais-19092018>. Acesso em: 24 set. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais:** comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. Disposições Preliminares. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Henrique Albani (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados:** Lei 13.709/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Por que precisamos de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados? Existência de uma autoridade independente pode facilitar o ingresso do Brasil na OCDE. **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-precisamos-de-uma-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-07012020>. Acesso em: 20 set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena

Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ABORTO LEGAL EM CASO DE ESTUPRO NO BRASIL

PATRÍCIA GABRIELA ASSAYAG VIEIRA: Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O abortamento se define pela interrupção de uma gravidez seja proposital ou não, sendo no Brasil uma temática controversa quando se trata da legalização do procedimento. Através de um levantamento bibliográfico e documental, com a identificação da legislação e da doutrina sobre a problemática, foi identificada a necessidade de conceituar e tipificar o aborto, assim como as bases legais que criminalizam e amparam o mesmo. Este trabalho teve como objetivo principal analisar a legalidade do aborto em caso de estupro no Brasil, sendo identificadas as peculiaridades dos casos legais de interrupção proposital de uma gestação, como os casos decorrentes de estupro, de risco de morte para a gestante e os que o feto é anencéfalo. Em consideração ao foco deste trabalho, foi observado que em caso de estupro, ainda que as leis brasileiras amparem a prática do abortamento, há uma série de questionamentos principalmente provenientes de grupos antagonistas da sociedade, os quais se dividem entre os a favor e contra, sendo necessária a intervenção legal para a prática do procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Aborto legal; Estupro; Brasil.

ABSTRACT: Abortion is defined by the interruption of a pregnancy, whether on purpose or not, and in Brazil it is a controversial issue when it comes to the legalization of the procedure. Through a bibliographic and documentary survey, with the identification of legislation and doctrine on the issue, the need to conceptualize and typify abortion was identified, as well as the legal bases that criminalize and support it. This work had as main objective to analyze the legality of abortion in case of rape in Brazil, being identified the peculiarities of the legal cases of deliberate interruption of a pregnancy, such as the cases resulting from rape, risk of death for the pregnant woman and those who fetus is anencephalic. In consideration of the focus of this work, it was observed that in the case of rape, even though Brazilian laws support the practice of abortion, there are a number of questions mainly from antagonistic groups in society, which are divided between those for and against, requiring legal intervention to practice the procedure.

KEYWORDS: Abortion; Legal abortion; Rape; Brazil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

A prática do aborto é uma das questões de grande debate na sociedade, sendo importante considerar diversos pontos nesta discussão, os quais abarcam desde questões religiosas até a garantia de direitos da mulher, principalmente quando a gravidez é proveniente de um caso de estupro.

As estimativas dos casos de aborto corroboram a necessidade de aprofundamento nesta discussão. De acordo com Diniz, Medeiros e Madeiro (2017), o número estimado de abortamentos realizados no mundo é de 35 para cada mil mulheres na faixa etária de 15 a 44 anos, sendo que na América Latina esta taxa se eleva para 44 a cada mil. Segundo a Organização Mundial de Saúde os dados oficiais referentes aos abortamentos realizados no Brasil não apresentam a consistência necessária para reconhecimento da situação real da problemática no país (CARDOSO; VIEIRA, 2020). Em 2016, a Pesquisa Nacional do Aborto apontou que cerca de 13% das entrevistadas já havia realizado um aborto ao longo da vida (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017).

O aborto no Brasil é considerado uma ação criminosa, com exceção dos casos respaldados na legislação, como aqueles resultantes de estupro, quando a gestante apresenta risco de morte e quando o feto é diagnosticado com anencefalia, não sendo aplicada qualquer punição para quem o praticar, tanto gestante quanto o responsável pelo procedimento (MENEZES et al., 2020).

O respaldo da realização de aborto em casos de estupro se configura como um dos cernes da discussão acerca do tema, uma vez que ao contrário dos outros casos, este não envolve diretamente um risco à saúde de à vida dos envolvidos, o que se apresenta como pauta de arguição sob diversos prismas, como o direito à vida do feto versus o direito garantido da gestante (MACHADO, 2017).

Considerando tais aspectos, a justificativa da realização deste trabalho se dá pela contribuição para a formação acadêmica e profissional de interessados na área jurídica, uma vez que se apresenta como fonte de pesquisa e aprimoramento em uma temática importante atualmente, com destaque principalmente pela relevância social das questões que envolvem o abortamento. Da mesma forma se revela crucial ao tratar da realidade das consequências conhecidas nos casos de estupro no Brasil, os quais vêm aumentando exponencialmente, sendo apresentadas como consequência uma gravidez indesejada, causando ainda mais sofrimento para a vítima, a qual em tese está amparada legalmente para a realização do procedimento.

Neste sentido, este estudo tem como objetivo principal analisar a legalidade do aborto em caso de estupro no Brasil. Para tanto são considerados como objetivos

específicos identificar os aspectos conceituais e jurídicos do aborto, verificar o ordenamento jurídico brasileiro acerca do aborto legal, e apresentar a jurisprudência brasileira sobre o aborto legal.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 ABORTO

1.1.1 Aspectos conceituais do aborto

O reconhecimento conceitual do aborto se configura nas bases estruturais para a discussão de qualquer aspecto relacionado ao tema. Segundo a Organização Mundial de Saúde (Domingues et al., 2020), o aborto de define como a interrupção de uma gestação até a vigésima segunda semana, com o peso do feto inferior à 500g, sendo configurado um abortamento. Ainda de acordo com a OMS, é possível considerar o aborto como a expulsão do feto no período anterior aquele em que o mesmo pudesse sobreviver à vida fora do útero (MENEZES et al., 2020).

Menezes et al. (2020) ao esclarecer a importância de conceituar o aborto, elucida que determinar o término de uma gestação, considerando tanto uma idade gestacional quanto à impossibilidade de vida pós uterina, há uma expansão do conceito de abortamento, sendo anterior ao estágio perinatal, em que se considera o período próximo ao nascimento.

Nota-se que as definições sobre o aborto se apresentam como aquelas necessárias para a identificar quais são as questões fundamentais a serem notadas na ocasião de diagnóstico dos casos em que se confirmem a gravidez e possam caracterizar o aborto como tal.

Também reconhecido como abortamento, são tipificados como aborto espontâneo e aborto induzido, se fazendo necessário a diferenciação de ambos em consideração aos objetivos deste trabalho.

Segundo Oliveira et al. (2020), o aborto espontâneo se apresenta como aquele em que a descontinuidade da gestação ocorre sem a intervenção da gestante ou de terceiros, sendo contra sua vontade. No mesmo sentido, Correia et al. (2018) complementam ainda ao afirmar que este tipo de abortamento é considerado comum quando se trata de sua frequência, apontando uma taxa de até 25% de ocorrência. Da mesma forma, Paixão et al. (2019) afirmam ainda que tem chances maiores de ocorrer de forma precoce nas 13 primeiras semanas de gestação, seguindo em taxas elevadas até as 22 semanas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda sobre o abortamento espontâneo, faz-se necessário o reconhecimento das causas mais comum associadas a estes acontecimentos. Segundo Oliveira et al. (2020), em geral este tipo de aborto acontece em decorrência de complicações gestacionais ligadas ao feto, o qual não apresenta características compatíveis com a vida ou não se encontra no processo devido de desenvolvimento, e assim naturalmente há uma expulsão do corpo da mulher. Igualmente, Curado et al. (2018) esclarecem que tais ocorrências estão associadas a alterações cromossômicas diversas, complicações uterinas, alterações hormonais como progesterona e outros ligados à tireóide, doenças virais contraídas durante a gravidez, doenças autoimunes e ao consumo de drogas.

É observado que o reconhecimento do aborto espontâneo como aquele em que foge da intenção da gestante se revela como a principal característica do mesmo, sendo uma resposta natural do corpo da mesma que resulta na expulsão do feto.

O abortamento induzido é aquele em que a expulsão do feto do útero da gestante se dá de forma voluntária, sendo realizada através de métodos de retirada do mesmo, seja com a estimulação de contrações uterinas ou ainda com a intervenção cirúrgica (OLIVEIRA et al., 2019). De acordo com Ferreira, Verona e Wong (2019), a utilização de medicamentos induz à expulsão do feto através da administração de substâncias abortivas, assim como a curetagem se caracteriza pela retirada do feto em um procedimento que necessita de anestesia e há uma aspiração do feto e demais estruturas no útero.

Diferente do que acontece com o abortamento espontâneo, é observado que o aborto induzido abarca todas as formas de aborto que possam ocorrer de forma proposital, independente das razões que culminaram nesta ação, sendo de fundamental importância que se identifiquem quais os procedimentos que ocasionam tais situações.

Da mesma forma que a tipificação do aborto, é imprescindível a classificação dos abortamentos. De acordo com Vargas et al. (2018), é possível a ameaça de aborto, abortamento completo, ou incompleto, aborto retido, infectado, e o eletivo.

Sobre a ameaça de aborto, Aguiar e Bodanese (2019) esclarecem se tratar da ocasião em que é observada a sobrevivência do feto, porém com ocorrência de sangramento e cólicas uterinas, as quais se iniciam em baixa intensidade, mas que podem aumentar. Segundo os autores, quando há ameaça de aborto, é recomendado que haja repouso absoluto da gestante, e caso os sintomas se intensifiquem a mesma deve buscar por ajuda médica.

O abortamento completo se caracteriza pela eliminação integral de todo o conteúdo uterino, com o feto e demais partes da gestação. Nestes casos não se faz necessária a intervenção médica, apenas a observação de possíveis complicações como infecções e maiores sangramentos. Já o aborto incompleto, pelo contrário, se caracteriza pela expulsão parcial do feto, e essa manutenção de parte do conteúdo no útero, é imprescindível que haja uma intervenção médica, com o procedimento de raspagem das paredes do útero e aspiração (SANCHES, 2017).

O aborto retido se conceitua pela perda de vida do embrião no útero sem qualquer sinal de abortamento, o que segundo Kroetz et al. (2016) determinam a remissão dos sintomas de gravidez na mulher, e se faz necessária a utilização de medicação e até intervenção cirúrgica para remoção fetal. Enquanto Curado et al. (2018) esclarecem que o aborto habitual ou recorrente se configura como aquele em que há uma recorrência de abortos espontâneos ou provocados de forma consecutiva, sendo que nos casos de abortamentos espontâneos se faça acompanhamento médico.

O aborto infectado pode ser caracterizado principalmente pela ocorrência de infecções em razão de abortamentos realizados de forma ilegal e sem obedecer os princípios de saúde e normas sanitárias , ocasionando em geral abortos incompletos e acometimentos por bactérias. Já o aborto eletivo se apresenta como aquele em o abortamento provocado devidamente previsto pelas bases legais, e que não se definem como ilegais (DOMINGUES et al., 2020).

A observância destas modalidades de abortamento se apresenta como imprescindível para a tipificação posterior de uma possível prática criminosa, uma vez que através das mesmas torna-se plausível identificar as características de cada caso e resultante em cada procedimento.

1.1.2 A configuração jurídica do aborto e o direito à vida

De posse dos aspectos conceituais do aborto, sua tipificação e as possibilidades de classificação dos abortamentos, faz-se mister o aprofundamento em questões de ordem legal acerca desta prática, a visão jurídica sobre o mesmo e as premissas relacionadas ao direito à vida.

Juridicamente, o aborto é reconhecido como a interrupção da gravidez com o intuito de morte do feto (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2017), sendo identificada a preocupação de tratamento legal desde os primórdios da sociedade. De acordo com Santos (2019), a jurisdição brasileira, através da relação entre a Constituição Federal e do Código Penal, esclarece que o aborto se configura em um atentado ao direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundamental à vida, com exceções de casos específicos que serão tratados à posteriormente.

O direito à vida se constitui, em conformidade com o artigo quinto da Carta Magna como um direito fundamental, os quais Neto (2016) definem como aqueles

> [...] considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes (p. 119).

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (AMARAL, 2016) o direito à vida se apresenta como um direito fundamental por se apresentar como uma forma de assegurar a existência e os direitos da pessoa humana, sem qualquer distinção, sendo ainda exemplificado para além da sobrevivência em si, mas também como acesso à saúde, alimentação, educação e outros aspectos que garantam a vida em todos os sentidos.

Segundo Piovesan (2017) a compreensão mais abrangente de que o direito à vida se une aos princípios da dignidade humana, possibilita entender que a discussão sobre à vida humana perpassa não somente pela vida que se encontra em formação, mas também com a vida da gestante.

De acordo com Ferreira (2019) discutir a intersecção entre aborto e direito à vida sob a visão jurídica se apresenta como um dos cernes do direito atual principalmente por se tratar do enfrentamento direto de direitos, como o direito à vida do nascituro, o direito à vida da gestante e os ordenamentos jurídicos vigentes no país que criminalizam o aborto em casos específicos.

Desta forma, o aprofundamento nos aspectos jurídicos do aborto e da sua relação com a discussão acerca do direito à vida aponta para a necessidade ainda maior de compreensão sobre as bases legais que fundamentam a prática do direito, sendo crucial sua aplicação na observância dos casos de abortamento e consideradas na avaliação de cada episódio.

1.1.3 Aborto criminoso e suas modalidades

Considerando o aborto como crime em território brasileiro, faz-se necessário contemplar o que versa o Código Penal (DELMANTO, 2017). Segundo tal legislatura, o aborto é tipificado e enquanto criem e tem suas penas descritas nos artigos 123 à 127, em conformidade com suas características, sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos (BRASIL, 1940).

Sobre este artigo em específico, Bittencourt (2017) esclarece que este tipo de abortamento induzido em geral de justifica pela falta de programação de uma gestação, considerando diversos fatores, como idade da gestante, questões econômicas, problemas de relacionamento, ou simplesmente o não desejo em dar continuidade à gestação.

Outro tipo de aborto considerado crime no Brasil é apresentado como

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (BRASIL, 1940)

De acordo com Hanashiro (2020) quando provocado por terceiros, o abortamento ganha ares ainda mais complicadores uma vez que infere diretamente à cumplicidade na prática criminosa, sendo possível ainda a descriminação do fator conhecimento da gestante, o que não a imputa de qualquer responsabilidade, como pode ser visto nas penas aplicadas.

Um terceiro tipo de pena é estipulado no artigo 127 (BRASIL, 1940)

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Neste sentido, nota-se que as determinações penais para o crime de aborto, anterior à especificação das penas em cada caso, tal legislatura versa acerca da caracterização das ocorrências de abortamento, sendo observado que o fator preponderante a autoria do ato, bem como a cumplicidade no mesmo, o que se apresenta inclusive como a possibilidade de qualificação do crime, caso esse resulte em lesão ou óbito da gestante.

1.2 ABORTO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.2.1 Aborto legal no Brasil

Ainda que seja considerado um ato criminoso no Brasil, a legislação nacional abre três exceções que permitem a prática de abortos, o que assegura, em casos específicos, que haja uma interrupção da gravidez.

A busca pela garantia do aborto no Brasil é apresentada por Martins e Goulart (2016) como uma luta por direitos que data há bastante tempo, principalmente em consideração aos números de abortamentos realizados de forma clandestina e gerando uma série de problemáticas, como a mortalidade de mulheres, por exemplo.

Segundo Miguel, Biroli e Mariano (2017) a discussão sobre a legalização do aborto se configura diante diversos aspectos, sendo possível destacar prioritariamente a vida da gestante, do feto e à possibilidade de violência e agressão que resultasse nessa gravidez. Complementam ainda que esta discussão não se baseia na autonomia da mulher ou ainda considera dos direitos sexuais e reprodutivos da mesma.

Nota-se que a questão em torno do aborto legal no país se apresenta como uma discussão necessária em consideração primeiramente ao número de casos confirmados além daqueles que não são notificados. Da mesma forma justifica-se a intensificação do debate em virtude de casos específicos em que haja risco de vida ou seja resultante de estupro.

De acordo com Colli e Gomes (2018) as três exceções são possíveis quando se trata de aborto no Brasil são apresentadas no Código Penal (BRASIL, 1940) e na ADPF 54/DF (AURÉLIO, 2012), sendo respectivamente os casos de risco à vida da gestante e casos resultantes de estupro, e mais recentemente nos casos de diagnóstico médico de anencefalia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É observado que a relevância da temática se confirma ao ser tratada na legislação brasileira na lei mais importante do país nos casos de estupro e risco à vida da gestante, sendo ainda percebido uma atualização do verso da lei quando se trata de má formação do cérebro do feto.

1.2.2 Tipos de aborto legal

A especificação de abortamentos legais no Brasil se dá inicialmente pelo detalhamento nas leis específicas, como o Código Penal (BRASIL, 1940) e a ADPF 54 / DF (AURÉLIO, 2012), conforme

> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> **Aborto necessário**
>
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
>
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

É notado o artigo 128 do Código Penal versa que não deve ser considerado crime o abortamento realizado por um médico quando se trata de salvar a vida da mulher uma vez que esta se encontra em risco em razão da gravidez, da mesma forma que não apresenta punição para os abortos ocasionados em virtude de uma gestação resultante de estupro, sendo ainda necessário o consentimento da grávida ou de seu representante legal.

Segundo Costa (2017) quando se fala de aborto para resguardo da vida da gestante se caracteriza como um abortamento terapêutico ou necessário, uma vez que se apresenta como uma condição imprescindível para garantir a saúde desta mulher, pois esta gestação se apresenta como de risco.

Ferreira (2019) complementa ainda que nos casos de abortamento permitido legalmente em decorrência de risco à vida da gestante deve ser amparado por diagnóstico médico, o que aponta novamente a necessidade de intervenção externa à vontade da mulher, e ainda necessitando do atestado médico para a realização do procedimento.

Observa-se neste primeiro caso não criminalizado dos abortamentos no Brasil que há uma preocupação com a vida da gestante, sendo inclusive considerado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

como terapêutico, uma vez que a mulher se encontra em risco pois a gravidez se apresenta como um risco à continuidade de sua vida. Porém é importante a ressalva acerca da obrigatoriedade de apresentação de comprovante médico dos riscos eminentes da gestação para a vida da grávida, o que pode ser um fator complicador em virtude desta necessidade, uma vez que o avançar da gestação pode ocorrer.

No que tange aos casos de legalidade do aborto relacionado à casos de estupro, Reis e Freitas (2018) elucidam que ao ser constatada uma gravidez proveniente de uma violência sexual, o que se apresenta como um avanço nas questões de respeito à mulher grávida. No mesmo sentido, Romagnoli (2019) esclarece que mesmo sendo legalizado, ainda há alguns critérios para que o mesmo ocorra, uma vez que mesmo sem a necessidade de comprovação de estupro, há implicação de que em caso de incapazes, o consentimento se faz mediante consentimento à representante legal.

É notado nestes casos que, na ocorrência de uma gravidez que tenha resultado de violência sexual a criminalização não se aplica, o que é defendido em razão do resguardo da vontade da mulher e em respeito as consequências deste ato original, porém também é notado que mais uma vez se faz necessária a certificação do representante legal em casos de menores de 18 anos.

1.2.3 Aborto legal em casos de estupro

O inciso segundo do artigo 128 do Código Penal (BRASIL, 1940) esclarece as bases legais da legalidade da prática do abortamento em casos de uma gravidez decorrente de estupro, o que se apresenta como uma questão relevante a ser debatida em sociedade.

Ainda que a legislação seja clara em relação à liberação acerca do aborto em caso de estupro, é notado um cerne de discussão, com paradigmas de concordância e discordância acerca desta possibilidade, debatendo o direito à vida do feto ou o respeito à condição de violentada da mulher vítima de estupro.

Ferreira et al. (2019) alegam que o aborto em caso de estupro se configura como um atentado à vida. De acordo com a autora a premissa de que este tipo de prática fere o direito à vida e a existência, o qual é garantido por lei. Na mesma seara, Amaral e Cordeiro (2018) elucidam ainda que as bases religiosas no país são categóricas ao discursar contra esse direito já instituído, ignorando a violência sofrida pela vítima que se encontra gestante, mas declara que uma vida não anula a outra, e que existem outras formas de superar a problemática, como a adoção, por exemplo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nota-se que a discussão sobre o aborto em caso de estupro se divide em grupos a favor e outros contra, sendo estes últimos defensores do direito à vida do feto, uma vez que o mesmo já deve ser considerado como ser humano, uma vez que apresentam como maneiras de contornar a questão, como a entrega à adoção.

No que tange à defesa da segurança deste direito Madeiro e Diniz (2016) afirma que é salutar a investidura legal na manutenção deste direito, uma vez que a agressão sofrida pela vítima em si já justifica sua prática, considerando principalmente o não desejo da gestante na concepção do feto. Segundo Melo (2019) ainda é possível citar a problemática da necessidade de comprovação de que a gravidez é decorrente de um estupro para que seja executado o procedimento, o que se configura como uma revitimização da mulher estuprada.

Em contrapartida aos que se apresentam contra o abortamento nestes casos, é notado que são priorizados o desejo da vítima e principalmente é considerada a agressão que a mesma sofre, sendo a gravidez ocasionada sem o consentimento da mulher e por consequência sem sua vontade.

Neste sentido, com a discussão acirrada acerca da legalização do abortamento em decorrência de estupro é importante identificação de decisões legais já tomadas pelo poder judiciário brasileiro.

1.3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NOS CASOS DE ABORTO CONSEQUENTE DE ESTUPRO

O entendimento acerca da legalidade do abortamento por estupro no Brasil perpassa por inúmeros prismas, dentre os quais se destaca a relevância da análise de casos em que a sentença se fez necessária diante estes casos. A jurisdição brasileira em relação ao aborto decorrente de um estupro não se mostra extensa, sendo possível identificar poucos casos que mostrem decisões nestes casos.

A fim de interpretar um caso considerando os objetivos desse estudo, apresenta-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o resultado da Apelação Cível nº 2008.001.63081, com o posicionamento de que o abortamento deve se basear no livre-arbítrio e na autonomia da vontade da gestante, pois são preenchidos os critérios estabelecidos em lei, sendo a mesma.

> APELAÇÃO CÍVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FAVOR DE MENOR VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL. GRAVIDEZ RECENTE DECORRENTE DE 13 ESTUPRO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. INCONFORMISMO DO PARQUET.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ABORTO SENTIMENTAL OU HUMANITÁRIO. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. FIGURA TÍPICA PERMISSIVA. FATO IMPUNÍVEL E LICÍTO. AUTORIZAÇÃO QUE ENCONTRA ESTEIO NA LEI E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O princípio de proteção à vida, embora quase absoluto, comporta exceções quando em confronto interno, com si próprio, ou seja, quando uma vida humana é posta seriamente em risco por outra vida humana. 2. Por isso, na hipótese de aborto, diante da excepcionalidade de algumas situações, o legislador conferiu maior proteção à vida da mãe, em detrimento da vida do embrião ou feto. 3. De um lado o inciso I do art. 128 do Código Penal cuidou do chamado "aborto necessário", também conhecido como terapêutico, quando constitui o único meio de salvar a vida da gestante, e do outro, o inciso II do mesmo dispositivo legal cuidou do "aborto humanitário", quando a gravidez é resultante de estupro e mediante consentimento da gestante ou seu representante legal, sendo esta a hipótese dos autos. 4. Não poderia o legislador ignorar os fatos da vida e impor monstruosa carga vitalícia de sentimentos negativos à vítima da brutalidade sexual. 5. Na própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal o legislador ressalvou em favor da referida exceção razões de ordem social e também individual. 6. Não há qualquer conflito entre o comando legal que autoriza excepcionalmente o abordo e a Constituição Federal, já que a Carta Magna não protege a teratologia representada pelas consequências do estupro de uma criança, ao mesmo tempo em que consagra a preservação da dignidade da pessoa humana. 7. A hipótese de incidência do fato típico permissivo contemplado na lei penal encontra integral aplicação à hipótese dos autos, em que uma menina que 12 anos foi vítima de violência sexual que gerou gravidez, não tem condições de reconhecer o agressor, não encontra forças, pela ausência de maturidade, para lidar com o drama da situação e conta com a autorização do representante legal para o aborto humanitário. 8. A exemplo do legislador, não pode o julgador se apegar à estética jurídica e ignorar os fatos da vida e com isso, olvidando o permissivo legal, condenar ao sofrimento perpétuo uma criança e seu núcleo familiar. 9. Provimento do recurso. (RIO DE JANEIRO, 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A análise da decisão acima exposta aponta para a importância de considerar a vítima como principal prejudicada de todo o processo, não sendo justo e cabível que a mesma tenha que carregar a responsabilidade de uma gravidez indesejada e que resultou de uma agressão sexual sofrida, o que por si deve ser considerado como um resguardo do direito à vida da mesma.

Quando se trata do abortamento em decorrência de uma gravidez ocasionada por uma violência sexual, a legislação não é clara em relação à comprovação das causas dessa gravidez através de um documento policial ou atestado médico, sendo crucial considerar a jurisprudência acerca do assunto, conforme

> Aliás, o Superior Tribunal de Justiça guarda o entendimento quanto ao valor probatório da palavra da vítima: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COMA JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS7 E 83/STJ. 1. A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. (BRASÍLIA, STJ-DF, 2012).

Assim, é notado que para a realização da interrupção da gravidez decorrente de violência sexual, não há dependência de uma autorização legal para tal, sendo considerada prioritariamente a palavra da vítima, o que torna-se imprescindível quando se trata dos cuidados necessários para a prática do aborto dentro dos prazos possíveis e seguros.

CONCLUSÃO

A temática do abortamento legal Brasil ainda se configura como uma questão a ser discutida em diversos aspectos, principalmente quando se trata dos casos em que a gestação se deu em virtude de uma violência sexual, o já é determinado pela legislação brasileira, mas ainda se apresenta como uma questão controversa.

Através da referida pesquisa identificou-se as bases conceituais e a tipificação do abortamento, sendo observadas inúmeras possibilidades de prática de interrupção de gravidez, o que se apresenta determinante para a análise das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

questões legais, principalmente quando se trata da legalidade do procedimento já estabelecida no país.

Igualmente às definições de aborto, com o levantamento das bases legais acerca dos casos de abortamento no país foi possível identificar as explicações legais e conceituais do aborto, o que possibilitou tanto o reconhecimento histórico da questão e quais são as leis que versam sobre a questão, determinando assim que os abortos em caso de estupro, os que comprovadamente são de fetos anencéfalos e com risco de vida à gestante.

No que tange aos objetivos deste estudo foi observado que os casos de aborto, ainda que estejam previsto em lei, sem a criminalização do procedimento, e sem a punição do médico, da gestante e dos envolvidos, se apresenta como uma questão controversa, pois grupos distintos compreendem o tema de formas diferentes, sendo de suma relevância que haja a análise e a intervenção de cortes superiores para tal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Helena Carneiro; BODANESE, Paloma Louzada. Atendimento psicológico durante o pré-natal de risco: ameaça de aborto e hospitalização prolongada. **Revista da SBPH**, v. 22, n. SPE, p. 116-132, 2019.

AMARAL, Eriberto Cordeiro; CORDEIRO, Carla Cibele Amaral. O aborto: flagrante conflito entre o direito á vida e a dignidade da pessoa humana. **Caderno de Graduação-Humanas e Sociais-UNIT-PERNAMBUCO**, v. 3, n. 3, p. 47, 2018.

AMARAL, Luciana Lombas Belmonte. Os Direitos Humanos do Século XXI e a Declaração Universal dos Direitos Humanos: Reflexões sobre as Limitações da Perspectiva Normativa. **Diversas Abordagens**, p. 17, 2016.

AURÉLIO, Marco. **ADPF 54 / DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2017.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848**: Código Penal Brasileiro. Casa Civil. Brasília, 1940.

CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00188718, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

COLLI, Luciene Rinaldi; GOMES, Nystrom Zoppelaro. A relativização do direito à vida e a legalização do aborto: os limites da proteção constitucional do direito a vida face a dignidade da pessoa humana. **Revista Científica FAGOC-Jurídica**, v. 2, n. 1, 2018.

CORREIA, Luciano Lima . Tendência de abortos espontâneos e induzidos na região semiárida do Nordeste do Brasil: uma série transversal. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, v. 18, n. 1, p. 123-132, 2018.

COSTA, Raphael Mendonça. Tipos de aborto legal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 12, n. 1, p. 243-264, 2017.

CURADO, Roberta Machado de Oliveira Frota et al. Avaliação citogenética em casais com histórico de aborto recorrente. **Semina: Ciências Biológicas e da Saúde**, v. 38, n. 1supl, p. 94, 2018.

DELMANTO, Eduardo Dante et al. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, p. 653-660, 2017.

DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira et al. Aborto inseguro no Brasil: revisão sistemática da produção científica, 2008-2018. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00190418, 2020.

FERREIRA, Amanda Costa et al. Relativização do direito à vida: uma análise dos abortos permitidos em lei. **Revista Artigos. Com**, v. 11, p. e2463-e2463, 2019.

FERREIRA, Monique Fernanda Félix; VERONA, Ana Paula Andrade; WONG, Laura Lídia Rodriguez. Estimativas de aborto inseguro: métodos e medidas. **Anais**, p. 1-38, 2019.

HANASHIRO, Ana Mayumi Sa Freire et al. Aborto, dignidade e constituição. **Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior**, v. 12, n. 1, p. 24-24, 2020.

KROETZ, Daniele Cecatto et al. Uma visão sobre o aborto no Brasil. **Revista Visão Universitária**, v. 1, n. 1, 2016.

MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos pagu**, n. 50, 2017.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Debora. Serviços de aborto legal no Brasil–um estudo nacional. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, p. 563-572, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MARTINS, Fernanda; GOULART, Mariana. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação de gênero. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 123, p. 233-258, 2016.

MELO, Beatriz Campos. Constitucionalização do aborto no âmbito do direito comparado. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 44, 2019.

MENEZES, Greice et al. Aborto e saúde no Brasil: desafios para a pesquisa sobre o tema em um contexto de ilegalidade. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00197918, 2020.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**, v. 23, n. 1, p. 230-260, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**, v. 23, n. 1, p. 230-260, 2017.

NETO, Manoel Valente Figueiredo. Desenvolvimento e responsabilidade das políticas públicas no Estado constitucional. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 15, n. 179, p. 117-132, 2016.

OLIVEIRA, Lívia Maria Moraes Henrique et al. Malformações e abortos espontâneos no Brasil. **Mostra Científica em Biomedicina**, v. 4, n. 2, 2020.

OLIVEIRA, Maikon Chaves et al. Aborto induzido no Brasil. **Multidebates**, v. 3, n. 1, p. 287-307, 2019.

OLIVEIRA, Maria Tânia Silva et al. Fatores associados ao aborto espontâneo: uma revisão sistemática. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, v. 20, n. 2, p. 361-372, 2020.

PAIXÃO, Cléverton de Jesus et al. Caracterização do perfil de internamento por aborto espontâneo em aracaju/se durante os anos de 2015 a 2017. In: **Congresso Nacional de Enfermagem-CONENF**. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Saraiva Educação SA, 2017.

REIS, Filomena Luciene Cordeiro; DA PAZ FREITAS, Karla Daniele. Estupro e aborto sentimental: a inexigibilidade de autorização judicial e a ausência de notificação das autoridades competentes. **Revista NUPEM**, v. 10, n. 19, p. 10-24, 2018.

ROMAGNOLI, Jhenifer. Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: o prazo de escolha para a vítima. **Revista Científica Doctum Direito**, v. 1, n. 3, 2019.

SANTOS, Meiriele Santana et al. Direito à vida e aborto: até onde o direito da mulher sobre o seu corpo pode interferir no direito à vida. **Semana de Pesquisa da Universidade Tiradentes-SEMPESq**, n. 21, 2019.

VARGAS, Ingrid Magalhães et al. Avaliação dos tipos e determinantes de abortamento em um hospital público: um estudo de coorte. **CADERNOS TÉCNICOS DE SAÚDE**, v. 2, n. 4, 2018.

ZAMORA SÁNCHEZ, Cindy Elizabeth. **Manejo de aborto incompleto. Estudio realizado en el Hospital Universitario de Guayaquil periodo 2014-2015**. 2017. Tese de Doutorado. Universidad de Guayaquil. Facultad de Ciencias Médicas. Carrera de Medicina. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DE ACORDO COM O TRATADO INTERNACIONAL

JEAN ALEX MARQUES ALVES:
Acadêmico do curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo aborda o tema audiência de custódia, de acordo com o Pacto de São José a audiência de custódia é um instrumento jurídico que serve de amparo á pessoa presa, detida ou retida, para que em um período de até 24 horas ter sua causa analisada e julgada por um juiz ou outra autoridade autorizada judicialmente para exercer a função. Antes da audiência de custódia, muitos processos se acumulavam e os detentos esperavam por um longo período até que sua causa fosse analisada. Com a nova modalidade diminuiu a superlotação nos presídios e diminui, o juiz analisa qual a gravidade de cada caso e define se o existe a necessidade de manter a pessoa em regime fechado, aberto ou até mesmo se fica detido. O sistema carcerário está em decadência há muitos anos, muitas rebeliões desastrosas aconteceram e centenas de vidas foram ceifadas, apesar de inúmeros ajustes no âmbito jurídico, ainda há casos de rebeliões e muitos detentos morrem sem ter sua causa analisada e julgada.

PALAVRAS – CHAVE: Audiência de Custódia. Direitos Humanos. Reintegração na Sociedade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Audiência de custódia. 2.1 Consequências da superlotação. 3. Violações dos direitos humanos. 4. Ressocialização. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste trabalho é descrever o que é, e como atualmente se aplica a audiência de custódia. Diariamente acompanhamos nos noticiários muitos casos de pessoas que cometeram algum delito, passaram pela audiência de custódia e são liberados para responder o crime em liberdade. E muitas pessoas que desconhecem as leis, julgam erroneamente que a justiça brasileira não está mais punindo quem comete crimes, e por esta razão o índice de criminalidade aumenta cada vez mais. Não é bem assim, nem todo crime é doloso, e apenas uma autoridade autorizada judicialmente pode afirmar quem deve ou não pagar a pena em regime fechado, aberto ou responder em liberdade.

Nesta temática reverbera a necessidade de esmiuçar quem são beneficiados com esta lei, e porque só foi sancionada no Brasil recentemente. Sabe-se que o sistema carcerário sempre foi precário, e como consequência, muitas vidas foram ceifadas sem o réu sequer ter sua causa analisada. Apesar da audiência de custódia ser alvo de críticas, esta medida reduziu de forma plausível a superlotação no sistema carcerário em todo país.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia consiste no direito da pessoa que é presa em flagrante de ser apresentada a uma autoridade autorizada judicialmente para exercer a função, e em um prazo de até 24 horas, analisar a necessidade de manter a pessoa presa ou optar pelo relaxamento da prisão. Esta modalidade jurídica existe em duas convenções internacionais no ornamento jurídico em que o Brasil é signatário, o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. Ambas as convenções entraram no direito interno apenas no ano de 1992, foi quando o Brasil internalizou por meio de decreto as convenções internacionais, ou seja, tornou-se observância obrigatória no âmbito de direito interno, podendo aplicar ambos os pactos internacionais.

Na convenção da Costa Rica do Pacto de São José descreve:

> *"Artigo. 7º.,5, Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo." (*CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969).

Em paralelo temos o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que asseguram:

> *"Artigo 9°.,3, Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença" (*CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969).

As duas normas reforçam que a pessoa presa em flagrante precisa passar por um juiz, ou outra autoridade habilitada que exerça a função judicial, assim, possa analisar e julgar o caso do réu em um curto prazo, determinando se haverá a necessidade de prisão preventiva ou se poderá responder em liberdade. Sabe-se que a demora na implementação, tanto do Pacto de São José, quanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis no Brasil contribuiu no aumento de forma exorbitante o número de encarcerados em todo o país. No mês de fevereiro de 2015, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) lançou um projeto para que fosse realizada a audiência de custódia, e dia 01 de fevereiro de 2016, vigorou a resolução regulamentando as audiências no Poder Judiciário. E ainda estipulou um prazo de três meses para os tribunais se adequarem ao novo procedimento.

Desde então, em vários estados as audiências estão sendo realizadas, diminuindo o número de presos nas penitenciárias, pois em muitos casos o juiz ou outra autoridade que analisa o caso entende que não se faz necessário o encarceramento para todos os casos julgados.

2.1 CONSEQUÊNCIAS DA SUPERLOTAÇÃO

Antes da audiência de custódia entrar em vigor, muitas pessoas que cometiam delito passavam meses para ter seu caso analisado e julgado, o juiz não tinha contato direto com o réu, apenas analisava os processos pela ficha criminal, e isso contribuiu para o Brasil ser o terceiro país com maior número de encarcerados, depois dos Estados Unidos e da China. O excesso nas cadeias pode trazer consequências graves, em São Paulo, no dia 02 de outubro de 1992, em uma intervenção militar desastrosa no sistema penitenciário em Carandiru causou 111 mortes. Logo após este massacre, dia 25 de setembro de 1992 foi implementado no Brasil o Pacto de São José da Costa Rica, contudo, o país não tinha estrutura para se adequar e realizar as audiências, por esta razão as cadeias ficaram cada vez mais lotadas e com mais conflitos entre os detentos. Em Manaus, no mês de janeiro de 2017 após uma rebelião causada por facções rivais houve um massacre, 65 detentos foram mortos e 40% eram presos provisórios aguardando julgamento. Nos primeiros meses do ano de 2020 a epidemia repentina do Coronavírus se espalhou pelo mundo, e como forma de evitar a propagação dentro dos presídios superlotados e sem a possibilidade de manter distancia, muitos detentos tiveram a opção de aguardar o julgamento em casa.

3. VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

No Brasil, as violações dos direitos humanos nos presídios são diversas, na prática esses direitos não existem e ainda parece intangível se ter. O que vemos nos noticiários são celas com superlotação, e no meio de tantos detentos estão aqueles que ainda estão aguardando que seu caso seja julgado, não existe mais condições de separar os presos, em todo país falta espaço, os mais lotados são os masculinos. As inúmeras manifestações feitas por detentos sempre é para reivindicar algo que não está sendo cumprido, como: as más condições de higiene nas selas, a superlotação, as comidas, as vestimentas, não conseguem se acomodar corretamente para dormir. A maioria dos encarcerados depende dos seus familiares para suprir com as necessidades básicas usadas em um presídio, é comum nos períodos de visita ver várias sacolas transparentes com alimentos, material de higiene pessoal e roupas limpas prontas para serem entregues.

Na Constituição Federal de 88 assegura em seu artigo 5° que:

> *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"*

Sabe-se que na prática este enunciado da constituição deixa a desejar, e faz muito tempo. A confirmação das violações são as tragédias que acontecem continuamente e centenas de vidas foram ceifadas sem terem sequer a oportunidade de desfrutarem de algum direito. Muitos que estão presos não fazem ideia que esses direitos existem, enquanto as melhorias não chegam, muitos humanos estão amontoados dentro de celas.

4. RESSOCIALIZAÇÃO

Para quem desconhece as leis, raramente vai entender o direito de liberdade de quem cometeu algum ato criminoso, está cada vez mais cristalizado no enunciado da sociedade que "bandido tem que apodrecer na cadeia", ou "bandido não tem pena de ninguém", mas a maioria das pessoas que falam, não tem conhecimento jurídico e pensam que uma pessoa ao cometer um crime jamais pode ser inserida na sociedade novamente. Deixa de ser analisado que o preso deixou do lado de fora á sua espera: uma mãe, um pai, esposa, esposo, filhos, e em alguns casos deixou também seu emprego, que na maioria das vezes perde a vaga. Uma vez fichado na lista criminal, para a ótica de muitos da sociedade o "João que vendia ideias" será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mais conhecido como ex-presidiário do que o "vendedor de ideais". É muito complicado para quem sai de um presídio e tenta restaurar a vaga de emprego, principalmente para os que possuem menos poder aquisitivo, e a melhor forma de tentar ganhar dinheiro para suprir suas necessidades e da família é optar pelo trabalho informal. Alguns passam a vender frutas, objetos e água nos sinais, trabalham como flanelinha, e mesmo assim o lucro é pouquíssimo. O mercado de trabalho está cada vez mais escasso, exigindo mais estudos e algumas empresas exigem os antecedentes criminais, e é nesse processo que a maioria fica de fora. Alguns estados não possui condições para dar oportunidades de trabalho para o detento, não existe sequer condições de manter as necessidades básicas para cada detento, muito menos projetos de ressocialização. Infelizmente o sistema carcerário praticamente em todo o país está decadente há muitos anos, e isso contribuiu para inúmeras rebeliões violentas.

De acordo com o Coordenador nacional da Pastoral Carcerária, Padre Valdir João Silveira, relatou alguns dos direitos que são violados:

> *"É a instituição [prisão] na qual se garantem as violações de diretos básicos da pessoa. Então, tudo o que vai a favor do direito de alguém é quebrado. A regra está ali para quebrar os direitos básicos da pessoa. A pessoa é presa para lhe ser retirada a liberdade de ir e vir. Todos os demais direitos são garantidos pela lei, porém todos acabam violados por essa instituição."*

A prisão não serve como reciclagem cognitiva, a dor física pode passar ingerindo algum remédio, mas a psicológica permanece. O sistema carcerário não tem condições de reter um detendo e garantir a ele todos os direitos que foram impostos pela constituição e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Muitos quando ganham a liberdade dão de cara com a rejeição e as portas fechadas para o emprego, e infelizmente comentem crimes novamente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluímos que a audiência de custódia foi ratificada pelo Brasil para que a pessoa presa possa ter um tratamento mais humanizado, antes desta modalidade muitos presos passavam meses, e até anos para terem seus casos analisados e julgados por um juiz. Assim contribuía para a superlotação carcerária, com o excesso de presos e a situação desumana que acontecem nos presídios de todo o país, muitas rebeliões terminaram em tragédias. Sabe-se que em todos os presídios as facções criminosas estão presentes e recrutam mais pessoas para o mundo do

crime, com isso, muitos saem e não querem tentar reconstruir a vida de forma honesta, preferem a criminalidade onde conseguem dinheiro mais fácil.

Torna-se cada vez mais difícil combater o crime, na maioria dos estados os presídios não possuem estrutura para oferecer aos detentos trabalhos que sirva como um preparo para a reintegração na sociedade, sendo assim, quando ganham a liberdade, as oportunidades de emprego são menores. O trabalho dignifica o homem, e para suprir as necessidades é necessário dinheiro, sem oportunidade de trabalho e frustrados, muitos voltam a praticar algum tipo de delito.

6. REFERÊNCIAS

1) A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DÁ LIBERDADE IRRESTRITA A MENOS DE 1% DOS PRESOS – disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-08/audiencia-de-custodia-da-irrestrita-menos-de-1-dos-presos-0

2) AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: O QUE É E COMO FUNCIONA – disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/239559/audiencia-de-custodia-o-que-e-e-como-funciona

3) A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A LEI N° 13.964/19 – disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/318754/a-audiencia-de-custodia-e-a-lei-13964-19

4) A APLICAÇÃO DO PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA em julgados do STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/A-aplicacao-do-Pacto-de-San-Jose-da-Costa-Rica-em-julgados-do-STJ.aspx

5) COMO FUNCIONA UMA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA? – disponível em: https://audienciabrasil.jusbrasil.com.br/noticias/590013936/como-funciona-uma-audiencia-de-custodia

6)MASSACRE DE CARANDIRU – disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Massacre_do_Carandiru

7) PASTORAL CARCERÁRIA. Disponível em: https://carceraria.org.br/tag/padre-valdir-joao-silveira

NOTAS:

[1] Coordenador do curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE LABOR A MENOR DE DOZE ANOS

NAYENE LUDMILA GONÇALVES SELLERA:
Pós graduanda em Direitos Humanos pela Faculdade UniAmérica, pós graduanda em Direito Civil e Consumidor pela Faculdade UniAmérica, pós graduanda em Processo Civil pela faculdade UniAmérica, graduada em Direito pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, advogada.

RESUMO: Conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança, a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos. A legislação supracitada foi publicada, no intuito de substituir o antigo Código de menores; vez que este, de forma autoritária, preocupava-se apenas com os "menores em situação irregular". Desde a promulgação da Constituição Federal, surgiu uma maior preocupação com os menores de forma geral. Passo seguinte, houve uma alteração no panorama, pautado no princípio da busca do melhor interesse, impulsionando a proteção integral, e desencadeando a prioridade absoluta desses. Entre os diversos direitos enumerados nos diplomas, encontra-se a previsão de proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; Ocorre que embora esse direito seja tutelado, existem casos de violação. Diante do exposto, neste presente artigo será analisado julgado do Superior Tribunal de Justiça, que diante da divergência acerca da possibilidade de computar ou não essa atividade vedada, para fins previdenciários, concluiu que mediante prova efetiva do trabalho é inadmissível desconsiderar esse lapso temporal.

PALAVRAS-CHAVE: direitos; menores; trabalho de menores; fins previdenciários.

ABSTRACT: According to the Statute of the Child and Adolescent, a child is considered to be a person up to twelve years old and an adolescent to be between twelve and eighteen years old. The aforementioned legislation was published in order to replace the old Code for minors; since the latter, in an authoritarian way, was concerned only with "undocumented minors". Since the promulgation of the Federal Constitution, there has been a greater concern for minors in general. Next step, there was a change in the panorama, based on the principle of seeking the best interest, boosting comprehensive protection, and triggering their absolute priority. Among the various rights listed in the diplomas, there is the provision to prohibit night work, dangerous or unhealthy for children under eighteen and any work for children under sixteen, except as an apprentice, from the age of fourteen; It turns out that although this right is protected, there are cases of violation. In view of the above, this article

will be analyzed by the Superior Court of Justice, which, in view of the disagreement over the possibility of computing or not this prohibited activity, for social security purposes, concluded that upon effective proof of work it is inadmissible to disregard this time lapse.

KEYWORDS: rights; minors; child labor; social security purposes.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da evolução dos direitos das crianças e adolescentes. 3. Da regularização do trabalho infantil. 4. STJ: Análise de julgado. 5. Do trabalho infantil e aplicação da primazia da realidade. 6.Do acerto da decisão do STJ no Agravo Interno. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade fazer uma suscinta análise do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A questão tratou de um trabalhador que solicitou sua aposentadoria de forma administrativa, porém o pleito foi indeferido pelo INSS, sobre o argumento de falta de contribuição. Verificou-se com tudo, que na ocasião o lapso temporal não foi preenchido porque a autarquia desconsiderou a atividade rural exercida pelo solicitante em atividade rural exercida com menos de doze anos de idade.

Para isso, em um primeiro momento será realizado uma abordagem acerca dos avanços dos direitos das crianças e adolescentes e o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a inclusão de direitos, com ênfase na proibição de trabalho a menores de quatorze anos, em seguida será apresentado uma sinopse de caso decidido pelo STJ, pontuando acerca da validação de trabalho infantil, ainda que proibido para computo de fins fiscais.

Em apertada síntese, será avaliado a compatibilidade do julgado com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo por se tratar de aplicação de "bônus", qual seja computo para fins fiscais, advindo de uma conduta expressamente vedada.

2. DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Estatuto da criança e do adolescente, determina que criança, é a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos. Foi publicado no ano de 1990, no intuito de substituir o antigo Código de Menores, que de forma autoritária somente se preocupava com "menores em situação irregular"; uma doutrina em que se pautava na ideia de que crianças e adolescentes eram objetos de direito, e que possuíam como única opção a segregação para carentes ou delinquentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nas linhas do autor Guilherme Freire de Melo Barros (2019):

> "O Estatuto substituiu o antigo Código de Menores, Lei nº 6.697/79, cuja incidência era voltada precipuamente ao menor em situação de irregular. Crianças e adolescentes eram vistos como objeto de tutela à luz daquele regramento. 'Durante todo este período a cultura da internação, para carentes ou delinquentes foi a tônica. A segregação era vista, na maioria dos casos, como única solução."

Dessa forma, tendo em vista a falta de regulamentação aos menores de idade, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e o advento do Estatuto da Criança e do adolescente em 1990, fez-se necessário uma alteração no panorama do tratamento menor;

Pautando-se no princípio da busca do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, e impulsionando a proteção integral, desencadeando a prioridade absoluta desses. Deixaram de ser tratados como objetos de direito, e passaram a ser sujeitos de direito.

Como sujeitos de direitos, passaram a ter uma série de direitos que antes eram negligenciados. Direitos estes indispensáveis para o desenvolvimento regular e sadio, de forma a propiciar uma vida minimamente digna.

Entre os diversos direitos enumerados nos diplomas, encontra-se os de brincar, praticar esportes, divertir-se; e no intuito de preservar essa fase de desenvolvimento, asseverou-se também a proibição do trabalho infantil, que será abordado com ênfase no próximo tópico.

3. DA REGULARIZAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Diante da proteção integral conferidas aos menores, também houve a regularização acerca dos menores no âmbito trabalhista.

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 7º, X:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;.

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigos 60 e 65:

> Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.
>
> Art. 65. Ao adolescente aprendiz, maior de quatorze anos, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários.

Dispõe por fim, a Consolidação de Direitos do Trabalho, em seu artigos 60 e 65:

> Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Conclui-se que o trabalho só é permitido a pessoas acima de dezesseis anos, excetuando os maiores de quatorze anos, sendo que nessa idade, só é ilícito a atividade em caso de programas de menor aprendiz. Ademais, importante ressaltar, que nem sempre foi assim, essa consolidação ocorreu no ano de 2000. Em data anterior, a data limite era de doze anos, ou seja, o trabalho era proibido apenas aos menores de quatorze anos. Assim, aos adolescentes aprendiz e aos maiores de dezesseis anos trabalhadores, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários.

4. STJ: ANÁLISE DE JULGADO

Após a prévia análise de fatores definidores, passo para análise do recente julgado do STJ, sobre a relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, na primeira turma, realizado no dia 02/06/2020, acerca de um pleito de aposentadoria.

O julgado, em tese trata de um trabalhador que solicitou de forma administrativa a concessão de sua aposentadoria. Data vênia, embora preenchidos os requisitos, o INSS indeferiu o pleito, sobre o argumento de que o agente não logrou êxito em contemplar o lapso de contribuição. Uma vez que não seria possível computar o período em que este trabalhou antes de completar doze anos de idade.

Diante do indeferimento administrativo, o trabalhador optou em judicializar a questão, utilizou como fundamentação que a lei foi omissa acerca da limitação de idade mínima para computação de fins previdenciários no âmbito do trabalho rural.

Têm-se que a dúvida pairava na seguinte questão, de um lado o trabalho de menor de 12 anos sempre foi vedada, de outro ainda que proibido, no caso em contento, através de provas materiais anexadas, juntamente com o depoimento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

testemunhas, ficou comprovado que o menor de fato exerceu atividade laboral, nesse caso, seria admissível ou não a aplicação desse lapso temporal para fins previdenciários?

A corte entendeu que a análise deve se moldar sob a influência do pensamento garantístico, ou seja deve-se buscar o cumprimento da proteção integral, de forma a beneficiar-se o menor, que é o hipossuficiente. Aduziu que o objetivo de limitação de trabalho infantil tem por escopo o benefício do menor, e não o contrário. Assim, embora a legislação imponha limite para o registro no Regime Geral da Previdência, não seria razoável que aqueles trabalhadores que já sofreram quebra de direitos, exercendo atividade laboral em idade inferior, tenham novamente os seus direitos violados, não computando esse período para fins previdenciários.

Nesse sentido, palavras proferidas no acordão (2020):

> "Desta feita, não é admissível desconsiderar a atividade rural exercida por uma criança impelida a trabalhar antes mesmo dos seus 12 anos, sob pena de punir duplamente o Trabalhador, que teve a infância sacrificada por conta do trabalho na lide rural e que não poderia ter tal tempo aproveitado no momento da concessão de sua aposentadoria. Interpretação em sentido contrário seria infringente do propósito inspirador da regra de proteção. "

O STJ, portanto, entendeu que o exercício desse trabalho, mesmo que vedado, não pode ser analisado de forma a prejudicar novamente o trabalhador. Deixar de aplicar os direitos previdenciários seria como condenar este duas vezes, a primeira no sentido de ter a sua infância violada, vez que deixou de ser respeitados os direitos mínimos para uma vida digna, e o segundo no sentido de não utilizar esse período de violação para computar hipótese que tem como finalidade beneficia-lo, qual seja o cômputo do lapso para fins previdenciários.

5. DO TRABALHO INFANTIL E APLICAÇÃO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Importante ressaltar que no âmbito do direito trabalhista, vige o princípio da primazia da realidade, que tem por finalidade estimular a busca da verdade real. Na relação o que importa são os fatos que de forma ocorreram.

Nas linhas de Plá Rodriguez (2000):

> "em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou

> menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle"

Em Dito isso, é possível constatar que mesmo que o trabalho realizado à menores de idade nunca tenham sido permitido, é necessário aplicar o que de fato ocorreu na prática. Ou seja, nos casos em que os menores trabalharam, justo é que sejam considerados realizado e incidir computação para fins previdenciários.

6. DO ACERTO DA DECISÃO DO STJ NO AGRAVO INTERNO

A decisão do STJ mencionada acima está plenamente de acordo com o ordenamento jurídico. O Direito deve propiciar integral proteção as crianças e adolescentes, de forma a sempre procurar respeitar a sua integridade.

No caso concreto narrado acima, embora o trabalhador tenha realizado atividade laboral em idade vedada, o fato por si só, já viola direitos. Em outro giro, no âmbito trabalhista, preceitua o princípio da primazia da verdade, que tem como finalidade estimular a aplicação de direitos de acordo com a verdade real. Ademais não é razoável estipular uma idade mínima para reconhecer o computo para fins trabalhistas, vez que com a inadmissibilidade deste lapso temporal, configuraria dupla violação de direitos. Tal indeferimento, está em contramão com o novo modelo implementado com o advento do ECA, pautado no princípio da busca do melhor interesse, impulsionando a proteção integral, e desencadeando a prioridade absoluta dos menores.

Diante desse cenário, têm-se que o trabalho a menores de quatorze anos deve ser combatido, mas diante da inefetividade do ordenamento, jurídico o tempo de labor deve ser contabilizado para fins previdenciários.

7. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se que o STJ entende que apesar da proibição do trabalho infantil, o tempo de trabalho de menor de doze anos deve ser considerado para fins previdenciários.

Com acerto, o Tribunal, no Agravo de instrumento, de forma individualizada, compreendeu que no caso apresentado, existiam elementos suficientes para comprovar que o trabalhador exerceu atividade laboral de forma efetiva, ainda antes dos doze anos. Concluindo de tal sorte, que diante do exposto os fins previdenciários nesse período, não podem ser afastados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, frisou-se que esse trabalho infantil deve ser combatido, mas diante da impossibilidade, mediante provas do efetivo trabalho, analisadas caso a caso com cautela, o requerimento de aposentadoria não pode ser inadmitido por desconsiderar esse lapso temporal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente.1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm .Acesso em 10 set. 2020

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho de 1967. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm . Acesso em 10 set. 2020

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 09 de set. de 2020

BRASIL. Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de

1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10097.htm Acesso em: 09 set. de 2020

FREIRE DE MELO BARROS, Guilherme. Direito da Criança e do Adolescente. 4ª ed. Volume Único – Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2018

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. p. 37-38

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo interno no Agravo em Recurso Especial.** Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, 16 jun. 2020 Brasília: STF. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp Acesso em: 10 set. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS

TONYANDSON DA SILVA CORDEIRO: Graduando no Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES[1]

(orientador)

RESUMO: A pesquisa objetiva destrinchar juridicamente e doutrinariamente a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais. Como metodologia utilizou-se a pesquisa bibliográfica do modo que tornou-se possível reunir autores com suas respectivos obras evidentemente atreladas a pesquisa em questão. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para sociedade quanto para os operadores do Direito, justamente por trazer em debate um tema, cujo a vivência é cotidiana, o que faz buscar mecanismos jurídicos que permitem coibir maiores danos ao meio ambiente. No item 1, discutiu-se sobre os conceitos de meio ambiente e direito ambiental. No item 2, discutiu-se sobre o histórico da responsabilidade civil. E, por fim, no item 3, denotou-se especificamente ao objetivo da pesquisa, qual seja, responsabilidade civil do Estado por danos ambientais.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Danos Ambientais; Estado.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito de meio ambiente e direito ambiental – 3. Histórico da responsabilidade civil do estado – 4. . Responsabilidade civil do estado por danos ambientais – 5. Conclusão – 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

Tem por objetivo analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado em decorrência dos danos de cunho ambiental, trazendo com teor dimensões os princípios norteadores legais e doutrinários atinentes tanto ao direito administrativo quanto próprios ao direito ambiental.

Serão abordados os diversos aspectos desta peculiar forma de dano – o dano ambiental, as teorias concernentes a responsabilidade civil e administrativa, os princípio envolvidos nestas áreas do direito, os instrumentos legais de proteção ao bem jurídico em questão (o meio ambiente). Analisando-se alguns dos desdobramentos e implicações que poderão surgir.

Não se pretende, contudo, o esgotamento do tema, considerando-se que a questão ambiental é de uma riqueza de detalhes e nuances que a tornam singular, e, ademais, sua correlação com os crescentes avanços tecnológicos levam a um constante aparecimento de novas questões demandando sempre a busca de novas soluções do direito ambiental.

Contudo, antes de adentrar na responsabilidade civil do Estado por dano ambiental, objeto do presente trabalho, convém fazer-se breve resumo histórico sobre a evolução do direito ambiental, não apenas como disciplina autônoma, mas como uma importante evolução social, na medida em que se passa a dar a adequada relevância ao meio ambiente, dentro, inclusive, da atividade estatal. Por conseguinte, analisar o histórico da responsabilidade civil, para então, adentrar especificamente a questão dos danos ambientais.

2. CONCEITO DE MEIO AMBIENTE E DIREITO AMBIENTAL

Sendo o objeto da tutela do direito ambiental – denominado Meio ambiente, cujo significado - não obstante a evolução processada em sua conceituação – resta, ainda, carecedor de definição apropriada, não tanto em sua acepção literal, quanto em sua dimensão de objeto apto a receber a tutela do direito. Indubitável que tal " indefinição" refletirá sobre as próprias bases do direito, enquanto dogma jurídico, na sua adequada definição.

A Lei nº 6.938 de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, definiu meio ambiente no inciso I do artigo 3º do seguinte modo: "Meio Ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas."

Entretanto, esta definição é por demais abrangente, dificultando a tutela jurídica do bem ambiental, o que se faz sentir com maior clareza quando da responsabilização em face da ocorrência de um dano ao meio ambiente.

A indefinição acerca de meio ambiente provêm da observação que se tem da compreensão exarada pelos Tribunais Pátrios, o qual é extremamente restritiva no conceito de dano ambiental, e via de consequência, do bem jurídico meio ambiente. A orientação adotada é no sentido de exigir o dano real e não apenas o dano potencial. Quando se sabe que a maior parte dos danos ambientais somente poderá ser definitivamente aferível no futuro.

Verifica-se, assim, que a conceituação de dano ambiental torna-se crucial para a compreensão de meio ambiente e, por consequência, de direito ambiental. Vladimir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Passos Freitas refere que dano ambiental é de difícil senão impossível conceituação, dizendo:

> "Em um primeiro momento, vêm-nos à mente que as agressões ao meio ambiente referem-se apenas á água, ao solo, ao ar e ao mar. Porém, existem outras tantas formas de lesão. Basta pensarmos nas condições de trabalho, nas edificações, no sistema viário das cidades de grande porte, no problema do lixo entre outros tantos que influem diretamente na interação não só física, como também psíquica entre o homem e o ambiente em que vive." (FREITAS, 2011)

Referida complexidade advém do fato de que o dano ambiental é um dano incomum, diferente, pois, não raro é difícil determinar o agente causador, bem como o alcance do prejuízo causado, ou mesmo o número de vítimas. Sem falar na alta especialização das atividades causadoras do dano que dificultam a compreensão deste. Ocasionado pelo grande desenvolvimento tecnológico de nossos dias. O que refletirá na própria caracterização do meio ambiente enquanto bem juridicamente tutelado, e no direito ambiental, enquanto conjunto de normas tendentes a proteção deste bem.

Por outro lado vemos que os direitos humanos vêm se ampliando consideravelmente a cada dia que passa, pelo surgimento de novas e intrincadas questões tecnológicas decorrentes do enorme avanço da ciência. Como exemplo claro temos a questão da manipulação genética em seres humanos. O que representa a face mais cruel da massificação social, as dificuldades crescentes para que todos possam vivenciar uma sadia qualidade de vida. Colocando em xeque o próprio conceito de sadia qualidade de vida. Revelando, igualmente, a complexidade de conceituação de meio ambiente, intrinsecamente relacionada com a conceituação de direito ambiental.

É indubitável que o direito ambiental é um direito fundamental em sua dupla natureza, enquanto direito subjetivo, e, por igual, como constituinte de elemento fundamental da ordem objetiva da comunidade.

Pelas diversas conceituações de meio ambiente, que se seguiram em sua evolução histórica, percebe-se sua intrínseca correlação com os direitos fundamentais. Tal correlação restou cristalizada na Constituição Federal de 1988, como a seguir será mais detalhadamente analisado.

Daí que, a noção de meio ambiente não pode ser meramente jurídica, nem meramente social. Ou mesmo cultural. Sua dimensão perpassa o que se pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entender por "bem", enquanto objeto de domínio, tutela, apropriação, etc. Embora, sua natureza física seja, cartesianamente, determinável. A dimensão de meio ambiente abrange o que se pode chamar de direito fundamental, na medida da interdependência universal.

Quer se adote uma visão pluralista do conceito de ambiente, como a doutrina italiana, quer a visão sistêmica unitarista adotada por José Afonso da Silva, no qual o conceito de ambiente deve ser visto enquanto unidade inter-relacionada, sugerindo a necessidade de um tratamento também unitário. O certo é que há unanimidade a cerca de três aspectos fundamentais da sua definição, a saber:

> a) meio ambiente artificial, constituído basicamente pelo espaço urbano e conjunto de edificações;
>
> b) meio ambiente cultural, composto pelo patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico;
>
> c) meio ambiente natural, ou físico, composto do solo, água, ar atmosférico, flora, fauna e, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio.

Denota-se que, esta definição, bem mais abrangente do que aquela inicialmente adotada (art. 3º da Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente), revela uma correlação maior com os outros direitos fundamentais elencados constitucionalmente.

O tratamento dado ao meio ambiente pela leitura global da Constituição Federal não se restringe mais a uma dimensão de tarefa do Estado, como diz o art. 225 da Carta Maior. Mas, avança no sentido de incluí-lo na categoria de direitos e garantias fundamentais, análogo ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos do que estabelecem o art. 5º, inc. LXXIII da Lei maior. Fazendo surgir um verdadeiro direito fundamental do cidadão, como co-partícipe da atuação estatal.

A conceituação dada pelo art. 3º, Inc.I da Lei nº 6.938/81 mostra-se por demais restrita, se comparada com as modernas conceituações doutrinárias anteriormente citadas, mas não menos válida. Embora sua tutela atual requeira um redimensionamento de sua abordagem, como se dá na Constituição Federal de 1988, ainda que não nitidamente.

A Declaração de Estocolmo, de 1972, fixou que o meio ambiente é essencial para o bem-estar do homem e para o desfrute dos direitos humanos fundamentais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

até mesmo o direito à vida. Reconhecendo-se a nível internacional que a proteção ambiental se fundamenta na instrumentalização do direito à vida.

Da mesma forma, já em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabeleceu claramente que o homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em meio ambiente de qualidade que lhe permita levar vida digna e gozar de bem-estar.

Desse modo, clara é a vinculação de proteção ambiental à dignidade humana de vida com qualidade. Constituindo-se este direito em um dos maiores direitos humanos do século XXI, na medida em que a humanidade se vê ameaçada no mais fundamental de seus direitos, que é o direito da própria existência. Sobranceira afigura-se a a íntima relação do direito ao meio ambiente e do direito à vida.

Nessa esteira, a doutrina qualifica, ainda, o direito ambiental como direito fundamental de terceira geração, incluídos entre os chamados direitos de solidariedade, direitos de fraternidade ou direitos dos povos.

O próprio sentido do termo "Sadia qualidade de vida" expresso no art. 225 da Constituição Federal, leva à invariável amplitude e correlação do direito ambiental com os demais direitos fundamentais, na medida em que revela-se como um conjunto objetivo de situações externas à pessoa, os quais deverão compreender qualidade de ensino, de saúde, de habitação, de trabalho, de lazer, enfim, de ambiente, de forma a possibilitar o pleno desenvolvimento da pessoa.

Portanto, o direito ambiental, enquanto direito fundamental consagrado constitucionalmente como tal, possui múltiplos matizes, dada sua íntima correlação com os demais direitos fundamentais, o que invariavelmente refletirá na sua efetivação fático-objetiva, enquanto objeto de tutela do direito.

3. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade do Estado por danos causados ao particular evoluiu com a própria concepção de Estado. Passando da irresponsabilidade, relativa aos regimes absolutistas e despóticos, à responsabilidade moderna. Assumindo contornos mais publicísticos quando do surgimento do Estado de Direito, posto que em seus primórdios o Estado confundia-se com a Rei.

Aquela irresponsabilidade dos primórdios tinha como fundamento o fato de que o Rei jamais poderia atuar de forma ilegal ou ilegítima, e, assim, não causaria danos a ninguém. Tal fato deve-se a concentração dos poderes (legislativo, executivo e jurisdicional) na figura do Monarca.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A irresponsabilidade do Estado permanece ainda no Estado Liberal pela concepção de Estado mínimo, não intervindo nas relações entre particulares e não assumindo responsabilidades perante a comunidade.

Somente com a instituição do Estado de Direito é que aparece a noção de Estado como sujeito de direitos e obrigações, uma vez que começou a se dar relevância ao homem, como indivíduo, dentro da organização de Estado. Na medida em que foram reconhecidos seus direitos fundamentais.

O Estado de Direito e, mais modernamente, Estado Social de Direito, surgiu da necessidade de compilação das Leis em razão da proteção dos direitos e garantias da Burguesia – o qual substitui a Monarquia, dando novos contornos ao conceito de Estado. Houve, assim, a necessidade de imposição de limites a atuação estatal, dando ensejo a separação dos poderes a fim de controlar esta atuação.

Nesta seara surgem as teorias acerca da responsabilidade do Estado por danos causados a particulares. No Estado Liberal é adotada a teoria subjetivista da responsabilidade, em razão da concepção de Estado Mínimo da era burguesa. Dominando as teorias de direito privatístico, que impunham a obrigação de indenizar somente diante da conjugação de quatro fatores: fato; dano; nexo causal e culpa ou dolo. Portanto, a responsabilidade do Estado somente se dava quando existente a culpa ou dolo do agente estatal.

Esta teoria começou a ser contestada em razão da dificuldade do particular lesado provar a culpa ou dolo do Estado, ou do agente estatal, diante, inclusive, dos princípios de direito administrativo que consagram a legitimidade dos atos administrativos, a supremacia do interesse público frente ao particular.

Surgem, então, as teorias da responsabilidade administrativa por critérios objetivos, o qual engloba três correntes: a teoria da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

A teoria da culpa administrativa caracterizava-se pela necessidade de a vítima provar a deficiência da atividade estatal causadora do dano. Esta deficiência poderia estar configurada na inexistência do serviço e na sua prestação inadequada ou ineficiente.

A doutrina entende que esta teoria, também denominada de "Culpa Anônima" ou falta do serviço se verificaria em três situações: quando houvesse inexistência do serviço; no caso de mau funcionamento do serviço ou para o caso de retardamento deste. Em todos os casos caberia ao lesado comprovar a culpa e o nexo de causalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com a evolução do Estado, que ao albergar os direitos fundamentais individuais e coletivos, e, ao instituir os direitos sociais e as liberdades públicas, vê-se um crescimento nas sua atividades, bem como na sua estrutura e organização. Se tal fato leva a consolidação da responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, também leva à dificuldade de caracterização da culpa pela inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou retardamento. E, ainda, a verificação do agente causador do dano, e sua atuação culposa ou dolosa.

Assim, a teoria do risco surgiu na França durante a Revolução Industrial e Tecnológica, sob o fundamento de "risco criado". Este com o seguinte raciocínio de suporte: toda atividade que cria para outrem um risco torna seu autor responsável pelo dano que pode causar, ainda que não haja culpa de sua parte. Neste caso a conduta poderá ser lícita e não eximirá o agente da responsabilidade.

Na teoria do risco administrativo a indenização por danos causados pela administração requer somente a comprovação do dano, do ato ou fato causador do dano e do nexo causal entre um e outro. Surgindo, assim, um completo objetivismo na responsabilidade estatal.

O fundamento desta teoria objetiva deve-se ao fato de a administração ao assumir a responsabilidade de atender as necessidades públicas, assume igualmente o risco com sua atividade. Arcando os cofres públicos com o prejuízo decorrente da atividade estatal. O raciocínio é que se a coletividade se beneficia da atividade estatal, deverá também arcar (via cofres públicos) com os prejuízos a terceiros decorrentes desta atividade.

Diante de tais fundamentos o particular lesado deveria tão-somente provar o dano sofrido, o fato que causou referido dano e a relação de causalidade entre ambos para ver-se ressarcido. Eximindo-se da prova da culpa ou dolo do agente causador do dano. Esta é, portanto, a teoria do risco integral.

Neste contexto surge a teoria do risco administrativo, informando o modelo atual de responsabilidade do Estado. Nesta teoria há ponderações quanto a concorrência da atuação de terceiros ou da própria vítima para o evento danoso. Porquanto nestes casos não poderá o Estado responsabilizar-se sozinho por danos causados a terceiros pela atividade de outrens. Assim, atendendo aos desígnios de propiciar ao lesado a pronta reparação do dano, o que não era possível pela anterior teoria subjetivista, a vítima é isente de provar a culpa ou dolo do agente administrativo, bastando a comprovação do dano, da ação do estado e do nexo causal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No direito brasileiro a responsabilidade objetiva do Estado surge na Constituição Federal de 1946, o qual derrogou o artigo 15 do Código Civil que previa a responsabilidade subjetiva. E a Constituição Federal de 1988 consagra definitivamente a objetividade da responsabilidade estatal no art. 37, §6º nos seguintes termos: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

De ver-se, pois, que a responsabilidade do Estado assenta-se na teoria do risco administrativo, mitigada pela doutrina quanto a responsabilidade de terceiros ou da culpa ou dolo dos agentes administrativos. No primeiro caso, conforme a participação do terceiro no evento danoso, a administração poderá ser eximida da responsabilidade parcial ou totalmente, de acordo com sua participação para o evento danoso. E na Segunda hipótese, embora a administração assuma a responsabilidade num primeiro momento, terá direito de regresso contra o agente causador do dano, na hipótese deste ter agido com culpa ou dolo.

O que se extrai do dispositivo constitucional acima citado, é que, ainda que o direito de regresso contra o agente da administração, causador do dano pela sua atuação culposa ou dolosa, seja uma imposição, em face da legislação vigente (lei de improbidade administrativa), do princípio da moralidade administrativa e do não enriquecimento ilícito, a responsabilidade da administração se dará ainda que a atividade seja legal e legítima.

Cabe notar também que o preceito constitucional citado não faz referência ao fato de que a administração poderá eximir-se parcial ou totalmente da responsabilidade uma vez verificada a atuação culposa ou dolosa de terceiro ou da própria vítima. Mas tal entendimento decorre da adoção doutrinária dos princípios básicos de direito, já que não se pode conceber a isenção de responsabilidade de alguém que com sua conduta dolosa ou culposa, interfere na atuação administrativa para causar danos a outrem. Nem tampouco que a sociedade arque com o prejuízo causado por terceiro ou pela própria vítima, pois isto implicaria violação ao princípio que veda o enriquecimento ilícito.

Ademais, atuação de terceiro para o evento danoso refletiria na própria caracterização do nexo causal, requisito probatório indispensável a imputação da responsabilidade à administração a cargo da vítima.

Assim, o Estado atual, diante da gama de responsabilidade assumidas perante a sociedade no que concerne a consecução de atividades e serviços essenciais ao funcionamento do Estado e, principalmente, consecução dos seus objetivos

constitucionalmente determinados, se põe em contato permanente e constante com os administrados, não raro, interferindo e intervindo na esfera jurídica individual destes causando-lhes prejuízos.

O que se viu quanto a evolução da responsabilidade do Estado e as teorias que surgiram no decorrer desta evolução dizem com a responsabilidade de um modo amplo no sentido de reparação do dano ao terceiro prejudicado. Isto porque partiu-se da completa irresponsabilidade, num Estado absolutista, despótico, para uma responsabilidade dentro de um Estado que assumiu a proteção dos direitos individuais, como é o Estado de Direito. Mas dentro desta responsabilidade de um modo amplo, que se encontra consagrada em nossa Constituição Federal, existe a responsabilidade penal, civil, administrativa e política, os quais podem se dar de forma conjunta, relacionadas ao mesmo fato. (SAMPAIO, 2010)

A responsabilidade da administração por danos causados a terceiros, pode se dar por uma atuação lícita ou ilícita. Neste caso haverá uma infração a um preceito normativo, o qual dará origem a diversos tipos de sanções.

Assim, o que se vê é que o espectro de abrangência da responsabilidade do Estado dependerá do tipo de dano, da espécie de conduta danosa, se lícita ou ilícita, do bem jurídico tutelado, dentre outros aspectos. Mas, de modo geral, o Estado sempre responderá pelos danos que seus agentes causem a terceiros, nos moldes determinados pela constituição e delineados pela doutrina pátria.

Sendo a responsabilidade civil, espécie que visa a reconstituição do status quo ante, principalmente no que concerne a reparação da lesão na esfera jurídica individual do cidadão ou da coletividade, dependendo do bem lesado. Não sendo de menor importância as demais espécies de responsabilidade diante das finalidades que pretendem atingir, quais sejam, punir o causador do dano, reparar o dano e evitar que novos danos venham a ocorrer. Ainda mais tratando-se de reparação de danos causados ao meio ambiente.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS

O fundamento geral da responsabilidade civil da administração pública está na própria instituição do Estado de Direito, o qual consagra o princípio da legalidade em proteção aos direitos fundamentais do cidadão. E, como já foi visto, evoluiu da completa irresponsabilidade para a responsabilidade objetiva adotada na Constituição Federal de 1988.

Assim, a responsabilidade civil da administração por dano ecológico ou ambiental, sendo espécie de responsabilidade civil da administração, o qual adota a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

teoria da responsabilidade pelo risco administrativo, consagrando a responsabilidade objetiva, da Constituição Federal de 1988, não poderia ser diferente quanto a proteção pelo Estado do bem ambiental, que não deixa de ser um direito fundamental.

A teoria do risco administrativo criada pela jurisprudência, tem como fundamento da responsabilidade a ideia do "risco criado". Donde toda atividade que cria para outrem um risco torna seu autor responsável pelo dano que pode causar, ainda que não haja culpa de sua parte. Sendo que, nesta hipótese, a conduta poderá ser lícita.

Entretanto, pela relevância do tema e pelas peculiaridades próprias, o direito ambiental mereceu tratamento autônomo dado pela Constituição Federal e disposições infraconstitucionais.

Dispôs o artigo 225 e seus incisos, no capítulo que trata do Meio Ambiente, o seguinte:

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

> § 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:
>
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
>
> VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
>
> § 2.º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
>
> § 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

As disposições constitucionais acima citadas impõe ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente, demonstrando desde já uma faceta da responsabilidade do Estado por danos ambientais, o de que sempre haverá a responsabilidade do Estado pelos danos ambientais na medida em que, incumbindo-lhe o dever de defendê-lo e preservá-lo não poderia ter deixado que a atividade de um particular lesasse o meio ambiente. Assim, à ocorrência de um dano ambiental, terá sempre, em contra partida, a omissão ilegal da administração, que deveria ter agido para prevenir sua ocorrência e não agiu, devendo responder por sua omissão.

Não bastasse o dever do poder público quanto a preservação do meio ambiente disposto no "caput" do art. 225, a Constituição Federal ainda determinou uma série de incumbências a administração para a consecução deste objetivo, arroladas no parágrafo primeiro do dispositivo em questão.

Importa notar o disposto no parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal o qual determina a responsabilidade dos infratores pelas condutas lesivas ao meio ambiente, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Esta norma constitucional seria desnecessária, não fosse a relevância do tema. Esta análise conjugada com o disposto no "caput " do artigo leva-nos à inafastável conclusão de que incumbe ao Poder Público proceder a responsabilização dos culpados na esfera civil, administrativa e penal, na medida em que incumbe ao Estado a defesa do meio ambiente.

Ora, a defesa do meio ambiente pelo Estado deverá se dar não apenas na atuação preventiva quanto a ocorrência do dano, ou na sua reparação material, recompondo-se, na medida do possível, o meio ambiente lesionado, e as pessoas que tenham sofrido lesões em suas esferas jurídicas particulares; mas, principalmente, em toda sua amplitude, responsabilizando-se os culpados pela sua conduta danosa ao meio ambiente.

A adoção do princípio da prevenção orienta, ainda, para a responsabilidade pela omissão quanto a adoção de políticas públicas tendentes a preservação do meio ambiente. Neste sentido Inês Virgínia Prado Soares, escreve:

> "A responsabilidade ambiental analisada quando da não efetivação dos direitos humanos pela omissão das política públicas ambientai, nos dá a sua difícil dimensão. Pode-se dizer, com base no art. 14, §4º da lei nº 6.938/81 que a objetividade, o nexo causal entre a conduta do agente(seja ele público ou privado) e o dano serão suficientes para a reparação desta dano ambiental. Mas podemos divisar no caso de implementação de política ambiental que não se trata de repressão à conduta danosa, mas sim da prevenção e da correção desta mesma conduta. Daí a necessidade de firmar uma concepção de responsabilidade ambiental discricionária do administrador e o princípio da prevenção." E mais adiante explicita: " A inatividade discricionária do Estado, porém, deve ser entendida como agressão ao ambiente, enquadrada no disposto na Leinº 6.938/81, art. 3º, que define a poluição." (SOARES, 2015)

Outro aspecto relevante que sobressai da análise conjugada dos dispositivos constitucionais antes citados é de que o Estado figura, a um só tempo, como sujeito passivo da responsabilidade, respondendo pela sua ação ou omissão danosa, e sujeito ativo, na persecução dos corresponsáveis para que respondam na medida de suas responsabilidades, além da atuação preventiva. A participação ativa do Estado decorre do dever de defesa do meio ambiente, que não poderá ficar a mercê de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pessoas(físicas ou jurídicas) cujas condutas põem em perigo a preservação do equilíbrio ambiental.

Não obstante isto, no que concerne a responsabilidade civil pela conduta danosa, ou seja, a responsabilidade de reparação material do dano, recomposição do patrimônio jurídico lesado, a legislação pátria vem determinando que esta responsabilidade seja objetiva.

A Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, consagrou a responsabilidade civil objetiva por danos ambientais no art. 14 ,§ 1º que assim dispõe: "Sem obstar a aplicação das penalidades neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizaçãoo repara os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade...". E o art. 2º, inc. III desta lei já cometia ao Estado a obrigação de planejar e fiscalizar o uso dos recursos ambientais, entre outras obrigações concernentes ao controle ambiental. Impondo uma obrigação de agir.

Mas a responsabilidade civil objetiva por dano ambiental surgiu pela primeira vez na legislação pátria no Decreto nº 79.347 de 20/03/1977, o qual promulgou a Convenção Internacional sobre responsabilidade civil nos danos causados pela poluição por óleo, de 1969. No mesmo sentido foi a Lei nº 6.453 de 1977 que acolheu a responsabilidade objetiva quando dos danos provenientes de atividade nuclear.

Resta saber-se se esta responsabilidade civil objetiva no concerne aos danos ambientais decorre daquela responsabilidade objetiva da administração quanto aos demais espécies de danos e se são aplicáveis as teorias do risco ou do risco integral também no caso de responsabilidade civil por dano ambiental.

Sabe-se que a teoria do risco integral da responsabilidade da administração é baseada na inexigibilidade da existência da conduta culposa da administração para a imputação da responsabilidade. E a teoria do risco administrativo adotada é mitigada quanto a possibilidade de a administração eximir-se da responsabilidade pela comprovação da culpa da vítima ou de terceiro para o evento danoso. O fundamento desta teoria do risco não-integral é de que a sociedade não pode arcar com o ônus pela conduta lesiva de outrem. Mas, embora esteja correta a premissa, sua aplicação no que concerne ao direito ambiental merece temperamento, de molde a adequar-se as peculiaridades do caso.

Os doutrinadores também entendem que a adoção das teorias gerais de direito público merece adequações quando adotadas em direito ambiental, tendo em vista a natureza jurídica deste bem. (NERY JUNIOR, 2014)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No caso de responsabilidade civil por dano ambiental a administração nunca poderá eximir-se da responsabilidade pela comprovação da conduta culposa de outrem. Nos termos assentados no artigo 225 da Constituição Federal a administração será sempre responsável. Isto porque tem o dever legal de agir na prevenção e defesa do meio ambiente.

Este é o entendimento de grande parte dos doutrinadores, de que o Estado responde objetivamente por todos os danos causados ao meio ambiente, não distinguindo quando atua comissivamente, como no licenciamento ilegal, ou quando se omite no seu dever de fiscalizar. (LAMAC, 2003)

Como já restou afirmado, cabendo sempre lembrar, tal fato se deve a própria natureza do bem jurídico tutelado, já que o meio ambiente é um bem ou interesse de natureza difusa. Não se podendo aplicar as regras próprias de direito privado ou de direito público atinentes a relações jurídicas com particulares, como é a responsabilidade civil da administração prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal. Portanto, a teoria do risco administrativo que embasa a responsabilidade objetiva da administração, nasceu desta relação do Estado com o particular.

Também por isso, não seria possível a adoção pura e simples da teoria do risco administrativo nos moldes tradicionalmente traçados pela doutrina. A teoria do risco se fundamentaria em novas bases, não pelo risco da atividade do Estado, mas pelo risco assumido pelo Estado relativamente a fiscalização e controle da atividade de particulares com vistas ao interesse público.

Entretanto, a teoria do risco não é totalmente afastada quando da responsabilidade pelo dano ambiental, já que a responsabilidade do poluidor decorre do exercício de determinada atividade, nos termos do art. 14, § 1º c/c inc. IV do art.3º da Lei nº 6.938/81. Darlan Rodrigues Bitencourt, explicita:

> "Assim, se alguém se colocou, por sua conduta (naturalística) ou por força de lei em posição jurídica potencialmente lesiva à qualidade ambiental, estabeleceu i para si atividade criadora do risco de produzir o dano . Exemplificando: aquele que é proprietário de terra sobre a qual incide a limitação do art. 2º do Código Florestal, por força de lei, exerce atividade econômica Propriedade Privada/Função Social da Propriedade/ Defesa do Meio Ambiente), criadora de risco ambiental, e por isto responde integralmente, sem possibilidade de excludentes. Se um terceiro qualquer ou uma força da natureza destrói a floresta, não eximirá do dever de indenizar aquele que exerce

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> a atividade econômica que afeta o meio ambiente: o proprietário da terra." (BITENCOURT, 2016)

De qualquer forma, adotando-se a teoria do risco criado, como no caso do poluidor pela realização de sua atividade econômica, ou pela pura e simples responsabilidade decorrente da lei, como no caso da responsabilidade do Estado, não há que se distinguir condição e causa do evento danoso. Embora causa seja um fato gerador e condição uma circunstância propicia, todas as condições são concausas, tanto as atividades naturalísticas (ação/omissão), como as decorrentes de lei (posição de garantidor), independentemente de terem diretamente contribuído para o dano.

Por outro lado, também não seria aplicável a teoria defendida pelo administrativista, Celso Antônio Bandeira de Mello, de que a responsabilidade objetiva da administração restringe-se a ação, não à omissão. Sendo, neste caso, responsabilidade subjetiva, já que não se poderia admitir que a omissão seja causadora de lesão. Devendo-se comprovar a culpa pela faltado serviço ou sua prestação deficiente (MELLO, 2015).

Esta teoria não pode ser aplicada aos danos causados ao meio ambiente, nos termos das disposições legais e constitucionais anteriormente citadas, já que o Estado tem o dever de agir na defesa do meio ambiente. Portanto, neste caso específico a omissão sempre será culposa e passível de imputação de responsabilidades.

Não obstante isto, a administração pode e deve provar a existência de culpa concorrente de terceiros, a ensejar a responsabilização solidária, quer a responsabilidade resulte de ação ou omissão da administração.

Cabe ao Estado, com base nos princípio antes citados, bem como nas prerrogativas e poderes que lhe são próprios, desemprenhar sua função de proteção ambiental, provendo o aparelhamento necessário da administração e lançando mão dos princípios da Supremacia do Interesse Público e Indisponibilidade, bem como dos Poderes Discricionário e de Polícia. Cabendo-lhe, em razão disto, a responsabilidade solidária por danos ambientais causados por terceiros. Entretanto, o estado pode e deve exercer o direito de regresso contra o agente ou agentes causadores direto do prejuízo (TOSHIO, 2011).

Importando citar que a responsabilidade do Estado pelos danos ambientais, nos moldes acima tratados, vai além do mero reconhecimento da responsabilidade e determinação de reparação do dano, em especial ao particular, no caso de danos por estes causados, para abranger o acompanhamento da efetiva reparação, sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

correta execução e a eficácia dos métodos adotados. Cabendo transcrever, neste sentido, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> "Comprovado o dano causado ao meio ambiente pela poluição de rio, fica o responsável obrigado à reparação, fazendo às suas expensas o repeixamento, que, para ser eficaz, há de ser acompanhado e fiscalizado por pessoas públicas idôneas, com conhecimentos específicos sobre a matéria. Os alevinos devem ser das espécies da bacia no qual se insere o rio, ficando a Emater, mediante entendimento do IEF e do Ibama, incumbida de supervisionar e quantificar o número de alevinos necessários, indicando a época ou o período de repeixamento, não importando o tempo necessário para fazê-lo. O MP como fiscal da lei deve acompanhar toda a a operação, diretamente ou através do CODEMA"

Nesta linha, a responsabilidade do Estado por danos ambientais vai além da mera reparação do dano, ou reparação do dano strito sensu com a recomposição da lesão, para abranger a responsabilização dos verdadeiros culpados, quer seja o particular poluidor, que seja o próprio agente estatal que descumpriu o seu dever funcional. Eis que esta responsabilização dos culpados implica em punição de ação ilegal, educação, na medida que serve de exemplo para a sociedade, e prevenção de que outros danos iguais venham a ocorrer no futuro.

E, finalmente, cabe ressaltar que o Estado responderá também nos danos ecológicos por fato da natureza, seguindo o raciocínio anteriormente esboçado relativo ao risco assumido pela defesa e proteção do meio ambiente. Sendo responsável mesmo em casos de força maior.

5. CONCLUSAO

Restou visto que, a questão ambiental, de assaz proeminência na sociedade atual, é deveras complexa. Tendo sobre o tema debruçando-se os mais notáveis juristas e experts, dando importantes contribuições e subsídios para a resolução das questões in concreto.

Todavia, a rápida evolução econômica, tecnológica e social nos coloca inúmeras e distintas situações ambientais a cada momento, trazendo incessantemente novas e intricadas questões sobre o dano ambiental. Impondo a adoção de novos paradigmas. Fazendo recair sobre os ombros largos do Estado inúmera micro responsabilidades que se incluem naquela responsabilidade maior, que é a defesa do meio ambiente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Foi visto que, o dano ambiental dá a dimensão real da complexidade do direito ambiental, demonstrando a um só tempo a dificuldade de uma definição clara e unitária, de conhecer-se sua exata extensão, quer pela própria dificuldade de conhecimento da extensão do dano, quer pelos interesses jurídicos envolvidos, e os possíveis conflitos de interesses daí oriundos. Pondo em relevo uma variada gama de aspectos e nuances que se apresentam a cada momento, tornando este ramo do direito e as questões ambientais multifacetadas.

A responsabilidade do Estado na defesa e proteção do meio ambiente não escapa desta dificuldade própria desta seara do direito. Requerendo constantes e novos estudos sobre as múltiplas situações que se apresentam. Não obstante isto, alguns parâmetros podem e devem ser fixados, a fim de dar sustentação para a resolução das questões que se apresentem.

Como visto, a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental é objetiva, mas isto em razão da natureza jurídica do bem que se quer proteger, bem de uso comum, interesse difuso. Decorrente não apenas da teoria do risco administrativo pela assunção de defesa do meio ambiente, mas igualmente pela necessidade de pronta reparação da lesão, sob pena de ineficácia da responsabilização a posteriori.

Todavia, a pronta reparação do dano pela responsabilidade objetiva do Estado não poderá importar em duplo sacrifício social, pela ocorrência do dano e arcando economicamente pela sua reparação. Pois possibilitaria o enriquecimento ilícito e violação à lei de improbidade administrativa. Donde a responsabilidade do Estado em matéria ambiental vai além da reparação do dano, abrangendo o período anterior a ocorrência do dano, bem como o posterior a sua reparação. Neste pela persecução e responsabilização dos verdadeiros responsáveis, quer sejam particulares ou agentes públicos, naquele período anterior, pela adoção de políticas públicas com vistas a educação ambiental e prevenção do dano. Em quaisquer hipóteses ensejando a responsabilização pelo Estado.

6. REFERENCIAS

BITTENCOURT, Darlan Rodrigues. Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental. RT –740, 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. Ed. RT. São Paulo, 2001.

LAMAC, Jacques. Responsabilidade Ambiental do Estado Aspectos Administrativos. Revista de Direitos Difusos, jan.-Fev./2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, São Paulo, 2015

NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade por dano ecológico e a ação civil pública. Revista de Processo. N. 38. 2014

SAMPAIO, Francisco José Marques. O Dano Ambiental e a Responsabilidade. Revista de Direito Ambiental, Rio de Janeiro, 2010.

SOARES, Inês Virginia Prado. Direito do Meio Ambiente sob a Ótica dos Direitos Humanos e sua Efetividade ante a Omissão do Poder Público. Boletim dos Procuradores da República, São Paulo, v. 3, n. 31, 2015.

TOSHIO, Mukai. Responsabilidade Solidaria da Administrativo por Danos ao Meio Ambiente. Justitia, São Paulo, 2011.

NOTA:

[1] Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 980 de 17/10/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454