BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1202

(Ano XVI)

(18/05/2024)

ISSN - 1984-0454





BRASÍLIA

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) 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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.*

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

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

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

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

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

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

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

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

www.conteudojuridico.com.br

QR Code do Volume 1202

Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1202 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 341 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

COLUNA



Caso Mauro Cid: colaboração premiada ou "livre e espontânea coação"?
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

Sobre o "Pai Nosso" nas escolas públicas: Pode ou não?
Joao Vitor Rossi, 14.

Orientações para processos seletivos simplificados
Benigno Núñez Novo e Maria do Socorro Freitas De Brito, 20.

A possibilidade de exclusão do condômino antissocial no condomínio edilício
André Luiz Manzo, 37.

"Balas perdidas" e a responsabilidade do Estado
Janailson Alves de Oliveira, 58.

As discussões relativas a impossibilidade da alteração do regime de separação total de bens dos idosos maiores de 70 anos: uma breve análise sobre as decisões do Judiciário
Amanda Martins de Oliveira, 61.

Medida de segurança: análise sobre o prazo máximo de internação
Lorena Franco Moraes, 76.

A declaração da vítima por escuta especializada nos casos de estupro de vulnerável: uma análise da presunção de inocência versus a vulnerabilidade da vítima
Renata Nascimento da Silva, 93.

Um estudo sobre o furto de energia elétrica detectados pelas distribuidoras de energia elétrica no ato das fiscalizações realizadas no imóvel do cliente
Danubia da Costa Gomes, 113.

A guarda de animais após a dissolução da sociedade conjugal
Natasha De Almeida Moreira, 129.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Direito à desconexão: estudo da regulação do direito à desconexão do trabalho
Luiza Correia De Souza, 148.

A importância da utilização do costume na elaboração da legislação visando as mudanças na sociedade brasileira a luz da teoria da adequação social
Brenda Pedroso, 164.

Evolução do conceito de família: ênfase no reconhecimento socioafetivo via extrajudicial e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro
Amanda Crispilho Gomes, 179.

Exames de Suficiência: questões polêmicas dos exames da OAB e do CFC no exercício do trabalho, sistema educacional e o indeferimento do RE nº 603.583-RS pelo STF em 26/10/2011 ocasionaram corporativismo profissional e bulling social em detrimento aos bacharéis de direito e de ciências contábeis.
Edson Sebastião de Almeida, 195.

Trabalhadores marítimos e a legislação trabalhista aplicável.
Beatriz Victória de Diego Terzini, 238.

Aplicação da guarda compartilhada nas dissoluções litigiosas de sociedade conjugal: uma ferramenta essencial ao desenvolvimento das crianças e adolescentes
João Carlos Garcia de Almeida, 249.

Direito penal do inimigo: o reconhecimento na legislação penal brasileira
João Bosco França Spener, 265.

A problemática do corpo de jurados na composição do tribunal do júri
Yana Paiva da Rocha, 282.

Aplicabilidade da prisão em flagrante prorrogado com ênfase ao instituto da ação controlada e intervenção da polícia judiciária
Murilo Helloin de Holanda Serra, 300.

O garantismo jurídico e as flexibilizações dos direitos dos trabalhadores
Luiz Gustavo Mendes de Paula Falleiros, 316.

Notas sobre a fundamentalidade do direito de protestar para a democracia
Bismak Rodrigues da Silva Júnior, 327.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

CASO MAURO CID: COLABORAÇÃO PREMIADA OU "LIVRE E ESPONTÂNEA COAÇÃO"?

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios[1].

Mauro Cid teria aceitado acordo de "Colaboração Premiada" em investigação levada a termo pelo STF por meio da Polícia Federal e sob o direcionamento do Ministro Alexandre de Moraes. Ocorre que depois dessa prática o suposto "colaborador" teria mantido conversas em mensagens, alegando que foi coagido pela Polícia Federal a concordar com uma versão previamente elaborada sobre os fatos em apuração. 2

A reação a essa situação foi a decretação da Prisão Preventiva do envolvido sob o pretexto de violação das condições de sua liberdade provisória, bem como sua submissão imediata a interrogatório perante o Ministro Alexandre de Moraes, ocasião em que teria se retratado de suas críticas, vindo a passar mal naquele local, sendo necessário socorro médico. 3

Segundo consta, não houve por parte do implicado ou de sua defesa questionamento sobre a autenticidade dos áudios, mas apenas a alegação de que se tratava de desabafos pessoais sem maior importância. 4

De acordo com o exposto, o que ocorreu foi então o seguinte: Mauro Cid fez acordo de "Colaboração Premiada" com a Polícia Federal e prestou depoimentos; posteriormente desacreditou explicitamente tais depoimentos e, especialmente, a voluntariedade de sua suposta "colaboração". No seguimento é preso e levado à

1 E-mail: cabette@uol.com.br

2 BONIN, Robson, BORGES, Laryssa, MATTOS, Marcela. Em áudios exclusivos, Mauro Cid ataca Alexandre de Moraes e a PF. Disponível em https://veja.abril.com.br/brasil/em-audios-exclusivos-mauro-cid-ataca-alexandre-de-moraes-e-a-pf , acesso em 27.04.2024.

3 MAURO Cid passa mal e desmaia em depoimento no STF ao saber que seria preso. Disponível em https://www.infomoney.com.br/politica/mauro-cid-passa-mal-e-desmaia-em-depoimento-no-stfao-saber-que-seria-preso/ , acesso em 27.04.2024.

4 Op. Cit.

presença do Ministro Alexandre de Moraes, ocasião em que, sob forte abalo, acaba sustentando seus depoimentos e negando coação.

Não se fará aqui nenhuma análise sobre a atuação ilegítima de um magistrado numa investigação, nem sobre a submissão de um militar à Justiça Comum, de um cidadão sem foro privilegiado perante a Corte Suprema, sendo investigado e julgado pelo STF (incompetência absoluta), afora muitas outras ilegalidades que já são tão comuns nesses feitos em andamento, parecendo ser absolutamente inútil sua apresentação e sustentação de sua invalidade jurídica. A respeito disso tudo e muito mais, vale a constatação de Karl Krauss, feita em outra circunstância histórica, mas plenamente aplicável à nossa atual realidade: "O estado em que vivemos é o verdadeiro apocalipse: o apocalipse estável". 5

O foco deste trabalho encontra-se na questão da (i)legitimidade e (i)legalidade da suposta "Colaboração Premiada" de Mauro Cid, a qual se escancara, seja pelos seus áudios, seja, especialmente, pelo tratamento empregado ao "colaborador" após o vazamento de tais áudios.

Desde sempre a melhor doutrina e jurisprudência caracterizavam a "Colaboração Premiada" como um "negócio jurídico processual". 6 Tal entendimento é consolidado normativamente pela Lei 13.964/19 que inclui o artigo 3º.-A no corpo da Lei 12.850/13. 7

Como se vê, não somente pela doutrina e jurisprudência, mas também pela lei expressa, é reforçado o respeito à voluntariedade do acordo de colaboração, conforme já previa o artigo 4º, *caput*, da Lei. Ora, se estamos diante de um "negócio" isso significa que ambas as partes devem aderi-lo voluntariamente, sem qualquer tipo de constrangimento ou pressão, preservando-se a autonomia da vontade dos pactuantes. Essa premissa, aliás, foi reforçada pelo STF no Informativo nº 988, senão vejamos:

> O relator ressaltou que o estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção do nosso sistema jurídico, para garantir a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida e a liberdade dos imputados. É preciso respeitar a legalidade, visto que as previsões

5 NAVAS, Adolfo Montejo. *Pedras Pensadas*. Trad. Sérgio Alcides. Cotia: Ateliê Editorial, 2002, p. 83.

6 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2023, p.731.

7 "Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> normativas caracterizam limitação ao poder negocial no processo penal. No caso de ilegalidade manifesta em acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário deve agir para a efetiva proteção de direitos fundamentais. Registrou que, em diversos precedentes, a Corte assentou que o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova. Portanto, trata-se de instituto de natureza semelhante, por exemplo, à interceptação telefônica. Tendo em conta que o STF reconheceu, várias vezes, a ilegalidade de atos relacionados a interceptações telefônicas, não há motivo para afastar essa possibilidade em ilegalidades que permeiam acordos de colaboração premiada.8

E não pode restar dúvida quanto ao fato de que a quebra da "voluntariedade" do acordo, havendo comprovação ou mesmo suspeita de coação, deslegitima e torna ilícito qualquer pacto.

Em nosso estudo anterior sobre o tema, destacamos o "Princípio da Voluntariedade" como um dos mais importantes "vetores do acordo de colaboração premiada": 9

As partes não podem ser constrangidas a realizar o acordo de colaboração premiada, sendo vedado ao Delegado de Polícia e ao MP o uso de medidas legais como forma de coação (dentre elas, obviamente, a prisão provisória).

Não se pode olvidar que ordenamento jurídico prevê que a colaboração deve ser "voluntária". Isso quer dizer que somente vale a colaboração que se dê por ato voluntário do agente e não, obviamente, aquela obtida mediante outros meios de investigação.

O legislador foi sábio ao usar a palavra "voluntariamente" e não "espontaneamente". Ele livrou os aplicadores e estudiosos do Direito da extenuante controvérsia sobre necessitar ser a colaboração algo que parta da iniciativa própria do colaborador (espontânea) ou poder ser proposta por um terceiro como o delegado ou o promotor (voluntária). Sendo usada a voluntariedade, tanto faz se a colaboração se dá por iniciativa própria do investigado ou se ocorre por proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia.

Na verdade, a maioria da doutrina e da jurisprudência já vem acatando que, por exemplo, na atenuante da confissão, que usa a palavra "espontaneamente", isso não quer dizer que a atuação tenha de partir somente do íntimo do indivíduo, podendo sim ser

8 STF, HC 142.205/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.08.2020.

9 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco, Op. Cit., p. 743 – 744.

incentivada ou mesmo proposta por terceiros. O que valeria, segundo entendimento predominante, mesmo na espontaneidade, seria a sinceridade do agente em colaborar, ainda que fosse convencido por terceiros. Obviamente que esse "convencimento" não pode ser obtido mediante grave ameaça ou violência, o que tornaria tanto a colaboração como eventual confissão provas ilícitas (Lei 9.455/97 e artigo 5º, III, CF c/c artigo 157, CPP). A efetiva prisão processual e/ou sua ameaça também não podem ser utilizadas como uma espécie de "meio de convencimento" contra o colaborador. Se isso ocorre, não existe mais voluntariedade alguma, mas atividade ilícita e coação.

A decisão paradigmática acerca da voluntariedade da colaboração encontra-se no HC 127.483 do STF, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli. Embora o simples fato de o colaborar estar preso não impeça, por si só, a validade do acordo, é preciso atentar para o fato de que haja "liberdade psíquica", ou seja, não esteja a prisão posta como instrumento coator.

Como aduz Almeida Filho:

A colaboração premiada, que possui natureza de negócio jurídico processual, só é possível quando o colaborador submetido ao regime restritivo da prisão preventiva possuir liberdade para decidir, ou seja, quando não for vítima de coação ou de outros vícios do consentimento que impeçam a livre manifestação da sua vontade. 10

Capez assevera que a colaboração premiada obtida sem voluntariedade por parte do colaborador é "imprestável juridicamente", não produzindo qualquer efeito, já que a voluntariedade é "requisito essencial da colaboração". Destaca que "nas delações feitas após prisões prolongadas, a tendência é dizer o que autoridade quer ouvir, com sérios prejuízos à verdade real". Ademais, lembra o jurista que a "prisão para delatar, além de ilegal, configura crime de abuso de autoridade" (artigo 9º., da Lei 13.869/19). 11

Vale lembrar que Mauro Cid foi preso pela primeira vez em 2023, permanecendo encarcerado por 6 (seis) meses e daí surgindo o acordo de colaboração premiada. 12

10 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Prisão Preventida, Colaboração Premiada e Voluntariedade no STF. Disponível em https://www.conjur.com.br/2022-jan-12/opiniao-prisao-preventiva-colaboracao-voluntariedade-stf/#:~:text=A%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%2C%20que%20possui,livre%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20da%20sua%20vontade , acesso em 27.04.2024.

11 CAPEZ, Fernando. Prisão para delatar, além de ilegal, configura crime de abuso de autoridade. Disponível em https://www.conjur.com.br/2024-mar-28/prisao-preventiva-para-provocar-delacao-analise-juridica/#:~:text=Conv%C3%A9m%20tamb%C3%A9m%20observar%20ser%20crime,crime%20de%20abuso%20de%20autoridade , acesso em 27.04.2024.

12 VIANNA, José. Veja detalhes da rotina de Mauro Cid na prisão; segunda detenção do ex – ajudante de ordens de Bolsonaro completou um mês. Disponível em https://g1.globo.com/df/distrito-

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Depois de sua deslegitimação do "acordo" em áudios, foi detido em menos de 24 horas e convocado para interrogatório perante o Ministro Alexandre de Moraes, ocasião em que, sob nítido abalo emocional, acaba confirmando a "legitimidade" do acordo e é novamente encarcerado.

É evidente que se em algum momento fosse possível acreditar na voluntariedade desse "acordo", torna-se absolutamente indiscutível que essa alegada vontade não permaneceu intacta. Nesse ponto é possível fazer uma analogia com o crime de estupro. O sim da pessoa para o ato sexual não cria uma obrigação a ele. A qualquer momento em que haja um não, como se diz popularmente, "não é não". Se o ato sexual se perfaz, após um sim, secundado por um não, há, induvidosamente, crime de estupro. Ninguém negaria isso. No acordo de colaboração o "sim", a voluntariedade deve informar o ato do começo ao fim, qualquer quebra indica um "não" e o "acordo" perde sua validade jurídica, torna-se imprestável. O que se vê no caso Mauro Cid é um verdadeiro espetáculo de "livre e espontânea coação", um terrível "Estupro Jurídico".

As manifestações dos áudios, jamais contestadas por Cid ou seus defensores, não deixam dúvidas acerca de seu "desacordo" com tudo o que foi objeto da suposta "colaboração premiada". A conduta adequada seria a de reconhecer a nulidade do suposto acordo e jamais a de chamar o "colaborador" a um interrogatório, acenando com sua prisão e indagando da autenticidade do acordo, como numa espécie de pergunta meramente retórica. Pior ainda é expor esse interrogatório pervertido e cínico a público como se pudesse ser a prova de que a colaboração foi válida, quando, na verdade, é o que mais escancara a coação que mata qualquer voluntariedade que se pudesse reconhecer em algum momento.

Nosso mundo jurídico atualmente é um contínuo "faz – de – conta", um verniz de legalidade num ambiente de política perversa e direito pervertido. 13 Como ensina Agamben:

> O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito. 14

---

federal/noticia/2024/04/24/veja-detalhes-da-rotina-de-mauro-cid-na-prisao-segunda-detencao-do-ex-ajudante-de-ordens-de-bolsonaro-completou-um-mes.ghtml , acesso em 27.04.2024.

13 Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Política Perversa e Direito Pervertido –Registros Históricos Para Não Dizer Que Não Falei Das Flores Do Mal*. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2023, "passim".

14 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 131.

É neste "estado de exceção permanente" que nos encontramos há tempos sem muita perspectiva de recuperação da verdadeira ordem jurídica constitucional e legal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Prisão Preventida, Colaboração Premiada e Voluntariedade no STF. Disponível em https://www.conjur.com.br/2022-jan-12/opiniao-prisao-preventiva-colaboracao-voluntariedade-stf/#:~:text=A%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%2C%20que%20possui,livre%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20da%20sua%20vontade , acesso em 27.04.2024.

BONIN, Robson, BORGES, Laryssa, MATTOS, Marcela. Em áudios exclusivos, Mauro Cid ataca Alexandre de Moraes e a PF. Disponível em https://veja.abril.com.br/brasil/em-audios-exclusivos-mauro-cid-ataca-alexandre-de-moraes-e-a-pf , acesso em 27.04.2024.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Política Perversa e Direito Pervertido –Registros Históricos Para Não Dizer Que Não Falei Das Flores Do Mal*. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2023.

CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2023.

CAPEZ, Fernando. Prisão para delatar, além de ilegal, configura crime de abuso de autoridade. Disponível em https://www.conjur.com.br/2024-mar-28/prisao-preventiva-para-provocar-delacao-analise-juridica/#:~:text=Conv%C3%A9m%20tamb%C3%A9m%20observar%20ser%20crime,crime%20de%20abuso%20de%20autoridade , acesso em 27.04.2024.

MAURO Cid passa mal e desmaia em depoimento no STF ao saber que seria preso. Disponível em https://www.infomoney.com.br/politica/mauro-cid-passa-mal-e-desmaia-em-depoimento-no-stfao-saber-que-seria-preso/ , acesso em 27.04.2024.

NAVAS, Adolfo Montejo. *Pedras Pensadas*. Trad. Sérgio Alcides. Cotia: Ateliê Editorial, 2002.

VIANNA, José. Veja detalhes da rotina de Mauro Cid na prisão; segunda detenção do ex – ajudante de ordens de Bolsonaro completou um mês. Disponível em https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2024/04/24/veja-detalhes-da-rotina-de-

mauro-cid-na-prisao-segunda-detencao-do-ex-ajudante-de-ordens-de-bolsonaro-completou-um-mes.ghtml , acesso em 27.04.2024.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SOBRE O "PAI NOSSO" NAS ESCOLAS PÚBLICAS: PODE OU NÃO?

JOÃO VITOR ROSSI: Advogado, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Araraquara, bacharel em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino e em Administração pela Universidade de Uberaba[15].

RESUMO: O presente artigo jurídico deseja fazer uma reflexão se há ou não risco jurídico na conduta de compelir os alunos matriculados nas escolas públicas a orar coletivamente o Pai Nosso, visto que o Brasil é considerado um Estado Laico, devendo o Estado, a União e os Municípios não promoverem ou privilegiarem uma ou outra religião nos termos do artigo 19, inciso I da Constituição Federal de 1988.

1.PODE OU NÃO O PAI NOSSO SER IMPOSTO NAS ESCOLAS PÚBLICAS?

Como é sabido, no Brasil temos muitas escolas que fazem e obrigam a mencionada oração, tal afirmação pode ser facilmente demonstrada por meio da Ordem de Serviço 008/2017 – SME, art. 2º do Município de Barra Mansa/RJ, que diz o seguinte:

> Art. 2º - Após (entoação do Hino Cívico) deverá ser feita a Oração do Pai Nosso, que por ser universal é aceita pela maioria das manifestações religiosas.
>
> §1º- Os alunos que não desejarem fazer a oração, deverão declarar, por escrito, através de seus responsáveis.
>
> §2º- No caso do parágrafo anterior, os alunos que apresentarem declaração, após o hino, seguirão para as respectivas salas de aula.

E o caso de Barra Mansa/RJ não é único, no passado o Ministério Público do Estado da Bahia se insurgiu em face da Lei Municipal n. Lei nº 3.589/2011, a mencionada obrigava os estudantes do Município de Ilhéus/BA a orarem o Pai Nosso antes das aulas regulares.

Sobre Ilhéus/BA, em 17/04/2012 foi publicada notícia no portal do Ministério Público do Estado da Balha (https://www.mpba.mp.br/noticia/27240) relatando a suspensão da mencionada obrigatoriedade por intermédio de uma decisão Judicial.

---

15 E-mail: joaovitorrossi@hotmail.com

A ADIN proposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia contou com a participação do saudoso Promotor de Justiça Cristiano Chaves de Farias, jurista de renome e que deixou um grande vazio no meio jurídico com a sua partida em 06/11/2023.

Feitos os comentários acima, temos que o cerne da questão reside no fato de que o Brasil adotou o Estado Laico, ora da leitura do artigo 19, inciso I, da Carta Maior percebemos uma proibição clara e literal aos Estados, União e Municípios de "estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".

No mesmo sentido, o Ministro já aposentado do Supremo, Marco Aurélio, ao apreciar a ADPF 54/DF destacou em seu voto que "a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais", embora na ocasião analisou-se o aborto dos fetos anencéfalos, tal conclusão pode ser aplicável aos atos de coordenação, gestão e direção dos estabelecimentos escolares mantidos pelo Estado.

Deve ser compreendido igualmente que a Carta Magna assegurou que todo cidadão tem o direito à "liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (artigo 5º, inciso VI).

Tal liberdade nos é confirmada pelo Estatuto das Crianças e Adolescentes – ECA, em seu artigo 16, inciso III, logo, não há maiores dúvidas quanto ao direito à não imposição de uma religião aos alunos das escolas públicas do Estado ou do Município.

A liberdade religiosa, como qualquer outra liberdade, não é plena, visto que "O direito de liberdade não é absoluto, pois a ninguém é dada a faculdade de fazer tudo o que bem entender. Essa concepção de liberdade levaria à sujeição dos mais fracos pelos mais fortes" (PINHO, 2000, p. 76), por essa razão, não atende aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade a imposição pela maioria à minoria de uma determinada religião, oração ou símbolo religioso.

Não devemos nos esquecer que as crianças estão em fase de formação, justamente por estarem em desenvolvimento não é justo que orações ou gestos religiosos lhes sejam impostos pela escola pública, caso contrário haverá um risco real de afronta à liberdade de escolha de uma religião ou crença, que é um direito assegurado a todos os brasileiros.

Ainda que se argumente que o Pai Nosso é uma oração universal, tal afirmação não é unânime, temos artigos acadêmicos listando opiniões de professores que atuam

diretamente no ambiente escolar tecendo críticas à universalidade defendida por quem geralmente costuma apoiar a imposição coletiva do Pai Nosso nas escolas, cito:

> Allan Santos é Professor Pós-graduado em História do Brasil e História das Relações Internacionais e professa a fé islâmica. Quando perguntado sobre a universalidade da oração do Pai Nosso no ambiente escolar, responde:
>
> "Acho que não é válido. A prática dessa oração é de uma determinada religião. Isso é forçar as crianças a aprenderem sobre uma religião. É impor as práticas de uma religião sobre todas as pessoas não respeitando a crenças das outras crianças."
>
> Percebemos afinidade desta resposta com a promoção da educação laica que se apresenta legalmente. Nessa visão a prática religiosa de caráter cristão no ambiente escolar invalidaria a promoção da diversidade. Allan Santos nem cogita tal pratica religiosa de forma ecumência. (DOS SANTOS; DE CASTRO, 2020, p.82).

Diante das lições acima mencionadas, respeitamos a opinião do professor Allan Santos, não há como garantir a universalidade do Pai Nosso, inclusive muitos professores, conforme destacado em um outro artigo, se mostram incomodados com excesso de imposição católica nas escolas, vejamos:

> Alguns docentes se mostraram incomodados, mas a maioria aparentemente atenuava essa mistura entre a coisa pública e religião. Além dos objetos tidos como sagrados, os(as) docentes também apontaram o incômodo com as festas de comemoração de feriados católicos na escola (Páscoa, a Festa Junina, o Natal).
>
> A fala do grupo refere uma prática comum nas escolas (exceto nos colégios confessionais não cristãos): rezar o Pai Nosso, escrever versículos bíblicos no cabeçalho das lições, fazer orações antes das refeições e comemorar efemérides cristãs. Elementos da doutrina cristã como a ressurreição de Cristo na Páscoa, seu nascimento virginal no Natal, a Festa Junina em louvor aos santos católicos São João, Santo Antônio e São Pedro, estão tão arraigados na cultura escolar que não raramente usam-se discursos naturalizantes que justifiquem a imposição de dogmas religiosos aos estudantes, de forma a relativizar a exclusão de ateus, evangélicos, testemunhas de Jeová, judeus, budistas, mulçumanos etc.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> A questão da prática é também complicada, porque quando você faz a festa junina, os alunos que não são católicos, eles não vêm. Até... falou assim "ah ele não vai dançar festa junina? Por quê? Ah, tadinho [...] não vai poder participar". (Docente 1).
>
> A docente apontou que o fato de um estudante não participar de uma comemoração católica na escola não é problematizado e a revisão deste tipo de prática não é realizada, como se nada pudesse ser feito a respeito: "Ah, tadinho". E o direito dos estudantes à escola laica, reivindicado pelas famílias, na recusa a participar de tais atividades, é tratada como "encrenca", implicância gratuita. (GOMES; DE AGUIAR; FERNANDES, 2021, p. 156).

Vimos no texto acima que alguns alunos ficam de fato segregados das atividades, ocorre que analisando as decisões judiciais pretéritas, temos que tal divisão é juridicamente contestável, logo há um risco jurídico na prática de impor a oração do Pai Nosso em uma escola pública, visto que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já disse que a separação da turma configura constrangimento e intolerância religiosa anulando a Ordem de Serviço 008/2017 – SME do Município de Barra Mansa/RJ, cito:

> APELAÇÃO. Educação. Determinação pelo Município de Barra Mansa de que seus alunos entoem a oração do pai nosso antes das aulas, determinando a separação em outra fila daqueles que não professarem religião que aceite a mencionada oração. Separação que coloca os alunos em constrangimento, sendo verdadeiro preconceito, configurando intolerância religiosa. Tutela antecipada que foi confirmada na sentença, determinando a anulação dos atos administrativos. Recurso autoral para majoração dos honorários advocatícios. Valor fixado que é irrisório. Aumento para R$500,00 que se mostra razoável. Provimento do recurso. (TJ-RJ, processo n. 0013080-15.2017.8.19.0007).

Devem ser acrescentadas ao presente artigo as brilhantes lições do Pós-Doutor em Educação Simão de Miranda, que também é professor e escritor, o autor corretamente nos leciona o seguinte:

> O fato de sermos um país majoritariamente cristão, não nos autoriza a desrespeitarmos estudantes de famílias não-cristas, como as praticantes de credos de matrizes africanas, ateus ou agnósticos. Insistir nesta prática é uma via de acesso para o racismo religioso. Esta prática intimidatória, abusiva, ilegal e desrespeitosa, alimenta as exclusões tão duramente combatidas pela sociedade. Nenhum

> agente educativo pode impor sua fé pessoal, isso é vilipendiar a liberdade de credo dos demais.
>
> Então, minha gente, embora a escola tenha herdado lá dos seus primórdios os princípios da fé cristã na chegada dos jesuítas e nos planos de estudos da Cia de Jesus, elaborados por santo Inácio de Loyola e, ainda mais, tendo Cabral mandado rezar logo uma missa assim que pisou nas nossas terras, passa da hora e faz tempo que passa da hora de honrarmos nossos compromissos por uma sociedade justa e verdadeiramente inclusiva.
>
> Concordo plenamente com a professora Roseli Fischman, autora do livro Estado Laico, Educação, Tolerância e Cidadania (São Paulo: Factash, 2012), "A escola é o primeiro contato da criança com o Estado e precisa garantir acolhimento e respeito, sem impor conteúdo de fé, seja ele qual for".
>
> A laicidade do estado e, portanto, da escola é condição inegociável para a cidadania. A escola pública conta conosco, profissionais da educação. Sigamos esperançando. (DE MIRANDA, 2023).

As lições do professor são importantes, pois a escola pública pertence ao Estado, por óbvio, considerando o teor do artigo 19, I da Constituição, não há dúvidas de que "No nosso país existe um regime de absoluta separação" (PINHO, 2000, p. 83), portanto recomenda-se à direção da escola que não imponha o Pai Nosso aos alunos e funcionários.

Outro cuidado que a direção deve ter é com a obrigatoriedade dos funcionários, servidores e professores a orarem o Pai Nosso, visto que há decisões no Poder Judiciário condenado empregadores a indenizar os seus empregados compelidos ao ato de rezar o Pai Nosso, o valor reparatório pode chegar a R$ 10.000,00 (dez mil reais), como noticiado pelo TRT-MG em seu site, mencionado o processo n. 0010821-11.2020.5.03.0016, julgado pelo juízo da 16ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

Em razão dos fundamentos ora invocados, temos que a direção das escolas públicas deve ter uma cautela quanto à imposição do Pai Nosso aos alunos e servidores, pois eventual ato pode trazer consequências negativas no âmbito jurídico.

2.CONCLUSÃO.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Portanto, em que pese o Brasil ter uma parcela considerável da sociedade aderente ao catolicismo, tal qual verificado na citação do texto do professor Simão de Miranda, não negamos que há de fato um risco jurídico na conduta do gestor ou diretor que optar por impor aos alunos de uma escola pública a oração do Pai Nosso.

Igualmente perigoso e não indicado é segregar ou dividir a turma, podendo gerar condenações e anulações dos atos administrativos, como ocorrido com a Ordem de Serviço 008/2017 do Município de Barra Mansa/RJ, na ocasião o Tribunal entendeu que a separação "coloca os alunos em constrangimento, sendo verdadeiro preconceito, configurando intolerância religiosa" (TJ-RJ, processo n. 0013080-15.2017.8.19.0007).

Por fim, não menos importante, deve se atentar a direção em não obrigar os seus funcionários a orar, porque na Justiça temos condenações de empregadores em danos morais por compelirem os seus colaboradores a rezar o Pai Nosso.

O ideal é evitar imposições, pois a obrigação pode gerar problemas para a direção de uma escola pública, que deve respeitar o direito à liberdade religiosa de cada pessoa, jamais impondo ou promovendo uma religião específica em detrimento das demais.

Assim sendo, conclui o presente artigo que a imposição do Pai Nosso em qualquer escola que conte com a gerência do Estado (escola pública), fere o artigo 19, I da Constituição Federal, tendo o Ministério Público legitimidade para o manuseio da medida judicial cabível a fim de tornar os efeitos do ato que impõe o Pai Nosso nulos, por ser inconstitucional e desrespeitar o direito à liberdade de religião ou crença.

De mais a mais há razoável dúvida na seara acadêmica a respeito do caráter universal da oração Pai Nosso, pois de fato há religiões que não aderiram a tal prece, como mencionado pelo professor Allan Santos, que foi entrevistado no artigo de artigo autoria de Carlos Alberto Ivanir dos Santos e Lavini Beatriz Vieira de Castro.

Por isso encerro defendendo que os diretores evitem impor uma religião no ambiente escolar, seja por meio de orações, símbolos ou livros religiosos, devendo respeitar cada crença individual dos seus alunos e servidores. Também deve ser evitado qualquer tipo de segregação ou preconceito com outas religiões ou a falta dela.

REFERÊNCIAS

BRASIL. TJRJ – Apelação n. 0013080-15.2017.8.19.0007, Relator: Ferdinaldo do Nascimento, Data de Julgamento: 25/02/2021, T19 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

DE MIRANDA, SIMÃO. **O Pai-Nosso na Escola Pública: Pode ou não Pode?**. SINPRO-DF, 15 jun. 2023. Disponível em: https://www.sinprodf.org.br/o-pai-nosso-na-escola-publica-pode-ou-nao-pode/. Acesso em: 7 mar. 2024.

DOS SANTOS, Carlos Alberto Ivanir, DE CASTRO, Lavini Beatriz Vieira. **Em nome do pai, do filho e de quem mais? Abordagem sobre a universalidade a oração do Pai Nosso**. Revista de Estudos sobre o Jesus Histórico e sua Recepção RJHR, XIII, 2020.

GOMES, Fábio Alves; DE AGUIAR, Wanda Maria Junqueira, FERNANDES, Elaine Pinheiro. **Direitos Humanos, Laicidade E Educação Escolar: "eu sempre rezei o pai nosso na escola"**. Revista Teias, Rio de Janeiro, v. 22, n. especial, p.149-162, out. 2021.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 17º V. São Paulo: Saraiva, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

ORIENTAÇÕES PARA PROCESSOS SELETIVOS SIMPLIFICADOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, com o título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (SP), mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción[16]

MARIA DO SOCORRO FREITAS DE BRITO[17]

(Coautora)

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta dispor sobre orientações para processos seletivos simplificados destinados à contratação temporária de servidores públicos e a correta prestação de contas da admissão de pessoal pelos jurisdicionados aos orgãos de controle externo.

PALAVRAS-CHAVE: Orientações; Processos; Seletivos; Simplificados.

ABSTRACT: This article aims to succinctly provide guidelines for simplified selection processes for the temporary hiring of public servants and the correct reporting of the admission of personnel by those under jurisdiction to external control bodies.

KEYWORDS: Guidelines; Law Suit; Selective; Simplified.

INTRODUÇÃO

16Especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense, especialista em direitos humanos, especialista em tutoria em educação a distância, especialista em auditoria governamental pelo EDUCAMUNDO e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheiro no Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

[2] Especialista em controle externo pela Universidade Federal do Piauí, graduada em ciências contábeis pela Universidade Federal do Piauí, graduada em licenciatura plena letras português pela Universidade Federal do Piauí e auditora do controle externo no Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

A Constituição Federal, no art. 37, IX, estabeleceu que as contratações por tempo determinado são possíveis para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a medida seja em caráter excepcional.

A contratação temporária acontece quando existem cargos vagos que precisam ser urgentemente preenchidos, mas não existe tempo hábil para a realização de um concurso público. São aqueles contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; O regime a eles imposto é o contratual (especial), sem vínculo com cargo ou emprego público.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância da quantidade de editais de contratações temporárias de servidores públicos que ocorrem atualmente na União, Estados e Municípios e que é objeto da análise da legalidade pelo Tribunal de Contas da União e demais Tribunais de Contas Brasil afora.

DESENVOLVIMENTO

A contratação do servidor público temporário se dá mediante necessidade de atender demandas específicas de excepcional interesse público da União, Estados e Municípios.

A competência constitucional dos tribunais de contas, previsão legal: Art. 71, III da CF. Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil (Art. 86, III, a da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º, IV, Art. 82, V, a, Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º, Resolução TCE/PI 23, de 06 de outubro de 2016).

Requisitos constitucionais: previsão em lei específica do ente; prazo determinado; necessidade temporária; interesse público excepcional e contratação indispensável, isto é, não há outros meios de suprir a demanda**.**

Resolução TCE/PI 23/2016

1. Primeira fase – o gestor deve prestar contas cadastrando informações e anexando documentos no sistema RHWeb ao publicar o edital de lançamento do concurso público/processo seletivo simplificado, arts. 3° e 5° da Resolução 23/2016;

2. Segunda fase – Ao publicar o resultado do certame o gestor deve cadastrar

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

informações dos aprovados/classificados e anexar documentos correspondentes, art. 6° da Resolução 23/2016;

3. Terceira fase – Quando nomear/contratar efetivamente o aprovado/classificado, o gestor deverá voltar a cadastrar informações e anexar documentos no sistema RHWeb, art. 7° da Resolução 23/2016.

O ente precisar observar a Resolução TCE/PI 23/2016 informando os atos do processo seletivo simplificado como rezam os arts. 5º, 6º, 7º, 8º e 9º:

"Art. 5º No prazo de 05 (cinco) dias após a publicação do edital de abertura do processo de contratação de pessoal por tempo determinado, deverão ser cadastrados no Sistema RHWeb – Módulo: Admissões Web os seguintes documentos, em arquivo digital com formato PDF:

I. Edital de abertura do processo seletivo, publicado em Diário Oficial, contendo no mínimo, as seguintes informações:

a) Identificação das atribuições, quantidade de vagas disponíveis, remuneração total, carga horária, duração do contrato, qualificação profissional e escolaridade exigidas, indicação da lei municipal que autoriza o processo seletivo;

b) Reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, além de outras situações previstas em legislação local, especificando o percentual, bem como, fixando a quantitativo reservado no quadro de vagas do edital, além da previsão de resultado à parte para a concorrência específica;

c) Hipóteses de suspeição e impedimento dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso;

d) Inscrição: valor da taxa, forma de pagamento, hipóteses de isenção, locais e horários;

e) Provas: data, horário, pontuação por disciplina e total, pesos, conteúdo programático e meio de divulgação do local de aplicação;

f) Recursos: forma, que deverá ser acessível, e fixação de prazos razoáveis, além do meio de divulgação;

g) Resultado final e homologação: critérios de desempate e previsão de meio de divulgação;

h) Indicação do prazo de validade da seleção e se haverá possibilidade de prorrogação;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

i) Requisitos para contratação (documentação necessária).

II. Lei do ente federado que estabeleça os casos de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme exige o artigo 37, IX, CF, fixando, ainda, direitos e deveres do contratado, regras do processo de seleção, regime de trabalho, duração dos contratos, entre outras matérias correlatas ao tema;

III. Autorização da autoridade competente, indicando a necessidade temporária de excepcional interesse público que afasta a obrigatoriedade de realização do concurso público, atendendo aos parâmetros postos na legislação específica local.

IV. pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), salvo se decorrente de convênio, bem como do cumprimento dos artigos 19,20 inciso II e 21 da Lei Complementar nº 101/00, conforme modelo proposto no anexo I desta resolução;

V. ato designando a Banca Examinadora, quando for o caso, e da Comissão Organizadora, indicando a publicação;

VI. declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade.

Art. 6º Deverão, ser encaminhados, ainda, no prazo de 5 (cinco) dias após a publicação, os seguintes atos:

I. Listagem contendo o resultado final no concurso e a respectiva homologação;

II. Atos de convocação dos aprovados;

III. Termos de desistência, de reposicionamento de candidato para o final de lista, entre outros atos que alterem a classificação no resultado final no certame;

IV. Ato de prorrogação da validade do processo seletivo, quando for o caso;

V. Demais editais e avisos relativos ao certame.

Do cadastramento dos atos de admissões

Art.7º A autoridade responsável por ato de admissão em caráter efetivo ou temporário na administração direta e indireta, nos poderes e no Ministério Público da administração estadual e municipal, deverá informá-lo ao Tribunal de Contas via sistema RHWeb, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da posse ou contratação, anexando

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

o termo de posse em caso de cargo público efetivo, ou extrato contratual, em caso de emprego público ou contratação temporária".

Art. 8º As informações referentes aos atos de nomeações deverão conter os números e as datas de publicação do edital normativo e do resultado final, bem como a classificação e a origem da vaga, informando, se originária, a lei que a criou, e se derivada, o motivo da vacância e o nome do anterior ocupante.

Art.9º Nos casos de servidores cadastrados no sistema RHWeb que optarem pela exclusão ou desligamento, vacância, rescisão contratual, as unidades gestoras deverão registrar no sistema as referidas informações, 10 (dez) dias após o respectivo ato.

Critérios a serem observados quando da análise de um edital de processo seletivo simplificado por Órgão de Controle Externo, tomando-se, por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Piauí pela Divisão de Fiscalização de Admissão de Pessoal (DFPESSOAL1) em conformidade com a Resolução TCE/PI 23/2016:

1. Da necessidade de lei regulamentadora para a contratação temporária.

O inciso IX do art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabelece a exceção pela qual pode haver contratação por prazo determinado, mas, para tanto, exige que se encontrem presentes dois requisitos: a) a previsão expressa em lei; b) a real existência de "necessidade temporária de excepcional interesse público".

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná. I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: **a) previsão em lei dos casos;** b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence. III. - **A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária.** No caso, **as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e**

> **genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade**. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3210 / PR. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 11/11/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifou-se)

Cada ente tem que ter a lei própria local e especifica que regulamente a contratação temporária, com as hipóteses de excepcionalidade, obrigação de estipular prazos específicos e determinados para as contratações temporárias, atendendo aos Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e da Moralidade. Possibilidade de prorrogação dos contratos temporários, prazo de carência entre recontratações, exceções permissivas de recontratação sem período de carência e a forma de realização do processo seletivo simplificado.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios precisam dispor de **lei específica**, **própria**, estipulando e regulamentando os prazos e demais determinações da contratação. **Inaplicabilidade de outra legislação ao ente, os municípios não podem realizar contratos temporários com base nas leis regulamentadoras da União, Estados ou do Distrito Federal, muito menos o Estado se valer de hipóteses de excepcionalidade previstas em legislações de outros entes federativos.**

Diferente de concurso público que as vagas são criadas por lei na contratação temporária não existe criação de vagas por lei e sim hipóteses de excepcionalidade previstas na lei própria e local de contratação temporária.

Os servidores temporários são impostos ao **regime contratual** (especial). Portanto, sem vínculo direto com o cargo público ocupado. O processo seletivo simplificado é realizado pela ausência de tempo adequado.

Durante o processo de contratação temporária, o gestor precisa demonstrar a concreta justificativa para a contratação, conforme legislação vigente do ente. A celebração do contrato temporário deve ocorrer com base em justificativa plausível, com absoluto caráter excepcional de interesse público. Assim, atividades simplesmente burocráticas não justificam contratação temporária.

A lei regulamentadora precisa determinar um período de carência para que o mesmo servidor seja contratado novamente, evitando, assim, contratações e prorrogações sucessivas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

A Administração pública realiza o processo seletivo simplificado para agilizar o processo de contratação. Consequentemente, diminuindo os gastos públicos e mantendo uma atuação mais dinâmica.

Contratar temporariamente servidores por motivação divergente das regras constitucionais configura improbidade administrativa trabalhista. De acordo com o princípio da impessoalidade, a administração pública no Brasil não pode atuar com favoritismo, nem com perseguição na escolha de seus servidores.

2. Cumprimento dos artigos 19, 20, inciso II e 21 da Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), salvo se decorrente de convênio, bem como do cumprimento dos artigos 19,20, inciso II e 21 da Lei Complementar 101/00.

A prestação de serviços públicos exige um grande número de servidores, de modo que a despesa com o pagamento desses servidores é, quase sempre, a maior parcela de gastos dos entes federativos.

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I – União: 50% (cinquenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

Há limites também para cada poder em cada esfera:

I – na esfera federal: 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; 6% (seis por cento) para o Judiciário; 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo; 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II – na esfera estadual: 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; 6% (seis por cento) para o Judiciário; 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo; 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III – na esfera municipal: 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

No que diz respeito ao limite de gasto com pessoal nos municípios, o percentual é

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

de 60%, quando 54% é o relativo de gastos com pessoal do executivo municipal, e 6% é de gastos com pessoal do legislativo.

Ultrapassado o teto efetivo de gastos com pessoal (54%), então o município terá 8 (oito) meses para corrigir os excessos e, para isso, a LRF previa que, dentre as atitudes a serem tomadas, seria possível, segundo o artigo 23, §§ 10 e 20, a redução de valores de cargos e funções, bem como redução temporária de jornada de trabalho e a consequente redução dos vencimentos.

Observar a flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) pelo art. 15, da Lei Complementar 178/2021:

"Art. 15. O Poder ou órgão cuja despesa total com pessoal ao término do exercício financeiro da publicação desta Lei Complementar estiver acima de seu respectivo limite estabelecido no art. 20 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, deverá eliminar o excesso à razão de, pelo menos, 10% (dez por cento) a cada exercício a partir de 2023, por meio da adoção, entre outras, das medidas previstas nos arts. 22 e 23 daquela Lei Complementar, de forma a se enquadrar no respectivo limite até o término do exercício de 2032".

3. Critérios mínimos constantes em um processo seletivo simplificado.

Edital público (publicação em Diário Oficial com ampla divulgação); período de inscrições de pelos menos 7 (sete) dias úteis (Decisão Monocrática 476/2021-GWA, publicada no Diário do TCE/PI de 25/10/2021 (Processo TC/016429/2021), jurisprudência desta Corte); prazo de recursos de pelo menos 2 (dois) dias úteis; fixar no edital ou editais critérios objetivos e impessoais para a seleção dos interessados e publicar o resultado, a homologação, e a classificação de cada candidato com a pontuação final obtida.

Os critérios objetivos para a avaliação devem ter ampla publicidade e respeitando a isonomia e impessoalidade. Preferencialmente através de provas ou provas e títulos (não é permitida a contratação temporária tomando-se como critério entrevista).

Da necessidade de constar no Edital as atribuições dos cargos para atender o art. 5º, I, "a", da Resolução do TCE/PI 23/2016.

Se o gestor celebra contratos temporários para substituição de professores da rede de ensino, ele deve indicar quais foram os professores efetivos que se afastaram do cargo, justificando, assim, a celebração dos contratos. O Tribunal de Contas do Estado do Piauí na DECISÃO 147/2020 de 06 de fevereiro de 2020 à unanimidade decidiu que em futuros processos seletivos sejam observadas as disposições constitucionais aplicáveis à

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

contratação por tempo determinado e, em especial, "No cadastro de processos seletivos, indiquem a necessidade temporária de excepcional interesse público, enviando o documento mencionado no art. 5º, I, da Resolução TCE/PI 23/2016, observando que a comprovação da necessidade de contratação de professores substitutos deve ser feita com a apresentação da lista dos servidores efetivos afastados, com indicação do motivo e período do afastamento".

Não é possível contratação temporária para suprir atividades permanentes com funções de poder de polícia e fiscalizatórias, tendo em vista que desempenham funções tipicamente estatais, devendo ser realizadas por profissionais de carreira, devidamente aprovados em concurso público, nos termos da jurisprudência do TCE/PI (Vide Dec. Monocrática 476/2021-GWA, proferida no Processo TC/016429/2021, com publicação no DOE TCE/PI 201, em 25/10/2021, ratificada pela Decisão Plenária 1.081/2021).

Algumas atividades são inerentes ao exercício do poder de polícia do Estado e devem ser preenchidas por meio de concurso público, a exemplo das carreiras da administração tributária, fiscal de vigilância sanitária, guarda de trânsito, policial civil e militar, agentes ambientais, dentre outras. Nesses casos, a Constituição Federal não admite a contratação temporária.

Exemplos de casos em que são permitidas as contratações temporárias: afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustação dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

4. Ato da autoridade competente, indicando a necessidade temporária de excepcional interesse público que afasta a obrigatoriedade de realização do concurso público, atendendo aos parâmetros postos na legislação específica local.

O ato administrativo que desencadear o processo de contratação temporária deve conter, além de outros elementos, a justificativa da contratação. O gestor deve demonstrar que a situação concreta justifica a contratação temporária conforme hipótese prevista na legislação do município.

A simples indicação do dispositivo legal que ensejou a contratação temporária não é suficiente para justificar a celebração de contratos, devendo o gestor complementar no ato do processo de contratação as razões que o levaram a selecionar pessoal sem concurso público.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Notem que há distinção entre justificar a contratação e indicar o dispositivo legal que a fundamentou. Enquanto a indicação do dispositivo legal evidencia que há legalidade (previsão legal) para os contratos, a justificativa (motivação) explica a situação fática que ensejou a contratação. A exposição dos motivos que enseje à contratação temporária, inclusive com fundamentação fática e jurídica comprobatória da necessidade excepcional de pessoal.

5. Ato designando a banca examinadora, quando for o caso, e da comissão organizadora, indicando a publicação.

Necessária à publicação em Diário Oficial de portaria que cria a Comissão Organizadora do Processo Seletivo Público para acompanhar, supervisionar e fiscalizar: lançamento de edital, aplicação de provas, divulgação de resultado, assim como proceder outros atos legais, a portaria deve estar devidamente assinada pelo Gestor responsável. É recomendável que a mesma seja formada por servidores do quadro efetivo da entidade.

6. Hipóteses de suspeição e impedimento dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso.

O edital deveria contemplar as causas e suspeições dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso, em respeito ao princípio da moralidade e isonomia, evitando a participação, na qualidade de candidato, de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. Além de alicerçada nos referidos princípios constitucionais, a previsão tem supedâneo no art. 20 da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e é aplicável de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria, nos termos da Súmula 633 do STJ.

7. Declaração assinada pelo chefe do poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da lei de responsabilidade fiscal.

Declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

* Observar a Lei estadual 7.626, de 11 de novembro de 2021 que determina a reserva **25% das vagas em concursos públicos e processos seletivos a pessoas negras e pardas**. A medida é para cargos da administração pública estadual, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controlada pelo Governo do Piauí.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

OUTROS CRITÉRIOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS:

Dos prazos nas contratações temporárias

A Constituição Federal não delimita os prazos, delegando (implicitamente) as Leis Federal, Distrital, Estaduais e Municipais.

A Lei regulamentadora tem que definir os prazos máximos dos contratos temporários, considerando as hipóteses permissivas para contratação. É permitido possibilidades de prazos diferenciados, de acordo com as situações justificadoras da contratação temporária. Não existem regras ou critérios objetivos para fixação dos prazos, deve existir plena observância aos Princípios da razoabilidade e moralidade.

Proibição de prazos genéricos ou condicionados a evento futuro. Vedação de prazos demasiadamente longos, regra geral 24 (vinte e quatro) meses, excetuando-se os casos de características ou de natureza excepcionais.

Aspectos a serem considerados sobre os prazos na elaboração do projeto de lei: peculiaridades locais (porte econômico do município, área geográfica, número de habitantes, população urbana e rural, infraestrutura existente etc.); as situações de excepcional interesse público; ausência de candidato inscrito ou aprovado em concurso público e tempo previsto para que a necessidade temporária seja suprida.

Prorrogação do contrato temporário

A prorrogação é permitida uma única vez e por igual período do contrato inicial (STF: ADI 890). A Lei regulamentadora deve estipular período de carência para que o mesmo servidor possa ser contratado novamente. Evitar contratações sucessivas e perpétuas.

Prazo de carência entre recontratações

Intervalo de tempo entre o final de vigência da contratação e o início de vigência do novo contrato; mesmo servidor e a função; previsão na lei regulamentadora mensurado conforme a finalidade e essencialidade das hipóteses de contratações temporárias e vedação válida independemente se o servidor foi aprovado novamente em processo seletivo simplificado público.

Exceções permissivas de recontratação sem período de carência

Situações excepcionais e sob justificativas inquestionáveis; inexistência de outra solução para o caso; risco iminente ou a concreta descontinuidade de serviço público relevante ou indispensável para a população local. Todas as hipóteses acima citadas

devem ser devidamente comprovadas pelo Gestor responsável. A constitucionalidade da vedação da recontratação (STF: RE 635.648).

Agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias podem ser contratados de forma temporária?

Em regra, não. Os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias devem ser admitidos mediante prévia aprovação em processo seletivo público/concurso público conforme art. 198, § 4° da Constituição Federal de 1988.

"Art. 198, § 4º da CF: Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação".

Contudo, é vedada a admissão para essas duas funções de forma temporária ou terceirizada, salvo na hipótese de combate a surtos epidêmicos, nos termos do art. 16 da Lei federal 11.350/2006:

"Art. 16. É vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos epidêmicos, na forma da lei aplicável."

A recente pandemia de COVID-19 é um bom exemplo no qual a contratação temporária dos ACS e ACE pode ser justificada.

Processo seletivo simplificado

Os tribunais de contas desempenham um papel fundamental na fiscalização dos processos seletivos simplificados. Esses órgãos são responsáveis por garantir a transparência e a legalidade dos procedimentos adotados pelos órgãos públicos na contratação de servidores temporários por meio de processos seletivos simplificados.

Um processo seletivo simplificado é um método utilizado por órgãos públicos para contratar servidores de forma rápida e eficiente. Diferentemente de um concurso público tradicional, que pode levar meses ou até anos para ser concluído, o processo seletivo simplificado é uma alternativa mais ágil.

Esse tipo de processo seletivo é comumente utilizado para preencher vagas temporárias, como substituições de servidores afastados por licença médica ou para atender necessidades emergenciais de pessoal. Por ser mais rápido, o processo seletivo simplificado permite que o órgão público preencha essas vagas de forma mais ágil,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

evitando a interrupção do serviço prestado à população.

No entanto, é importante ressaltar que o processo seletivo simplificado não é uma forma de contratação permanente. Geralmente, os contratos são temporários, com prazo determinado, e podem ser renovados de acordo com a necessidade do órgão público.

Nesse sentido, os tribunais de contas têm um papel crucial na fiscalização desses processos. Esses órgãos são responsáveis por verificar se as etapas do processo seletivo foram realizadas de acordo com a legislação, se os critérios de seleção foram objetivos e claros, se houve igualdade de oportunidades para todos os candidatos, entre outros aspectos.

A fiscalização dos tribunais de contas é importante para evitar possíveis irregularidades e garantir a lisura dos processos seletivos simplificados. A atuação desses órgãos contribui para a transparência na contratação de servidores temporários, evitando práticas como o nepotismo e a contratação de pessoas sem qualificação adequada.

Além disso, a fiscalização dos tribunais de contas também contribui para a eficiência da administração pública. Ao garantir que os processos seletivos simplificados sejam realizados de forma adequada, esses órgãos ajudam a evitar a contratação de servidores que não atendam às necessidades do órgão público, o que poderia resultar em prejuízos financeiros e operacionais.

É importante ressaltar que a atuação dos tribunais de contas não se limita apenas à fiscalização dos processos seletivos simplificados em si, mas também abrange a análise dos contratos firmados entre os órgãos públicos e os servidores temporários contratados. Essa análise visa verificar se os contratos estão de acordo com a legislação e se os servidores estão desempenhando suas funções de forma adequada.

Em suma, os tribunais de contas desempenham um papel fundamental na fiscalização dos processos seletivos simplificados. Sua atuação contribui para a transparência, a legalidade e a eficiência na contratação de servidores temporários, garantindo a qualidade dos serviços prestados pela administração pública. Portanto, é essencial que esses órgãos continuem atuando de forma efetiva na fiscalização desses processos, promovendo assim uma gestão pública mais responsável e transparente.

Quantitativo de vagas e cadastro de reserva

As vagas a serem preenchidas devem constar no Edital de abertura do Processo Seletivo Simplificado de maneira clara e específica; também é possível a realização de processo seletivo para cadastro de reserva, realizando a contratação temporária conforme surgir à necessidade durante o período do certame; referida medida mostra-se bastante eficaz para aqueles cargos em que exista grande rotatividade.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Vigência e prorrogação

Compete a Lei regulamentadora estipular os prazos de validade e da possibilidade de prorrogação dos processos seletivos simplificados, utilizando-se, por analogia, o prazo máximo previsto para os concursos públicos art. 37, III da CF.

De acordo com o STF, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: os casos excepcionais estejam previstos em lei; o prazo de contratação seja predeterminado; a necessidade seja temporária; o interesse público seja excepcional; e a contratação seja indispensável, sendo proibida para os serviços ordinários permanentes.

O entendimento do STF de que o caráter transitório das contratações por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público não se combina com o caráter permanente da prestação de serviços essenciais à população, como saúde, educação e segurança pública.

Portanto, deve ser uma contratação temporária para suprir uma necessidade urgente até ocorrer à substituição por profissional concursado (se tiver necessidade). Por isso, é comum ter essas contratações nas áreas da educação e saúde.

Da precarização da mão-de-obra

O termo precarização do trabalho descreve a situação de emprego pouco ou não padronizado, assim como temporário, que, majoritariamente, é mal remunerado, inseguro, desprotegido e que gera renda salarial incapaz de sustentar um indivíduo ou uma família.

A contratação temporária de pessoal é um instrumento que permite que os entes públicos enfrentem situações anômalas, no que se refere à escassez de mão-de-obra para atendimento de demandas excepcionais, de maneira mais eficaz e eficiente.

Quando se contrata temporariamente apenas por conveniências políticas e em substituição de atividades permanentes, se gasta o erário e não se presta um serviço de qualidade, nem o agente público tem um mínimo de estabilidade para efetuar seus serviços, nem sendo a população devidamente atendida. Essa prática malfazeja deve ser ceifada e mitigada dos indevidamente inchados quadros funcionais dos entes públicos, devendo ser reduzida ao seu caráter essencial de excepcionalidade.

A substituição de força de trabalho efetiva por força de trabalho precária, em uma forma de tentar combinar a redução do corpo técnico em curso com a manutenção da capacidade técnica e operacional em uma conjuntura de constantes restrições

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

orçamentárias. Essa substituição, associada à vulnerabilidade dos vínculos laborais, bem como à distinção de salários e direitos em funções semelhantes, constitui exemplo de uma relação precária de trabalho.

Este aspecto da precarização refere-se às formas menos seguras de inserção no mercado de trabalho, ou seja, aos contratos precários e sem proteção social. Trata-se do que é chamado de flexibilização nas formas contratuais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no artigo 23° deixa claro que:

> "Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses".

CONCLUSÃO

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: os casos excepcionais estejam previstos em lei; o prazo de contratação seja predeterminado; a necessidade seja temporária; o interesse público seja excepcional; e a contratação seja indispensável, sendo proibida para os serviços ordinários permanentes.

O entendimento do STF de que o caráter transitório das contratações por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público não se combina com o caráter permanente da prestação de serviços essenciais à população, como saúde, educação e segurança pública.

Portanto, deve ser uma contratação temporária para suprir uma necessidade urgente até ocorrer à substituição por profissional concursado (se tiver necessidade). Por isso, é comum ter essas contratações nas áreas da educação e saúde.

REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: < http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

BRASIL. **Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tcepi.tc.br/>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tcepi.tc.br/wp-content/uploads/2023/07/LEI-ESTADUAL-No-5.888-DE-19-08-2009-LEI-ORGANICA-DO-TCE-PI-REDACAO-ATUALIZADA-ATE-A-LEI-No-8.099-DE-14-07-2023.pdf>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tcepi.tc.br/wp-content/uploads/2023/08/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-21-08-2023.pdf>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

TCE/PI. **Resolução 23/2016, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <https://www.tcepi.tc.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

A POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

ANDRÉ LUIZ MANZO: Advogado. Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Especialista em Advocacia Corporativa pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP) e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ribeira (UNIVR)[18]

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade de exclusão do condômino reiteradamente antissocial que prejudique a convivência com os demais coproprietários, quando as multas punitivas, mesmo em seu maior patamar, são insuficientes como reprimenda para o ato transgressor. Apesar da falta de previsão legal expressa nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é o legítimo alicerce de regras e princípios que traduzem o dever pátrio pela busca por uma sociedade livre, justa e solidária, em que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, inciso III, do texto maior. Com a utilização da metodologia de investigação teórico bibliográfica e teórico normativa, encontra-se a plausabilidade da exclusão do condômino antissocial, tendo em vista as especificidades inerentes ao convívio dentro de um condomínio edilício.

Palavras-chave: Condômino Antissocial, Abuso de Direito, Função Social da Propriedade, Condomínio Edilício.

ABSTRACT: The present article analyzes the possibility of exclusion of the repeatedly antisocial condominium member that harms the coexistence with the other co-owners, when the punitive fines, even at their highest level, are insufficient as a reprimand for the transgressive act. Despite the lack of express legal stipulation in this sense, the Federal Constitution of 1988 is the legitimate foundation of rules and principles that translate the paternal duty in the search for a free, fair and solidary society, where the dignity of the human person is one of the foundations of the Federative Republic of Brazil, pursuant to art. 1, item III, of the larger text. With the use of the theoretical bibliographical and normative theoretical investigation methodology, the plausibility of the exclusion of the antisocial condominium owner is found, in view of the specificities inherent to the coexistence within a building condominium.

Keywords: Antisocial Condominium, Abuse of Law, Social Function of Property, Building Condominium.

18 E-mail: andremanzo@gmail.com

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade é uma garantia de direito fundamental, expresso no art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988. Apesar disso, não é um direito absoluto, visto que a propriedade deverá atender a sua função social, conforme o inciso XXIII do art. 5º do texto constitucional. A função social da propriedade é, inclusive, um dos princípios da ordem econômica, conforme o art. 170, inciso III na Constituição Federal de 1988.

A verticalização das moradias é uma realidade de muitos centros urbanos, obrigando aos seus moradores o convívio social com os demais coproprietários, visto o compartilhamento das áreas comuns. Para que a harmonia impere, a lei civil prevê direitos e deveres aos condôminos, para que comportamentos inadequados que prejudiquem o convívio social do condomínio sejam coibidos. A convenção do condomínio edilício deverá estabelecer o regimento interno do condomínio, instituindo direitos e obrigações a todos os condôminos, com questões necessárias para a convivência mútua.

Existem ocasiões em que um condômino pode ter comportamentos antissociais ou atos que descumprem com as normas da convenção ou do regimento interno do condomínio, sendo previsto sanção pecuniária para tal descumprimento.

Ocorre que em certos casos, o comportamento antissocial do condômino é feito reiteradas vezes, colocando em risco a saúde, o sossego e a segurança dos outros condôminos. Nem sempre a aplicação da multa, mesmo em seu maior patamar, pode ser eficaz para cessar tais condutas nocivas, sendo a lei silente sobre o esgotamento de providências a serem tomadas pelos prejudicados.

Pode o condômino antissocial abusar de seu direito de propriedade prejudicando os demais coproprietários? Pode o condômino infrator molestar, agredir ou ofender os demais condôminos? Deve os incomodados se mudarem? Destarte, na falta de norma jurídica específica nesse sentido, é o Poder Judiciário quem irá apreciar lesão ou ameaça do direito do condômino ou condomínio prejudicado, conforme art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Alguns operadores do direito apenas consideram como dimensão normativa a lei expressa, positivada, fato que é refletido em muitos julgados.19 Entretanto, a leitura do ordenamento jurídico deve ser feita pela ótica constitucional, pois as normas

19 SILVA, Neimar Roberto de Souza e. **Condômino** antissocial: um estudo sobre a possibilidade de sua exclusão. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. pg. 133.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

constitucionais condicionam as demais normas, visto a impossibilidade de positivar matérias, esgotando todo o conteúdo normativo infraconstitucional.20

Objetiva-se o estudo da possibilidade jurídica no direito brasileiro da exclusão do condômino antissocial, nos casos em que a conduta é reiteradamente abusiva, sem, no entanto, esgotar o assunto, visto que existem diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais. O estudo é relevante, vez que os problemas causados pelo condômino antissocial podem não ser resolvidos somente com as sanções pecuniárias, caso previstas na convenção de condomínio, principalmente quando o condômino antissocial tem avantajado poder aquisitivo, o que tornaria a medida de multa pecuniária ineficiente.

1.FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A PREPONDERÂNCIA DE PRINCÍPIOS

Historicamente, a propriedade em Roma tinha um caráter unitário, individualista e perpétuo, em que, inicialmente, somente os romanos tinham o direito de ter propriedade, sendo ampliado posteriormente aos estrangeiros. Na Idade Média com o sistema feudal, a propriedade tinha a coexistência de proprietários, sendo o possuidor de direito e o possuidor de fato. Nesse sistema, o dono da terra, o senhor feudal, arrendava perpetuamente a outrem, o servo, o direito de uso econômico da parte cedida mediante contraprestação de rendas ou serviços, ou seja, o servo tinha uma propriedade paralela, no qual trabalhava e produzia para si e para o senhor, como também trabalhava nas terras ou a serviço do seu senhor feudal.21

Com a revolução francesa, os privilégios sobre a propriedade foram abolidos enquanto a burguesia ganhava novo espaço como classe social em busca de sua posição no poder. Constata-se assim que o determinante para a evolução do instituto da propriedade é a sua origem e desenvolvimento, induzidas pelas condições econômicas e políticas.22

Remete-se na metade do século XIX a construção doutrinária em torno da função social da propriedade. O positivista Augusto Comte (1798-1857) propôs que o exercício da propriedade privada fosse em benefício da sociedade, em contraponto aos modelos individualistas que vigoravam na época, visando uma função social. Já no início do século XX, León Duguit (1859-1928) observa que "os indivíduos teriam apenas funções sociais a

20 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. pg. 74.

21 FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. pg. 15.

22 Ibid., pg. 13-16.

cumprir", o que impulsionaria o debate sobre essas questões, após a ascensão dos princípios como norma nas primeiras constituições sociais.23

Somente na Constituição de 1967 que a função social da propriedade aparece expressamente no texto constitucional, no art. 157, inciso III. Na Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade é elevada a um dos princípios da ordem econômica, conforme o art. 170, inciso III, assim como também é uma garantia de direito fundamental, conforme o art. 5º, inciso XXIII. Na atual Constituição é garantido o direito fundamental à propriedade privada, determinando que a propriedade, bem como a sua função social, sejam princípios da ordem e da atividade econômica.

A função social é uma expressão que possui vagueza terminológica. Subentende-se que há diversas funções dentro da função social, com várias possibilidades das quais o titular do direito deverá exercê-lo de modo a atender a interesses próprios, de acordo com as premissas do ordenamento jurídico Constitucional, sujeitando-se, como membro da sociedade, a colaborar pelo desenvolvimento social.24

Existem diversos tipos de propriedade, cada qual com a sua consequente função social inerente, que se manifesta sob diversas formas, possuindo natureza multifacetária. Por exemplo, a propriedade rural atenderá a sua função social quando cumprido os requisitos do art. 186, da Constituição Federal, bem como o regulamentado na Lei nº 8.629 de 1993, sendo alguns desses requisitos a racionalização dos recursos naturais, bem como o uso racional do solo rural de modo a não lesar o meio ambiente. Também temos outra faceta da função social da propriedade quando vista sob a perspectiva da usucapião, em que o desenvolvimento de moradia, trabalho ou riquezas acelera a prescrição aquisitiva.25

A propriedade urbana atenderá a sua função social quando cumprir com as exigências do art. 182, da Constituição e o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 2001. Entretanto a regra geral de toda propriedade é regulamentada pelo Código Civil, exigindo que o proprietário, ao exercer o seu direito de propriedade, fruindo da coisa, não tenha comportamento abusivo, conforme preceitua o §2º, do art. 1.228.

---

23 FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: VIEGAS, Frederico (org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília: Obcursos Editora, 2009. pg. 11-12

24 LUZ, Paulo de Assis Ferreira da. **Empresa e função social**: aspectos em prol da dignidade humana. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015. pg. 92-95.

25 ALVIM, Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. in: VENOSA, Silvio Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (coordenadores). **10 anos do Código Civil**: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 577-579.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Tal comportamento deve ser analisado sobre a ótica do abuso de direito elencado no art. 187, do Código Civil, positivado como cláusula geral, exigindo que o detentor não realize o exercício antissocial de seu direito. O referido art. 1.228, §2º serve ao proprietário que pratica os atos emulativos, como também daqueles em que realiza o exercício do poder/dever sobre a propriedade, sem, no entanto, empregar-lhe a função econômica ou função social.26 A propriedade deve ser usada com a ideia de agir em favor da sociedade, pois "o uso da propriedade deve, também, ser compatível com o bem-estar geral".27

Essas contenções a extrema liberdade de bem dispor da propriedade privada em razão de sua função social se deve a imposição da Constituição Federal de 1988 de privilegiar o desenvolvimento e a dignidade da pessoa humana em contraponto a uma postura de cunho patrimonialista herdada dos períodos do liberalismo econômico.28

A funcionalização da propriedade serve à estrutura do próprio direito e não pode ser confundida com a sistemática das limitações da propriedade, das quais vinculam com a atividades do proprietário e interferem somente contra o exercício de direito do proprietário, em razão do poder de polícia dos órgãos competentes.29 O legislador não pode, sob hipótese alguma, utilizar-se do princípio da função social de forma a abolir o instituto da propriedade privada, longe disso. Deverá usá-lo como fundamento para a concreção de princípios preponderantes que se oponham a interesses individuais em prol do bem coletivo.30

A propriedade não pode mais ser considerada como mero direito individual, uma vez que a Constituição Federal de 1988 concedeu a propriedade uma dupla dimensão. É concomitantemente um direito individual (art. 5º, inciso XII, da CRFB/1988) e também um direito socioeconômico (art. 170, inciso, II, da CRFB/1988). Como consequência e de acordo com os preceitos constitucionais, a própria Constituição limita parcialmente o direito e garantia individual a propriedade, quando prevê a necessidade de atendimento a sua função social. Como instituição econômica, a propriedade não está a serviço dos

26 LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 1.196 a 1.510-E – coisas. PELUSO, Cesar (coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. Santana de Parnaíba (SP): Manole, 2021. pg. 1129-1230.

27 ALVIM, op. cit., pg. 593.

28 POZZO, Emerson Luís Dal. **Paradigmas da função social da empresa em crise**: da função social à função socioeconômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. pg. 144.

29 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. pg. 284-285.

30 Ibid., pg. 286.

anseios egoísticos de seu dono, dado que a ordem econômica tem o papel de assegurar, conforme os ditames da justiça social, uma existência digna a todos (art. 170, *caput*).31

A Constituição, como topo da pirâmide normativa, delineia todas as outras normas que fazem parte do ordenamento jurídico, enquanto fundamento indispensável de validade. Assim, nesse sentido, os princípios alçados ao patamar constitucional se tornam normas supernas e têm preponderância sobre os demais princípios descritos em normas infraconstitucionais.32

O princípio é o "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas".33 Os princípios consagram valores e irradiam por todo o ordenamento jurídico, seriam como mandamentos de otimização ou normas impositivas de aprimoramento cuja complementação dependeria de avaliação parcial do intérprete, por conta de cada princípio ter peso e importância distintas, existindo princípios mais expansivos e relevantes para todo sistema como também aqueles princípios que são considerados mais característicos de determinados setores.34

Muito se discute sobre o encontro de dois princípios advindos dos direitos individuais fundamentais. Entretanto, apesar da abstração dos princípios, no caso de conflito ou em assertivas contraditórias existirá a preponderância de um princípio sobre o outro, sem, contudo, implicar na invalidação do princípio subordinado. Isto significa que um princípio tem maior ou menor peso no evento, a depender da situação fática e os métodos de ponderação empregados para dirimir a controvérsia.35

Os princípios cumprem diferentes funções, mas não concorrentes, podendo inclusive ser complementares entre si. Temos a existência de princípios subordinados a

31 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. pg. 351.

32 Id. Princípios constitucionais. in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira e NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional, v.1**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 407.

33 MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed. rev. e atual. Até a Emenda Constitucional 71/2012. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013. pg. 54.

34 TAVARES, 2020, op. cit., pg. 145.

35 POZZO, op. cit., pg. 135.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

outro, pois não se situam no mesmo nível, bem como nem todo princípio possui a mesma eficácia.36

Reside na Constituição uma autêntica fonte de normas precipuamente éticas,37 devendo ser interpretadas como um todo harmônico, "sempre correlacionando os esquemas normativos escritos, ou costumeiros, com a dinâmica sócio cultural que os informa".38

Dessa forma, a função social compreende-se múltiplas funções para dar concreção a múltiplos direitos fundamentais, legitimando assim o uso da propriedade. Existe "para que se concretize, ou se realize no plano fático, aqueles direitos oriundos do princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no inc. III do artigo que abre a nossa Constituição".39

2.ASPECTOS BÁSICOS DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

O condomínio seria um "estado anormal da propriedade".40 Também conhecido como copropriedade é, no âmbito dos direitos reais, uma espécie de comunhão. Na mesma relação dominical há uma cotitularidade, vez que na mesma situação jurídica existirá a confluência de interesses. Cada um tem a sua parte ideal sobre o todo, que é traduzido pelo proveito econômico obtido por cada coproprietário sobre a integralidade da coisa, ou seja, com a divisão em cotas ideias permite que cada condômino tenha direitos iguais sobre a totalidade da coisa, restritos a quantidade de suas partes ideias.41

Cada coproprietário tem o mesmo poder jurídico sobre os atributos da propriedade, quais sejam, as faculdades de fruir, reivindicar, usar e dispor da coisa.42 Tem como características principais a pluralidade de sujeitos, no qual materialmente ocorre a indivisão da coisa adstrito a sua divisão intelectual por partes ideais.43 Cada

36 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. pg. 152.

37 LUCCA, Newton de. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pg. 235.

38 SILVA, op. cit., pg. 36.

39 MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião. in. ALVIM, Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. **Revista autônoma de direito** privado. Curitiba: Juruá, n. 2, jan./mar. 2007. pg. 140.

40 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. pg. 255.

41 TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil**: direito reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. pg. 369-370.

42 TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.4**: Direito das Coisas. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pg. 180.

43 TEPEDINO, op. cit., pg. 369.

condômino deverá respeitar o direito dos demais, reparte-se os direitos, obrigações, ônus e bônus entre os comunheiros por conta do exercício simultâneo da propriedade.44

O Código Civil regulamenta dois gêneros de condomínios, o geral e o especial. Têm-se o condomínio voluntário e o condomínio necessário como espécies do condomínio geral. O condomínio edilício, o condomínio em lotes, incluído pela Lei nº 13.465 de 2017 e o condomínio em multipropriedade, incluído pela Lei nº 13.777 de 2018, são espécies do condomínio especial.

O condomínio necessário é o imposto pela lei, muito importante para o direito de vizinhança, visto regular a relação entre confinantes. Já o condomínio voluntário adotou a teoria da subsistência, em que o condômino é titular de uma propriedade fragmentada, ao passo que atua como proprietário exclusivo perante terceiros,45 com oponibilidade *erga omnes*, dando poderes ou faculdades aos coproprietários contra qualquer pessoa estranha.46

O condomínio de lotes é o que divide a gleba em lotes autônomos com partes comuns a todos os titulares, pois serão os locais onde ficarão as vias de locomoção. O condomínio em multipropriedade tem a peculiaridade da subdivisão temporal da propriedade em comum, regida por períodos mínimo de tempo, o qual será individualizado na matrícula da unidade dividida, ou seja, na compra da propriedade se adquire o domínio para utilizá-la por temporada.47

Em relação ao condomínio nos edifícios coletivos, denominado de condomínio edilício ou condomínio horizontal, tem como característica básica a presença concomitante na mesma relação jurídica o singular e o coletivo. Existe a união da propriedade autônoma exclusiva, em que o exercício do domínio é pleno dentro dos limites impostos pelas outras propriedades confinantes, junto com o estado de comunhão nas partes comuns, cabendo a cada unidade imobiliária, como parte

44 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito** civil: reais. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Pg. 448.

45 CAMBLER, Everaldo Augusto. Condomínio edilício. in: VENOSA, Silvio Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (coordenadores). **10 anos do Código Civil**: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 599.

46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. IV. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pg. 176.

47 TEPEDINO, op. cit., pg. 433-442.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, nos termos do §3º do art. 1.331, do Código Civil.48

Os proprietários das unidades exclusivas são titulares de direitos reais *in faciendo* com obrigações *propter rem*. Em outras palavras, como titular de direito real, o proprietário está vinculado à sua unidade exclusiva, possuindo os direitos inerentes sobre ela oponível contra todos, ao mesmo tempo em que as obrigações *propter rem* são obrigações que não estão ligadas à pessoa do titular da unidade e sim à própria unidade exclusiva.49

Além do ato de instituição do condomínio edilício, é necessário a subscrição da convenção condominial pelos titulares de ao menos dois terços das frações ideais, determinando também qual será o regimento interno (art. 1.334, inciso V, do CC). Nessa convenção será definido sobre as assembleias gerais, as contribuições condominiais, a forma de administração, entre outras regras importantes para a vida condominial, devendo dispor também sobre as sanções punitivas com a aplicação de multa para os casos de descumprimento das regras condominiais impostas.50

A convenção condominial possui aspecto institucional-normativo ou estatutário,51 o regimento interno regerá sobre o uso e funcionamento do condomínio, contendo regramentos disciplinares sobre a conduta de todos que residem e adentram no condomínio, ainda que visitante. As restrições às liberdades individuais impostas na convenção e no regimento interno do condomínio devem almejar o interesse da comunidade em ter um cotidiano harmonioso e pacífico, em proveito da coletividade.52

No entanto, a convenção condominial e o regimento interno estão subordinados a legislação ordinária e impreterivelmente à Constituição Federal, significando que nem todas as restrições impostas são legais, devendo ser apreciadas no caso concreto. Um exemplo disso é a proibição da presença de animais de estimação nas unidades autônomas, porém nem sempre a presença do animal ofende a segurança e o sossego dos outros condôminos.53

48 CAMBLER, op. cit., pg.607-608.

49 VIANNA, Marco Aurélio S. **Manual do condomínio edilício**: (arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2009. pg. 88.

50 Id., pg. 24-32.

51 CAMBLER, op. cit., pg.613.

52 VIANNA, op. cit., pg. 34-36.

53 Id., pg. 80.

Outro traço importante sobre o condomínio edilício que traz consequências diretas para todos os condôminos seria a liberdade do proprietário de uma unidade privativa de alienar ou gravar a sua parte para terceiro estranho ao condomínio sem a necessidade de aprovação dos demais condôminos ou direito de preferência, lembrando que a parte comum sempre acompanhará a parte exclusiva, visto serem inseparáveis.54

Os confinantes em um edifício dividem piso, teto, paredes, além das áreas comuns, como elevadores, escadas, corredores, acesso ao logradouro. Muitos condomínios oferecem outros espaços coletivos, como piscina, área de lazer ou academia. O uso dos espaços coletivos que são comuns a todos podem ocasionar desgastes entre os condôminos, principalmente quando não há respeito com as regras da convenção e regimento interno do condomínio.

Os atos antissociais podem ser desferidos contra os outros condôminos, pets ou ainda contra terceiros que estão na parte externa do condomínio. Algumas cidades possuem condomínios edilícios muito próximos de outros, podendo ocorrer ataques do condômino antissocial a outro condomínio, colocando em risco coletividade alheia a sua morada.55 Nestes casos há previsibilidade legal da aplicação de multa, conforme a gravidade do caso e as regras de cada condomínio, não podendo a multa ser superior a cinco vezes o valor das contribuições mensais (art. 1.336, §2º, do CC). Quando o condômino antissocial é locatário da unidade exclusiva, a responsabilidade subsidiária pelos pagamentos das multas recai para o titular do imóvel, por conta da culpa *in eligendo*.56

A assembleia do condomínio poderá aplicar a penalidade de multa no montante de até dez vezes o valor que é atribuído a título de contribuição das despesas condominiais (art. 1.337, parágrafo único, do CC), devendo ser observado a garantia do direito de defesa do condômino infrator, pois mesmo nas relações privadas, há de ser

54 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**: 11. ed. rev., atual. e ampl. Segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pg. 80.

55 No caso mais recente amplamente noticiado pelos meios de comunicação, o condômino atirava esferas de metal com um estilingue nos apartamentos de outros condomínios, no intuito de acertar os animais de estimação dos vizinhos. Além desse comportamento, destratava funcionários do próprio condomínio, como também ameaçou de morte outros condôminos. Autos do processo cível de exclusão do condômino antissocial 1023052-70.2021.8.26.0002. Responde também a ação penal 1505062-72.2022.8.26.0002 por esses fatos.

56 RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação** imobiliária. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. pg. 174.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

garantido os preceitos dos direitos fundamentais, conforme entendimento do Enunciado nº 92 da I Jornada de Direito Civil.57

3.O DIREITO DE VIZINHANÇA E DO ABUSO DE DIREITO

O uso da propriedade e as interferências sobre as propriedades vizinhas são reguladas pelo Código Civil, nos artigos 1.277 a 1.281, adotando que o uso normal da propriedade deverá ser tolerado e como parâmetro de normalidade deverá ser analisada a localização da propriedade, os limites de tolerância dos moradores e a natureza de sua utilização,58 como por exemplo, em um condomínio misto com a possibilidade das unidades autônomas serem residenciais ou comerciais, havendo uma tolerância maior com atividades relacionadas aos ruídos.

O conflito de vizinhança pode advir de várias situações, corpóreas ou não, tais como barulhos, cheiros, vibrações. Pode ser por ato volitivo de causar danos em disputa com outro condômino; por dano iminente no direito de fazer obra (art. 1.281, do CC); no exercício regular de direito que afete a órbita de outro condômino; pelo abuso de direito do condômino antissocial. Se há ofensa por questões relacionadas ao direito de vizinhança, o condômino prejudicado poderá ensejar ação de danos infecto, com fundamentos no art. 1.336, inciso IV do Código Civil, requerendo a interrupção das interferências indevidas que prejudiquem o sossego, a salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.59

Pode ainda, a depender do uso anormal da propriedade, a sujeição do condômino infrator à ação civil pública, em casos de danos ao meio ambiente ou ainda a propositura de ação penal, caso o dano seja ilícito penal.60

Nas relações condominiais, existem limites e restrições necessárias para a convivência coletiva de modo a afastar a abusividade de conduta, em razão do princípio

57 "As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo". No mesmo sentido, o STJ decidiu por unanimidade sobre essa questão mencionando, inclusive, o entendimento do Enunciado nº 92 da I Jornada de Direito Civil no REsp 1.365.279-SP. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.365.279-SP. Apelante: Condomínio Edifício São Tomás. Apelado: Jurandyr Curador. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. Julgado em: 25/08/2015.

58 TEPEDINO, op. cit., pg. 345.

59 VIANNA, op. cit., pg. 81-82.

60 NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 4**: direito das coisas. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: 2016. pg. 255.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

da boa-fé objetiva, não podendo o condômino agir desproporcionalmente de maneira prejudicial a seu vizinho, pois seria incompatível com tal princípio.61

O abuso de direito é outra forma de geração de conflitos e a grosso modo é o exercício de um direito manifestamente anormal aos preceitos da boa-fé, dos bons costumes ou os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, como dispõe o art. 187 do Código Civil. O referido artigo trata essa atitude como ato ilícito puro e simples, no intuito de determinar que tal ato não é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio.62

Existe diferença entre ilicitude e abusividade, no primeiro caso há a transgressão direta as normas legais, no segundo, o direito é garantido pelo ordenamento jurídico, porém o modo de exercício está em desconformidade com a sua finalidade, sendo considerado abuso de direito, tanto quando o ato é praticado com finalidade egoística ou em favor de terceiro.63

O ato abusivo é um ato amparado pelas normas legais que "se mostra lícito na sua morfologia ou aspecto formal, mas, na sua gênese ou formação, desborde para excesso abusivo, vicia-se e contamina-se".64 O abuso de direito à primeira vista parece manifestação adequada as normas vigentes, entretanto são exercidos em desencontro com as suas funções e finalidade. O direito é lícito, porém o exercício do direito, ou o modo como se busca a sua efetividade, será antijurídico.65

Nos atos abusivos que ensejam a responsabilidade civil, não seria ideal a adoção de qualquer critério de intencionalidade do agente em prejudicar outrem, não é pela intencionalidade do agente que se demonstra o abuso do direito e sim "pelo cometimento de equivoco inescusável fundado em erro grosseiro".66 Se o ato abusivo é cometido invadindo a esfera de direitos de terceiros, causando-lhes danos ou prejuízos,

61 RIZZARDO, op. cit., pg. 106.

62 MATHIAS, Guilherme Valdetaro. **O abuso do direito**. Revista Quaestio Iuris, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 314-375, jun. 2013. Pg.357-358. Acesso em: 01 dez. 2022. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9590/7424 . Acesso em: 05 mai. 2024

63 MATHIAS, op. cit., pg. 359.

64 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. rev., atual. e reform. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pg. 195.

65 MATHIAS, op. cit., pg.357-358.

66 NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Abuso no exercício do direito**: responsabilidade pessoal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pg. 82.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

surgirá o dever em indenizar, independente de dolo ou culpa. Se não há dano, inexiste reparação.67

O abuso de direito é um instituto que tem aplicação em todas as áreas do direito, inclusive no direito potestativo e deve ser utilizado como controle do exercício irregular do direito, servindo justamente para as grandes sociedades e consequente relações interpessoais.68

Como anteriormente mencionado, os princípios basilares emanam por todo o complexo jurídico. É possível afirmar que as condutas abusivas capazes de trazer danos a outrem são inaceitáveis, em razão dos princípios da boa-fé e da solidariedade.69

4.DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL E A POSSIBILIDADE DE SUA EXCLUSÃO

O condômino antissocial não é a pessoa quieta, retraída, que seja uma pessoa grosseira ou mal educada, no sentido em que o condômino nem responda um bom dia recebido. Esses são até atributos ou skills que podem facilitar a vivencia coletiva, porém não é capaz de aniquilar o direito de moradia em sua propriedade edilícia.70 O condômino antissocial tem reiteradas atitudes incompatíveis para o convívio, descumprindo os deveres a ele impostos pelas regras vigentes, tais como a convenção do condomínio, o regulamento interno, as normas legais e os preceitos morais e os bons costumes.71

A legislação prevê expressamente a possibilidade da aplicação de multa para o condômino infrator. Havendo disposição na convenção, é possível a aplicação de restrições de acesso do condômino infrator em certas áreas comuns, como piscina, sauna, salão de festas, academia, pelo descumprimento das regras de uso do local, como consequência do abuso do direito na utilização dos espaços comuns (art. 1.335, inciso II, do CC). O STJ manifestou-se contrário sobre o condomínio vetar o acesso a dependências comuns especificamente nos casos de condômino inadimplente, sendo possível a restrição de acesso nas áreas comuns por condutas antissociais do condômino infrator.72

67 STOCO, op. cit., pg. 195.

68 MATHIAS, op. cit., pg.350-376.

69 Ibid., pg. 352.

70 SILVA, op. cit., pg. 119.

71 RIZZARDO, op. cit., pg. 174.

72 Ibid., pg. 169.

A sanção pecuniária possui caráter pedagógico, para resultar em adequação do comportamento do condômino transgressor, compelindo-o a agir de acordo com as regras sociais do condomínio, o que nem sempre ocorre. Muitas vezes há irresignação do condômino infrator, não realizando o pagamento da multa. O condomínio, por sua vez, deverá ajuizar ação para a cobrança da multa, sendo necessário as devidas comprovações do comportamento antissocial e das notificações com a abertura para a defesa do infrator. Em casos mais extremos, a imposição de multa não afasta o problema que afeta a coletividade.73

Os procedimentos judiciais são morosos e geralmente cinde-se em obrigações de fazer e não fazer, além da aplicação de multas,74 porém "os direitos não são um fim em si, mas meios pelos quais o homem em relação tem a garantia da tutela de suas ações e pretensões, em razão de uma legitimação intersubjetiva".75

Nos casos em que a multa for ineficaz para conter o comportamento nocivo do condômino, pode o condomínio requerer a exclusão do antissocial para assegurar a convivência pacífica de suas propriedades, conforme o entendimento do Enunciado nº 508 da V Jornada de Direito Civil.76 Para a obtenção de fundamentos possíveis, é necessária uma interpretação civil-constitucional, visto que a omissão legislativa se dá em pontos delicados da Constituição Federal, como o direito de propriedade, o direito de moradia e a dignidade da pessoa humana.77

A Constituição Federal está para atender ao interesse social em que o individualismo exacerbado não mais prospera. Não é crível que seja aceito pelo ordenamento jurídico a permanência antissocial, abusiva ou perigosa de modo a excluir todos os outros condôminos de suas vidas cotidianas do condomínio. Quem escolhe morar em um condomínio edilício deve estar ciente de que a vida em coletividade é a

73 VIANNA, op. cit., pg. 62.

74 Ibid., pg. 169.

75 SILVA, Neimar Roberto de Souza e. **Condômino antissocial**: um estudo sobre a possibilidade de sua exclusão. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. pg. 148.

76 "Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal".

77 SILVA, op. cit., pg. 175-176.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

regra, e a possibilidade de exclusão do condômino antissocial seja possível mediante decisão da assembleia dos condôminos.78

Neste ponto, é possível a exclusão do condômino antissocial como última e derradeira solução, podendo ser temporário ou definitivo, a depender do caso concreto. As condutas antissociais devem estar constatadas por diversos meios de prova, como também registrada em assembleia especifica para tal finalidade. O condômino deverá ser notificado para apresentar sua defesa e a convocação para a votação deverá constar no edital a pauta da exclusão do condômino como objeto de discussão. A propositura da ação de exclusão do condômino antissocial poderá ser proposta pelo condomínio por intermédio do síndico ou seu representante legal (art. 1.348, do CC e art. 75, XI, do CPC), ou em sua omissão, por condômino ou possuidor interessado.79

Pelo fato de o condômino ser constitucionalmente tutelado, toda e qualquer punição, de multa ou de exclusão, deverá ser permitido o contraditório e a ampla defesa do condômino infrator, sob pena de nulidade, mesmo quando o procedimento for proposta pela assembleia condominial. Isso se deve pela eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais que regem também as relações entre os particulares.80

É preferível a exclusão temporária por ser medida menos gravosa. No caso da exclusão temporária, a posse indireta ainda é mantida pelo proprietário da unidade exclusiva, perdendo apenas o direito de uso sobre o bem. A exclusão definitiva é possível e ocorre por meio da alienação judicial forçada, visto se tratar-se de direito real disponível sendo que nem todo direito é absoluto.81

5. O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Em 04 de setembro de 2023, foi instalada a comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, com o relatório final apresentado em 24 de fevereiro de 2024. Pela redação final da proposta, o art. 1.337 teria a inclusão de cinco parágrafos:

> Art. 1.337. O condômino, o possuidor ou o morador que não cumprem reiteradamente seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de dois terços dos condôminos presentes na assembleia, vir a ser constrangido a pagar multa correspondente a até cinco vezes o valor atribuído à contribuição

78 NADER, op. cit., pg. 494.

79 SILVA, op. cit., 175-178.

80 TEPEDINO, cit., pg. 416-417.

81 Ibid., pg. 176-178.

para as despesas condominiais, conforme a gravidade e reiteração das faltas, independentemente das perdas e danos que se apurem.

§1° O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerarem incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente a dez vezes o valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, sem prejuízo das perdas e danos;

§2º. As multas previstas neste dispositivo também se aplicam ao condômino que seja devedor contumaz;

§3º Verificando-se que a sanção pecuniária se mostrou ineficaz, ulterior assembleia poderá deliberar, por 2/3 dos condôminos presentes, pela exclusão do condômino antissocial, a ser efetivada mediante decisão judicial, que proíba o seu acesso à unidade autônoma e às dependências do condomínio;

§4º Cessada a causa que deu ensejo à exclusão do condômino antissocial, poderá este requerer seja readmitido, mediante o mesmo quorum de condôminos previsto no parágrafo anterior;

§5º. As sanções previstas neste artigo serão fixadas, levando-se em consideração a gravidade das faltas cometidas e a sua reiteração, devendo ser garantido ao condômino o direito à ampla defesa perante a assembleia;

§6º. Se os atos antissociais forem praticados por um dos membros da família do proprietário ou do titular de outro direito real do imóvel ou se praticado por apenas um dos moradores da unidade, somente sobre este recairá a sanção de proibição de acesso à unidade.82

A punição só poderá ser aplicada após o comportamento grave e reiterado, quando a multa foi ineficaz para corrigir o comportamento antissocial. Conforme o §3º, do art. 1.337, do anteprojeto, seria necessária a assembleia deliberativa dos condôminos com votos não de 2/3 dos condôminos presentes na assembleia e não do total dos

82 Cfr. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2630&tp=4. Acesso em: 15 mar. 2024.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

condôminos dentro do condomínio. Tampouco devem estar presentes na assembleia o total de condôminos que representem a metade das frações especiais, tendo em vista que tal regra é um quórum especial, o que afasta uma leitura analógica do com o art. 1.352, do CC.

Essa decisão da assembleia garante que o condomínio entre com a ação de exclusão de condômino antissocial, ou seja, com a deliberação, o condomínio fica obrigado a litigar, sob pena de responsabilidade do síndico pela omissão no não cumprimento dos deveres que lhe competem, pois deve representar o condomínio nos atos necessários à defesa dos interesses em comum dos condôminos.83

Os condôminos infratores também poderão ser penalizados com a limitação de participação de voto nas assembleias de condomínio, conforme o art. 1.335-A, do anteprojeto. Também se tornará dever do condômino em não permitir a entrada do condômino infrator que fora penalizado conforme o art. 1.337.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além da multa, que poderá chegar até o décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas do condomínio, também poderá ser prevista na convenção do condomínio a aplicação de restrições de acesso do condômino infrator em certas áreas comuns, nos casos em que o condômino infrinja alguma regra de uso daquele espaço, ou o utilize de modo a excluir o uso pelos demais condôminos.

A legislação positivou somente as penalidades de multa como forma de coerção aos atos que infringem os deveres impostos aos condôminos, não sendo expresso qualquer outra forma de punição como a expulsão do convívio com os demais. Entretanto, não significa que não existe a possibilidade de exclusão do condômino antissocial, visto que a legislação pátria não traz nada em sentido diverso, proibindo a exclusão do molestador, ou mais, obrigando o convívio com quem comete abusos contra a sua pessoa.

Não é o desentendimento esporádico entre vizinhos que dá causa a pretensão da exclusão de um condômino, nem aquele que é antipático, rude, grosseiro, chato. Muito menos por questões de gênero, raça, religião, política, futebol, etc. Talvez esse seja um real motivo, ao menos inconsciente, para que o legislador não dispusesse em lei sobre a possiblidade de exclusão de um condômino, visto que exclusões preconceituosas poderiam ocorrer com o respaldo legal, o que poderia dar margem a situações de abuso do direito.

83 RIZZARDO, op. cit. 266.

O legislador deixou essa lacuna da exclusão do condômino antissocial para que o judiciário analise a questão nesses casos de condutas extremas e reiteradas, incompatíveis para a convivência em condomínio. Mesmo que a convenção do condomínio preveja a penalidade de exclusão, e a assembleia for de acordo, com a totalidade do quórum necessário, deverá o condomínio requerer a exclusão ao judiciário, justamente pela falta de previsão legal, pois se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5º, inciso XXXV, da CF), uma convenção de condomínio muito menos poderia ter esse poder.

O judiciário irá apreciar o caso e em sua decisão deverá ser observado se os trâmites realizados pela assembleia seguiram com o rito procedimental correto, com toda a documentação dos abusos cometidos pelo condômino infrator, bem como a sua notificação com a abertura de prazo para propositura de sua defesa. Caso o judiciário negue tal pretensão, mesmo quando a impossibilidade de convívio é evidente, estará em verdade privilegiando o individualismo em detrimento da coletividade.

Como já exposto, as condutas que ensejam a exclusão do condômino antissocial são as atitudes reiteradas que extrapolam os limites impostos para a convivência na coletividade, sem a possibilidade de adequação às normas condominiais pelas multas aplicadas. O risco para coletividade é evidente, percebida pela própria coletividade, tanto que qualquer movimento no sentido da exclusão, deverá o condomínio realizar a assembleia específica para tal finalidade.

O condomínio edilício possui regras legais e regras próprias de convívio, justamente pela indivisão das partes comuns e o uso em conjunto dessas partes, que se amoldam a cada coletividade. Todos os condôminos terão acesso ao logradouro, elevadores, escadas e corredores e diante desses espaços, sempre haverá a possibilidade de que os condôminos se cruzem. O art. 1.335, inciso II, segunda parte, do Código Civil é claro ao determinar que o direito de utilização dos espaços comuns restringe o uso abusivo, de modo que exclua os demais da utilização daquele espaço de convivência. Intimidações, agressões e outras formas de condutas abusivas contra outrem nesses espaços é uma forma de excluir o condômino vítima do seu direito de uso das partes comuns.

Do mesmo modo, o art. 1.336, inciso IV do Código Civil impõe que no uso da própria unidade exclusiva, deve o condômino utilizá-la de modo não prejudicial ao sossego, salubridade, segurança ou aos bons costumes. Essas são restrições de uso que a própria lei faz.

A lei, inclusive, não cita que os atos do condômino devam ser intencionais ou sob o domínio da culpa, sendo certo que esses critérios são objetivos, ou seja, basta que o

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

condômino exclua outro do uso das partes comuns ou utilize a sua unidade de modo prejudicial aos demais condôminos que estará dando ensejo as condutas descritas na lei. Igualmente no parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil, basta que o condômino ou possuidor tenha comportamentos antissociais que gerem a incompatibilidade de convivência com os demais que ensejará a possibilidade de instituição de multa pelo comportamento, com o intuito de cessar tais atitudes.

Não é necessário que o condômino excluído perca o seu direito de propriedade, somente a sua posse direta seria afetada, restando-lhe a posse indireta. A possibilidade de exclusão do condômino antissocial é plenamente possível nos casos em que as multas não possuem eficácia para cessar tais comportamentos, sendo assim o último recurso para que o condomínio restaure a convivência harmoniosa de outrora.

A proposta de reforma do Código Civil prevê a exclusão do condômino antissocial e caso seja aprovado, será um avanço nas relações condominiais. É importante frisar que em nenhum momento o anteprojeto prevê a penalidade de perda da propriedade, ou seja, o infrator somente perderá o direito de uso sobre o imóvel, sendo um instituto que certamente irá combater desvios de conduta que coloquem em risco a vida ou o sossego dos outros condôminos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. **Revista autônoma de direito privado**. Curitiba: Juruá, n. 2, jan./mar. 2007.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 dez 2022.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 07 dez 2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

LUZ, Paulo de Assis Ferreira da. **Empresa e função social**: aspectos em prol da dignidade humana. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015.

VIEGAS, Frederico (org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília: Obcursos Editora, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira e NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**, v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. **O abuso do direito**. Revista Quaestio Iuris, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 314-375, jun. 2013. ISSN 1516-0351. Acesso em: 01 dez. 2022. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9590/7424.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed. rev. e atual. Até a Emenda Constitucional 71/2012. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 4:** direito das coisas. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: 2016.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Abuso no exercício do direito**: responsabilidade pessoal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PELUSO, Cesar (coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. Santana de Parnaíba (SP): Manole, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**: 11. ed. rev., atual. e ampli. Segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Instituições de direito civil**. vol. IV. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

POZZO, Emerson Luís Dal. **Paradigmas da função social da empresa em crise**: da função social à função socioeconômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Neimar Roberto de Souza e. **Condômino antissocial**: um estudo sobre a possibilidade de sua exclusão. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. rev., atual. e reform. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.4**: Direito das Coisas. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil**: direito reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: reais. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VENOSA, Silvio Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (coordenadores). **10 anos do Código Civil**: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANNA, Marco Aurélio S. **Manual do condomínio edilício**: (arts. 1.331 a 1,358 do Código Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

"BALAS PERDIDAS" E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

JANAILSON ALVES DE OLIVEIRA:
Acadêmico de Direito[84]

Resumo: A finalidade deste artigo informativo é abordar os casos em que o Estado pode ser responsabilizado por atos praticados por servidores públicos, sobretudo agentes de segurança pública em operações policiais.

Palavras-chave: Vítima de bala perdida. O Estado responde em caso de bala perdida?. Responsabilização do operador de segurança pública em caso de bala perdida?. A família da vítima tem direito à indenização?

1 – Introdução

Apesar de o Estado estar em uma posição diferente quando comparado ao particular, tendo em vista que o interesse público, em regra, se sobrepõe ao interesse individual, isso não é motivo que justifique a falta de responsabilização estatal por danos causados ao particular.

2 – Desenvolvimento

Mesmo com previsão no § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, em que há previsão de responsabilização do Estado decorrente de danos causados na prestação de serviço público, é no ramo do Direito Administrativo que esse tema é mais detalhado, embora a doutrina administrativa lecione sobre diversas teorias existentes, duas merecem destaques: risco administrativo e risco integral.

Adotada, em regra, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o risco administrativo é uma teoria em que não há necessidade de comprovação da culpa estatal, apenas se houve nexo de causalidade entre atividade administrativa e o dano sofrido (responsabilidade objetiva). No entanto, essa teoria possui uma qualidade diferente pelo fato de ser possível o Estado apresentar causas de redução responsabilidade, por exemplo, um agente público que utiliza uma viatura oficial para deslocamento em uma velocidade superior à permitida na via e isso resulte no atropelamento de um cidadão que tentou atravessar a via em um momento que não era permitido assim como é admissível a exclusão da responsabilidade do Estado por culpa exclusiva da vítima, por exemplo, uma pessoa que se joga nos trilhos de um metrô, nota-se que ela fez questão

84 E-mail: janailsonalvesdeoliveira@gmail.com

de se colocar na situação que é causa do dano, com isso o Estado é dispensado de responsabilização.

Tratando-se da teoria do risco integral, que é exceção no ordenamento pátrio, não é possível o Estado apresentar causas de diminuição ou exclusão da responsabilização, basta que o lesado prove que sofreu um dano, e então surgirá a obrigação de indenizar o prejuízo sofrido. Contudo, essa teoria, por ser a exceção, só é aplicada em casos específicos previstos em lei como dano de atividade nuclear, dano ambiental, danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras.

O Estado, via de regra, não é isento de prejuízos causados a terceiros mesmo que em contexto de operações policiais. Utilizando-se como destaque um caso específico, o da morte de Vanderlei Conceição de Albuquerque em meio à troca de tiros entre traficantes e a Força de Pacificação do Exército, esse assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) após um recurso dos familiares de Vanderlei contra decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio) que afastou a responsabilidade do Estado pela morte sob o argumento de que não teria restado comprovado que o disparo que alvejou a vítima tenha sido efetivamente realizado por militares.

O placar do julgamento, na Suprema Corta, está em 2 x 1. Os ministros Edson Fachin e Rosa Weber votaram no sentido de que o governo fluminense é responsável por vítimas de disparos durante operações mesmo quando não há conclusão sobre de onde partiu a bala. De forma contrária, o ministro Mendonça divergiu parcialmente de Fachin, defendendo que o Estado não seja responsabilizado, 'caso demonstre a total impossibilidade da perícia, mediante o emprego tempestivo dos instrumentos técnicos disponíveis, para elucidação dos fatos'. Apesar de ser necessária a prevalência do voto da maioria simples (pelo menos seis dos onze ministros), a discursão em pauta é se a responsabilização estatal deve ser automática, com base na teoria do Risco Integral, ou se o Estado possui a possibilidade de comprovar, por meios técnicos, que o disparo não surgiu da arma de um agente de segurança pública ou se eximir da obrigação, caso não seja possível a realização de perícia.

3 – Conclusão

Destarte, ainda que o Estado possua recursos financeiros para o pagamento de indenizações às famílias das vítimas drasticamente atingidas por "balas perdidas", a responsabilização automática pode implicar redução do quantitativo de operações policiais e, consequentemente, na redução do combate à criminalidade.

Conquanto um tema não pacificado nem mesmo pelo STF, a prevalência das teses presentes nos votos dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber, por se tratar da

responsabilização de forma excepcional sob o viés do risco administrativo integral, é necessária a manifestação do Poder Legislativo por meio de sua função típica, legislar. Assim como não é razoável a provocação da inércia das forças policiais, também não é tolerável que o Estado se exime em realizar investimentos em tecnologias para realização de perícias mais complexas, a fim de responsabilizar os responsáveis por efetuar disparos de arma de fogo de forma imprudente, inclusive indivíduos que decidem iniciar tiroteios com as forças estatais. Dessa forma, o voto do ministro André Mendonça, aparentemente, está mais próximo à teoria do risco administrativo, haja vista que pertence ao Estado o dever de provar a alegação da exclusão de responsabilidade quando, por meios legais, for constatado que os disparos imprudentes não foram realizados por operadores de segurança pública, do contrário recairá sob o Estado, ainda quando não for possível a realização de perícia, a obrigação de indenizar a família da vítima, mesmo que isso não ocasione a reparação do principal dano, a vida.

Referências:

Constituição Federal da República do Brasil. Planalto. Brasília, 1988. Disponível em: (planalto.gov.br)

Lenza, Pedro Direito Constitucional / Pedro Lenza. – 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.
Di Pietro, Maria Sylvia Zanella - Direito administrativo. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

www.conteudojuridico.com.br

AS DISCUSSÕES RELATIVAS A IMPOSSIBILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS DOS IDOSOS MAIORES DE 70 ANOS: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE AS DECISÕES DO JUDICIÁRIO

AMANDA MARTINS DE OLIVEIRA: Graduada em Direito – Bacharelato – 10º Semestre, das Faculdades Integradas de Paranaíba/MS – (FIPAR)85

ALEX RIBEIRO CAMPAGNOLI [1]

SUELI DA SILVA AQUINO [2]

(orientadores)

RESUMO: O casamento sempre possuiu uma expressiva tradição quanto a sua historicidade, isto devido a sua grande notoriedade e ocorrência relacionada a suas evoluções das quais por muitos anos foram resultantes de conquistas de direitos a família e, em especial ao idoso. Este estudo teve como objetivo a esclarecer alguns aspectos gerais sobre o tema, e identificar os fatores relativos à limitação imposta aos direitos do idoso no que tange a separação total de bens, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, analisando as decisões atuais do judiciário. A metodologia do estudo buscou-se utilizar da pesquisa bibliográfica, analisando textos da área e com ênfase no art. 1.641 do CC. – Lei nº 12.344/10 e dos julgados que estabeleceram contradições sobre o tema. Portanto, conclui-se que, apesar de parecer atentatória aos princípios constitucionais, essa limitação tem viés de proteção, buscando garantir que o princípio da dignidade da pessoa humana esteja presente em suas vidas.

Palavras-chave: Idosos. Regime obrigatório. Separação total de bens. Casamento.

ABSTRACT: Marriage has always had an expressive tradition as to its historicity, this due to its great notoriety and occurrence related to its evolution, which for many years were the result of conquests of rights to the family and, in particular, to the elderly. This study aimed to clarify some general aspects on the subject, and to identify the factors related to the limitation imposed on the rights of the elderly regarding the total separation of assets, based on the dignity of the human person, analyzing the current decisions of the judiciary. The methodology of the study sought to use bibliographical research, analyzing texts in the area and with an emphasis on art. 1641 of the CC. – Law No. 12,344/10 and judgments that established contradictions on the subject. Therefore, it is concluded that,

85 E-mail: Amandamartins@fipar.edu.br

despite appearing to violate constitutional principles, this limitation has a protective bias, seeking to ensure that the principle of human dignity is present in their lives.

Keywords: Seniors. Mandatory regime. Full separation of goods. Wedding.

1 INTRODUÇÃO

O casamento sempre possui uma expressiva tradição quanto a sua historicidade e evolução no decorrer dos anos na humanidade, desde o período histórico – século VIII quando se iniciava o império romano, do qual o matrimonio era visto como um consórcio, desde os períodos atuais – do século XXI.

Diante disto, foram-se consolidando as conquistas advindas do processo evolução, e elaboração – aperfeiçoamento das leis, das quais passaram a assegurar os direitos civis – da família e, em especial ao regime de bens daqueles que por alguma incapacidade física ou psíquica passavam a se tornar impedidos de realizar alguns dos atos da vida civil, como é o caso do estudo a "longevidade" daqueles que possuem 70 anos.

Vale lembrar que no atual ordenamento Jurídico brasileiro, encontra-se presentes os quatro diferentes tipos de regime de separação de bens, dos quais possuem autonomia a serem escolhidos pelos nubentes de acordo com seus interesses pessoais/morais e materiais. No entanto, não são todos em todos os casos que os nubentes possuem a autonomia de escolher o regime de bens, tornando-se necessário se casar, obrigatoriamente, sob o regime de separação de bens, independente da modalidade.

No antigo Código Civil de 1916, o Art. 258, inciso II, se mantinha obrigatório o regime da separação total de bens relativos ao matrimônio daquelas pessoas que já tinham idade superior a 60 (sessenta) anos, tendo em vista que o Estatuto do Idoso o asseguramento de direitos pelo Estatuto do idoso, ou seja, às pessoas desta faixa etária de idade.

Haja vista as diversas mudanças cotidianas ocorridas no decorrer dos anos, a expectativa de vida tem aumentado e, consequentemente, o número de matrimônio de idosos, portanto, em 2010, foi sancionada a Lei 12.344 que modificou o inciso II, do Art. 1.641, do qual passou alterando a idade dos nubentes de sessenta para setenta anos.

Posto isto, no decorrer do artigo, será debatido a relevância do tema no que tange ao contexto atual, tendo em vista a limitação de direitos feita aos idosos, frente à notoriedade dos princípios relativos a um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana. Bem como a análise das decisões do judiciário mais atuais,

já existentes, que demonstraram pareceres favoráveis e contrários ao tema, isto devido a sua inconstitucionalidade.

2 DA EVOLUÇÃO DO CASAMENTO NO TEMPO E SEUS ASPECTOS GERAIS SOB OS REGIMES

No direito Romano, o casamento era considerado como um consórcio entre o homem e sua mulher, para o resta da vida. Com o passar dos anos, este conceito foi se aprimorando de forma que passou a ser entendido como casamento a ideia de satisfação das necessidades recíprocas dos cônjuges. Contudo, o casamento medieval se realizava pela nobreza em um ato de repercussão política e econômica, enquanto o casamento religioso era fundado no amor e na influência católica (LISBOA, 2013).

No conceito contemporâneo, casamento nada mais é do que um contrato entre duas pessoas que, por vontades próprias, manifestam o consentimento em relação à união, formando uma sociedade conjugal que possui reconhecimento governamental, cultural, religioso ou social.

Para casar-se, é necessário preencher o requisito da capacidade civil, qual seja, maior de 16 anos com o consentimento dos pais ou de representantes legais enquanto não atingida a maioridade civil. Com a maioridade, os nubentes são livres para se casar, no entanto, há alguns impedimentos, elencados no artigo 1521 do Código Civil, quer sejam:

> Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002, p. 561).

Além de tudo, o casamento não é um simples contrato como muitos pensam, pois gera obrigações a ambos os cônjuges, quer seja a fidelidade reciprocidade (amorosa, financeira e pessoal), a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência (aspectos pessoais e patrimoniais), o sustento, guarda e educação dos filhos e, por fim, o respeito e consideração mútuos (tratar de forma digna), conforme preceituado no artigo 1566 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Para regular os interesses materiais dos nubentes em um eventual término da sociedade conjugal, surgiu o regime de bens, em outras palavras, é chamado de regime

de bens todo o conjunto de regras que serão aplicadas aos bens dos nubentes, quer sejam anteriores ao casamento, ou aos que forem adquiridos na constância do matrimônio.

O Código Civil traz quatro tipos de regime de bens, quer sejam eles, comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação total de bens e comunhão final dos aquestos. Na comunhão universal de bens, todos os bens dos nubentes se comunicam, quer sejam os anteriores ao casamento ou os quer forem adquiridos na sua constância, independentemente, do nome registral em que esteja este bem. Para esse regime de bens, é necessário fazer um pacto antenupcial (DANTAS, 2013).

Na comunhão parcial de bens, os bens que foram adquiridos anteriormente ao casamento não se comunicam, já os bens que forem adquiridos na constância do casamento, serão de ambos os cônjuges. Na separação total de bens, os bens dos nubentes não se comunicam, cada um tem seus bens separados do outro cônjuge.

Na comunhão final dos aquestos, durante a vigência do casamento, é aplicada a regra do regime de separação total de bens e, quando da dissolução da união, as regras são as do regime de comunhão parcial de bens, ou seja, são somados todos os bens que foram adquiridos na constância do casamento e repartidos pela metade para cada cônjuge (DANTAS, 2013).

Esse regime é comum para as pessoas que possuem grandes patrimônios, pois, mediante ele, é dispensada a *outorga uxória* do cônjuge virago. O Código Civil brasileiro possui diferentes tipos de regimes de bens, dos quais são representados pela comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação de bens e participação final nos aquestos.

De modo que os nubentes, possam escolher de acordo com a liberdade de escolha, sua vontade, adotarem o regime que mais lhes agradam ou optar por um regime misto. A mutabilidade é necessária de autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, sendo possível então a alteração do regime de bens (SANTOS & PORATH, 2020).

A comunhão parcial de bens é mais comum no Brasil. Isso porque o Código Civil de 2002 institui que, não havendo escolha expressa dos nubentes, vigorará o regime de comunhão parcial de bens, visto que em regra, o mais comum a ser adotado é o regime da união estável, do qual também se aplica a separação parcial de bens (SANTOS & PORATH, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

De antemão, o regime da comunhão parcial de bens se caracteriza pela comunicação apenas dos bens adquiridos onerosamente, por um ou pelos dois, durante o casamento ou a união estável. De modo que, os bens e valores que cada cônjuge possuía quando do início da relação, assim como tudo o que receberem por sucessão ou doação não se comuniquem bens (SANTOS & PORATH, 2020).

Portanto, ainda que a legislação destinar que os bens móveis adquiridos na constância do casamento ou da união estável, quando não se provar que o foram em data anterior, serão considerados bens comuns.

Outrossim, a administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges, salvo quando houver determinações anteriores, como por exemplo dívidas contraídas durante o relacionamento.

Já na comunhão universal de bens, quando houver estipulação contrária pelos nubentes, se tinha como prevalente a comunhão universal de bens. Isto porque ainda é muito comum se deparar com esse tipo de regime em casais das gerações anteriores.

Na comunhão universal de bens geralmente se tem a criação de uma única massa patrimonial, na qual todo o patrimônio anterior ao casamento é do casal e os bens futuros, gratuitos ou onerosos, comunicar-se-ão.

A exemplo temos aqueles bens de uso pessoal, como livros, instrumentos de profissão tal como os proventos dos trabalhos pessoais e pensões que não integram o patrimônio comum (SANTOS & PORATH, 2020).

2.1 DA UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO

Muito dos idosos que se casam são tidos como enganados pela população em geral, ou melhor são vistos como vítimas do golpe do baú, isto porque muitos jovens hoje em dia se casam com os idosos apenas para lhes tomar os bens, que por anos estes levaram a conquistar, vez que, com o casamento, a futura viúva teria parte da herança do idoso, tendo em vista que a escolha do regime de bens era livre entre os nubentes, independentemente, da idade.

Percebendo isso e com a intenção de poupar os idosos, o Código Civil trouxe em seu artigo 1.641 que os idosos de idade igual ou superior a 60 anos, obrigatoriamente, teriam que se casar sob o regime de separação total de bens (BRUNETI, 2019).

Entretanto, com o passar dos anos, os brasileiros começaram a ter uma qualidade de vida melhor, o que aumentou a expectativa de vida. Dessa forma, entrou em vigor a Lei 12.344/10 que alterou o inciso II do art.1641, passando ser obrigatória a separação total de bens após os 70 anos de idade.

A finalidade da Lei é bem clara, evitar que os idosos sejam vítimas de interesseiros, conforme menciona Gisele Siqueira de Moraes, presidente de Defesa dos Direitos dos Idosos da Ordem dos Advogados do Brasil (JACINTO, 2016).

Contudo, os relacionamentos que são movidos a base de interesses patrimoniais podem existir em qualquer fase da vida, afinal, é possível enganar-se ou ser enganado, independentemente, da idade.

A união estável, muito assemelhada ao casamento civil, nada mais é do que um contrato entre duas pessoas, independente de orientação sexual, que vivem em relação de convivência duradoura e estabilizada, a qual não altera o estado civil das partes.

Existem duas formas para se obter a união estável, quais sejam através de escritura pública ou por contrato particular. O primeiro, para obter a escritura pública de união estável, é firmado no cartório, sob a presença do tabelião, sendo dispensáveis as testemunhas.

O contrato particular é firmado pelo casal e deve ser feito na presença de um advogado, estabelecendo as regras que serão aplicadas no que tange ao regime de bens ou em uma futura dissolução. Para haver validade, este contrato deve ser assinado por duas testemunhas, com reconhecida e deve ser apresentado ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos para que seja assim registrado. (Associados, 2014).

Os casais que vivem em união estável, a qualquer momento, poderão converter sua união em casamento, alterando o Registro Civil. Contudo, os direitos e deveres os quais regem ambos deveriam ser iguais.

Portanto, em uma união estável, em regra, é aplicado o regime de separação parcial de bens, salvo quando feita escritura pública que defina um regime de bens diverso, esta união pode ser convertida em casamento, que poderá ser feita em cartório ou por meio judicial (BRUNETTI, 2019).

Caso os idosos, antes de completarem os 70 anos, já viviam em união estável, poderá ser requerida a conversão dessa união em casamento (decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ), sendo que o regime de bens permanecerá o mesmo que vigorava na união, ou seja, se a união era baseada no regime de comunhão parcial de bens, com a conversão em casamento, o regime de bens continuará o mesmo, dispensando a obrigatoriedade do regime de separação total de bens (MACHADO, 2017).

2.2 DOAÇÃO DE BENS DOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Quando se fala em doação, é preciso elucidar que se trata de um contrato formal, tendo de um lado uma pessoa capaz denominada doadora, de outro lado temos a pessoa à qual o objeto se destina, este denominado donatário, lembrando que o objeto do contrato deve ser lícito, possível e determinável, conforme art. 104, inciso II do Código Civil. Entretanto, para que ocorra a consumação do contrato de doação, se faz necessária a aceitação do donatário, devendo este, manifestar seu aceite (BRASIL, 2002).

Na legislação Brasileira, é permitido que o concessor disponha de até no máximo 50% de todo o seu patrimônio, em vida, pois, os outros 50% deverão ser transmitidos aos herdeiros, quer sejam o cônjuge, filhos, netos, pais, avós etc., variando em cada caso concreto. O Artigo 548 do Código Civil de 2002 dispõe que será nula quando for feita a doação de todos os bens do doador ou rendas suficientes para a sua subsistência (BRASIL, 2002).

O Artigo 544 do Código Civil de 2002 trata de adiantamento de herança, nos casos de doação de bens aos filhos ou cônjuge. Portanto, como são entendidas pela legislação, as doações feitas aos filhos ou cônjuge são uma antecipação de herança, ou seja, possuem viés totalmente diverso de uma doação aos chamados terceiros. Dessa forma, quando do falecimento do doador, a antecipação de herança, ora doação, deverá ser arrolada no inventário, sendo compensada nas respectivas quotas relacionadas aos demais herdeiros (SANTANA, 2008).

Para Gonçalves (2017), é necessária a existência do *animus donandi* para a caracterização de doação. Portanto, para que seja efetivada a doação, depende apenas do doador ou de quem recebeu aceitá-la.

No caso dos idosos nubentes, com idade igual ou superior a 70 anos, estes são impedidos de exercer o direito de escolha do regime de bens em seu matrimônio, pela afirmação do legislador de proteção ao idoso, no entanto, o idoso pode dispor de parte de seus bens (como já citado anteriormente, no máximo 50%), para doar à então companheira, que, obedecendo os requisitos, poderá aceitar a doação. Esse é um meio de garantir a liberdade do idoso de dispor de seu patrimônio da forma que lhe aprouver, respeitando seu percentual.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Um dos mais importantes princípios, dentre os constantes na Constituição Federal, um princípio que veio amadurecendo com o tempo, no qual muitos lutavam para conseguir o mínimo possível para que qualquer indivíduo tivesse o direito de uma vida digna (VIANA & DUARTE, 2017).

Foi através de pequenas conquistas que se chegou ao que se vive hodiernamente, basta fazer um retrocesso histórico e analisar a forma como os antepassados viviam, através da história é possível perceber as atrocidades vivenciadas no passado, sempre com o objetivo de um dia seus descendentes viverem em um mundo melhor. Não se chegou ao mundo ideal, longe disso, mas grandes avanços vêm acontecendo com relação ao tema, a notoriedade de diversos países dado ao tema, sendo que, diversos deles receberam tal princípio, sendo seu marco mais relevante a promulgada pela ONU (VIANA & DUARTE, 2017).

Após a Segunda Guerra Mundial, diante dos absurdos acometidos contra o ser humano, como um brado de vitória, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas – ONU, trazendo de forma expressa:

> "**Artigo 1º:** Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

Princípio esse, recebido pela Constituição Federal de 1988, promulgada após o período de regime ditatorial militar, vivenciado entre 1964 e 1985, em seu art. 1º, inciso III:

> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> III – a dignidade da pessoa humana.

Porém, apesar de notório avanço nas relações humanas no que tange ao princípio, ainda está longe de seu exímio cumprimento, visto que, diversas vezes é possível ver casos em que o princípio é ignorado (SARMENTO, 2016).

Para torná-lo cristalino, o presente princípio deve ser conceituado, para tanto, se faz necessário conhecer a definição de José Afonso da Silva que o fez de forma esplêndida:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> "[...] dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo- constitucional e não uma qualquer ideia apriorista do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoas tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trata de garantir as bases da existência humana" (SILVA, 1999, p. 109).

É possível extrair de tal definição, que o princípio da dignidade da pessoa humana visa garantir e proteger todos os direitos do indivíduo, por esse motivo, é muito amplo, abrindo margem para sua utilização em todo o âmbito jurídico, nas mais diversas matérias (SILVA, 2017).

2.3.2 Princípio da Isonomia

Um princípio muito relevante para o bom andamento das normas jurídicas, de suma importância no que tange ao tema abordado no presente artigo, uma vez que, para se alcançar uma igualdade, deve-se buscar o princípio da isonomia, conforme frase muito famosa de Aristóteles: "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade".

Em um primeiro momento, pode parecer um tanto quanto injusto a aplicação desse princípio, mas ao analisar com afinco, é notória sua necessidade para que haja um equilíbrio na sociedade. Um exemplo para retratar a aplicabilidade desse princípio, uma criança de 6 anos, deve responder por um crime cometido da mesma forma que uma pessoa de 26 anos?

Ao se aplicar o princípio é notória uma limitação da aplicabilidade da lei, mas não passa de uma proteção ao indivíduo e é justamente nesse intuito que o art. 1.641 do C.C. é aplicado, por razões protetivas e cuidados, os mesmos cuidados aplicados quando se fornece uma vaga exclusiva ao idoso, atendimento preferencial, falar em igualdade é aplicar a frase aristotélica supracitada, não tem por objetivo ofender sua liberdade e muito menos oprimir o indivíduo, o objeto disso é proteção e cuidado.

2.3.4 Princípio da liberdade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Após um longo período sob o regime ditatorial, em que ocorreram uma série de restrições a população, houve uma preocupação do legislador em acrescentar esse princípio, visando proteger a liberdade de cada indivíduo, vem expressamente no artigo 5º, inciso II da CRFB ditando "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", para tornar cristalina a definição, segue definição do constitucionalista do português José Gomes Canotilho:

> "As liberdades são caracterizadas como posições fundamentais e se identificam com direitos de comportamento. A possibilidade de escolha de um comportamento. São liberdades porque são frutos da atividade humana e são públicas porque compete ao Estado protegê-las" (CANOTILHO, p. 17, 1993).

É importante ressaltar que há uma diferenciação na aplicabilidade desse princípio, quando se fala em servidores públicos, estes só poderão praticar os atos previstos em leis, ou seja, é o inverso do que discorre o artigo 5º, inciso II da CRFB, ocorrendo uma limitação do Estado, para que seja resguardada a liberdade do indivíduo (COELHO, 2018).

Quando se fala em particulares, tem-se o princípio da autonomia da vontade, o qual cada indivíduo pode praticar qualquer ato que lhe convier, desde que não haja proibição no ordenamento jurídico.

É possível notar a amplitude do princípio da liberdade, em determinado momento se tem liberdade e em outro momento se tem uma restrição, notadamente é possível concluir que esse princípio não é absoluto, indo de encontro com a tese de que não é constitucional o inciso II do artigo 1.641, se até no direito a liberdade é possível notar uma restrição, por qual motivo não poderia limitar o regime de casamento aplicado às pessoas de 70 anos ou mais?

Quando se fala em liberdade, deve-se pensar no contexto geral, analisar o todo para definir se ocorre ou não o ferimento dessa, quando se limita, é no sentido de cuidado e zelo, afastando possíveis pessoas com interesse único e exclusivo em bens, veja, não há uma limitação total do indivíduo, caso o nubente maior de 70 anos tenha interesse em partilhar de seus bens com o cônjuge, poderá fazê-lo por meio de doação, a qual não lhe é vedada (COELHO, 2018).

Uma total restrição de liberdade seria o impedimento de pessoas dessa idade contraírem matrimônio, afastando essa possibilidade, não é plausível concluir que a presente alteração é inconstitucional.

2.4 PESQUISA E ANÁLISE DE DECISÕES DO JUDICIÁRIO

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Com um viés de análise das decisões judiciárias sobre o tema, foi realizada diversas pesquisas de jurisprudências atuais no que tange ao assunto, para visualizar qual o entendimento abraçado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Como representação do todo, neste presente artigo será utilizada a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível: AC 1002896-70.2019.8.26.0248 SP 1002896-70.2019.8.26.0248, a qual representa bem o posicionamento do judiciário quanto ao tema:

> APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO CONSENSUAL DE REGIME DE BENS DE CASAMENTO. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PESSOAS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Não há como modificar o regime de bens da separação obrigatória, quando a causa que o impôs foi o fato de a pessoa ser maior de 70 anos, pois, nesta hipótese, a causa não poderá ser superada. Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo CEJ do CJF. Precedentes deste E. Tribunal (TJ-SP - AC: 10028967020198260248 SP 1002896-70.2019.8.26.0248, Relator: Maria do Carmo Honório, Data de Julgamento: 12/11/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/11/2019).

Nesse prisma, há o posicionamento do STJ evidenciado em decisão do Recurso Especial Nº 1918395 – RS (2021/0024132-8), a qual é notória a aplicabilidade da súmula 377 do STF:

> Esta Corte Especial tem entendimento de que, em se tratando de união estável de companheiro sexagenário, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. Nesses casos, para a partilha de bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, faz-se necessária a prova do esforço comum (STJ, RESP, 2021).

Nas decisões do STJ é possível verificar a consonância com a súmula supracitada do STF, a qual aduz, súmula nº 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Sumulado o entendimento de que apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha, algo de extrema relevância para o tema em pauta.

Com esse entendimento, é possível afastar o argumento de que a obrigatoriedade de separação de bens para os nubentes maiores de 70 anos é

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

inconstitucional, visto que, se busca um equilíbrio, não deixando que um dos nubentes venha sofrer prejuízos na falta de um deles, razão pela qual reforça a tese de que a presente limitação busca uma proteção a esse grupo de pessoas, para garantir uma vida digna e com suas liberdades, evitando riscos de ficar a mercê do que as outras pessoas podem ou querem te oferecer.

O regime de separação total de bens, sob a égide da inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, tem aplicado, o STJ, às uniões estáveis também.

No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal de Justiça da Paraíba, que demonstrou a possibilidade de alteração de regime obrigatório nos casos em que o nubente tenha idade inferior à 70 anos na propositura da ação:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO TOTAL POR OBRIGATORIEDADE DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 1.641 DO CC. CÔNJUGE VARÃO COM IDADE SUPERIOR A 60 ANOS. MODIFICAÇÃO DA REGRA PELA LEI Nº 12.344/2010. AMPLIAÇÃO DA IDADE PARA 70 ANOS. UNIÃO ESTÁVEL DE DUAS ANTES DO CASAMENTO. DÉCADAS. APLICAÇÃO DO ART. 1.639, § 2º DO CC. PROVIMENTO. - A Lei Nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010 alterou a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), aumentando para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se tornou obrigatório o regime da separação de bens no casamento - Aquele que foi obrigado a se casar pela separação absoluta por conta da redação original do art. 1641, II, do Código Civil pode pleitear a alteração no regime de bens, desde que na data da propositura da ação judicial não seja septuagenário - A obrigatoriedade do regime legal da separação de bens constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil não deve prevalecer quando a convivência tenha se iniciado antes de um dos companheiros atingirem 70 anos, após modificação dada pela Lei nº 12.344/2010 (TJPB/ACÓRDÃO do Processo Nº 00001438320148150881, 3ª Câmara Especializada Cível, Relatora Des.. MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES, j. em 25-04-2019).

Ao analisar o direcionamento do judiciário é possível notar o cuidado dos doutos magistrados em resguardar os bens adquiridos em toda uma vida pelo indivíduo, razão pela qual assertivamente vêm decidindo visando manter esse cuidado, diante do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

aumento de golpes presente na sociedade, mister se faz cada vez mais garantir que os cidadãos nessa idade tenham todo aparato necessário

Corriqueiramente é possível ver notícias alegando que idosos foram vítimas de estelionato ou que tenham contraído matrimônio com pessoas muito jovens com a intenção de aplicarem o chamado "golpe do baú", oportunistas com faro para conseguir usufruir dos bens adquiridos pela labuta de toda uma vida por suas artimanhas de enganação, algo que infelizmente tem aumentado com o avanço da internet, hoje criminosos sem sair de um determinado local, consegue alcançar pessoas do país inteiro, deixando claro a necessidade de um cuidado especial com a terceira idade, afinal, todos têm a expectativa de alcança-la.

3 CONCLUSÃO

A partir das informações apresentadas ao longo deste trabalho, é possível concluir que, apesar de apresentar uma limitação às pessoas maiores de 70 anos, estas não afrontam aos princípios trazidos pela Constituição Federal.

Salienta-se que o regime de separação obrigatória de bens tinha um cunho patrimonialista no código civil de 1916 e que este entendimento fora trazido para o Código Civil de 2002, obrigando que os idosos com idade igual ou superior a 70 anos se casem sob o regime de separação total de bens.

Ressalta-se que, apesar de parecer atentatória aos princípios constitucionais, essa limitação tem viés protetivo, buscando garantir que o princípio da dignidade da pessoa humana esteja presente em suas vidas, não é difícil ver pessoas má intencionadas se aproveitando da fragilidade dos idosos, lembrando que apesar de restritiva, o idoso tem discricionariedade para dispor de até 50% de seus bens, podendo fazer doação, caso julgue necessário (VIANA & DUARTE, 2017).

O judiciário tem se posicionado nesse sentido, demonstrando seu acolhimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que, apesar de reduzir a autonomia da pessoa idosa, o mantém livre para realizar doação ou então, através do testamento, passar ao cônjuge parte de sua herança, aplicando esse entendimento também aos casos de união estável, observando a súmula 377 do STF.

Tal súmula que é fato de suma importância para demonstrar o cuidado do ordenamento jurídico em preservar os direitos desse grupo de pessoas, objetivando equilibrar e manter justas as relações interpessoais, garantindo que, qualquer nubente maior de 70 anos que tenha intenção de dispor se seus recursos para angariar novos bens ao lado de seu cônjuge, poderá fazê-lo com o subterfúgio dessa para ter amparo posterior e garantia de que não sairá lesado, sendo assim, de forma brilhante o STF

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

sumulou esse entendimento, garantindo mais segurança aos que necessitam desse cuidado.

Desta forma, conclui-se que, o inciso II do Art. 1641 do Código Civil (Lei nº 12.344/10) encontra-se condizentes com os princípios constitucionais e reflete a atual realidade no Direito de Família, visando garantir aos idosos maiores de 70 anos uma vida digna, com plena segurança de que seus bens não serão arruinados por pessoas má intencionadas, garantindo a plena liberdade de escolha para este grupo de pessoas permitindo a doação de seus bens, motivo pelo qual não se deve declará-lo inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leandro. **A (não) obrigatoriedade do regime de separação de bens para as pessoas maiores de 70 anos**. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/ artigos/59291/a-nao-obrigatoriedade-do-regime-de-separacao-de-bens- -para-as-pessoas-maiores-de-70-anos/3. Acesso em: 27 set. 2021.

ASSOCIADOS. Jairo.; George Melo. Advogados. **Entenda o instituto jurídico da doação**. 2014. Disponível em: https://jairoegerogemeloadvogados.jusbrasil.com.br/ artigos/114846072/ entenda-o-instituto-jurídico-da-doação. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum JusPodivm: OAB/Salvador: Editora Juspodivm, 5.ed. revista, ampl. E atual. 2019.

BRUNETTI, Paulo Henrique. **O idoso é obrigado a se casar com separação de bens? Nem sempre**. Disponível em: https://brunetti.jusbrasil.com.br/artigos/667997204/o-idoso-e-obrigado-a-se-casar-com-separacao-de-bens- -nem-sempre. Acesso em: 27 set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COELHO, Gabriela. **Estado de Direito deve garantir liberdades individuais, diz Canotilho**. Portal consultor jurídico. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-04/estado-direito-garantir-liberdades-individuais-canotilho. Acesso em: 1 de out. de 2021.

DANTAS, Aldemiro. **Regime de bens no casamento – versão para leigos**. Disponível em: https://aldemirodantas.jusbrasil.com.br/artigos/121935818/regime-de-bens-no casamento-versão-para-leigos. Acesso em: 28 de set. de 2021.

GOMES, Fernanda. **Testamento público como instrumento de distribuição justa do patrimônio**. Disponível em: https://www.conjur.com. br/2019-jan-26/fernanda-gomes-testamento-publico-distribuicao-patrimonio. Acesso em: 28 de set. de 2021.

GONÇALVES, Carlos. Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 15 ed. São Paulo. Saraiva: 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

JACINTO, Daniela. **Após os 70 anos casamento só é possível com separação de bens**. Disponível em: https://www2.jornalcruzeiro.com.br/ materia/711768/apos-os-70-anos-casamento-so-e-possivel-com-separacao-de-bens. Acesso em: 28 de set. de 2021.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: direito de família e sucessões. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. MACHADO, Gabriela Andrade. Interferência da lei no casamento do idoso. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,interferência-da-lei-no-casamento-do-idoso, 589170.html. Acesso em: 28 de set. de 2021.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Malba Zarrôco Vilaça.; DUARTE, Hugo Garcez**. A dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo da ordem jurídica**. 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-dignidade-da-pessoa-humana-enquanto-valor-supremo-da-ordem-juridica/amp/. Acesso em: 1 de out. de 2021.

SANTANA. Danilo. **Restrições ao direito de doar**. 2008. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=918. Acesso em: 29 de set. de 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Editora Fórum. 2016. Disponível em: https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Daniel_Sarmento_Dignidade_da_Pessoa_Humana.pdf. Acesso em: 1 de out. de 2021.

PORATH, Maria Luísa Machado.; SANTOS, Lais. **Regime de bens:** o que é, quais os tipos e como funcionam. 2020. Disponível:https://schiefleradvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/885221482/regime-de-bens-o-que-e-quais-os-tipos-e-como-funcionam. Acesso em: 1 de out. de 2021.

(1) Graduado em Direito (UEMS), Advogado sócio/proprietário do Escritório Advocacia Campagnoli. Especialista em Direito Público; Especialista em Direito Municipal, com formação para o magistério superior. Procurador Jurídico Geral do Município de Paranaíba-MS no ano de 2013.

(2) Graduada em Ciências Biológicas, Pedagogia e Filosofia. Mestre e Doutora pela UNESP - Faculdade Júlio de Mesquita Filho. Professora nas Faculdades Integradas de Paranaíba.

www.conteudojuridico.com.br

MEDIDA DE SEGURANÇA: ANÁLISE SOBRE O PRAZO MÁXIMO DE INTERNAÇÃO

LORENA FRANCO MORAES: Bacharela em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG[86].

JOSÉ ALVES MACIEL[1].

(Orientador)

RESUMO: Buscando enquadrar penalmente aqueles indivíduos que possuem doença mental e que cometem determinados crimes, foi criado o instituto da medida de segurança, aos quais são constituídos de dois tipos: a internação e o tratamento ambulatorial. Tais medidas possuem prazos subjetivos, que compete a cada caso concreto a sua aplicabilidade, não devendo em hipótese alguma configurar em 'prisão' perpétua. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo discorrer a respeito da medida de segurança no que tange ao prazo máximo de duração. Busca-se analisar a constitucionalidade dos prazos estipulados nas medidas de segurança conforme a legislação e jurisprudência. A metodologia empregada neste estudo baseia-se em referências bibliográficas, com base em artigos científicos, livros, reportagens, leis e julgados dos Tribunais, sobretudo STJ e STF.

Palavras-chave: Medida de Segurança. Prazo. Duração. Legislação.

ABSTRACT: Seeking to criminally frame those individuals who have mental illness and who commit certain crimes, the institute of security measure was created, which are made up of two types: hospitalization and outpatient treatment. Such measures have subjective deadlines, which it is up to each concrete case to apply, and should not under any circumstances constitute 'lifelong imprisonment'. Therefore, this study aims to discuss the safety measure regarding the maximum duration period. It seeks to analyze the constitutionality of the deadlines stipulated in the security measures according to legislation and jurisprudence. The methodology used in this study was based on bibliographical references, based on scientific articles, books, reports, laws and judgments of the national courts. In the results, it was clear that the legislator needs to create more specific laws thinking about these specific cases, so that the judiciary can take special care of them, thus protecting society.

Keywords: Security measure. Deadline. Duration. Legislation.

86 E-mail: lorenafranco507@gmail.com

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Medida de Segurança: Aspectos gerais. 3.1 Medida de Segurança e pena: distinções. 4. Requisitos de Aplicabilidade e prazo da Medida de Segurança. 5. Do limite máximo de duração: aspectos jurídicos 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As medidas de segurança encontradas nas normas brasileira são decorrentes de uma série de movimentos sociais que ocorreram no século XIX e seguintes, e que fomentaram discussões acerca das ações que o Estado deveria ter com as pessoas com sofrimento psíquico.

A medida de segurança é um instrumento a mais (se tratando de pena) que o Estado utiliza em resposta à violação da norma penal incriminadora. Ela é aplicada aos inimputáveis que tenha cometido fatos penalmente puníveis. O foco então, seria

Submeter esses agentes a um adequado tratamento em prol da recuperação da sua saúde mental, e com um fator bastante importante à segurança da sociedade.

Diante disso, foram criadas leis presentes no texto penal, dentre outras, que buscaram enquadrar penalmente aqueles indivíduos que possuam doença mental e que cometem crimes. Dessa forma, encontram-se presente dois tipos de medidas de segurança: a internação e o tratamento ambulatorial.

O presente trabalho, ao seu turno tem como objeto a realização de uma análise crítica sobre a duração da medida de segurança, especialmente no que tange a inexistência de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro do seu prazo máximo de duração da medida de segurança.

No campo legislativo, no que se refere a esse tema, possui uma lacuna quando se refere ao prazo máximo de cumprimento da medida de segurança pelo agente. Afirmando que sua extinção só poderá ocorrer por perícia médica e até a cessação da sua periculosidade.

Com essa lacuna deixada pelo legislador há uma discussão acerca do prazo máximo da medida de segurança. Principalmente nos casos de internação, tendo em vista que a carta magna, proíbe sanção de caráter perpétuo (art. 5° XLVII, "b").

Frente a isso, apresenta-se esta análise atual e moderna a respeito da medida de segurança, que vem se tornando de suma importância a sua discussão, principalmente na execução da mesma, encontrando na realidade brasileira o seu principal obstáculo para a sua efetivação.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Com base nisso, a problemática dessa pesquisa se baseia na seguinte questão: de que forma pode-se estabelecer os limites máximo do prazo de cumprimento de medida de segurança?

2. METODOLOGIA

Na metodologia, foi utilizada a abordagem qualitativa de investigação, a qual analisa o fenômeno estudado de forma a não medir seus dados, mas sim, procurar identificar suas naturezas, de forma a privilegiar contextos. Com isso, para discutir a temática proposta, faz-se necessário compreender o contexto em que o assunto é inserido (GIL, 2010).

Ainda na metodologia, foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados ao tema.

A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os dias 10 de agosto a 29 de setembro de 2021. Os descritores foram: Medida de Segurança. Prazo. Jurisprudência. Legislação Brasileira.

3. MEDIDA DE SEGURANÇA: ASPECTOS GERAIS

Antes de adentrar na discussão principal desse estudo é preciso contextualizá-lo. Para isso, nesse tópico serão apresentados os principais aspectos envolvendo o instituto da medida de segurança. Diante de muitas divergências doutrinárias e jurídicas, o fato é que a Medida de Segurança é previsto no texto legal e amplamente efetuado pelo Judiciário.

A medida de segurança está diretamente ligada à periculosidade do agente. A *priori*, as medidas de segurança "eram utilizadas como meio preventivo às ações dos menores infratores, ébrios habituais ou vagabundos, e constituíam-se em um meio de defesa social contra atos anti-sociais" (MACHADO, 2014, p. 20). Assim, as medidas de segurança eram aplicadas a qualquer cidadão que representasse perigo à sociedade.

Foi no século XIX que as medidas de segurança começaram a ganhar natureza jurídica diversa do que lhe era conferida. Nesse período, o Estado juntamente com os avanços sociais começou a entender que no meio social existiam agentes que por serem considerados "fora da normalidade humana" praticam crimes. Por conta disso, o Estado não poderia "deixar de punir alguém por não possuir consciência nem capacidade para responder por seus atos" (FEITOSA, 2016, p. 02).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Da mesma forma, "o Estado não poderia aplicar a mesma pena que aplicaria a uma pessoa com consciência normal a uma pessoa considerada inimputável, há que se observar o grau de sanidade da pessoa que cometeu o crime" (FEITOSA, p. 2016, p. 02). Daí surgiu dois valores relevantes: "a impossibilidade de punir igualmente quem não possui consciência de seus atos e a necessidade de se responder estes atos com punição estatal" (FEITOSA, 2016, p. 02). Foi com a observância desses valores que se criou a medida de segurança para que o Estado possa punir àqueles que não possuem consciência de seus atos que estão praticando.

> O grande feito do positivismo criminal foi haver imposto à consideração do direito penal a realidade humana; haver feito do delito um ato do homem, sujeitos às leis do seu comportamento; foi por fim, haver lançado, como fundamento do fenômeno do delito, um estado de desajustamento social de suas causas antropo-sociológicas (FERRARI, 2015, p. 157).

Diferente do sistema que era aplicado anteriormente, a aplicação da medida de segurança possui origem nos métodos prevenção, que visa o tratamento do delinquente e também a sua recuperação. Segundo Queiroz (2016, p. 418) "a aplicação das medidas de segurança tem uma finalidade exclusivamente preventiva, visto que, por meio delas, pretende-se evitar que o inimputável que tenha cometido um injusto penal volte a repeti-lo".

Conceitualmente, as medidas de segurança "são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientada por razões de prevenção especial" (PRADO, 2014, p. 688). Para Ribeiro (2018, p. 39) "a medida de segurança é uma reposta criminal sancionatória a certas categorias de delinquentes sem a capacidade de censurabilidade".

Em outro conceito, as medidas de segurança:

> [...] são sanções penais destinadas aos autores de um injusto penal punível, embora não culpável em razão da inimputabilidade do seu agente. Tais medidas, para serem aplicadas, exigem o concurso simultâneo de todos os requisitos e pressupostos do crime, como exceção, unicamente, da imputabilidade do seu autor (QUEIROZ, 2016, p. 417).

Nesse mesmo sentido, tem-se:

> [...] uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado (NUCCI, 2017, p. 479).

No entendimento de Lopes (2015, p. 252) "é o meio empregado para a defesa social e o tratamento do indivíduo que comete crime e é considerado inimputável". Já para Marques (2017, p. 29) "é a providência ditada pela defesa do bem comum baseada no juízo de periculosidade, que, no tocante aos inimputáveis, substitui o juízo de reprovação consubstanciado na culpabilidade".

Ademais, Machado (2014, p. 15) entende que "a medida de segurança é uma sanção penal com finalidade preventiva e de caráter terapêutico, visando o tratamento de portadores de periculosidade, evitando assim futuras infrações penais". Em contraponto a essa definição, muito se discute a respeito da pena e da medida de segurança. Sobre esse aspecto, apresenta-se o tópico a seguir.

3.1 MEDIDA DE SEGURANÇA E PENA: DISTINÇÕES

A pena é uma consequência jurídica do crime. A prática de qualquer ato ilícito, no ordenamento jurídico brasileiro, deve gerar uma sanção, sob pena de nenhuma pessoa ser desestimulada a delinquir.

O Estado tem o dever/poder de aplicar a sanção penal ao autor da conduta ilícita e culpável como forma de retribuição do mal provocado por tal conduta, "castigando" o agente da conduta criminosa, e com a finalidade de evitar que novos crimes possam ser cometidos.

Com isso, a pena possui a finalidade de ser retributiva (retribuição do mal injusto praticado pelo criminoso), preventiva (impedir que se venha praticar novos delitos) e ressocializadora (reeducá-lo para que no futuro, possa reingressar ao convívio social).

Num conceito mais amplo, tem-se:

> A pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos (JESUS, 2015, p. 563).

Já em relação a Medida de Segurança, Segundo Dower (2000, p. 122) "a medida de segurança não é pena. A pena é uma sanção baseada na culpabilidade do agente. O louco age sem culpa. Portanto a medida de segurança se fundamenta na periculosidade do agente". Em posição oposta Pierangeli; Zaffaroni, (2017, p. 29) sustentam "ser a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

medida de segurança uma forma de pena, pois sempre se retira a liberdade do homem, por uma conduta por ele praticada, na verdade o que existe é uma pena".

Num posicionamento mais flexível, encontra-se:

> Como a pena, e a medida de segurança sanção penal. Bem sabemos que esta concepção não é pacífica, mas ontologicamente, para nós, elas não apresentam distinção. São outras diferenças que as caracterizam, e de natureza quantitativa antes que de qualidade. Na pena prevalece o cunho repressivo, ao passo que na medida de segurança predomina o fim preventivo; porém, como já se fez sentir, a prevenção também não é estranha à pena (NORONHA, 1987, p. 298).

De fato, "o objetivo da pena é a readaptação do criminoso diante da sociedade, por vez que na medida de segurança, a proteção da sociedade contra possível reincidência é o bem jurídico em questão" (MACHADO, 2014, p. 19).

Num contexto mais específico, Cezar Roberto Bittencourt (2020) explica as principais diferenças entre a pena e a medida de segurança; a saber:

> a) As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva.
>
> b) O fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade.
>
> c) As penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente.
>
> d) As penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de especial tratamento curativo.
>
> (BITERNCOURT, 2020, p. 44)

ara aplicação da medida de segurança é necessário observar determinados princípios. Dentre os vários presentes na norma constitucional e infraconstitucional, os destaques, a início é o da legalidade. Encontrado no art. 5º, XXXIX da Carta Magna, "o princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

representa uma conquista da ciência jurídica que obedece a exigências da justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado" (BITENCOURT, 2020, p. 279).

Nesse sentido, "a exemplo das penas, as medidas de segurança também são submetidas ao princípio da legalidade, onde não poderá ser considerado crime, um ato que não tiver sua previsão legal nem tenha sua determinação taxativa de crime" (PRADO, 2014, p. 688).

Tem-se também o princípio da anterioridade, onde "a medida de segurança só poderá ser aplicada se de sua cominação legal preceder à prática de delito, ou seja, se anterior ao ato delituoso já existir uma legislação que condene o ato e o puna com a medida de segurança" (FEITOSA, 2016, p. 05).

Por fim, o princípio da jurisdicionalidade, onde "a medida de segurança só poderá ser aplicada respeitando o '*due process of law*', também, a competência funcional onde, somente o juiz investido de jurisdição poderá estabelecer e exigir a aplicabilidade da medida de segurança" (FEITOSA, 2016, p. 05).

Passados esses dados preliminares acerca da medida de segurança, necessário tecer alguns comentários a respeito dos requisitos para a sua aplicação, os agentes destinatários da medida e principalmente a respeito do seu prazo. Sobre essas questões apresenta-se o tópico seguinte.

4 REQUISITOS DE APLICABILIDADE E PRAZO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

No tópico anterior, verificou-se o que seja uma Medida de Segurança. No texto legal, os artigos 96 a 99 traz as denominadas medidas, que são formas de tratamento compulsório para indivíduos que cometeram delitos, mas que devido ao fato de possuírem doenças ou problemas em saúde mental, não podem sofrer as penas cabíveis (COSTA, 2021).

Com isso, os indivíduos aos quais são destinadas as medidas de segurança são os inimputáveis e semi-imputáveis dotado de periculosidade. O indivíduo inimputável é aquele que não possui "condições de autodeterminação no momento da ocorrência do crime, ou seja, não possuía a plena capacidade de entender o que estava fazendo e nem compreensão do caráter ilícito do fato" (JUNCAL, 2021, p. 30).

De acordo com Carvalho (2020) os inimputáveis são aqueles incapazes de entender seus atos, de saber que o ato é uma infração penal, seja de maneira absoluta ou relativa. Por essa razão, esses indivíduos não podem responder pelo que fizeram e são

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

excluídos penalmente. Entretanto, ficam sujeitos ao cumprimento medidas de segurança estabelecidas na lei.

Importante mencionar que, em determinadas situações, o agente mesmo não possuindo uma doença mental, mas somente uma perturbação psicológica, ainda assim o exame psiquiátrico poderá ser pedido em qualquer momento do procedimento, quando o magistrado entender que será útil. *In casu*, os indivíduos que não possuem uma doença mental total e sim parcial, são denominados de semi-imputáveis (BRANCO, 2018).

Continuando, a medida de segurança possui dois tipos: a internação em hospital psiquiátrico ou estabelecimento equivalente (natureza detentiva) e o tratamento ambulatorial (natureza restritiva).

Insta salientar que no caso de internação em hospital psiquiátrico, as internações são legisladas pela Lei nº 10.216/2001, a Lei da Reforma Psiquiátrica. Dentro dessa norma se encontra as formas de internações. Assim, cabe destacar o presente artigo que traz essas formas; *in verbis*:

> **Art. 6º.** A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.
>
> Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
>
> I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário
>
> II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
>
> III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.
>
> (BRASIL, 2001)

Para que ocorra internação hospitalar além de atender aos requisitos previstos no art. 4º da Lei de Reforma Psiquiátrica, onde se deve verificar a impossibilidade de tratamento por outros métodos terapêuticos. A internação deve ser precedida de laudo médico, evidenciando-se a necessidade da medida. Neste laudo, devem ser indicados os motivos de ordem comportamental, de ordem clínica, necessidade de medicação, a existência de perigo para integridade física do paciente, entre outros fatores (MACHADO, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

No que tange a internação de forma voluntária, não existem maiores discussões a serem apontadas, apenas a pessoa internada deve emitir uma declaração de sua vontade, no momento da internação. O seu término ocorre por solicitação escrita do paciente ou por determinação de médico que assiste o paciente (MACHADO, 2015).

Quanto às estas internações involuntárias, merece maior atenção ao tema. A internação involuntária existe porque tal capacidade de discernimento, por vezes, falta ao paciente.

De acordo com a Lei da Reforma Psiquiátrica, em seu art. 8º, o familiar pode solicitar a internação involuntária, desde que o pedido seja realizado por escrito e devidamente aceito pelo médico psiquiatra. Nestes casos, a lei determina que a internação e os motivos devem ser comunicados, pelos responsáveis técnicos do estabelecimento de saúde, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, ao Ministério Público Estadual, devendo tal comunicação também ocorrer na alta. Esta determinação tem por objetivo evitar que a internação seja utilizada como forma de cárcere privado (BRASIL, 2001). Já o término da internação involuntária se dá por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

Voltando às medidas de segurança, para a sua aplicabilidade é necessário observar os seus pressupostos, quais sejam: a prática de fato definido como crime, a periculosidade do agente e a prática de fato típico punível (CARVALHO, 2020).

Sobre o prazo, tema central desse estudo, pelo art. 97 § 1º será por tempo indeterminado, até que cesse – via perícia médica – a periculosidade. O prazo mínimo nesses casos é de 1 (um) a 3 (três) anos (BRASIL, 1940). É o que acentua a presente jurisprudência:

> **MEDIDA DE SEGURANÇA**. PEDIDO DE DESINTERNAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA INTERNAÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR OU OUTRA MEDIDA CAUTELAR. EXAME PSIQUIÁTRICO DO IML. PERICULOSIDADE DO AGENTE. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES. 1 - **A internação ou tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade**. 2 - Não caracteriza constrangimento ilegal a exigência de exame psiquiátrico do IML antes de se deferir a desinternação ou a transferência para clínica particular, sobretudo se os crimes pelos quais internado o paciente ocorreram no âmbito doméstico e familiar e há conflito entre os interesses do paciente - interditado - e de sua curadora e filha. 3 - **Medida de segurança é**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> **espécie de sanção penal destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis** (CP, art. 96). Não se substitui por prisão domiciliar ou outra medida cautelar. 4 - Ordem denegada. (TJDFT Processo nº 07061188120208070000 - (0706118-81.2020.8.07.0000 - Res. 65 CNJ). 2º Turma Criminal. Relator: JAIR SOARES. Data de julgamento: 02/04/2020. Publicado no PJe: 20/04/2020). (grifo meu)

Ademais, importante citar que com o advento da reforma no Código Penal, no ano de 1984, passou-se a admitir, em nosso ordenamento jurídico, o sistema vicariante, que consiste na impossibilidade de o Juiz aplicar, cumulativamente, ao sentenciado, uma pena privativa de liberdade e uma medida de segurança. Assim, expungiu-se, do nosso ordenamento o sistema do duplo binário (JUNCAL, 2021).

5. DO LIMITE MÁXIMO DE DURAÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS

Dentro da temática envolvendo a Medida de Segurança, um dos principais debates que se tem é em relação a duração da medida. Ainda que, como citado anteriormente, o art. 97 § 1º afirma que este será por tempo indeterminado e que o prazo mínimo é de 1 (um) a 3 (três) anos, o que se discute é o seu tempo máximo.

Contextualizando: como no regimento jurídico brasileiro não há cumprimento de prisão perpétua, como fica aqueles que ingressados em regime de internação ou tratamento ambulatorial, não cessam a sua periculosidade em tempo razoável? São questionamentos como esse que ainda é discutido na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Como bem acentua Dias (2019) o estado de insanidade de um indivíduo pode ter duração eterna, ou seja, durante toda a sua vida, o que impede de ele sair de uma medida de segurança, o que por outro lado, configuraria uma prisão perpétua, que é proibida conforme expressado na atual Carta Magna em seu art. 5º, XLII, b.

Diante desse embate, ao qual o direito brasileiro ainda não possui uma decisão única, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência em estabelecer o que seria viável a uma penalização máxima para esses casos. De um lado, encontra-se o entendimento de que o § 1º do art. 97 do Código Penal, que aduz que o prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança deve perdurar até a cessação da periculosidade do agente, é o posicionamento correto, haja vista que essa ação teria duração até o fim da doença ou perturbação da saúde mental do agente, quando o mesmo estará apto a viver em sociedade (DIAS, 2019).

Nesse grupo, encontra-se como defensores o doutrinador Fernando Capez (2010) e Guilherme de Souza Nucci (2010). Para Capez (2010, p. 321) "o prazo nesses casos será

por tempo não determinado, o que será sanado, apenas por meio de exame médico, comprovando a cessação da periculosidade do agente".

Do mesmo modo, Nucci (2010, p. 462) afirma que "apesar de seu caráter de sanção penal, a medida de segurança não deixa de ter o propósito curativo e terapêutico. Ora, enquanto não for devidamente curado, deve o sujeito submetido à internação permanecer em tratamento, sob custódia do Estado".

Prado (2010) corrobora com o entendimento acima descrito. Para esse autor, a medida de segurança não pode ser vista como uma pena, mas sim uma alternativa proposta pelo Estado em fazer com que os inimputáveis e os semi-imputáveis venham a cumprir o senso de justiça social por meio de medidas que adaptem à sua integridade. Busca-se, sobretudo, que ela venha a eliminar a periculosidade do agente. Portanto, a medida de segurança deve ser indeterminada no tempo, não excluindo a possibilidade de ela durar a vida toda do condenado, objetivando que o mesmo não venha a cometer novos delitos.

Em outra corrente, a presente medida deve ter um prazo já estabelecido previamente, caso contrário seria considerado como uma prisão perpétua, o que não é permito em solo jurídico brasileiro.

Nessa seara, o que se compreende é que não se deve afastar a proximidade entre a medida de segurança e a pena, porque ambas privam a liberdade de outrem devido ao cometimento de um fato típico e ilícito; assim como ambas possuem a finalidade retributiva e preventiva. Ou seja, da mesma forma que existe os limites constitucionais e legais previstos à pena também incidam nas medidas de segurança.

Uma vez estabelecido o entendimento de que a medida de segurança deve ter um prazo estipulado, discute-se qual o critério utilizado para a sua aplicação. Nesse sentido, cabe salientar que dentro dessa corrente existem duas vertentes: a primeira defende que a medida de segurança terá o prazo limite de 30 anos (como normatiza o art. 75 do código penal) e a segunda corrente entende que o limite a ser implantado tem como base a pena em abstrato cominada do delito praticado.

Vale lembrar, que o legislador ao votar na lei 13.964/2019 conhecida pelo Pacote Anticrime, inseriu importante alteração no código penal. A nova redação elevou o teto de cumprimento de pena privativa de liberdade de 30 anos para 40 anos. Ficando o artigo com a seguinte redação.

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo

A respeito dessa questão, encontra-se os posicionamentos jurisprudenciais, que assim como há na doutrina jurídica, também possui entendimento diversos. A priori, o Superior Tribunal de Justiça já vem afirmando entendimento de que a pena imposta para o presente caso é determinada conforme o delito praticado. Essa posição tem como base a Súmula nº 527, que estabelece: "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

Como exemplo, cita-se o seguinte julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE PERTURBAÇÃO DA SAÚDE MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Consolidou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que a medida de segurança prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal é aplicada quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que a sanção é substituída pela medida de segurança, **que deve perdurar pelo período de cumprimento da reprimenda imposta na sentença penal condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada**. 2. Na hipótese vertente, ficou devidamente comprovada a perturbação da saúde mental do sentenciado, conforme laudo apresentado por Junta Médica Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, registrando-se que "o periciando [...] possui perturbação da saúde mental codificada por Depressão recorrente (CID-10: F.33)". Também possui diagnósticos de Hipertensão arterial (CID-10:1.10) e Apnéia obstrutiva do sono (C1D-1(l: G.47.3). Hipoxemia. Consta dos autos, outrossim, relatório médico subscrito por psiquiatra forense, atestando a gravidade do quadro psiquiátrico do ora paciente, com recomendação de sua internação hospitalar, ocasião em que o referido profissional relatou, inclusive, risco de suicídio. 3. Assim, impõe-se, efetivamente, a conversão da medida de segurança por internação em hospital psiquiátrico. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 531.438/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020). (grifo meu)

Para entender o posicionamento desta Corte, cita-se:

> A conclusão do STJ é baseada nos princípios da isonomia e proporcionalidade (proibição de excesso). Não se pode tratar de forma mais gravosa o infrator inimputável quando comparado ao imputável. Ora, se o imputável somente poderia ficar cumprindo a pena até o máximo previsto na lei para aquele tipo penal, é justo que essa mesma regra seja aplicada àquele que recebeu medida de segurança (CAVALCANTE, 2019, p. 22).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem julgando no sentido de que a pena imposta no caso de medida de segurança não pode exceder 30 anos (art. 75, do CP); a saber:

> PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I **– Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado**. II - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/2001, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente. (STF - HC: 107432 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/05/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011). (grifo meu)

Em que pese a diferenciação dos entendimentos das Cortes brasileiras, para fins desse estudo, o posicionamento do STJ nos parece mais viável e justo. Isso é fundamento pelo fato de que na linha de entendimento do STF, pode ser possível levar um indivíduo,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

que caso tenha praticado um crime de furto qualificado (pena máxima de 8 anos), por exemplo, a um período de 30 (trinta) anos de medida de segurança. Essa situação mostra um flagrante desrespeito aos princípios da isonomia, proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso.

Por outro lado, o posicionamento do STJ é mais semelhante aos preceitos do texto constitucional brasileiro, porque traz a ideia de que a medida de segurança, não pode ser eterna, sendo, portanto, imposta conforme o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime, respeitando-se os princípios da isonomia e individualização da pena.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medida de segurança, presente no ordenamento jurídico brasileiro, busca aplicar a pena cabível àqueles que cometeram crimes dos quais não se pode ficar sem julgamento. São indivíduos que não possuem o discernimento necessário, no momento do delito criminal, para entender a sua ação delituosa.

Para esses, busca-se inseri-los nos estabelecimentos adequados, ao lado da família e com constante acompanhamento médico, para que o objetivo da pena – ressocialização e reintegração social – se torne efetiva, evitando novos cometimentos de delitos.

Ocorre que a legislação brasileira não tem dado um prazo específico para aqueles que são internados, ou seja, terão tempo indeterminado, evidenciando assim uma lacuna na legislação no que se refere ao prazo máximo de cumprimento da medida pelo agente.

A justificativa da escolha desse tema, se deu inicialmente por entender, em que pese a importância da medida de segurança, no que se refere ao prazo, a legislação brasileira ainda não encontra na lei o tempo determinado para o cumprimento da pena nesses casos. A lei não disciplinou e que tem

Desse modo, fica evidente constatar que é preciso que haja uma análise mais aprofundada sobre essa questão, embasando assim, novamente a importância em se discutir tal tema.

O que ficou claro no decorrer desse estudo é que a medida de segurança ainda é motivo de debates, encontrando posicionamentos diversos. Sem adentrar no mérito dessa discussão, já explanada no trabalho, o que se conclui é que a medida de segurança não deve ser convertida em uma prisão perpétua. Deve-se buscar um limite máximo para a sua duração.

Nesse ponto, fica-se apoiado o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao qual entende a pena imposta deva ser conforme o limite máximo da pena

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

abstratamente cominada ao crime, respeitando-se os princípios da isonomia e individualização da pena.

Apesar de entender que essa corrente é a mais justa, fica ainda a crítica em relação a uma decisão única sobre a questão do prazo. Nesse sentido, a situação encontrada sobre essa matéria nos mostra que há uma urgência em ter mudanças, com a criação de uma legislação mais específica sobre esse assunto.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 4 - 14ª edição. Editora: Saraiva Jur, 2020.

BARBOSA, Adriano. **Modificações no Código Penal pelo "Pacote Anticrime" através da Lei 13.964/2019**. 2020. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/modificacoes-no-codigo-penal-pelo-pacote-anticrime-atraves-da-lei-13-964-2019/>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das Medidas de Segurança no Brasil**. 2º Ed. Editora: Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei De Execução Penal**. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Lei Nº 10.216, de 6 de Abril de 2001. **Lei De Reforma Psiquiátrica**. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3º Ed. Editora: Saraiva Jur, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Tempo de duração da medida de segurança**. 2019. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/838e8afb1ca34354ac209f53d90c3a43>. Acesso em: 28 set. 2021.

COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização**. 1º Ed. Editora: Conhecimento, 2021.

DIAS, Thiago Prats. **O prazo máximo da medida de segurança**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75647/o-prazo-maximo-da-medida-de-seguranca>. Acesso em: 27 set. 2021.

FEITOSA, Isabela Britto. **A aplicação da medida de segurança no direito penal brasileiro.** 2016. Disponível em: <http://www.juriswa y.org.br/v 2/dhall.asp?id_dh=5982>. Acesso em: 25 ago. 2021.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JESUS, Damásio. **Direito Penal:** Parte Geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUNCAL, Regina. **Medida de Segurança: estudo sobre a superação da sanção penal fundamentada na periculosidade**. 1º Ed. Editora: Dialética, 2021.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Karina Arêa Leão. **Das Medidas de Segurança e da Lei da Reforma Psiquiátrica**. 2015. Disponível em: <https://karinaarealeao.jusbrasil.com.br/artigos/203374050/das-medidas-de-seguranca-e-da-lei-da-reforma-psiquiatrica>. Acesso em: 03 set. 2021.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. III v. 1ª ed. atual. Campinas: Millennium, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev. atual e. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. 1, parte geral: arts. 1º a 120. 3. Ed, ver. Atual. Ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

PRADO, Luiz Regis. C**urso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. Ed. 04. Lumenjuris. 2016.

RIBEIRO, Patrícia Colombo. **A medida de segurança de internação no contexto do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Público, Londrina, v. 3, n. 3, set/dez. 2018. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/.../9633>. Acesso em: 29 ago. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOTA:

[1] Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. Especialização: Direito Processual Civil- Universidade Tiradentes, Direito Penal e Processual Penal- Centro De Ensino Superior de Jataí.

www.conteudojuridico.com.br

A DECLARAÇÃO DA VÍTIMA POR ESCUTA ESPECIALIZADA NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VERSUS A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

RENATA NASCIMENTO DA SILVA: Bacharela em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC[87].

ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO

(orientador)

RESUMO: O presente artigo propõe o estudo e pesquisa detalhada acerca do estupro de vulnerável, com a especificação dos atos cometidos para a caracterização do delito, do instituto do *standard* probatório que corresponde a existência mínima de provas produzidas nos autos para fundamentar decisão definitiva condenatória, bem como, buscará trazer atos jurisprudenciais de casos concretos que sinalizam a precisão do depoimento especial da vítima, isto é, a prova testemunhal da criança vítima do estupro ainda que seja o único meio de prova que embasará a condenação do autor do crime.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Depoimento sem dano. Vítima. Escuta especialisada. Condenação.

ABSTRACT: This article proposes the study and detailed research on the rape of the vulnerable, with the specification of the acts committed to characterize the crime, the institute of the evidential standard that corresponds to the minimum existence of evidence produced in the records to substantiate the final condemnatory decision, as well as , will seek to bring jurisprudential acts of concrete cases that signal the accuracy of the victim's special testimony, that is, the testimonial evidence of the child victim of the rape, even though it is the only means of evidence that will support the conviction of the offender.

Keywords: Vulnerable Rape. Testimony without damage. Victim. Expert listening. Conviction.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de estupro de vulnerável. 2.1 Princípio da presunção de inocência e a produção probatória nos casos de estupro de vulnerável. 2.2 Conceito de standard probatório. 2.3 Declaração da vítima: o depoimento sem dano e a sua composição no processo. 3 A jurisprudência sobre o tema. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

87 E-mail: jujurenata628@gmail.com

Previsto no artigo 217-A do Código Penal, o estupro de vulnerável caracteriza-se como o coito vagínico ou qualquer outro ato libidinoso praticado com ou sem consentimento do indivíduo menor de 14 (catorze) anos de idade, isto por ser considerado absolutamente vulnerável.

O controle do poder punitivo trata-se de tema muito debatido no âmbito do processo penal em razão da valoração das provas produzidas durante o processo por meio de decisão judicial. Com isso, vêm à tona o instituto do *standard* probatório, adotado basicamente para garantir a existência mínima de provas para proferir decisão condenatória.

Teoricamente integrada com padrões probatórios, o *standard* é constituído com parâmetro de prova clara e convincente, prova mais provável que sua negação, preponderância da prova e prova além da dúvida razoável. Como um dos requisitos para proferir decisão, o *standard* probatório assegura o seu preenchimento de forma suficiente para basear o entendimento do ~~M~~agistrado e garantir legitimidade do julgamento.

No sistema penal brasileiro, como um dos meios de obter prova existe o que se caracteriza como a escuta especializada em casos de comentimento do crime de estupro de vulnerável, onde a crinaça pode ser entrevistada por outrem, sendo este especializado no âmbito da educação e da saúde, de forma que busque informações acerca do delito ocorrido assegurando a proteção e o cuidado da vítima, especificamente crianças ou adolescentes.

A escuta especializada consiste em uma das modalidades de provas para descobrir a realidade dos fatos, bem como para se comprovar a autoria e a materialidade do delito, tendo em vista que, a realização do interrogatório perante a pessoa do Magistrado pode acarretar maiores traumas à vítima vulnerável e, consequentemente, não atingindo o objetivo de punir o responsável pelo crime.

Destarte, estudos realizados e pesquisas recentes têm demonstrado que a escuta especializada, também chamada de depoimento sem dano, corresponde a um método que mantém a preservação da vítima e garante o atendimento do princípio da ampla defesa e contraditório, sendo, portanto, prática inovadora que emergindo no país.

2. CONCEITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Instituído pela Lei nº 12.015/09 que, consequentemente alterou o Código Penal Brasileiro substituindo o artigo 224 pelo artigo 217-A, o crime de estupro de vulnerável

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

consiste em "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menos de 14 (catorze) anos", cuja pena decorre de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

O delito de estupro de vulnerável pode ser caracterizado com a consideração de ato de violação ou qualquer ato praticado visto como libidinoso, com ou sem o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos de idade, não necessariamente precisando ocorrer a conjunção carnal para a consumação do crime.

Para Chammas (2012, p. 35), o ato ilícito do estupro de vulnerável também pode ser encarado diante de diversas condutas que expõem intimamente a vítima, como "todo ato ou jogo sexual de relação hétero ou homossexual, no qual o agressor está em estágio de desenvolvimento psicossexual mais adiantado que a criança ou adolescente (...) o abusador busca obter suas próprias gratificações sexuais." Isto é, o crime se vê caracterizado diante de condutas que descortinam indevidamente a imagem da criança e do adolescente.

Para a consumação do crime não é necessário o uso de violência ou grave ameaça, ou resistência do ofendido, podendo ser o ato consensual. Diante dos ensinamentos de Prado (2020, 35)

> Se além da conjunção carnal, o agente pratica outros atos libidinosos, constrangendo a vítima, por exemplo, ao coito anal ou ao sexo oral, há um único delito, pois tais condutas subsomem-se ao mesmo tipo penal. Caso o agente transmita a vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, aplica-se a causa de aumento de pena de um sexto até a metade prevista no artigo 234-A, inciso IV, do Código Penal

Assim, cumpre ressaltar que a conduta ilícita do crime de estupro de vulnerável é reconhecido desde que praticados atos libidinosos ou que se tenha a conjunção carnal com crianças ou adolescentes menores que 14 (catorze) anos de idade.

Para Bezerra (2006, p. 22):

> É possível encontrar no Código Penal de forma explicita, um conceito de vulnerável como sendo uma pessoa menor de quatorze anos ou o indivíduo por alguma enfermidade ou deficiência mental, não tenha o discernimento necessário para prática do ato ou que não possa oferecer resistência.

Neste contexto, é uma pessoa frágil, que vulnerar significa ferir, lesar ou prejudicar. Já o *bilis* significa suscetível. Portanto, o estupro de vulnerável consiste em ser um bem jurídico tutelado a dignidade sexual do menor.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Na verdade, a vulnerabilidade não se relaciona com a maturidade da vítima, para a nossa lei, mas sim é uma presunção legal que visa coibir o ingresso prematuro da criança ou adolescente na sexualidade, independentemente da maturidade que tenha.

Destarte, o consentimento da vítima não é válido, ou seja, o legislador entende que o crime independe do consentimento por ser presumida a vulnerabilidade, ressalte-se, uma vulnerabilidade com presunção absoluta e não apenas relativa.

Atualmente, o ato libidinoso é todo qualquer ato praticado de forma que venha ocorrer à satisfação da lascívia, de forma que foi agrupado ao delito com a conjunção carnal no capítulo de estupro de vulnerável. Entretanto, a vulnerabilidade deve ser absoluta independente das circunstâncias, como esclarece a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Por outra forma, é possível compreender que o objeto jurídico do crime de estupro pode ser validado não apenas diante do coito vagínico, podendo ainda elencar que o "beijo roubado", consoante entendimento de Brocanelo (2019, *online*), "beijar e agarrar à força, mão boba e puxar o cabelo, são consideradas agressões sexuais e a pessoa que pratica esses atos pode ser severamente punida". Isto é, também é capaz de ser considerado como ato libidinoso contra a criança ou o adolescente menor de catorze anos.

~~Observa-se que~~ o artigo 5°, inciso XLIII, da Constituição Federal dispõe como sendo os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia: a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, assim como o crime de estupro de vulnerável.

Como bem ensina Nucci (2020, p. 48), "o acusado por crime hediondo não deve permanecer, como regra, em liberdade, nem pode ter sua pena perdoada ou comutada de qualquer modo", visto a ausência de segurança às vítimas e pessoas com característica semelhantes que podem ser novas vítimas de tais agentes.

Por consequência do ato denunciado, o agente que cometeu crime classificado como hediondo é considerado perigoso e ameaçador para viver em sociedade, podendo,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

no respectivo caso justificar que pode ser arriscado permitir que o estuprador esteja em convivência com crianças e adolescentes em meio a sociedade.

Muitos tendem a associar os crimes hediondos com a prática de atos reconhecidos como cruéis e violentes, onde o criminoso atua com frieza e crueldade. Todavia, para Estefam (2016, p. 21) "a conduta nuclear reside no ato de obrigar, forçar, compelir, impor a vítima que realize determinado comportamento ou a ele se sujeite, contra a sua vontade". Ou seja, no que tange ao crime de estupro de vulnerável é possível atentar-se para a existência do ato de agressão a integridade física e moral das vítimas menores de catorze anos de idade.

De acordo com os ensinamentos de Jesus (2011, p. 88-89), entende-se que "ato libidinoso é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual." Por essa razão é considerado de forma objetiva a representação de ofensa ao pudor geral, conferindo discrepância a aparência sexual e, subjetivamente, o objetivo de satisfação por impulso de luxúria e lascívia.

Desse modo, Cachapuz, (2015, p. 36) ensina que "o ato libidinoso acaba sendo considerado por muitos uma ação menos gravosa do que a extremidade ofensiva, como são os casos de coito anal e sexo oral", tendo em vista que o ato libidinoso é toda ação capaz de atingir a violar incontestavelmente a dignidade sexual da vítima, cuja finalidade seja a motivação de obter prazer sexual.

Salienta-se ainda que todas aquelas condutas dos agentes que apresentarem constrangimento ilegal à dignidade sexual da criança e do adolescente é conhecido como "ato libidinoso", ainda que diversos da conjunção carnal que, junto a esta compreende a caracterização do crime de estupro de vulnerável.

Para Greco (2016, p. 155), considerando a presunção de vulnerabilidade quando a vítima for menor de 14 anos de idade, a prática de atos libidinosos ainda que uma única vez é possível reconhecer a consumação do crime de estupro de vulnerável, à exemplo que se dá quando o autor do crime pratica o ato de apalpar o corpo da vítima/menor de idade, buscando assim a satisfação sexual.

A liberdade sexual e autonomia sexual de um menor de 14 anos deve ser preservada, como dispõe Prado (2020, p.125), tendo a objetividade de proteger a formação da personalidade da criança e do adolescente, com a segurança da identidade ou intangibilidade sexual. Assim, assegura-se o direito à liberdade e o respeito à dignidade de pessoas menores de catorze anos que se encontram no auge do desenvolvimento psicológico e início da fase de criação da clareza de discernimento para sua própria segurança social.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O princípio da presunção de inocência está descrito na Constituição Federal de 1988, descrevendo constitucionalmente a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, concluindo um rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão.

O princípio previsto na Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789 foi criado no início da Revolução Francesa, quando houve a aprovação da Organização das Nações Unidas em 1948. Este dispõe em seu artigo 9°, que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado por meio comprobatório, julgando indispensável prendê-lo, a todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa, a qual deverá ser severamente reprimido pela lei.

Conforme entendimento de Lopes Júnior (2006, p. 187-188), há três principais manifestações que não são excludentes, mas integradoras da presunção de inocência:

> a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal; b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase-pré-processual); c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando a exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não fica suficientemente demostrada.

Com previsão legal no artigo 283 do Código de Processo Penal, o princípio da presunção de inocência considera-se que o denunciado não seja culpado do crime imputado até a fase de julgamento do processo criminal, onde o acusado é considerado inocente até a prolação da sentença condenatória transitada em julgado.

Ademais, diante da previsão do Código é possível afirmar que o denunciado também não poderá ser sujeito a prisão, senão em casos de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, em virtude de decisão definitiva condenatória já transitada em julgado, ou ainda durante a tramitação de investigação ou ação penal, em virtude da prisão temporária ou prisão preventiva.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Segundo os ensinamentos de Lima (2012, p. 255) descreve que:

> Um significado era ligado a regra processual e, o outro era a regra de tratamento. Para a regra processual, o acusado não precisaria fornecer nenhuma prova de que era inocente, pois essa já estaria presumida. Já para a regra de tratamento, era impedida a tomada de medidas que restringiam a liberdade do acusado, a menos que fosse este um caso de necessidade extrema.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5°, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até que aconteça o trânsito julgado da decisão definitiva penal condenatória, na qual, o acusado que comete um crime, em um processo judicial cabe provar a inocência, de modo que se finda o julgamento, que será considerado culpado ou inocente.

Vale ressaltar que no período de julgamento, deve-se preservar o princípio da presunção de inocência que está relacionado com o princípio do *in dubio pro reo*, o qual garante o direito da ampla-defesa e o devido processo legal.

Segundo Júnior (2019, p. 898) a presunção de inocência:

> É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Logo, entende-se que a princípio da inocência permite duas formas de tratamento, sendo que a primeira consiste no dever interno do julgador de assegurar o dever ao acusador a maior responsabilidade de apresentação de provas concretas, as quais em caso de demonstração de dúvida do julgador, este deverá determinar a inocência do acusado e ainda, o dever externo que garante a proteção contra a publicidade imatura e excessiva sobre a pessoa do acusado, de forma que se expande as garantias da dignidade, imagem e privacidade, como forma de segurança e limitação da democracia.

Entretanto, vislumbra-se que o magistrado que conduzirá o processo e proferirá a decisão definitiva, este deverá julgar conforme seu convencimento motivado, tendo como parâmetro a garantia de julgar decisões de acordo com seu entendimento e fundamentação com base nas provas produzidas.

Sendo assim, ao se falar em princípio da presunção de inocência significa dizer que devem ser asseguras as garantias constitucionais, devendo ser utilizada como verdadeiros

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

limites democráticos a abusividade de exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

2.2 CONCEITO DE *STANDARD* PROBATÓRIO

A princípio, salienta-se que no processo penal existe a relação entre provas e decisões, que perfaz o caminho até a valoração da condenação ou não do agente criminoso, de modo que compõe o controle rígido e evita que haja prolação de decisão de forma errônea no Poder Judiciário.

Nota-se que, a nivelação de provas que são exigidas nas diversas modalidades de processos judiciais é elencada diante do chamado *standard* probatório, que gerencia a "quantidade" mínima de provas produzidas na ação penal. Logo, há casos onde o convencimento é buscado por meio probatório mais rígido e outros mitigados, sendo no processo penal exigido a prova além de qualquer dúvida razoável.

O *Standard* probatório é considerado como o padrão adotado que determina o grau mínimo de provas, considerando os fatos concretos no curso do processo penal, vez que a prova serve para demonstrar ao juiz por meio da formação do convencimento quanto aos atos, os fatos e as circunstâncias.

Dessa forma, segundo os ensinamentos de Laudan (2006, p. 23), veja-se que o "os *standards* têm como conceito mecanismos para distribuição de erros. Entretanto, na qual é uma decisão política, quanto mais alta dedicação democrática, será a presunção de inocência desse modo, o standard probatório exigido na condenação".

O *standard,* no entanto, pode ser classificado como sendo o instituto que exige apresentação mínima de provas acusatórias na ação penal, eis que a decisão condenatória não pode ser proferida com mera justificativa de prática do convencimento, esta deve abranger de forma explicativa e bem fundamentada a razão para o convencimento psicológico, de modo que seja pautado critérios objetivos, provando a existência de elementos suficientes de prova presente nos autos.

Diante do que leciona Junior e Rosa (2019, *online*), no processo penal o *standard* exigido consiste em *beuond a reasonable doubt*, que significa dizer que a prova tende a ser 'além da dúvida razoável':

> É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente quando se ocorre, por exemplo, às 'testemunhas de ouvir dizer' que nada viram, mas ouvira.

Como cediço, a finalidade da produção de provas no processo penal consiste na ação de convencimento do magistrado, tendo relação entre a valoração probatória com o grau de precisão da decisão definitiva. Ocorre que, de maneira a evitar a nulidade da decisão por coerente motivo de ausência de fundamentação é imprescindível que haja uma maior quantidade e qualidade de provas suficientes para sustentar o fato supostamente ocorrido.

A modalidade de *standard* no processo penal é bem mais rigorosa que as demais, como por exemplo do processo civil, eis que deve ser observado minuciosamente a 'prova além da dúvida razoável" tendo em vista que a evidência deve estar carreada da probabilidade de ocorrência e seja bastante elevada para que seja vedada a existência de qualquer dúvida em relação a versão que o juiz objetiva sentenciar.

2.3 DECLARAÇÃO DA VÍTIMA: O DEPOIMENTO SEM DANO E A SUA COMPOSIÇÃO NO PROCESSO

No curso do inquérito policial, especificamente no crime de estupro de vulnerável, as provas são feitas e refeitas, pois o respectivo delito não deixa vestígios para que possa comprovar a conduta em primeiro momento sobre o acusado, por isso no momento de investigação policial podem ocorrer fatos contrários, na qual as provas levam um tempo para se concretizar.

Portanto, um crime que afeta a liberdade sexual da vítima, torna indispensável a palavra da vítima e até dos familiares, uma vez que é de suma importância a sua existência para o valor probatório.

Diante disso, existe o instituto nomeado como depoimento sem dano, que busca extrair das vítimas de estupro de vulnerável, de forma cautelosa, informações para desvendar o autor do crime, visto as dificuldades dos operadores do direito de realizarem a inquirição de crianças e adolescentes sem que se sujeitem a ambiente constrangedor e se sintam coagidos.

Considerando o entendimento de Homem (2015, *online*):

> Assim, com o intuito de atender e dar a necessária efetividade aos direitos exsurgidos na doutrina e no princípio do melhor interesse da Criança e do Adolescente, nasceu esta nova técnica denominada Depoimento Sem Dano. Muito embora existente a condição de vulnerabilidade dos indivíduos envolvidos, o princípio da proteção

> integral assegura aos indivíduos o direito de serem ouvidos e se manifestarem em processos que os envolva e, que seus depoimentos sejam considerados e relevantes.

A técnica do depoimento sem dano decorre de uma das alternativas utilizadas para resultar em um *standard* probatório qualitativo em crimes que violam a dignidade sexual das crianças e adolescentes que estão em fase de desenvolvimento, bem como, alternativa essa que assegura a redução dos danos experimentados pelos infantes e adolescentes.

Neste aspecto, nota-se a importância dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, sobretudo a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o delito do estupro de vulnerável implica em alterações preocupantes no desenvolvimento da vítima que ainda não possui completo discernimento para defesa.

Diante do entendimento de Cezar (2007, p. 62):

> Em síntese, o depoimento especial nada mais é do que minimizar os danos psicológicos e não revitimizar a vítima de violência sexual. Com vistas para um depoimento técnico em ambiente menos hostil que uma sala de audiências, por exemplo. Ademais, busca evitar o contato da vítima com o abusador.

No que pese nas falsas memorias da vítima no momento da ação, Damásio (2012, p. 12), coloca que, as falsas memórias:

> As imagens não são armazenadas sobre forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases". O cérebro não arquiva fotografias de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com "deixas ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida". Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas.

Assim, por serem as vítimas crianças e adolescentes, há grande probabilidade de serem influenciadas e convencidas pelos autores do crime, que inclusive podem ser os próprios familiares. Veja-se que, o exame de corpo de delito consiste em ser uma das provas produzidas logo em seguida do ato criminoso e, cabendo ressaltar que nenhuma prova relacionada a este exame será considerada nula.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Segundo os ensinamentos do Bitencourt (2020, p. 55), é necessário que a criança e o adolescente sejam observadas minuciosamente o seu comportamento pelos pais e/ou demais responsáveis, visto que é fundamental que:

> Se perceba de uma vez por todas que crianças e adolescentes, vítimas de violência sexual, intrafamiliar ou não, antes do objeto de investigação e de meio de prova, são, acima de tudo, sujeitos de direitos, e que a sociedade, em nenhuma hipótese, tem o direito de revitalizá-los, seja a pretexto da busca da mitologia verdade real, seja para assegurar a mais ampla defesa do eventual acusado.

A vítima em seu depoimento sem dano não tem qualquer responsabilidade em dizer a detalhes acerca do ocorrido, vez que não responde pelo delito de falso testemunho em razão de todo o constrangimento experimentado no ato criminoso em seu desfavor e, em razão disso, Fernandes (2021, *online*) afirma que:

> Na análise do técnico entrevistador existem questões como estágios cognitivos, emocional, social e físico, remete o mesmo para o acolhimento final, no sentido de orientar a pessoa de confiança da criança, caso necessário, a buscar auxílio na rede de acolhimento.

À frente de tamanha gravidade das consequências deixadas física e psicologicamente no indivíduo vulnerável é vedado a falta de capacitação, qualificação e competência àquele que vai entrevistar a vítima, uma vez que deve ser garantido que não haverá questionamentos claros e íntimos acerca dos atos praticados contra o menor vulnerável.

Outrossim, cabe insistir na ideia do uso de utensílios criativos para promover um ambiente mais lúdico e descontraído, no intuito de alcançar a confiança da vítima e deixá-los a vontade no local do depoimento para que consigam se sentir confortáveis e explanarem seus sentimentos e ainda, informações imprescindíveis acerca do crime ocorrido.

Para demonstração sintética dos procedimentos adotados, Mattos (2015, p. 104) sustenta que:

> Após o acompanhamento psicológico inicial, na DPCA, Delegacia de Proteção da Criança e Adolescente, as vítimas são encaminhadas para redes de atendimento e acompanhamento. Ao término da entrevista, a psicóloga elabora um parecer psicológico com as suas considerações sobre o que foi narrado. Tal parecer integra o

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> Inquérito Policial no qual também é incluído um CD com filmagem, além do termo de declarações.

Isto é, há situações em que o depoimento da vítima equivale a prova principal do processo de investigação, devido ao fato do crime ter ocorrido de forma obscura, em local sem que ninguém presenciasse a sua consumação, como ocorre em sua maioria nos crimes contra a dignidade sexual.

Importante salientar que há a possibilidade de condenação com base em depoimento da vítima do crime de estupro de vulnerável, desde que devidamente fundamentado e motivado a prolação da decisão. Logo, Lopes Júnior (2019, *online*) leciona no sentido de que é necessário bastante cautela e interesse para se duvidar ou questionar o que se ouve do depoimento da vítima, de forma a evitar aberturas para condenações injustas e inobservância para os demais contextos probatórios.

Há condenações que ocorreram de forma errônea, baseadas em frutos de falsas memórias, depoimentos coletados que não consentiam com a verdade e falso reconhecimento, uma vez que acarretou com que a palavra da vítima tivesse total relevância para a formação da culpa do inocente.

Segundo Lopes Junior (2019, p. 729-730), "é preciso fazer uma recusa aos dois extremos valorativos: não endeusar, mas também não demonizar". Desta forma, faz-se marcante destacar que o depoimento deverá ser considerado por sua qualidade, coerência e credibilidade.

Logo, de forma a não desvalorizar a palavra da vítima, é considerável que haja maiores investigações por outros meios, objetivando assim a não precipitação por parte do julgador de condenar injustamente o suposto auto do crime, observando assim que o fator problemático é o valor probatório da palavra da vítima, pois na maioria dos casos acarretam direitos e sentimentos dos mais diversos na sociedade.

3. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Em análise de casos concretos, é notório a dimensão de casos de estupro de vulneráveis no Brasil, diante do índice de violência existente no país. Com isso, será buscado jurisprudências acerca do tema, especificamente em sua competência para ser julgada conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a relevância da palavra da vítima e a irrelevância de experiência anterior diante dos Tribunais de Justiça do país, especificamente nos estados do Amapá e São Paulo, bem como, jurisprudências no estado do Tocantins, no período dos últimos dois anos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Há anos atrás havia o entendimento por alguns Tribunais no sentido de que não existia competência da Vara da Infância e da Juventude para julgar crimes contra a dignidade sexual das crianças e adolescentes. Assim, de forma que fora discutido pelo STJ no ano de 2008, foi apresentado entendimento de concordância com os demais Tribunais de Justiça que possuíam entendimento idêntico e assim julgou o conflito de competência nº 94767, senão vejamos:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. MAUS TRATOS CONTRA MENOR. JUIZADO ESPECIAL E VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. RESOLUÇÃO 534 DO TJMS. ART. 145 E 148 DO ECA. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. 1. **No rol da competência da Vara da Infância e da Juventude estabelecido no art. 148 do ECA não está inserido o julgamento dos crimes contra o menor previstos no Código Penal, como ocorre na hipótese em discussão, em que o crime a ser apurado é o de maus tratos** (art. 136, § 3o. do CPB). 2. Ainda que o Tribunal possa criar Vara da Infância e da Juventude, como prevê o art. 145 do ECA, não pode lhe atribuir competência fora das hipóteses definidas na referida legislação. 3. Cuidando-se de crime de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima cominada é de 1 ano de detenção, a competência é do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei 9.099/95). 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4a. Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Campo Grande/MS, o suscitante, em consonância com o parecer ministerial. (STJ - CC: 94767 MS 2008/0061273-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 25/06/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJe 08/08/2008, --> DJe 08/08/2008). (g.n.)

Entretanto, atualmente há entendimento contrário pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, de modo que se posiciona no sentido de que a legítima competência para processar e julgar crimes de estupro de vulnerável consiste ao Juizado da Infância e Juventude, conforme Habeas Corpus nº 398535/RS, relatado pelo Ministro Feliz Fischer, julgado na Quinta Turma, Habeas Corpus nº 316292/RS, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado na Sexta Turma e ainda, pelo Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 2019/0034508-1, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, julgado na Quinta Turma.

No que tange a relevância da palavra da vítima no curso da investigação e da própria ação penal de crimes de estupro de vulnerável cabe ressaltar a jurisprudência do

Tribunal de Justiça do Estado do Amapá na apelação nº 0021776-34.2019.8.03.0001, no sentindo de que o depoimento da vítima possui imensa relevância para comprovação dos fatos, vez que boa parte desses crimes ocorrem clandestinamente, sem que haja qualquer testemunha no ato da tentativa ou consumação, observe:

> APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE POLICIAIS. RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA INTERNAÇÃO. RECOMENDÁVEL. 1)**É cediço o entendimento de que nos crimes contra a liberdade sexual a palavra da vítima tem uma especial relevância, tendo em vista que na maioria das vezes esses crimes são praticados na clandestinidade, mormente quando está associada com as outras provas no processo.** 2)Comprovada a autoria e materialidade delitiva, em especial pelo depoimento da vítima e dos policiais que efetuaram o **flagrante, os quais em harmonia com as outras provas dos autos, a imposição de medida socioeducativa é medida que se impõe.** 3) Tratando-se de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (crime hediondo), a medida socioeducativa de internação revela-se adequada à reprovação e prevenção do ilícito. 4) Recurso não provido. (TJ-AP - APL: 00217763420198030001 AP, Relator: Desembargador CARLOS TORK, Data de Julgamento: 10/12/2020, Tribunal). (g.n.)

Nos casos de estupro de vulnerável, a produção de provas é absolutamente necessária, pois pouparia ao máximo que inocentes sejam condenados de forma injusta. No entanto, as provas produzidas ao decorrer do processo deverão ser em constância com a verdade, mediante a utilização das provas necessárias para chegar ao verdadeiro culpado, ainda que haja apenas o depoimento da vítima.

Do mesmo modo, importante apresentar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual também possui entendimento positivo quanto a relevância do depoimento da vítima, senão vejamos na Apelação Criminal nº 0006783-88.2018.8.26.0127:

> APELAÇÃO CRIMINAL – Estupro de vulnerável – Recurso da Defesa – Absolvição por falta de provas – Improcedência – Os firmes e coerentes depoimentos das testemunhas, aliados ao estudo social realizado na ofendida são suficientes para ensejar a condenação do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> réu - **Relevância da palavra da vítima em crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, longe da presença de testemunhas – Conjunto probatório robusto para lastrear o decreto condenatório** – Redução da fração pela continuidade delitiva – Impossibilidade - "Em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações" – Precedentes do STJ - Penas impostas e regime prisional adequados à espécie – Recurso Defensivo não provido. (TJ-SP - APR: 00067838820188260127 SP 0006783-88.2018.8.26.0127, Relator: Sérgio Ribas, Data de Julgamento: 15/04/2020, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 15/04/2020). (g.n.)

Note-se com os expostos julgados que os respectivos Tribunais dão vasta relevância aos depoimentos das vítimas, tendo em vista que a conduta ilícita geralmente ocorre de forma obscura e escondida para que não haja a percepção de pessoas, incluindo familiares e amigos das vítimas, bem como, desde que no depoimento seja encontrado coerência entre si.

Ademais, cumpre trazer casos ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, onde no norte do Tocantins, em Wanderlândia, fora condenado por estupro de vulnerável um homem de 61 (sessenta e um) anos, o qual ficou preso por três anos, seis meses e cinco dias na Cadeia Pública de Wanderlândia. Após, ocorreu a sua absolvição concedendo-lhe liberdade após a vítima de 14 anos, que na época do crime tinha 10 anos, ter confessado o fato de ter dado depoimento falso.

Segundo as informações da Defensoria Pública, a adolescente compareceu ao órgão no município para informar que “sua consciência lhe cobrava inocentar o lavrador”. Afirmou ao órgão que, há época ofereceu depoimento falso no único intuito de proteger o atual namorado em razão de ter tido relações sexuais. Com isso, a Defensoria Pública realizou o pedido de revisão do processo criminal.

Ainda segundo o defensor público atuante no caso, durante a instrução processual foi realizado exame do corpo de delito, porém, as provas periciais requeridas não foram realizadas, como por exemplo o exame de DNA nas respectivas vestes da vítima, menor de idade, para localizar vestígios de sêmen do acusado. Assim, foram os autos julgados e o acusado condenado à pena de 11 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado.

Com vistas ao art. 630 do Código de Processo Penal, o Tribunal poderá requerer o direito a uma indenização pelos prejuízos, mas segundo consta na sentença "o pleito de

indenização não se mostra pertinente, pois não se verificou um erro do Poder Judiciário. As novas provas surgiram através da retratação da vítima".

Ao indiciar uma pessoa pelo crime de estupro de vulnerável, somente pela palavra da vítima, devem-se verificar todas as circunstâncias do crime, pois a falta de certeza da vítima ou até mesmo nas provas coletadas podem ocorrer condenações de pessoas inocentes.

Desse modo, existem casos de condenações que houve falha dentro do sistema penal brasileira, uma vez que na maioria das vezes leva-se em consideração a valoração da palavra da vítima.

Em contrário, há jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que entende a necessidade de dar relevância ao depoimento da vítima, conforme se vê:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. - **As declarações da vítima e da mãe da menor, tem relevante valor probatório para acarretar a condenação pela prática do crime de estupro de vulnerável. - Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio em outros elementos de prova existentes nos autos. - Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor.** DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DENOMINADO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. - Impossibilidade de desclassificação vez que a conduta do apelante ultrapassou em muito a simples contravenção invocada de mera importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, ou mesmo o tipo penal inserto no art. 146, do CP, caracterizando, sim, a prática descrita no art. 217-A do Código Penal. (AP 0020956-54.2016.827.0000, Rel. Des. MOURA FILHO, 1ª Turma, 1ª Câmara Criminal, julgado em 14/02/2017). (g.n.)
>
> EMENTA: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA COMPROVADA. PALAVRA DA VÍTIMA CONVERGENTE COM AS DEMAIS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. 1. **Nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima recebe importante valor probatório,**

> **principalmente quando encontra eco nos autos, decorrente das informações prestadas pelas demais testemunhas. \"Descrer delas, só quando se arregimentam elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional\"** (TJSP; RT 455/332), situação inocorrente na espécie. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA E DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ARTIGO 61 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. NÃO ACOLHIMENTO. 3. Na forma da jurisprudência pacificada no STJ, a materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tais como beijos lascivos e atos consistentes em passar a mão nos seios e nas partes íntimas da vítima. (AP 0007213-45.2014.827.0000, Rel. Des. HELVÉCIO MAIA, 4ª Turma da 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/04/2016). (g.n.)

Destarte, é possível compreender a devida proporção que se encontra no depoimento da vítima do crime de estupro de vulnerável e a precisão de os julgadores se posicionarem diante da grande relevância nos mesmos, tendo em vista os costumes e características da conduta do autor do crime, considerando que decorrem de atos que ocorrem de forma clandestina, em lugares que fogem dos olhares dos responsáveis pela criança e o adolescente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No intuito de provocar a discussão acerca do estupro de vulnerável instituído pela Lei nº 12.015/09 e realizando a substituição do artigo 224 pelo artigo 227-A do Código Penal Brasileiro, é possível constatar que o delito pode ser caracterizado mediante diversas condutas do meliante, desde que encontre a pretensão de violação da dignidade sexual da criança vulnerável.

Ainda que suposta conduta obtenha o consentimento do indivíduo menor de 14 (catorze) anos, é possível a caracterização do crime de estupro de vulnerável em razão do entendimento de que a criança na respectiva idade não possui desenvolvimento mental e físico completo para discernir o certo e o errado.

Ademais, o estudo esclarece que o elemento subjetivo para a indicação do crime se trata do dolo, materializando na pretensão de realizar a conjunção carnal com a criança, ou ainda a prática de qualquer outro ato libidinoso.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Diante da verificação e comprovação do crime, foi instituído como medida para buscar novas e mínimas provas da realidade dos fatos o instituto do depoimento especializado da vítima, onde a mesma é ouvida em sala divergente a qual ocorre audiência, sendo entrevistada por profissional especializado da saúde e educação, com acompanhamento médico de psicólogo se necessário, no intuito de garantir a segurança mental e física da vítima do estupro de vulnerável.

No entanto, a escuta especializada e também chamada de depoimento sem dano, consiste em uma ferramenta de suma importância na ação penal por cometimento de estupro de vulnerável, cujo objetivo consiste na existência mínima de provas para legitimar decisão condenatória definitiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. Editora Método, 2017.

BEZERRA, M.M. de S. **Abuso sexual infantil**: crianças x abuso sexual. 2006. Disponível em: http://www.psicologia.com.pt. Acesso em: 24 jul. 2021.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: crimes contra a dignidade sexual. Edição 14 local: São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Getúlio Vargas. Francisco Campos. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941; 120º da Independência e 53º da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art217a. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CARVALHO, Luiz Oeste Ribeiro. DUARTE, Francisco Ricardo. MENEZES, Afonso Henrique Novaes. SOUZA, Tito Eugênio Santos. **Metodologia científica**: teoria e aplicação na educação a distância. Petrolina/PE. 2019.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. BRASIL.

DAMÁSIO, Antônio R. **O Erro de Descartes:** emoção, razão e o cérebro humano. Edição Econômica. Edição de bolso. 2012.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro um estudo a luz da dignidade humana.** Saraiva: 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal,** parte especial. 7. ed. Saraiva: 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal dos crimes sexuais**. Disponível em: http://www.lfg.com.br. Acesso em: 15 maio 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial. 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016. vol. 3.

HOMEM, Élie Peixoto. **Doutrina**: Depoimento sem dano e o melhor interesse da criança. Ministério Público do Paraná. Disponível em https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2231.html. Acesso em 15 de setembro de 2021.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

LAUDAN, Larry Trut. **Direito penal:** um ensaio de epistemologia jurídica. Cambridge: Editora Universitária Cambridge, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Sobre o uso do standard probatório no processo penal.** São Paulo: Conjur, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal. Acesso em: 24 jul. 2021.

NORONHA, Edgard de Magalhães. **Crimes contra os costumes**. Código Penal. São Paulo: livraria Acadêmica Saraiva, 1943.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais.** 13. ed. São Paulo: Forense, 2020.

PRADO, Luiz Regis, **Curso de Direito Penal brasileiro.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Victor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Direito Processual Penal**. Madrid: Colex, 1996.

TANFERRI, Andressa Silveira; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena. **Revista do Direito Público**, [s.l.], v. 10, n. 1, 5 maio 2015. Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: https://www.readcube.com/articles/10.5433%2F1980-511x.2015v10n1p47 Acesso em: 24 jul. 2021.

TOCANTINS. **Condenado por estupro é absolvido após vítima dizer que mentiu no TO**. 2014, G1 Tocantins. Disponível em: http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2014/08/condenado-por-estupro-e-absolvido-apos-vitima-dizer-que-mentiu-no.html. Acesso em 14 de julho de 2021.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal.** p. 35 e s.

www.conteudojuridico.com.br

UM ESTUDO SOBRE O FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA DETECTADOS PELAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO ATO DAS FISCALIZAÇÕES REALIZADAS NO IMÓVEL DO CLIENTE

DANUBIA DA COSTA GOMES:
Bacharela do Curso de Direito pelo Centro Universitário Fametro[88].

RESUMO: Diante da importância da energia elétrica para a manutenção da vida e para o bom andamento da sociedade faz-se mister a compreensão de que as ocorrências de furtos de energia se apresentam como problemáticas que necessitam ser combatidas. Este estudo teve como objetivo geral analisar o enquadramento legal dos furtos de energia elétrica detectados pelas distribuidoras no ato da fiscalização em imóveis. Através de uma pesquisa bibliográfica e documental foi possível compreender as especificidades comuns à energia elétrica, inclusive enquanto direito essencial que a mesma deveria ser entendida, bem como reconheceu-se os tipos de desvios de energia que podem acontecer e suas devidas tipificações legais nacionalmente reconhecidas. De igual forma identificou-se quais são as legislações que amparam medidas judiciais contra o desvio de energia, quais os procedimentos a serem adotados quando destas situações, e apresentou-se algumas jurisprudências que envolvem o tema, sendo observado que o crime de desvio de energia pode ser contemplado enquanto furto ou estelionato, sendo necessário que haja a devida especificação para a aplicação das penalidades previstas em lei.

PALAVRAS-CHAVE: Energia elétrica. Furto. Código Penal Brasileiro.

ABSTRACT: Given the importance of electricity for the maintenance of life and for the smooth running of society, it is necessary to understand that the occurrence of energy theft is a problem that needs to be tackled. This study aimed to analyze the legal framework of the theft of electricity detected by distributors in the act of inspection of properties. Through a bibliographical and documentary research, it was possible to understand the common specificities of electric energy, including as an essential right that it should be understood, as well as recognizing the types of energy deviations that can happen and their due legal typifications nationally recognized. Likewise, it was identified which are the laws that support legal measures against energy diversion, which procedures to be adopted in these situations, and presented some jurisprudence involving the subject, observing that the crime of energy diversion it can be contemplated as theft or embezzlement, it being necessary that there be proper specification for the application of the penalties provided for by law.

88 E-mail: danilominhavida@gmail.com

KEYWORDS: Electricity. Theft. Brazilian Penal Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O furto de energia elétrica. 2.1. Energia elétrica: conceitos e necessidades. 2.2. Energia elétrica como direito fundamental. 3. Furto de energia elétrica: conceitos e tipificação legal. 3.1. Conceito de desvio de energia elétrica. 3.2 Tipos de desvio de energia elétrica e seu enquadramento legal. 4. Jurisdição e legislação contra os desvios de energia elétrica. 5. Conclusão. 6. Referência.

1. INTRODUÇÃO

A avaliação das bases legais sobre o furto de energia elétrica aponta invariavelmente pela análise de vários aspectos relacionados à temática como o reconhecimento conceitual do serviço de fornecimento deste tipo de energia, bem como a tipificação legal dos desvios da mesma e quais os direcionamentos em leis que determinam sobre o tema.

De acordo com o Relatório de Perdas de Energia Elétrica na Distribuição, elaborado pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, os furtos e desvios de energia elétrica, reconhecidos como perdas não técnicas representam cerca de 9,6% das perdas totais de energia das distribuidoras no ano de 2019. Ainda em consideração ao mesmo relatório, as perdas não técnicas são responsáveis por cerca de R$ 7,5 bilhões de prejuízos ao ano (ANEEL, 2020).

Neste sentido, este estudo tem como objetivo geral analisar o enquadramento legal dos furtos de energia elétrica detectados pelas distribuidoras no ato da fiscalização em imóveis. Para contemplar tal objetivo foram estabelecidos como objetivos específicos: a) apresentar conceitualmente o furto de energia elétrica; b) estudar os tipos de irregularidades no ato do furto de energia elétrica; c) compreender as jurisdições sobre o crime de furto de energia elétrica.

Esta pesquisa tem sua justificativa relacionada principalmente à elevada ocorrência de furtos de energia e a banalização notada por parte da sociedade quanto as questões morais e legais que envolvem o ato ilícito, o que é percebido em todas as instâncias inclusive do poder público. Destaca-se ainda que a realização deste estudo se mostra pertinente também em consideração aos problemas que o furto de energia elétrica pode causar, tanto em relação aos prejuízos para as distribuidoras de energia quanto para os consumidores que correm riscos como falta de abastecimento e acidentes.

A metodologia estipulada para esta a pesquisa foi fundamentada no método dedutivo, o qual se apresenta como o estudo partindo da parte geral para o particular, o que Provdanov e Freitas (2013, p. 27) elucida se tratar da "[...] por intermédio de uma

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão". Por aporte teórico metodológico foi apresentado o levantamento das legislações e jurisprudências existentes, apresentados por doutrinadores acerca da temática.

Assim, em consideração aos procedimentos e aos objetivos estipulados, a pesquisa foi realizada em bancos de dados científicos e jurídicos partindo do cruzamento das palavras-chaves "energia elétrica", "furto", "Código Penal Brasileiro".

2. O FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA E DIREITOS

2.1 Energia elétrica: conceitos e necessidades

Anterior ao aprofundamento nas questões pertinentes ao furto de energia elétrica em si, é salutar a compreensão acerca das bases conceituais sobre a energia elétrica, sua evidência enquanto direito fundamental e os cernes reguladores da distribuição à sociedade.

Conceitualmente, a energia elétrica pode ser definida como aquela proveniente de uma corrente elétrica alimentada pela conversão de energia de vários combustíveis, como o petróleo, carvão mineral, biocombustíveis e força hidráulica, entre outros (PAMPLONA et al., 2020).

Segundo Battaglin e Barreto (2012), sob a perspectiva histórica, a eletricidade se origina da palavra electrum, de base no latim, com o significado de âmbar, o qual foi utilizado por Tales de Mileto no século VI a.C. através de um experimento de esfregação de pedaços de âmbar gerando assim atração entre as partes, o que originava os estudos sobre eletricidade.

Caldas, Lima e Crispino (2016) afirmam que é importante compreender que a eletricidade sempre esteve presente na humanidade, seja inicialmente pelo reconhecimento das correntes elétricas naturais ou pela indução do próprio homem, mas que os estudos e controle sobre a mesma se deram como mais avançados por volta de 1.600 com Otto von Guericke culminando na criação da primeira máquina eletroestática que se tem conhecimento.

Os estudos sobre o desenvolvimento de estratégias de uso da eletricidade passam por diversas contribuições, sendo a de Thomas Edson a mais significativa quando se trata deste estudo, uma vez que seus achados apontaram para o uso comercial e doméstico da eletricidade através da lâmpada incandescente. Tal descoberta, associada aos aprofundamentos no estudo da eletricidade em caráter doméstico passou a determinar a necessidade de geração de energia em larga escala, gerando assim a implementação de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

redes de energia que atendessem as demandas dos domicílios, comércios e prédios públicos em geral (FARIAS; SELLITTO, 2011).

No que tange ao uso doméstico de energia elétrica, Carvalho e Almeida (2019) elucidam se tratar do produto da rede elétrica que abastece as residências e comércio de forma a suprir as necessidades como iluminação, refrigeração, funcionamento de produtos elétricos, entre outros. Castro et al. (2014) complementam ao afirmar que dentre o uso doméstico de energia elétrica é possível citar nas residências o uso da mesma para iluminação, aquecimento, refrigeração, utilidades domésticas, aparelhos eletroeletrônicos, entre outros.

Assim, o fornecimento de energia elétrica atualmente, considerando o modo de vida da sociedade, pode se reconhecido como um serviço imprescindível uma vez que, para muito além de proporcionar conforto aos cidadãos, a energia elétrica serve de fonte energética para o funcionamento de itens que asseguram a sobrevivência, como a conservação de alimentos, ou ainda o funcionamento de equipamentos de saúde, por exemplo (NETA et al., 2017).

Ainda nessa seara, Doroche e Anschau (2015) esclarecem que a importância da energia elétrica na sociedade em razão da sobrevivência da mesma quando se trata de um modo de adaptação ao meio ambiente, bem como tem funções claramente econômicas, pois é através da mesma que muitos equipamentos de trabalham funcionam, impulsionando assim a economia local.

Nos dias atuais o Brasil se destaca pelo cenário de consumo de energia elétrica:

> Brasil possui em torno de 80 milhões de unidades consumidoras (UC) (com funções de medição específicas e correspondentes a pontos individuais de entrega de energia ao consumidor). A maior parte dos usuários de eletricidade (85%) é residencial, embora esta indústria seja responsável por apenas 35% do consumo de eletricidade do país. A rede de transmissão e distribuição do Brasil acompanha a trajetória histórica de urbanização e industrialização. Os grandes centros urbanos e áreas industriais do país são os maiores usuários de eletricidade. Nesse contexto, a infraestrutura da rede de transmissão e distribuição tem como alvo direto esses espaços (SOUZA, 2011, p. 20)

A necessidade da energia elétrica para a sociedade como um todo nos dias de hoje se mostra uma importante linha de discussão principalmente no que concerne a relevância da mesma para a manutenção da vida e por sua contribuição para a economia,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

o que demanda a importância de entender o acesso a energia elétrica enquanto direito fundamental.

2.2 Energia elétrica como direito fundamental

Quando se trata da importância da energia elétrica para a vida humana e em sociedade um ponto crucial é a compreensão da mesma enquanto direito fundamental, o que já é preconizado em diversas legislações nacionais.

Com o intuito de garantir a dignidade humana, a Proposta de Emenda Constitucional 44 de 2017 (BRASIL, 2017) buscou assegurar o acesso a energia elétrica como um direito social, ou seja, sendo adicionado ao sexto artigo da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ainda em tramitação, esta PEC compreende que ao instituir tal acesso como um direito social, a distribuição de energia elétrica passa a ser uma obrigação do poder público, a exemplo da educação, saúde e segurança, as quais são primordiais a dignidade humana.

Atualmente o fornecimento de energia elétrica se dá pela distribuição através de concessionárias diretamente ligadas as instâncias públicas, o que demanda a compreensão de relação com o serviço público (FELIX; SILVA; FARIA, 2020). De acordo com Calasans Junior (2017) ao não atender determinados serviços de forma adequada, o poder público passa a conferir a gestão destes serviços à iniciativa privada.

Assim sendo, o serviço essencial de fornecimento de energia passa a ser compreendido como aquele defendido no Código de Defesa do Consumidor, conforme

> Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (BRASIL,1990).

Dentre as diversas questões que permeiam o acesso a energia elétrica enquanto direito social, é salutar a compreensão acerca da essencialidade do mesmo e o reconhecimento da ilegalidade da interrupção deste serviço, seja por qual motivo se apresente, como a inadimplência por exemplo (LOPES; LIMA, 2018).

Correa (2017) elucida que enquanto direito essencial, o acesso a energia elétrica não pode ser suspenso em decorrência através de corte, o que determina-se uma fonte de discussão, uma vez que a Lei da Greve Brasileira (BRASIL, 1998) dispõe que:

> Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
>
> II - assistência médica e hospitalar;
>
> III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
>
> IV - funerários;
>
> V - transporte coletivo;
>
> VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
>
> VII - telecomunicações;
>
> VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
>
> IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
>
> [...]

Ainda que a distribuição de energia elétrica seja considerado um serviço essencial é salutar a discussão sobre como se constituem os casos de interrupção do mesmo. Correa (2017) esclarece que quando se trata da interrupção de tal serviço, as empresas distribuidoras devem ser acionadas e responsabilizadas por estas ocorrências, com exceção dos casos em que as justificativas se baseiem na manutenção da rede, conforme o verso da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995):

> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
> § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
> I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
> II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade."

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Nota-se que o inciso II esclarece outra forma de suspensão do serviço de abastecimento de energia, em conformidade com a inadimplência do consumidor, o que tem se mostrado assunto pertinente a uma série de processos judiciais.

Alguns acórdãos acerca do tema já deram como ilegal o corte neste fornecimento, conforme:

> EMENTA
>
> Corte no fornecimento de água. Inadimplência do consumidor. Ilegalidade. 1. É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo. 2. Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos. 3. Recurso não conhecido.
>
> ACÓRDÃO
>
> Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer ao recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Senhor Ministro Relator os Senhores Ministros José Delgado e Francisco Falcão. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro José Delgado.

Além dos questionamentos acerca da ilegalidade do corte de energia elétrica, outro ponto sensível de discussão quando se trata do direito ao serviço em tela, se dá diante das ocorrências de furtos de energia elétrica, os quais demandam atenção e discussão no meio jurídico.

3. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA: CONCEITOS E TIPIFICAÇÃO LEGAL

Diante da coerência em compreender o abastecimento de energia elétrica como direito essencial e os casos de interrupção deste serviço, uma questão a ser discutida se constitui nas ocorrências de furto da energia elétrica, sendo necessária a contextualização conceitual e a tipificação no âmbito legal de cada caso como se apresenta.

3.1 Conceito de desvio de energia elétrica

Conceitualmente, o furto é estabelecido no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) como o ato de subtrair para si ou para demais quaisquer coisas ou serviços que pertençam a outra pessoa, conforme o estipulado no Título II, Capítulo I, artigos 155 a 156. Tais artigos também determinam as penalizações a serem aplicados em cada caso, seja o furto simples, qualificado ou coisa comum.

Ainda em consideração aos objetivos propostos por este estudo é salutar a compreensão no texto do CP (BRASIL, 1940) a definição de estelionato, o qual é determinado no artigo 171:

> Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.
>
> § 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.
>
> § 2º - Nas mesmas penas incorre quem:
>
> **Disposição de coisa alheia como própria**
>
> I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Quando se trata de ocorrências ilegais em relação ao consumo de energia elétrica, Volpi (2011) elucida se tratar de qualquer alteração legal no abastecimento de energia, seja por desvios da rede elétrica ou por alterações nos equipamentos de medição e monitoramento da distribuição da energia. Bittencourt (2015) afirma que se faz necessária a compressão de tais diferenças para fins de tipificação de cada caso, para a construção de bases legais de combate e penalização.

3.2 Tipos de desvio de energia elétrica e seu enquadramento legal

Segundo Bittencourt (2016) é necessário que seja estabelecida a compreensão dos desvio de energia elétrica diante dos tipos possíveis desta ocorrência, bem como sua relação com a tipificação destas ilegalidades.

De acordo com o primeiro ponto a ser discutido quando se trata de desvio de energia elétrica são as ocorrências de furto da mesma, as quais podem ser conceituados

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

na esfera especializada da ANEEL através da Resolução Normativa 414 (ANEEL, 2010), se tratando então de um consumo ocorrido efetivamente e que não foi registrado pelo monitor de consumo.

Conforme Santos et al. (2011), o desvio de energia elétrica, se dá quando o sujeito ativo faz uma ligação direta do poste para sua residência ou comércio, popularmente conhecido como gato. Complementa ainda a explicação sobre o procedimento ao afirmar que nestes casos a fiação é conectada diretamente ao ponto de uso, sem qualquer registro no medidor de consumo da unidade.

Colnago et al. (2011) apresentam o segundo tipo de desvios de energia elétrica é aquele em que são notadas maiores implicações técnicas e profissionais, pois é determinada pela alteração do medidor de energia. Explicam ainda que tal ocorrência se dá pela adulteração do equipamento, iniciando pelo rompimento do lacre, diminuindo assim a contagem do consumo e reduzindo os valores gastos na conta final a ser pago pelo consumidor.

Diante da tipificação dos casos de desvios de energia elétrica torna-se salutar a compreensão sobre o enquadramento legal de cada situação em tela, uma vez que as implicações legais são determinantes para haja efetiva ação jurídica contra este crime.

De acordo com Silva e Furtado (2020) quando se trata do primeiro tipo de desvio de energia apresentado, o crime deve ser considerado furto diante a subtração de um bem, frente as características da ação, em conformidade com o artigo 155 do Código Penal (BRASIL, 1940), conforme:

> Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.
>
> § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.
>
> § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.
>
> Furto qualificado
>
> § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à

> subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas
>
> § 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> § 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)
>
> § 6º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração. (Incluído pela Lei nº 13.330, de 2016)
>
> § 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

Nota-se que o furto de energia elétrica se encontra devidamente destacado no verso da legislação em análise, o que aponta para a importância de identificação de tal prática, bem como na atenção as possibilidades de penalização frente ao ato em si.

No que tange ao segundo tipo de desvio de energia, Lobão e Bastos (2012) elucidam se tratar do crime de estelionato uma vez que não há furto quando se trata do mesmo em virtude do não registro ou registro reduzido no medidor, o que Santos (2020) complementa:

> A lei equipara à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. Assim, desviando o agente a energia, indevidamente, cometerá furto, mas se usar qualquer artefato para viciar a medição do consumo de energia elétrica de sua casa ou estabelecimento, comete estelionato, por ter induzido em erro a companhia fornecedora, com meio fraudulento, obtendo vantagem indevida (p. 171)

É observado que quando se trata de estelionato de energia elétrica a condição de adulteração do medidor se apresenta como a mais importante diante ao dolo em induzir

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

a empresa fornecedora ao erro de medição, o que demonstra maior potencial criminal do ato.

Quando se trata da análise de ambos os crimes, Santos (2020) explica que

> No furto, a conduta ilícita ocorre sem que a concessionária saiba que está fornecendo a energia elétrica para aquele consumidor, pois ele consegue subtrair sem que a vítima perceba que está sendo despojada de sua posse. Por outro lado, quando falamos de estelionato, por meios ardilosos o criminoso adultera o equipamento de medição fazendo com que este não registre a leitura conforme foi auferido pelo INMETRO. Ou seja, a empresa fornecedora da energia elétrica tem ciência do fornecimento, porém desconhece que este consumidor está pagando bem menos pelo quilowatt com relação aos demais usuários do serviço (p. 25)

É notado que a especificação de cada tipo de crime conduzido junto ao fornecimento de energia elétrica e suas especificidades e aplicações legais se apresentam como importantes no estudo legal de tal ato.

4. JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO CONTRA OS DESVIOS DE ENERGIA ELÉTRICA

Em razão da amplitude da problemática acerca dos desvios de energia elétrica é salutar a apresentação do entendimento das legislações pertinente ao tema assim como as jurisprudências conhecidas sobre o mesmo.

No que tange as leis e normativas, a Resolução 479 da ANAAEL (ANEEL, 2012) é determinante no que concerne à suspeita e processo de fraude, conforme:

> Art. 130. Comprovado o procedimento irregular, para proceder à recuperação da receita, a distribuidora deve apurar as diferenças entre os valores efetivamente faturados e aqueles apurados por meio de um dos critérios descritos nos incisos a seguir, aplicáveis de forma sucessiva, sem prejuízo do disposto nos arts. 131 e 170: I – utilização do consumo apurado por medição fiscalizadora, proporcionalizado em 30 dias, desde que utilizada para caracterização da irregularidade, segundo a alínea "a" do inciso V do § 1o do art. 129; II – aplicação do fator de correção obtido por meio de aferição do erro de medição causado pelo emprego de procedimentos irregulares, desde que os selos e lacres, a tampa e a base do medidor estejam intactos; III – "utilização da média dos 3 (três) maiores valores disponíveis de consumo de energia elétrica,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> proporcionalizados em 30 dias, e de demanda de potências ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição regular, imediatamente anteriores ao início da irregularidade;" IV – determinação dos consumos de energia elétrica e das demandas de potências ativas e reativas excedentes, por meio da carga desviada, quando identificada, ou por meio da carga instalada, verificada no momento da constatação da irregularidade, aplicando-se para a classe residencial o tempo médio e a frequência de utilização de cada carga; e, para as demais classes, os fatores de carga e de demanda, obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares; ou V – utilização dos valores máximos de consumo de energia elétrica, proporcionalizado em 30 (trinta) dias, e das demandas de potência ativa e reativa excedentes, dentre os ocorridos nos 3 (três) ciclos imediatamente posteriores à regularização da medição.

Observa-se que são construídas determinações legais que tanto esclarecem acerca das ocorrências quanto os meios de correção, destacando que as medidas punitivas se revelam na aplicação de procedimentos administrativos como jurídicas.

Entre as jurisprudências já conhecidas acerca da problemática em tela é possível citar uma decisão do STJ, conforme:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO CONHECIDO. ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALTERAÇÃO NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE POR USO DE SUBSTÂNCIA. REDUÇÃO DO CONSUMO DE ENERGIA. INDUZIMENTO A ERRO DA COMPANHIA ELÉTRICA. TIPICIDADE LEGAL. ESTELIONATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Extrai-se dos autos que fraude empregada pelos agravantes - uso de material transparente nas fases a e b do medidor - reduzia a quantidade de energia registrada no relógio e, por consequência, a de consumo, gerando a obtenção de vantagem ilícita. 2. "No furto qualificado com fraude, o agente subtrai a coisa com discordância expressa ou presumida da vítima, sendo a fraude meio para retirar a res da esfera de vigilância da vítima, enquanto no estelionato o autor obtém o bem através de transferência empreendida pelo próprio ofendido por ter sido induzido em erro". (AgRg no REsp 1279802/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 8/5/2012, DJe 15/5/2012) 3. O

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> caso dos autos revela não se tratar da figura do "gato" de energia elétrica, em que há subtração e inversão da posse do bem. Trata-se de prestação de serviço lícito, regular, com contraprestação pecuniária, em que a medição da energia elétrica é alterada, como forma de burla ao sistema de controle de consumo, - fraude -, por induzimento ao erro da companhia de eletricidade, que mais se adequa à figura descrita no art. 171, do Código Penal - CP (estelionato). 4. Recurso especial desprovido. (STJ - AREsp: 1418119 DF 2018/0333774-2, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 07/05/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/05/2019)

Observa-se nesta decisão que o órgão colegiado compreendeu a necessidade de condenação do réu em conformidade com o preposto no artigo 171 do CP, uma vez que houve comprovação de que o mesmo adulterou o medidor de energia elétrica de sua responsabilidade.

Outro achado pertinente às jurisdições sobre estas ocorrências é tratado novamente pelo STJ, conforme:

> PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA ODELITO DE ESTELIONATO. EXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. 1. No furto qualificado com fraude, o agente subtrai a coisa com discordância expressa ou presumida da vítima, sendo a fraude meio para retirar a res da esfera de vigilância da vítima, enquanto no estelionato o autor obtém o bem através de transferência empreendida pelo próprio ofendido por ter sido induzido em erro. 2. In casu, a Corte a quo, após análise das provas constantes dos autos, reconheceu o crime de furto mediante fraude porque a concessionária de prestação de serviço público não tinha conhecimento da fraude perpetrada quanto às trocas dos transformadores, que passaram a registrar consumo de energia elétrica a menor, situação típica do crime descrito no art. 155 do Diploma Penalista, razão pela qual conclusão em sentido contrário quanto à caracterização do delito tipificado no art. 171 do mesmo Estatuto Repressor, demandaria o revolvimento do material fático/probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1279802 SP 2011/0214778-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 08/05/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2012)

Na discussão entre o estelionato e o furto simples é observado que o recurso se deu como negado em virtude do esclarecimento sobre a prática de estelionato e não nos moldes simplificados de furto.

5. CONCLUSÃO

Quando se trata do furto de energia elétrica e as bases legais acerca do mesmo é importante destacar que muitos aspectos necessitam ser compreendidos, iniciando pelo levantamento conceitual da mesma, a identificação do acesso a energia elétrica como um direito essencial, e por fim as qualificações penais frente as ocorrências de furto.

Foi possível observar que as ocorrências de desvio de energia se dão de duas formas, através de ligação direta e adulteração dos instrumentos de medição, os quais são determinados pelas distribuidoras no ato da verificação do consumo, sendo necessário a identificação do tipo de desvio para que sejam considerados os tipos de crimes impostos e por consequência a atribuição de penalidades.

Com o reconhecimento dos tipos possíveis de crimes de desvio de energia elétrica, foi notado que na legislação brasileira os mesmos são contemplados em dois tipos diferentes de crime, sendo as ligações diretas consideradas furto e as adulterações de medidores consideradas prática de estelionato, as quais possuem determinações legais diferenciadas e penalidades aplicadas em conformidade com o rigor de cada uma.

Por fim, através da realização deste estudo possibilitou-se a compreensão da prática criminosa de desvio de energia independente de forma que se apresente, sendo necessário rigor na aplicação das leis a fim de evitar prejuízo a todos os envolvidos.

6. REFERÊNCIAS

ANEEL. Relatório de Perdas de Energia Elétrica na Distribuição. Agência Nacional de Energia Elétrica: Brasilia, 2020.

ANEEL. Resolução Normativa 414. Direitos e deveres de consumidores e distribuidoras. ANEEL: Brasília, 2010.

ANEEL. Resolução Normativa nº 479. ANEEL: Brasília, 2012.

BATTAGLIN, Paulo David; BARRETO, Gilmar. Revisitando a história da engenharia elétrica. Revista de Ensino de Engenharia, v. 30, n. 2, p. 49-58, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 5. Saraiva Educação SA, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Casa Civil: Brasília, 1988.

BRASIL. Lei n. 2.848. Código Penal Brasileiro. Casa Civil: Brasília, 1940.

BRASIL. Lei n. 7.783. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.Casa Civil: Brasília, 1998.

BRASIL. Lei n. 8.078. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Casa Civil: Brasília, 1990.

BRASIL. Lei n. 8.987. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Casa Civil: Brasília, 1995.

CALASANS JUNIOR, José. Direito da Energia Elétrica-Estudos e Pareceres. SYNERGIA, 2017.

CALDAS, Jocasta; LIMA, Marcelo C. de; CRISPINO, Luís CB. Explorando História da Ciência na Amazônia: O Museu Interativo da Física. Revista Brasileira de Ensino de Física, v. 38, 2016.

CARVALHO, Ricardo Haroldo; DE ALMEIDA, Ana Cristina Pimentel Carneiro. Consumo doméstico de energia elétrica por meio da abordagem ciência, tecnologia e sociedade. Indagatio Didactica, v. 11, n. 2, p. 843-862, 2019.

CASTRO, Nivalde José et al. Importância e dificuldades da integração elétrica na América do Sul. Perspectivaspara Integração da América Latina, p. 115, 2014.

COLNAGO, Guilherme P. et al. A Nova Norma de Qualidade da Energia Elétrica Brasileira e um Medidor de Baixo Custo. In: Congresso Brasileiro Sobre Qualidade de Energia Elétrica. 2011. p. 617-622.

CORRÊA, Camila Braga. Do consumidor inadimplente e a suspensão da prestação de serviços públicos essencias de agua potável e energia elétrica. Anais do Seminário Científico do UNIFACIG, n. 2, 2017.

DOROCHE, Marcos Roberto; ANSCHAU, Cleusa Teresinha. Oferta de energia elétrica no Brasil. Revista Tecnológica, v. 2, n. 1, p. 402-414, 2015.

FARIAS, Leonel Marques; SELLITTO, Miguel Afonso. Uso da energia ao longo da história: evolução e perspectivas futuras. Revista Liberato, v. 12, n. 17, p. 07-16, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

FELIX, Gustavo Estevo; DA SILVA, Nicole Costa; FARIA, Lucas Teles. Análise Espacial Exploratória das Perdas Não Técnicas em Sistemas de Distribuição de Energia Elétrica. Simpósio Brasileiro de Sistemas Elétricos-SBSE, v. 1, n. 1, 2020.

LOBÃO, Ronaldo; ROMANO, Marcus; BASTOS, David. A Dimensão Moral das Perdas: o caso do furto de energia. Revista Ética e Filosofia Política, v. 1, n. 15, 2012.

LOPES, Ana Maria D.'Ávila; DE LIMA, Gislene Rocha. A aplicação do princípio da reserva do possível às empresas privadas delegatárias prestadoras de serviços públicos essenciais. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 18, n. 73, p. 75-95, 2018.

NETA, Regina Maria Lima et al. CONSUMO EFICIENTE DE ENERGIA ELÉTRICA. Entre Aberta Revista de Extensão, v. 2, n. 1, 2017.

PAMPLONA, Edgar et al. Nível e determinantes de evidenciação de riscos em empresas brasileiras do setor de energia elétrica listadas na BM&FBovespa. ConTexto, v. 20, n. 45, 2020.

PROVDANOV, C. C.; FREITAS, E. C. De. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SANTOS, Marcos Ferreira et al. Práticas Ilegais dos Consumidores. Uma Análise do "gato" na Rede de Energia Elétrica. Revista Brasileira de Marketing, v. 10, n. 2, p. 03-29, 2011.

SILVA, Jackson Pereira de. Furto de energia eletrica: impacto e consequências para a sociedade. (Monografia) Bacharelado em Direito. Universidade Federal de campina Grande: Campina Grande, 2011.

SILVA, Marco Antonio Marques; FURTADO, Régis Munari. Reconhecimento da dignidade da pessoa humana furto de energia elétrica e água, estado de necessidade resenha da apelação criminal N. º 0003175-43.2009. 8.26. 0145. Direitos Democráticos & Estado Moderno, n. 1, p. 201-204, 2020.

VOLPI, Neida Maria Patias et al. Designação de Serviços em uma Empresa de Distribuição de Energia Elétrica. Pesquisa Operacional para o Desenvolvimento, v. 3, n. 1, p. 58-68, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A GUARDA DE ANIMAIS APÓS A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

NATASHA DE ALMEIDA MOREIRA: Bacharela em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO[89]

RESUMO: O artigo em questão traz uma nova visão de como a sociedade continua se adaptando aos novos modelos de família, tendo em consideração não somente o aspecto sanguíneo, mas o sentimental, fazendo com que exista relações entre humanos e animais. A partir dessa nova configuração familiar e o crescente vínculo entre os humanos e os animais, as demandas no Judiciário das quais envolvem o direito dos animais de estimação começou a crescer também, principalmente nos processos de divórcio ou dissolução da união estável. A partir disso, passa a se procurar a tutela do direito dos animais, e, como o ser humano, os não humanos também possuem o direito de ter a melhor opção levando em consideração o seu bem-estar durante a dissolução conjugal dos seus tutores. Com essa nova realidade em pauta, o instituto da guarda compartilhada será analisado pelo presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada; animais sujeitos de direito; pensão alimentícia para animais; família multiespécie.

ABSTRACT: The article in question brings a new view of how society continues to adapt to new family models, taking into account not only the blood aspect, but also the sentimental one, making relations between humans and animals exist. From this new family configuration and the growing bond between humans and animals, the demands in the judiciary involving the right to pets also began to grow, especially in cases of divorce or dissolution of the common-law marriage. From this, the protection of animal rights is sought, and, like humans, non-humans also have the right to have the best option, taking into account their well-being during the marital dissolution of their guardians. With this new reality on the agenda, the joint custody institute will be analyzed in this work.

KEYWORDS: Shared custody; animals subject to rights; alimony for animals; multispecies family.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA – 2.1. DE BENS SEMOVENTES A "FILHO DE QUATRO PATAS" – 3. ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS – 3.1. A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS DE COMPANHIA – 4. MODALIDADES DE GUARDAS E A POSSIBILIDADE DE SEREM APLICADAS PARA ANIMAIS – 5. A (IM)POSSIBILIDADE DE PENSÃO ALIMENTÍCIA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO – 5.1. A

89 E-mail: moreiranatasha@hotmail.com

SOLIDARIEDADE FAMILIAR NA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE EM RELAÇÃO AOS ALIMENTOS – 6. CONCLUSÃO – 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, os animais domésticos vêm ganhando uma imensa importância dentro dos lares familiares, fazendo com que pessoas humanas criem um ambiente de proteção e desenvolvam um enorme apego emocional por seus gatos, cachorros, aves e diversos outros animais no qual ocorre uma transferência de sentimentos, fazendo com que diversas vezes esses animais sejam tratados como filhos.

A partir dessa situação, os aspectos legais da relação entre humanos e animais de estimação começaram a ser analisados com uma maior profundidade. Assim, começou a ter discussões no âmbito do direito penal e direito civil.

Por serem parte da vida das famílias e os humanos possuírem afeto com os animais como se fossem filhos, atualmente, quando ocorre o ato do divórcio, os animais de criação são envolvidos nessa disputa, com as partes lutando por sua guarda. Dessa maneira, questiona-se: é possível que o estatuto fático de "filho" dos animais domésticos passasse a ser um estatuto jurídico, tornando a ideia de família multiespécie real?

É de conhecimento geral que a família brasileira passou por diversas mudanças ao decorrer dos anos. Antigamente a entidade da família era completamente formal, só sendo aceita mediante a fórmula do casamento entre um homem e uma mulher. Atualmente, a informalidade é mais comum de se encontrar entre as famílias formadas, tanto quanto aos seus componentes como da maneira que elas se iniciam. Pode-se entender como uma família informal as constituídas por união estável entre homem e mulher, monoparental, as homoafetivas e as oriundas de relações meramente afetivas.

No Código Civil de 2002, se encontra a denominação dos animais como objetos destinados a circular riquezas (art. 445, § 2º), garantir dívidas (art. 1.444) ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936). Sendo assim, a relação afetiva que existe entre o animal e seu dono em nenhum momento foi apontada pelo referido código. Vale ressaltar que, a realidade de famílias multiespécie é tão real que, com base em pesquisa do IBGE, no ano de 2013, é possível constatar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros.

Sendo assim, se entende que existe uma lacuna legislativa pelo fato de que, a lei não possui uma solução para o conflito entre pessoas e seu animal de estimação que foi adquirido e gerou uma relação de afeto entre os humanos e não como função de riqueza patrimonial, como está previsto em lei. Desse modo, o juiz, para resolução no caso

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

concreto, precisa decidir tendo como parâmetro a analogia, os costumes e princípios gerais de direito.

A necessidade de pesquisas acadêmicas a respeito da multiespécie das famílias viabilizou a elaboração de um projeto de pesquisa no tema, levando em conta que o animal de estimação passou com os anos a ser considerado um membro da família, devendo assim o judiciário se adequar a essa nova realidade social, tentando desenvolver meios de atender ao máximo a satisfação da lide levada ao seu conhecimento.

Espera-se atrair a atenção para o tema e contribuir para a descoberta de novas hipóteses de resolução sobre a guarda dos animais de estimação após a separação. Ademais, as conclusões apresentadas nesse estudo podem servir de base para outros estudos da área do direito civil pelo fato de há a necessário de definir até que ponto esse direito de ter o animal em companhia deve ser tutelado e em que medida.

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Quando se estuda a evolução da família é importante entender que a origem da família está ligada à história da civilização, pelo fato de que esta nasceu como um fenômeno natural, por meio da necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas de forma estável.

De acordo com Morgan (1877, p.49) algumas famílias humanas existiram em um estado de selvageria, já outras em um estado de barbárie, enquanto outros em um estado de civilização, por esse fato que se conclui que as famílias seguiram um caminho ascendente ao decorrer dos séculos, da selvageria até a civilização.

Tendo esse pensamento nas famílias da antiguidade, é possibilitado a afirmação de que a família brasileira teve como base um sistema criado pelo direito romano e pelo direito canônico. (WALD; 2004, p.9)

Pode-se entender a família romana como sendo formada por um conjunto de pessoas que eram submissas a um chefe conhecido como o pater famílias. Nessa sociedade antiga, a família era completamente patriarcal e todos seus membros era reunidos em função do culto religioso, fins econômicos e políticos. Com isso, Aurea Pimentel Pereira (1991, p. 23.), comentou sobre a estrutura da família romana como:

> Sob a auctoritas do pater famílias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida

> e de morte (jus vitae et necis), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia.

De acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz (2008, p.9), há três acepções do vocábulo família, conhecidos como o sentido amplíssimo, o sentido lato e a acepção restrita. No sentido amplíssimo a família seria entendida como aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. A lato sensu se refere a forma "além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro)"

Por último, o sentido restrito faz com que a família seja restringida à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação. Vale ressaltar que a legislação atual fala sobre essas três acepções discutidas pela autora, fazendo com que cada seja aplicada no caso concreto em que se encaixa, formando os direitos e obrigações de acordo com a proximidade do círculo familiar (DINIZ, 2008, p. 9).

Antes da Constituição Federal de 1988, as disposições sobre família eram limitadas e taxativas. Somente os grupos formados através de casamento ganhava o 'status familiar'.

Além do grandioso passo que a Constituição Federal de 1988 deu sobre o conceito de família, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico decidiu que as uniões entre homossexuais são consideradas formas de famílias, desse modo, tendo os mesmos direitos a proteção do Estado destinada aos casais unidos pelos vínculos da união estável. (LOBO; 2004, p.138).

2.1. De bens semoventes a "filhos de quatro patas"

Pode ser encontrado no Código Civil de 2002, em meio a tantas classificações de bens, a classificação sobre semoventes, que, seguindo as disposições do antigo código, caracteriza os animais como bens semoventes, sem qualquer distinção, sendo assim, os animais são entendidos como bens móveis suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. (RODRIGUES; LEITE; OLIVEIRA; SILVA, 2017, p.1.114)

Desse modo, pode entender que os animais, sendo bens semoventes, compõem o patrimônio do seu titular, ou seja, é passivo de troca, venda, de ser atribuído um valor econômico caso seja considerado bem puro e simples. Entretanto, atualmente os animais

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

domésticos possuem um lugar significativo nos lares e aos mesmos é distribuído todo afeto possível na interação humano-animal.

Os animais domésticos ou de estimação, passaram da qualidade de melhor amigo do homem para o posto de "filho". Nos lares atuais, é comum encontrar animais no lugar de crianças no seio familiar. Sendo assim, os casais se sentem no íntimo o total exercício da parentalidade em relação aos animais de estimação, ao ponto de dividirem responsabilidades, despesas alimentares, médicas, entre outras.

Nesse contexto, não há mais como ver o animal de estimação, que é considerado como membro da família, como um bem jurídico de valor econômico, sem levar em conta o afeto presente na relação humano-animal. (SARLET; 2014. P. 102)

A partir disso, podemos destacar o primeiro caso relativo a este tipo de situação ocorreu na 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 2015, em sede de apelação, na qual um homem conseguiu uma espécie de posse compartilhada do cãozinho de estimação com sua ex-companheira.

Os ex cônjuges litigavam o reconhecimento e dissolução da união estável, assim como a divisão de bens, entre eles, o cachorro que estava na vida deles desde o aborto espontâneo que a autora sofreu.

O desembargador Marcelo Lima Buhatem (TJ-RJ - APL: 0019757-79.2013.8.19.020822ª), em seu relatório, apontou a importância do tema diante da ausência de normatização pelo legislador, ademais considerou desafiador o tema, pelo fato de que se deve revisar dogmas e conceitos clássicos do Direito Civil.

> APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019757-79.2013.8.19.020822ª CÂMARA CÍVELDIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX- CONVIVENTE MULHER– RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL – RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O REAL PROPRIETÁRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA – ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO – SEMOVENTE QUE, POR SUA NATUREZA E FINALIDADE, NÃO PODE SER TRATADO COMO SIMPLES BEM, A SER HERMÉTICA E IRREFLETIDAMENTE PARTILHADO, ROMPENDO-SE

> ABRUPTAMENTE O CONVÍVIO ATÉ ENTÃO MANTIDO COM UM DOS INTEGRANTES DA FAMÍLIA – CACHORRINHO "DULLY" QUE FORA PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA – VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS – SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE – PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O THEMA, MAS SOPESANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O NON LIQUET, PERMITIR AO RECORRENTE, CASO QUEIRA, TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO. (TJ-RJ - APL: 0019757-79.2013.8.19.020822ª)

Assim, ficou claro que, os animais evoluíram do lugar de "objeto" para uma posição dentro da família atual brasileira. E, com essa posição, nasce para eles direitos assim como para os seres humanos.

3. ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS

Por muitas décadas os animais eram vistos como nada, apenas meio de alimentação para o povo. A partir da modernidade o tratamento e pensamento sobre os animais começou a ser modificado (SANTOS; 2000. p. 15). A discussão entre alma e corpo levada por René Descartes fez com que, simultaneamente, portas para a exploração econômica desmedida dos recursos naturais fossem abertas, destinando os animais a posição de meras máquinas desprovidas de alma. Fazendo assim que os animais se encaixassem na categoria de coisa a serviço dos humanos. (ZAFFARONI; 2017, p. 36.)

Ao partir dessa ideia, a objetificação dos animais no âmbito jurídico passou a ser algo concreto. Quando se analisa o Código Civil brasileiro, no seu artigo 82, encontra-se que animais são coisas semoventes, e de acordo com a classificação de Carlos Alberto Bittar (2021, p. 117), são (i) mansos; (ii) domesticados; e (iii) bravios ou silvestres. Os

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

animais mansos convivem com os humanos, os domesticados criaram o hábito através do convívio, e os silvestres são *res nullius*, que não tem dono passiveis de apropriação. Em todos os casos, no sistema clássico jurídico, os animais se encaixariam na classificação geral de propriedade mobiliária.

Autores da modernidade passaram a questionar se a dogmática jurídica da teoria geral ainda cabia nos tempos atuais, pelo fato da sociedade ter feito diversas mudanças através do tempo. Se perguntaram se é valido comparar os animais com objetos móveis.

Pietro Paola Onida (2007; p.20), da Universidade de Sassari, aponta, ao longo de um estudo teórico que:

> A ideia de afinidade entre TODOS OS SERES ANIMAIS, e do respeito pelos animais não humanos é transmitido da filosofia grega para a cultura jurídica romana, através de duas vias expressivas: A) a recusa dos sacrifícios dos animais e B) a individualização de um direito (ius naturale) comum ao homem e ao animal não humano. (La natura degli animali e il ius naturale. In: www.dirittoestoria/dirittoromano/Onida-Animali-parte I-cap.I.).

Edna Cardozo (2006. p. 120) estuda sobre a personalidade jurídica dos animais. A doutrinadora em nenhum momento nega que em uma primeira visão, indo de acordo com o que está disposto no Código Civil, os animais são descritos como bens semoventes passiveis de apropriação.

Além disso, na Lei nº 5.197/1967 encontra-se as classificações dos animais silvestres como bem de uso comum do povo. Entretanto, isso não diz sobre um avanço no tema pelo fato de que protege de forma ineficaz os animas silvestres, a reversão de res nullius para bem de uso comum do povo não altera sua natureza jurídica de coisa. (DIAS; 2006. p. 120)

O filósofo Tom Regan (2013, p. 24) mediante o tema em questão, aponta que:

> Então, eis a nossa pergunta: entre os bilhões de animais não humanos existentes, há animais conscientes do mundo e do que lhes acontece? Se sim, o que lhes acontece é importante para eles, quer alguém mais se preocupe com isso, quer não? Se há animais que atendem a esse requisito, eles são sujeitos-de-uma-vida. E se forem sujeitos-de-uma vida, então têm direitos, exatamente como nós. Devagar, mas firmemente, compreendi que é nisso que a questão sobre os direitos animais se resume.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Em 2019, foi sancionada a Lei 1.095/2019, mais conhecida como Lei Sansão, a qual aumentou a punição para quem pratica maus tratos contra os animais. Essa lei inclui animais silvestres, domesticados, exóticos ou nativos. A partir dessa lei, aquele que abusa ou maltrata animais terá uma pena de reclusão de dois a cinco anos, e, ainda a multa e a proibição de guarda. Fora que, a *Lei* 14.064/2020 aumentou a pena para quem maltratar cães e gatos. A partir de agora, quem cometer esse crime será punido com 2 a 5 anos de reclusão.

3.1. A Natureza Jurídica dos Animais de Companhia

Para que haja um melhor entendimento sobre o direito dos animais, é necessário que realize um apontamento sobre a natureza jurídica dos mesmos, sendo necessário um estudo puramente do Direito Civil. De acordo com António Barreto Menezes Cordeiro, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, afirma que o Direito Civil reconduz tudo que analisa a somente quatro categorias jurídicas: fato jurídico, situação jurídica, pessoas e coisas. (CORDEIRO; 2017. p. 104)

É sábio que, existe aqueles que defendem o direito dos animais ao ponto de ir contra qualquer discriminação a espécie animal promovendo, como por exemplo, o veganismo, o qual não aceita a crueldade e exploração contra os animais. Há também, quem se posiciona a favor da ideia de que se deve outorgar aos animais em processo de extinção um estatuto básico e aqueles que enxergam a necessidade de que eles devem possuir um status jurídico próprio, que não seriam simples res, mas tampouco sujeitos, se entendendo por um *tertium genus.* (VARSI; 2009)

Fazendo uma analogia com crianças, os animais de companhia possuem necessidades complexas, as quais os mesmos são incapazes de expressar. Na defesa da personalidade dos animais, alguma doutrina norte americana sustenta que os tribunais já fizeram reconhecimento de personalidade jurídica a outras entidades não humanas, como por exemplo os navios e corporações, muitas vezes denominadas de pessoas jurídicas. (SIMMONS; 2013. P. 253-285)

Claramente que os tribunais limitaram o alcance dos direitos dessas entidades não humanas, não sendo equiparados aos direitos das pessoas naturais. Entretanto, somente a possibilidade de se tratar essas entidades como pessoas em alguns pontos, faz com que se entenda que os tribunais poderiam outorgar estatuto de pessoa ou personalidade aos animais, para determinados fins.

Além disso, de acordo com Helena Telino Neves, a qualificação do animal como mera *res* esbarra em três limites basilares. O primeiro a ser apontado é a incompatibilidade entre o direito de propriedade e a proteção da sensibilidade animal:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

sendo protegido autonomamente, o animal até mesmo protegido contra o seu possuidor. O animal consegue sentir prazer e dor e com isso pode atribuir-lhes interesses e, nesse caso, a restrição da propriedade decorreria do próprio interesse do animal em defender sua integridade física e a vida. Entretanto, nunca foi cogitado que o direito de propriedade pudesse ser moderado em favor da própria coisa. (NEVES; 2015. P. 81-89)

O segundo limite a ser explicado pela a autora, se entende pelo reconhecimento legal decorrente da capacidade de sentir "não existe qualquer outra coisa que imponha ao seu possuidor uma obrigação legal de proporcionar uma existência digna, desviando qualquer sofrimento prescindível". (NEVES; 2015. P. 81-89)

E o último limite, seria a percepção pós-moderna do animal de acordo com o Direito, que engloba dados e fatores novos, que eram desconsiderados anteriormente, pelo mesmo ter sido considerado apenas como valor financeiro e mercantil. (NEVES; 2015. P. 81-89).

4. MODALIDADES DE GUARDAS E A POSSIBILIDADE DE SEREM APLICADAS PARA ANIMAIS

Quando se trata de modalidades de guardas jurídicas, o Código Civil brasileiro faz alusão: a guarda unilateral, entendia pelo exercício exclusivo ou prioritário das responsabilidades parentais; e a guarda compartilhada, e nela, as responsabilidades são repartidas conjuntamente por ambos os genitores. A guarda alternada, que se entende por ser a distribuição de tempo em que a guarda deve ficar com um e com outro genitor. A criança acaba ficando, por exemplo, uma semana residindo com a genitora e outra semana com o genitor.

No Brasil até o advento da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014 a guarda unilateral era regra, com isso o menor ficava vivendo somente com um dos pais, e ao outro possuía o dever de pagar a pensão alimentícia e o direito de ter o filho em sua companhia, mas sendo observado em cada caso concreto, a questão dos dias e horários das visitas ou buscas para passeio. Vale lembrar que, a guarda compartilhada não retira a obrigação de nenhum dos genitores da contribuição da pensão alimentícia.

Atualmente, as discussões sobre guarda unilateral ou compartilhada alcançaram os animais de estimação que até pertenciam ao casal que está divorciando-se ou rompendo os laços de sua união estável.

Durante os outros pontos expostos nesse artigo, entendeu-se que os animais passaram a ser aceitos como ente familiar e não como objeto ou coisa. Desse modo, não há como dizer que os mesmos teriam tratamento similar ao de objetos, moveis e imóveis, na hora da separação.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Assim, a guarda compartilhada também vem sendo possível de aplicação, assim como a guarda unitária com direito a visitas, em situações como a acima descrita. Como ficou demonstrado através do julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> **RECURSO ESPECIAL.** RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. (**STJ -** Resp nº 1.713167 – 4ª Turma – Julgamento: 19/06/2018 . DJe: 09/10/2018 - Rel. Ministro Luís Felipe Salomão – Área do Direito: Civil. Família. Direito Animal).

No momento de selecionar a guarda que melhor atende à necessidade do animal, assim também levando em consideração o direito de convivência dos tutores, é necessário que seja observado o grau de afetividade e afinidade dos mesmos com o animal em questão, além das condições de ordem material, emocional e física dos tutores. Estas condições dizem respeito à possibilidade destes de conceder o melhor estilo de vida ao animal, nas palavras de Ximenes e Teixeira (2017, p.82-83):

> [...] o melhor interesse do animal deve ser observado pelo juiz no caso concreto, analisando as condições de vida, a disponibilidade da pessoa para cuidar do animal, afeição, entre outros fatores. A aplicação desse princípio deve ser baseada em considerar que os animais são seres sensíveis, que possuem sentimentos e retribuem o afeto aos seus donos (XIMENES; TEIXEIRA, 2017, p. 82-83).

Seguindo essa linha de raciocínio, Gonçalves (2017, 23), diz que como na modalidade de guarda compartilhada dos filhos, haverá uma residência fixa, ou seja, o animal viverá na casa de apenas um tutor. Entretanto, com a exigência de uma boa relação entre os ex-companheiros, o tutor que não detém a guarda terá livre acesso a participar da vida do animal, tendo o direito de visitá-lo, além da possibilidade de participar ativamente da rotina do mesmo.

Desse modo, percebemos que a guarda além de ser possível, em casos o modelo como está disposta no código civil é ideal para os antigos parceiros que possuem animais, devido ao grau de dificuldade da animais de se ambientar a uma nova casa, assim como quando a moradia de um dos tutores não é adequada ao animal.

5. A (IM)POSSIBILIDADE DE PENSÃO ALIMENTÍCIA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Pelas informações que já foram abordadas até este ponto do artigo, se percebe que o ramo do direito que debate sobre a família multiespécie é o Direito de Família, e, como nesse âmbito o ponto mais debatido é a pensão alimentícia quando ocorre a separação entre os cônjuges, vale trazer esse viés para o estudo da família multiespécie, apontando as devidas adaptações até que seja criado estatuto próprio diante da existência de particularidades que abrangem a relação entre humanos e animais de companhia.

Nos tribunais atualmente, o debate entre a guarda dos animais domésticos é um tema que vem tendo uma maior repercussão ao passar dos anos, tendo em vista causas que são apresentadas ao judiciário nas quais os casais procuram judicialmente a dissolução do matrimônio e criam disputas sobre com quem ficará com o tão amado "pet", que, em muitas vezes, era considerado filho do casal.

Vale apontar nesse momento o projeto de lei nº 1.058/2011, que indicava sobre a guarda dos animais de estimações em caso de divórcio e separação. Entretanto o projeto fora arquivado, porém, na leitura do mesmo era possível a análise de que a decisão quanto à guarda deve ser feita pelo juiz e favorecerá o ex-companheiro que for classificado como legítimo proprietário do animal de estimação.

Além disso, outros pontos devem ser analisados como o ambiente adequado para o animal, o tempo livre em que o guardião tem para interagir com o animal, também analisar as condições financeiras e emocionais, sendo estudado a afinidade e afetividade entre o tutor e o animal.

De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva:

> O pensamento correto dos Tribunais é de que o animal não pode ser objeto de partilha, como se fosse uma coisa. Há sentimentos envolvidos, o chamado afeto, que é recíproco, ou seja, de ambos os cônjuges pelo animal e do animal pelo marido e pela mulher. A proteção judicial deve ser dada, portanto, às pessoas e ao bichinho. (SILVA; 2016, p [?])

Outro ponto que vale destacar é o julgamento da apelação cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208 da 22ª câmara cível da comarca do Rio de Janeiro/RS47, que se tratava de uma sentença de dissolução de união estável, com a discussão sobre com quem ficará o animal de estimação. O Desembargador relator Marcelo Lima Buhatem, discorreu sobre desafio de tratar acerca do tema, o qual, segundo ele, não havia sido normalizado pela legislação atual. E, em seu voto, apontou:

> Não basta que se trate o animal de estimação, como simples animal inserido sob o prisma do direito ambiental ou transindividual, devendo ser protegido da caça indiscriminada ou do tratamento cruel e tampouco do Direito Civil classicamente concebido, onde o animal será tratado como rés, novilho, cria, enfim semovente. Neste sentido, é preciso mais justamente por ser de estimação e afeto, destinado não ao abate ou ao trabalho, mas ao preenchimento de necessidades humanas emocionais, afetivas, que, atualmente, de tão caras e importantes, não podem passar despercebidas aos olhos do operador. Não custa dizer que há animais que compõem afetivamente a família dos seus donos, a ponto da sua perda ser extremamente penosa. Considerando ser comum que as pessoas tratem seus animais de estimação sob a consagrada expressão "parte da família", é que não nos parece satisfatória e consentânea com os modernos vetores do direito de família, que à luz e à vista da partilha de bens, os aludidos semoventes sejam visto sob a restrita qualificação de bens-semoventes que, em eventual partilha, devem ser destinados a somente um dos cônjuges. Com efeito, a separação é um momento triste, delicado, dissaboroso, envolvendo sofrimento e rupturas. Em casais jovens ou não, muitas vezes o animal "simboliza" uma espécie de filho, tornando-se, sem nenhum exagero, quase como um ente querido, em torno do qual o casal se une, não somente no que toca ao afeto, mas construindo sobre tal toda uma rotina, uma vida. (TJ/RJ – SEGUNDA INSTANCIA. ATUADO EM: 04/12/2014)

Falando sobre os casos na prática, na 7ª Câmara Cível, também da comarca de Rio de Janeiro, houve uma ação de dissolução de um casal que viveram 22 anos em união estável, e a ex-companheira solicitou as despesas de seis cães e uma gata que tinham em comum convivência enquanto se relacionavam. O julgamento da liminar específica sobre os animais em questão ocorreu por meio do desembargador Ricardo Couto de Castro, que decidiu que o ex-companheiro arcasse com as despesas, e o valor estabelecido foi de R$ 150,00 por animal, ou seja, um total de R$ 1.050,00 para custear as despesas dos pets. (TJ/RJ – PRIMEIRA INSTANCIA. PROCESSO N°0009164-35.2015.8.19.0203)

Para Helio Sischini de Carli, advogado e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, a discussão sobre a hipótese da pensão alimentícia para animais é extremamente importante. Em suas palavras:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> Não é justo que uma só das partes arque com todas despesas. Todavia, ao afirmar que essas despesas assumem caráter de pensão alimentícia, estaríamos aceitando que em um futuro cumprimento de sentença poderia ocorrer a prisão do devedor pelo não pagamento, por exemplo. (CARLI; 2018. p. 54-66.)

Nesse contexto, um ponto para o ser levado em questão é que em países, como por exemplo, nos Estados Unidos, já existe a possibilidade de suporte financeiro aos pets após o fim da união entra cônjuges. Houve um caso na Corte Americana, no qual as partes entraram em acordo para partilhar a custódia do animal de companhia e o ex-marido ficou obrigado a pagar uma pensão mensal de US$ 150 para cobrir os gastos com alimentos e suporte veterinário para o cachorro. (CHAVES; 2015, P.1051).

Sendo assim, se entende que a possibilidade para o pagamento de pensão alimentícia para animais é muito possível e em alguns casos já virou realidade, fazendo com que seja necessário que o ordenamento brasileiro tipifique leis sobre o assunto.

5.1. A Solidariedade familiar na família multiespécie em relação aos alimentos

Com o poder familiar se tem como consequência os alimentos prestados aos membros de uma mesma família, uns aos outros, quando a eles for necessário por conta da ideia de reciprocidade familiar.

O fato de alguém ser da família possui fundamento na existência dos componentes do grupo familiar, garantindo a dignidade humana e promover a um só tempo a sua promoção no propósito de que nenhum de seus membros sofra privações no tocante ao mínimo necessário digno de sobrevivência.

Os núcleos das famílias brasileiras, atualmente, passam e estão passando por certas adequações, resultado do grande cenário das relações sociais em que estão fazendo parte dos novos arranjos familiares. Os modelos familiares, por conta das experiências diversas de vida privada, ficaram alterados. As novas sociabilidades estão sendo construídas através da tolerância, solidariedade e, principalmente, pelo respeito e pelas diferenças. Com essa perspectiva, resulta em uma "coexistência conflituosa entre tradição, com sua eterna nostalgia à estabilidade perdida, e a modernidade com seu acelerado processo de reconstrução e alternativas para experiências do sujeito", através da reelaboração criativa do vínculo amoroso (PEREIRA, 2004, p. 121).

Quando se refere à solidariedade, cabe entender que a mesma, por via primeira, emana de uma perspectiva solidária na qual constitui objetivo fundamental do Estado previstos constitucionalmente, decorrendo deste ponto a prestação alimentar entre os membros de uma mesma família. Veja-se:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver. E este, com certeza, é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Todos têm direito de viver, e com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (DIAS, 2016, p.936)

Nesse contexto, pode se interpretar que a prestação alimentar não se encontra atrelada somente a ideia de alguém passar fome. A dita necessidade alimentar, em um sentindo amplo, abrange tudo aquilo necessário ao mínimo existencial à sobrevivência digna de alguém a qual não tem meios de provê-la, com isso, é possível que se inclua vestuário, educação, lazer, assistência médica, assistência farmacêutica, entre outras.

Tendo em discussão os diferentes matizes familiares, Gustavo Tepedino discorre sobre uma nova ordem que se descortina no âmbito familiar, ao sustentar que:

> As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas de substancias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor. (TEPEDINO, 1999)

Ao se tratar dos alimentos, tendo em mente essa nova perspectiva constitucional, percebe que eles não se mostram restritos a pessoa humana. A existência de animais de estimação se faz hábil a obrigação alimentar diante da ruptura do relacionamento, casamento ou união estável, de acordo com o entendimento da 7ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 2018.

A chave da questão aqui é entender se diante de uma situação dessa a obrigação de sustento do animal possui ou não natureza de alimentos, porque, caso seja, é necessário levar em consideração todos seus consectários, dentre eles a possibilidade de coerção pessoal ao pagamento, ou seja, de prisão do devedor de alimentos.

A dívida de alimentos é a única modalidade dentro da seara cível passível de prisão, pelo fato de que a regra é que é inconcebível prisão civil por dívida, e essa exceção é fundamentada justamente na necessidade que determinada pessoa tem de receber alimentos e, por óbvio com a maior brevidade possível, já que se trata de estado de pessoa. (DIAS; 2016, p.936)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Além disso, com o intuito de forçar o devedor a cumprir com a prestação alimentícia ainda se tem a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, segundo dicção do art. 782, §3º do Código de Processo Civil.

Outro ponto a ser analisado seria o caráter solidário imposto aos alimentos, tendo em vista a previsão de parentesco existente entre quem necessita e realiza o pedido e quem irá prestar os mesmos. Na linha reta ocorre de maneira ilimitada, já na linha colateral o parentesco é limitado até o segundo grau, ou seja, irmãos, primeiros os germanos e, posteriormente, os unilaterais.

Com isso, se há o questionamento do animal de estimação, lembrando que já não cabe mais a caracterização de bem semovente para o mesmo, seria passível a ele a qualidade de credor alimentício mesmo inexistindo previsão? Uma resposta positiva para essa pergunta já é realidade, levando em consideração alguns fatores como a ciência, que pode ser entendido como capacidade de sentir, dignidade animal, o animal de estimação com membro da família e o dever de solidariedade que vigora perante o campo alimentício. (FELIPE; 2017).

Aqui se pode comentar sobre o caso que ocorreu em 2019, no qual o juiz de Direito Guacy Sibille Leite, de Ribeirão Preto/SP, homologou divórcio consensual entre as partes, e definiu que o ex-marido seria o responsável por pagar as parcelas da pensão no valor de R$ 104,79 para os gatos e cachorro que o casal adquiriu durante o casamento.

Sendo assim, é perceptível que a corte brasileira já vem tomando decisões seguindo o modelo de família atual que a sociedade possui. Levando em consideração os direitos de todos os membros da mesma, inclusive os dos pets.

6. CONCLUSÃO

Quando se analisa a relação entre animais e humanos, partindo da função primitiva e pré-histórica, percebe-se que seus caminhos sempre estiveram entrelaçados, os animais auxiliavam os seres humanos com as caças, tendo assim, uma relevância social, e, dentro do processo evolutivo, atingiram um importante papel com a domesticação, sendo utilizados na alimentação e na prática da pecuária.

A partir da relação humana na vida dos animais, os mesmos foram transformados em dóceis e submissos, fazendo com que as duas espécies cada vez mais se tornassem parecidas, até o ponto em que os laços afetivos se tornaram tão genuínos, que os animais de estimação passaram a ser considerados membros da família.

Com o passar dos anos a sociedade sofreu alterações e começou a evoluir, e, com ela, o conceito de família, o espaço, a cultura, tudo sofreu modificações. Com isso, o

mundo jurídico precisou se adaptar para entender as necessidades que a sociedade precisa.

Além disso, a conscientização com o meio ambiente segue conquistando mais e mais espaço a cada dia, incluindo a luta pelos direitos dos animais, esperando que o mesmo seja reconhecido por magistrados em julgados. Atualmente, reconhece-se que os animais conseguem demonstrar sentimentos como nós humanos, amor, carinho, dor, tristeza, possuindo particularidades semelhantes a que sentimos.

Por conta disso, a necessidade da evolução do Direito comprova que o convívio dos animais nas famílias brasileiras já não é acolhido pelo ordenamento jurídico, em especial, por exemplo, o Código Civil considera apenas como bens semoventes, sendo necessário recorrer as legislações outras, com o intuito de fazer uma comparação com o caso concreto.

Nesse contexto, é perceptível a necessidade de uma modificação na legislação brasileira, com objetivo de incluir o novo modelo de família nas normas jurídicas, principalmente a família multiespécie.

7. REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 117.

BRASIL. Audiência. **Ex- marido pagará pensão para os gatos e cachorro após fim do casamento**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: https://audienciabrasil.jusbrasil.com.br/noticias/785941337/ex-marido-pagara-pensao-para-gatos-e-cachorro-apos-fim-do-casamento. Acesso em: 28 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui **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: 17 de novembro de 2021.

BRASIL, **Lei nº 14.064** de 29 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

BRASIL. **Projeto Lei nº 1.095/2019**. Transformado na Lei Ordinária 14064/2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192978. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

CARLI, Helio Sischini de. **A(im)possibilidade de concessão de pensão alimentícia para os animais de estimação**. TJRJ. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 28, 2018. p. 54-66.

CHAVES, Marianna. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estáve**l: reconhecimento da família multiespécie? In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 5, p. 1051-1094, 2015.

CORDEIRO, António Barreto Menezes. **Direito inglês dos contratos**. Revista de Direito Civil. Lisboa, v. 2, No. 1, 97 – 121, 2017. p. 104

DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direito.** Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 1, n.1, p. 119- 121, jan. 2006. p. 120

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 936.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 2008, p. 9.

FELIPE, Sônia T. **ANTROPOCENTRISMO, SENCIENTISMO E BIOCENTRISMO: Perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não-humanos**. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/864/1168. Acesso em: 27 de agosto de 2021

GONÇALVES, Aline. **Divisão da guarda de animais é alternativa moderna**. **O Tempo,** Pampulha, Amor Dividido, 30 set. 2017. Disponível em: https://www.otempo.com.br/pampulha/divis%C3%A3o-de-guarda-de-animais-%C3%A9-alternativa-moderna1.1525841. Acesso em: 03 de outubro de 2021.

KNOPLOCH, Carol. **Brasil tem mais cachorros de estimação do que crianças, diz pesquisa do IBGE**. O Globo, 2015. Disponível em: https://oglobo.globo.com/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-do-ibge-16325739. Acesso em: 10/06/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

LÔBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 138, jun-jul. 2004.

MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga.** 1877, p. 49.

NEVES, Helena Telino. "A controversa definição da natureza jurídica dos animais", em Animais: Deveres e Direitos/ Maria Luísa Duarte; Carla Amado Gomes (coords). Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, pp. 81-89, 2015.

ONIDA, Paola Pietro. **La natura degli animali e il ius naturale.** Diritto Estoria. Disponível em: www.dirittoestoria/dirittoromano/Onida-Animali-parte I-cap.I. Acesso em: 24/07/2021.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 23.

PROJETO DE LEI 1058/2011. D**ispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências.** Autor Dr. Ubiali - PSB/SP. Apresentação13/04/2011. Situação Arquivado. Disponível em: http://www.camara.gov.br/ proposicoesWeb/ fichadetramitacao?id Proposicao=498437. Acesso em 14 de maio de 2021.

REGAN, Tom. **A causa dos direitos dos animais.** Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 8, n.12, p.17-38, jan./ abr. 2013. p. 24.

RODRIGUES, Susana Gabriella Prudente; LEITE, Martha Franco; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **O rompimento de relações pessoais e o destino do animal de estimação: divisão de bens ou guarda?** Revista Jurídica Luso-Brasileira. Lisboa. V.3, p. 1.106-1.133, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 15

SARLET. Ingo Wolfgang. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares Da. **Conheça Os Seus Direitos: Guarda Compartilhada De Animais**. Revista D'ávila Digital. Disponível em: http://reginabeatriz.com.br/conheca-os-seus-direitos-guardacompartilhada-de-animais/. Acesso em: 01 de junho de 2021.

SIMMONS, Schyler P. "What is the Next Step For Companion Pets in the Legal System?: The Answer May Lie With the Historical Development of the Legal Rights For Minors", em Texas A&M Law Review, Vol. 1, Fall, pp. 253-285, 2013.

STJ – 4ª Turma. Data de publicação: 09/10/2018. **STJ - Resp nº 1.713167**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9. Acesso em 14 de maio de 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TJ/RJ – Primeira Instancia. Distribuído em: 10/03/2015. **Processo nº 0009164-35.2015.8.19.0203**. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/consultaprocessowebv2/consulta proc.do? v=2&flagnome=&back=1&tipoconsulta=publica&numprocesso=2015.203.008986-4. Acesso em 14 de maio de 2021.

TJ/RJ – Segunda Instância. Atuado em: 04/12/2014. **Processo nº 0019757-79.2013.8.19.0208** – Recurso de apelação. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N= 201400196177. Acesso em: 14 de maio de 2021.

VARSI, Enrique. "Mi hirro ... Mi perro: la naturaleza jurídica de las mascotas", disponível em: http://www.enriquevarsi.com/2009_10_01_archive.html Acesso em: 13/05/2021.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

XIMENES, Luara Ranessa Braga; TEIXEIRA, Osvânia Pinto Lima. Família multiespécie: o reconhecimento de uma nova entidade familiar. **Revista Homem, Espaço e Tempo**, v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: https://rhet.uvanet.br/index.php/rhet/article/view/249. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Pachamama e o ser humano**. Tradução de Javier Ignacio Vernal. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017, p. 36.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO À DESCONEXÃO: ESTUDO DA REGULAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO

LUIZA CORREIA DE SOUZA: graduada em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte[90].

FÁBIO GUIMARÃES

NATALIA MARRA

(orientadores)

RESUMO: O principal objetivo do presente trabalho consiste em realizar uma análise aprofundada do direito à desconexão, compreendendo sua origem, seus impactos e as reflexões pertinentes à vida dos trabalhadores, bem como examinar como essa regulação tem sido aplicada nos dias atuais. Nesse sentido, busca-se examinar o surgimento do direito à desconexão e suas bases jurídicas, investigando as principais legislações e normativas que abordam esse tema. Além disso, serão abordados os impactos da falta de desconexão na saúde mental e física dos trabalhadores, destacando-se os desafios enfrentados no ambiente de trabalho contemporâneo, marcado pela hiperconexão e pela constante disponibilidade. Serão levantadas reflexões acerca das demandas e pressões enfrentadas pelos trabalhadores no contexto atual, ressaltando a importância de estabelecer limites entre o trabalho e a vida pessoal, bem como garantir momentos adequados de descanso e desconexão. Será analisado também como essa regulação tem sido aplicada e acolhida nos dias atuais, considerando as decisões judiciais, e a conscientização da sociedade em relação ao direito à desconexão.

Palavras-chave: Direito de Desconexão.Direito ao Descanso. Hiperconexão. Trabalho.

ABSTRACT: The main objective of this work is to carry out an in-depth analysis of the right to disconnection, understanding its origin, its impacts and reflections relevant to the lives of workers, as well as examining how this regulation has been applied today. In this sense, we seek to examine the emergence of the right to disconnection and its legal bases, investigating the main laws and regulations that address this issue. In addition, the impacts of the lack of disconnection on the mental and physical health of workers will be addressed, highlighting the challenges faced in the contemporary work environment, marked by hyperconnection and constant availability. Reflections will be raised on the demands and pressures faced by workers in the current context, emphasizing the

90 E-mail: luizacorreia217@gmail.com

importance of establishing boundaries between work and personal life, as well as ensuring adequate moments of rest and disconnection. It will also be analyzed how this regulation has been applied and accepted nowadays, considering court decisions, and society's awareness of the right to disconnection.

Keywords: Right to Disconnect. Right to Rest. Hyperconnection. Work.

1. INTRODUÇÃO

A regulação do direito ao descanso é um tema de extrema relevância no contexto contemporâneo, especialmente diante dos impactos da falta de desconexão na saúde mental e física dos indivíduos. Com o avanço da tecnologia e a adoção massiva do trabalho remoto durante o período da pandemia de COVID-19, a fronteira entre o trabalho e a vida pessoal temse tornado cada vez mais tênue.

A ausência de momentos de desconexão adequados tem acarretado uma série de consequências negativas para os trabalhadores. A constante disponibilidade, a pressã o para estarsempre conectado e a sobrecarga de informações têm levado a altos níveis de estresse, exaustãoe esgotamento, impactando tanto a saúde mental quanto a física dos indivíduos.

Nesse sentido, é imprescindível compreender os desafios e demandas enfrentados pelos trabalhadores no período pós-pandemia, quando a hiperconexão e a necessidade de estar constantemente disponível se tornaram ainda mais presentes. A busca por uma regulação efetiva do direito ao descanso se mostra fundamental para proteger a saúde e o bem-estar dos trabalhadores, garantindo-lhes momentos de desconexão necessários para a recuperação física e mental.

Assim, torna-se necessário refletir sobre os aspectos jurídicos e sociais que envolvem a regulação do direito ao descanso, considerando os impactos da falta de desconexão na saúde e a importância de estabelecer mecanismos legais que assegurem o equilíbrio entre a vida profissional e pessoal, visando promover um ambiente de trabalho saudável e sustentável.

Concluindo, o presente trabalho visa contribuir para a compreensão do direito à desconexãopor meio de uma abordagem fundamentada e crítica. Seus desdobramentos e sua aplicação práticanos dias atuais, fomentando o debate em torno desse importante tema e visando à proteção da saúde e do bem-estar dos trabalhadores em um contexto cada vez mais conectado e exigente.

2. ESTUDO DA REGULAÇÃO DO DIREITO AO DESCANSO

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

As tecnologias contemporâneas têm alterado significativamente a natureza do trabalho, transcendendo as restrições tradicionais de jornada e afetando os períodos de descanso dos trabalhadores. Em vez de oferecerem intervalos regulares e oportunidades de repouso, essas tecnologias estendem os dias de trabalho, eliminam as interrupções e impõem uma carga de trabalho mais intensa do que nunca antes experimentada. Esse fenômeno tem um impacto contundente nos períodos destinados à recuperação dos trabalhadores, prejudicando sua capacidade de se restabelecerem de jornadas laborais exaustivas. Além disso, a pandemia da Covid-19 tem acelerado essas transformações, impulsionando mudanças profundas na forma como o trabalho é realizado.

Cronologicamente, a França foi pioneira ao aprovar, em 2016, a Lei da Desconexão, que concedeu aos funcionários o direito de não responder a mensagens eletrônicas, e-mails ou outros tipos de comunicação veiculados por meios telemáticos. Através da LoiTravail, lei que reformou a legislação trabalhista francesa, o parágrafo 7º do artigo L.2242-17 do Código do Trabalho foi introduzido, estabelecendo, pela primeira vez, o direito à desconexão de forma abrangente. Essa lei delimita os limites da conectividade ao trabalho, exigindo que as empresas possuam "sistemas para regular o uso de ferramentas digitais, com o objetivo de garantir o respeito ao descanso, à vida pessoal e familiar do empregado" (BEGA 2020, p.71).

Na França o direito à desconexão foi oficializado mediante a Lei nº 2016-1088, artigo 55 de 8 de agosto de 2016, ele versa sobre questões laborais, modernização do diálogo social e resguardo do percurso profissional, também conhecida como Loi El Khomri ou Loi travail. Esta normativa entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2017. Atualmente, a prerrogativa à desconexão encontra-se estabelecida no artigo L. 2242-17, 7º do Código do Trabalho, o qual estipula que as negociações anuais relativas à igualdade profissional entre mulheres e homens, assim como à qualidade de vida no trabalho, abordarão as modalidades para a plena efetivação, por parte do empregado, de seu direito à desconexão, bem como a implementação, por parte da empresa, de dispositivos reguladores da utilização de ferramentas digitais. Tais medidas visam assegurar o cumprimento dos períodos de repouso e férias, bem como promover o equilíbrio entre vida pessoal e familiar.

É inegável que o trabalho desempenha um papel fundamental na vida das pessoas, sendo uma fonte de subsistência e realização pessoal. No entanto, a excessiva carga de trabalho e a falta de tempo para o descanso podem ter consequências negativas para a saúde física, mental e emocional dos indivíduos. Por esse motivo, é essencial que haja uma regulação adequada para garantir o direito ao descanso.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

A determinação da jornada de trabalho é um componente essencial na normatização do direito ao repouso. Esta define o limite máximo de horas qu um trabalhador pode dedicar à atividade laboral, com o propósito de prevenir a exaustão física e mental. Em muitos países ao redor do mundo, a jornada de trabalho é frequentemente sujeita a regulamentação por meio de legislação. Estas leis têm como objetivo estabelecer diretrizes para o número máximo de horas que um empregado pode ser convocado a trabalhar durante um período específico, geralmente ao longo de uma semana. Ademais, tais normativas frequentemente contemplam questões como horas extras, períodos de descanso e folgas.

As leis trabalhistas podem variar consideravelmente de um país para outro e, em alguns casos, até mesmo dentro de diferentes jurisdições dentro do mesmo país. Essas leis são geralmente criadas para proteger os direitos dos trabalhadores, garantindo condições de trabalho justas, promovendo a saúde e segurança no trabalho e equilibrando a relação entre empregadores e empregados.

2.1 Normatização do direito ao descanso no Brasil.

No Brasil o Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943 (CLT) dispõem em seu artigo 58 ª seguinte redação sobre a jornada de trabalho.

> Art 58- A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

A Constituição Federal complementa a afirmação anterior e estabelecer que

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outr os quevisem à melhoria de sua condição social:
>
> XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horári os e aredução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
>
> [...]
>
> XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
>
> [...]

> XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço amais do que o salário normal;

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível constatar a existência de leis que estabelecem o direito dos trabalhadores ao descanso, bem como ao intervalo interjornada, quandose excede a carga horária de 6 horas. Porém , é necessário observar que essas leis não são detalhadas de forma específica no que diz respeito ao direito à desconexão.

De fato, diferentemente do Brasil, alguns países, como a França e a União Europeia, já têm legislações específicas que abordam o direito à desconexão. Essas legislações refletem uma preocupação crescente em relação aos impactos negativos da constante conectividade no trabalho sobre a saúde e o bem-estar dos trabalhadores.

No entanto, é importante ressaltar que a jurisprudência brasileira tem se posicionado favoravelmente ao reconhecimento desse direito, com decisões judiciais que reconhecem anecessidade de respeitar os períodos de descanso e intimidade dos trabalhadores, mesmo fora do horário de trabalho regular. Conforme evidenciado na jurisprudência a seguir,

> DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JORNADA ILEGAL. ABUSO DO PODER DIRETIVO. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO PELO DANO IMATERIAL. O direito à desconexão do trabalho é de natureza fundamental, patrocinado, ao lado das normas constitucionais e infraconstitucionais de controle de jornada, pelas internacionais de garantia dos direitos humanos, eis que a constante disponibilização para o labor implica malferimento dos direitos ao lazer, ao convíVio social e familiar e à educação. Comprovada nos autos a extrapolação habitual dos limites constitucionais e legais da duração do trabalho (artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal e artigo 59, caput, da CLT), bem como o desrespeito ao descanso semanal do empregado (artigo 1º, Lei 605/1949), com comprometimento da sua integridade física e emocional, conclui-se que a ré agiu de forma abusiva, extrapolando os limites do pode diretivo, devendo responder, assim, pela reparação de ordem moral. Indenização devida. Recurso a que se dá provimento no particular. (TRT-2 XXXXX20145020614 SP, Relator: MARCOS NEVES FAVA, 14ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 05/02/2015) BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> XXXXX20145020614 SP, Relator Marcos Neves Fava, 14ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação 05/02/2015.

Conforme mencionado anteriormente, embora não exista uma legislação específica que aborde o assunto, os tribunais têm demonstrado uma tendência favorável em suas decisões. A jurisprudência apresentada anteriormente ilustra que o tribunal foi favorável à trabalhadora, reconhecendo o seu direito à indenização devido à violação do direito à desconexão.

Diante disso, após a análise do conceito de direito à desconexão por meio da regulação do direito ao descanso, constatamos sua origem e observamos como esse direito tem sido aplicado no Brasil, mesmo na ausência de uma legislação específica. É pertinente observar o impacto negativo que a falta de desconexão dos trabalhadores pode acarretar.

3. IMPACTOS DA FALTA DE DESCONEXÃO DO TRABALHO.

A constante conectividade com o trabalho, principalmente por meio de dispositivos eletrônicos, como smartphones e computadores tem levado a uma invasão do tempo pessoal dos trabalhadores. A ausência de períodos adequados de desconexão pode resultar em consequências adversas para a saúde física e mental dos indivíduos, bem como para o equilíbrio entre o trabalho e a vida pessoal.

Os trabalhadores tem enfrentado dificuldades para dedicar tempo à família, aos hobbies, ao lazer e ao autocuidado, impactando negativamente os relacionamentos pessoais, a satisfação geral e a qualidade de vida dessas pessoas.

Cardoso expõe com precisão o cenário em que os trabalhadores se encontram atualmenteao ao dizer que

> Não é difícil entender por que os trabalhadores dizem que continuam a trabalhar no tempo livre, que continuam preocupados com o trabalho, que se sentem cansados e sem tempo para a família. Sem contar o fato de perderem, cada vez mais, a possibilidade de programar seus tempos de não trabalho. (CARDOSO 2016, p. 70).

A sobrecarga laboral e a persistente conexão digital suscitam uma gama de emoções e sentimentos adversos nos indivíduos, que experimentam uma sensação de sobrecarregamento, temor diante da possibilidade de não atender a todas as demandas, frustração diante de eventuais falhas, ansiedade frente às numerosas exigências e cobranças. Tal excesso de carga laboral induz uma percepção de impotência perante um ritmo acelerado e uma crescente carga de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

A falta de desconexão contribui para a deterioração das relações interpessoais e da cultura organizacional. Quando os trabalhadores estão constantemente conectados, sem tempo para se desconectar e recarregar ocorre uma diminuição da motivação, do engajamento e da coesão dentro da equipe de trabalho. A falta de limites claros entre o trabalho e a vida pessoal levam a sentimentos de sobrecarga e insatisfação, resultando em um ambiente de trabalho desgastante e desfavorável. Francis Jaurèguiberry aborda a questão do uso excessivo dos meios de trabalho, destacando que "Desconectar significa não estar sempre acessível, não ser controlado à distância durante o tempo de descanso e recuperação (JAURÉGUIBERRY, 2007)".

É notório, que com o uso excessivo dos meios de trabalho as interrupções constantes no tempo de lazer e momentos familiares, geram uma sensação de invasão no espaço pessoal, tornando difícil separar o tempo dedicado ao trabalho do tempo dedicado à família.

Esses impactos podem resultar em sentimentos de frustração, ressentimento e alienação por parte dos membros da família, podendo afetar a harmonia e o bem-estar familiar como um todo.

3.1 Impactos da tecnologia na saúde mental e física dos trabalhadores

A tecnologia desempenha um papel fundamental no ambiente de trabalho moderno, proporcionando maior conectividade, eficiência e flexibilidade. No entanto, o uso excessivo e inadequado da tecnologia pode ter impactos significativos na saúde mental e física dos trabalhadores.

> Em um momento global de aumento dos índices de casos relativos aos transtornos mentais manifestados entre os trabalhadores, pensar na saúde mental no contexto da relação de trabalho é imprescindível, principalmente porque, inobstante suas causas possam também estar associadas a fatores extralaborais, ina fastável a premissa ordinária segundo a qual parte importante do te mpo diário da pessoa humana se faz envolvida com o labor (PEREIRA, 2019, p. 100).

Em termos de saúde mental, o constante acesso às tecnologias de comunicação podem levar a uma sensação de estar sempre "conectado" ao trabalho, resultando em um aumento do estresse e da pressão para estar disponível a qualquer momento. A sobrecarga de informações, a necessidade de responder imediatamente a mensagens e e-mails e a dificuldade em desconectar- se do trabalho resultam em um esgotamento mental, ansiedade e falta de concentração.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> [...] o trabalho em excesso prejudica a saúde mental, gerando, dentre outras doenças, a síndrome de fadiga crônica, relacionada ao estresse, depressão e outros distúrbios psiquiátricos. Além disso, tal excesso impede o descanso necessário ao corpo, que deve valer-se dos intervalos intrajornada e interjornada para uma recuperação adequada, que são suprimidos ou reduzidos ilegalmente diante do trabalho em demasia. Tal preocupação é crescente, já que os trabalhadores brasileiros estão trabalhando e adoecendo cada vez mais. (KLIPPEL, 2016, p.55).

Adicionalmente, a prolongada exposição às telas de computador, smartphones e outros dispositivos eletrônicos pode desencadear uma série de complicações físicas. A manutenção de posturas inadequadas durante o uso dessas tecnologias está associada a desconfortos musculares, fadiga ocular acentuada, dores de cabeça recorrentes e distúrbios do sono. Este último aspecto é particularmente atribuído à emissão de luz azul por esses dispositivos, a qual tem o potencial de interferir nos ritmos circadianos naturais, prejudicando a qualidade do sono e afetando a regulação dos ciclos de vigília e repouso. Assim, o cuidado com a postura e a gestão adequada do tempo de exposição a esses dispositivos são essenciais para mitigar os impactos adversos à saúde física e ao bem-estar geral.

Ao considerarmos e enfrentarmos os efeitos da tecnologia na saúde mental e física dos trabalhadores, é imperativo analisarmos uma consequência potencialmente mais grave decorrente do crescente fenômeno da hiperconexão, caracterizada pelo constante e excessivo uso de dispositivos digitais e plataformas de comunicação, tem se tornado uma ocorrência cada vez mais comum no ambiente profissional.

3.2 Síndrome de Burnout

A Síndrome de Burnout, também conhecida como síndrome do esgotamento pr ofissional,é um estado de exaustão física, emocional e mental que ocorre devido à exposição prolongada a situações de estresse relacionadas ao trabalho.

> A síndrome de burnout é um distúrbio psíquico caracterizado pelo estado de tensão emocional e estresse provocados por condições de trabalho desgastantes. (VARELA, 2011, p. 01).

A Síndrome de Burnout, infelizmente, tornou-se uma presença significativa no atual cenário profissional, demandando abordagens colaborativas para o seu enfrentamento. Suas raízes são variadas, abrangendo desde a sobrecarga laboral e pressões incessantes até a hiperconexão digital, ambientes de trabalho desfavoráveis, conflitos interpessoais e desequilíbrio prejudicial entre a esfera profissional e a vida

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

pessoal. Diante desse panorama complexo, é imperativo adotar medidas integradas que considerem a interação desses diversos elementos, promovendo ambientes laborais mais saudáveis e sustentáveis.

> [...] A síndrome se manifesta especialmente em pessoas cuja profissão exige envolvimento interpessoal direto e intenso. Sua principal característica é o estado de tensão emocional e estresse crônicos provocado por condições de trabalho físicas, emocionais e psicológicas desgastantes e prolongadas. (VARELA, 2011, p. 01).

Nesse contexto, o direito à desconexão surge como uma medida de prevenção e combate à Síndrome de Burnout. Trata-se do direito do trabalhador de se desligar do trabalho durante períodos de descanso e fora do horário de expediente, sem sofrer pressões ou demandas laborais.O objetivo é garantir que os profissionais tenham tempo adequado para descansar, recuperar-se mental e emocionalmente, e dedicar-se às atividades pessoais e familiares.

> Os efeitos do stress excessivo refletem-se também, de modo geral, na sociedade. Uma sociedade saudável e desenvolvida requer a somatória das habilidades dos seus cidadãos. Se o stress está muito alto no país, ou na comunidade, os adultos podem se tornar frágeis, sem resistência aos embates e dificuldades da vida. (LIPP E MALAGRIS 2001 p. 475-489).

Em resumo, o direito à desconexão desempenha um papel relevante na prevenção da Síndrome de Burnout. É fundamental que os trabalhadores tenham a oportunidade de se desconectar do trabalho, recuperar-se e dedicar tempo às suas vidas pessoais. A conscientização sobre esse direito, aliada a políticas organizacionais e a uma eventual regulamentação legal específica, contribui para a promoção de ambientes de trabalho saudáveis e para o bem-estar dos profissionais.

O Ministerio da Saúde lista os principais sintomais que podem indicar a Síndrome de Burnout são eles, cansaço excessivo, físico e mental, dor de cabeça frequente, alterações no apetite, insônia, dificuldades de concentração, sentimentos de fracasso e insegurança, negatividade constante, sentimentos de derrota, desesperança e incompetência, alterações repentinas de humor, isolamento, fadiga, pressão alta, dores musculares, problemas gastrointestinais e alteração nos batimentos cardíacos. Os sintomas geralmente começam de maneira sutil, mas têm uma tendência a se agravar com o tempo. É comum as pessoas pensarem que são apenas problemas temporários. No entanto, para prevenir complicações mais sérias associadas à Síndrome de Burnout, é crucial buscar apoio profissional ao primeiro sinal de qualquer desconforto. O que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

parece ser algo passageiro pode ser o ponto inicial dessa síndrome, e agir precocemente faz toda a diferença.

O ciclo vicioso de trabalho excessivo foi agravado com a era digital trazida pela pandemia do COVID-19. É pertinente analisar como a falta de desconexão afetou os trabalhadores diante desse cenário de crise sanitária.

4. DESCONEXÃO PÓS PANDEMIA.

A era digital e a hiperconexão têm transformado significativamente a forma como vivemos e trabalhamos. Com o avanço das tecnologias e a ampla disponibilidade d e dispositivoseletrônicos e conexões de internet, estamos cada vez mais conectados e interligados em um mundo digital.

A hiperconexão, caracterizada pela constante disponibilidade e acesso instantâneo a informações, comunicação e ferramentas de trabalho, trouxe inúmeras facilidades e benefíciospara a sociedade. No entanto, também trouxe desafios e impactos em diversos aspectos de nossas vidas, incluindo o ambiente de trabalho.

No contexto profissional, a hiperconexão tem levado a uma crescente expectativa de disponibilidade e resposta imediata, independentemente do horário ou local. Os profissionais muitas vezes se veem pressionados a estar sempre online, a responder e-mails e mensagens fora do horário de trabalho, a participar de videoconferências e a acompanhar as demandas de forma constante, impossibilitando o empregado de gozar do seu direito a desconexão.

No âmbito da legislação brasileira referente à pandemia de COVID-19, há uma série denormas que estabelecem medidas e diretrizes para lidar com a emergência de saúde pública decorrente do vírus. Um exemplo importante é a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que aborda especificamente as ações a serem adotadas nesse contexto.

Neste contexto legal, as autoridades competentes estão facultadas a implementar, dentro dos limites de suas atribuições, diversas medidas, incluindo aquelas relacionadas ao isolamento e quarentena. Este cenário implica em modificações na dinâmica laboral, demandando que tanto o colaborador quanto o empregador se adequem e adotem as medidas pertinentes.

No que se refere ao teletrabalho também conhecido como home officie durante a pandemia COVID-19, a Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021, estabelece diretrizes e regulamentações específicas para viabilizar o trabalho remoto durante a pandemia, com o objetivo de assegurar a continuidade das atividades laborais em um formato adaptado às restrições impostas pela situação de emergência.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> Art. 2º Para o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) e a preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, entre outras, as seguintes medidas:
>
> I - o teletrabalho;
>
> [...]
>
> Art. 3º O empregador poderá, a seu critério, durante o prazo previsto no art. 1º, alterar o regime de trabalho presencial para teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, além de determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.
>
> § 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, hipótese em que se aplica o disposto no inciso III caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio 1943.

No entanto, mesmo diante dessas medidas regulatórias, alguns desafios se apresentam no que diz respeito à desconexão adequada. O trabalho remoto, em particular, pode dificultar aregulação apropriada do descanso. A constante disponibilidade de e-mails e outras ferramentasde trabalho, acessíveis a qualquer momento, torna o processo de desconectar-se um desafio. Asensação de estar sempre disponível e a tentação de atender demandas a qualquer hora do dia podem ter um impacto negativo na qualidade de vida e na saúde dos trabalhadores.

O Ministro Claudio Mascarenhas Brandao do Tribunal Superior do Trabalho declarou que " O avanço tecnológico e o aprimoramento das ferramentas de comunicação devem servirpara a melhoria das relações de trabalho e otimização das atividades, jamais para escravizar o trabalhador''.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Berman também faz uma crítica pertinente ao panorama contemporâneo, afirmando que a tecnologia moderna promove um "namoro acrítico com as máquinas, acompanhado de um distanciamento profundo do povo" (BERMAN, 2007 p. 37). Essa reflexão destaca a importância de encontrar um equilíbrio entre a utilização das tecnologias e a necessidade de desconexão para preservar o bem-estar e a saúde dos indivíduos.

Em consonância com as reflexões de Berman, Melo complementa o debate sobre a desconexão no contexto contemporâneo. Segundo Melo, a sociedade atual tem sido marcada por uma intensificação das demandas e uma constante pressão por produtividade, o que gera um ambiente propício ao esgotamento e ao desequilíbrio entre trabalho e vida pessoal.

> [...] fora do horário de expediente, não realize nenhuma atividade relacionada ao trabalho, como atender a chamadas telefônicas ou prestar esclarecimentos por aplicativos de mensagens instantâneas e correio eletrônico. (MELO; RODRIGUES, 2018).

Em suma, tanto Berman quanto Melo apontam a importância de repensar a relação entre trabalho, tecnologia e bem-estar no mundo contemporâneo. A desconexão assume um papel central nesse debate, demandando ações tanto individuais quanto coletivas para promover um equilíbrio saudável entre as demandas profissionais e a vida pessoal, visando à preservação dasaúde mental e ao aumento da qualidade de vida dos trabalhadores.

Diante do atual contexto de pandemia causada pela COVID-19, é pertinente abordar um caso paradigmático que foi objeto de pronunciamento por parte do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse cenário, o referido órgão judicial emitiu uma interpretação alinhada aos direitos fundamentais sociais do trabalhador. Os trechos da Ementa[1] que se seguem elucidam a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho a respeito deste importante tema.

> [...]
>
> A precarização de direitos trabalhistas em relação aos trabalhos à distância, pela exclusão do tempo à disposição, em situações corriqueiras relacionadas à permanente conexão por meio do uso da comunicação telemática após o expediente, ou mesmo regimes de plantão, como é o caso do regime de sobreaviso, é uma triste realidade que se avilta na prática judiciária. A exigência para que o empregado esteja conectado por meio de smartphone, notebook ou BIP, após a jornada de trabalho ordinária, é o que caracteriza ofensa

> ao direito à desconexão. Isso porque não pode ir a locais distantes, sem sinal telefônico ou internet, ficando privado de sua liberdade para usufruir efetivamente do tempo destinado ao descanso. Com efeito, o excesso de jornada aparece em vários estudos como uma das razões para doenças ocupacionais relacionadas à depressão e ao transtorno de ansiedade, o que leva a crer que essa conexão demasiada contribui, em muito, para que o empregado cada vez mais, fique privado de ter uma vida saudável e prazerosa. Para Jorge Luiz Souto Maior, 'quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia (...), mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o nãotrabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo'. (AIRR-2058-43.2012.5.02.0464, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 27/10/2017).

Diante desse contexto e com o propósito de normatizar a temática relativa ao direito à desconexão, o Senador Fabiano Contarato propôs o Projeto de Lei 4.044/2020. Este projeto visa alterar o § 2º do art. 244, bem como adicionar o § 7º ao art. 59, além de introduzir os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Tais modificações têm por objetivo estabelecer disposições específicas acerca do direito do trabalhador à desconexão do seu labor, conferindo, assim, maior clareza e respaldo jurídico a esta importante dimensão das relações trabalhistas.

O Projeto de Lei em questão preconiza que o Poder Legislativo detém a prerrogativa de ampliar suas ações com o propósito de atualizar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e mitigar possíveis abusos decorrentes do avanço tecnológico. Em um marco inicial, no ano de 2011, o Poder Legislativo empreendeu uma medida inaugural ao acrescentar o parágrafo único ao art. 6º da CLT, equiparando os meios informatizados de comando aos meios diretos de comando. Entretanto, constata-se que a mencionada disposição legal revela-se insuficiente para coibir abusos perpetrados pelos empregadores.

Neste Projeto de Lei, propõe-se a modificação do art. 244, § 2º, da CLT, com o intuito de consagrar em legislação o teor da Súmula 428 do TST, que atualizou o conceito de sobreaviso em conformidade com os avanços tecnológicos.

O sobreaviso configura-se quando há um acordo prévio entre empregador e empregado para que este último permaneça à disposição a qualquer momento.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Preservamos o disposto na CLT, estabelecendo que o sobreaviso não pode exceder vinte e quatro horas, e que a remuneração devida será de 1/3 do salário-hora normal para cada hora de sobreaviso acordada.

Adicionalmente, nas horas de descanso em que não houve acordo prévio de sobreaviso, propõe-se a inclusão do novo art. 72-A na CLT, proibindo expressamente que o empregador acione o empregado por meio telemático. As exceções delineadas coincidem com aquelas previstas no art. 61 da CLT, e eventual infração sujeitar-se-á às disposições relativas às horas extraordinárias.

No art. 133-A, apresentam-se obrigações mais rigorosas durante o período de férias, compreendendo a retenção dos dispositivos portáteis de trabalho pelo empregador, a exclusão do empregado de grupos de trabalho de serviços de mensageria (WhatsApp, Telegram, etc.) e a exclusão de aplicativos exclusivos do trabalho (correio eletrônico, etc.). Tais medidas visam prevenir o contato do empregador com o trabalhador durante o desfrute de suas férias.

Para concluir, é imperativo ressaltar a importância, relevância e utilidade intrínseca do Projeto de Lei em questão. Sua promulgação representará uma salvaguarda fundamental para os trabalhadores brasileiros no cenário tecnológico contemporâneo, caracterizado por sua singularidade e novidade. Ao abordar e regular aspectos pertinentes a essa nova realidade, o referido projeto desempenha um papel crucial na preservação dos direitos e na adaptação necessária dos trabalhadores às transformações inerentes ao avanço tecnológico.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Após a elaboração do presente trabalho, tornou-se evidente que a sociedade está imersa em um ciclo vicioso de trabalho excessivo. Embora a opinião dos tribunais e dos doutrinadores seja favorável aos trabalhadores, garantindo-lhes o direito à desconexão, é imperativo estabelecer uma legislação específica que regulamente de maneira precisa e abrangente essa questão.

A ausência de normas específicas podem gerar lacunas e dificultar a plena efetivação do direito à desconexão, bem como expor os trabalhadores a riscos de sobrecarga, esgotamento e prejuízos à sua saúde e bem-estar.

Portanto, é necessário que as autoridades competentes promovam a elaboração e implementação de uma legislação adequada, capaz de estabelecer diretrizes claras e garantir a efetiva proteção do direito à desconexão dos trabalhadores, considerando as particularidades da era digital e as demandas contemporâneas do mercado de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

6.REFERENCIAS.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade/ MarshallBerman; tradução Carlos Felipe Moisés, Ana Maria L. Ioriatti, São Paulo: Compa nhia das Letras,2007.

BRASIL.[Constituição(1988)].**ConstituiçãodaRepúblicaFederativadoBrasil:**SitePlanalto.

BRASIL.[Decreto-lei °5.452, de 1 de maio1943] Aprova a consolidação das leis do trabalho:SitePlanalto.

BRASIL.[Decreto-
lei °13.979, de 6 de fevereiro 2020] **Medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus**:SitePlanalto .

BRASIL. Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021. Dispõe sobre as medidastr abalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 abr. 2021. SitePlanalto.Acesso em10 mai. 2023.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. XXXXX20145020614 SP, Relator Marcos Neves Fava, 14ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação 05/02/2015. Disponível em:https://jurisprudencia.trt.sp.br/.Acesso em 17 set. 2023.

BRASIL.**Tribunal Superior doTrabalho**. Agravo de Instrumento nºAIRR-2058-
43.2012.5.02.0464, da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 27 de outubro de 2017. Disponível em:https://juris prudencia.tst.jus.br/.Acesso em10 mai. 2023.

CARDOSO, A. C. M. Direito e dever à desconexão: disputas pelos tempos de trabalho e não trabalho, Rev UFMG, Jan/Dez 2016, vol.23.

C PEREIRA, Andre Souza. **Meio ambiente do trabalho e o direito à saúde mental dot rabalhador**: uma abordagem construtiva do meio ambiente do trabalho psicologicame nte hígidoa partir da relação entre os riscos psicossociais laborais e os transtornos mentais ocupacionais. – São Paulo: LTr, 2019.

JAURÉGUIBERRY, Francis. Lestéléphonesportables, outils du dédoublement et de la den sification du temps : undiagnosticconfirmé. Tic&société, association ARTIC, 2007, 1 (1), p.79-103. Disponível em: ff10.4000/ ticetsociete.281ff. ffhalshs-00823878f.

KLIPPEL, Bruno.**Jornada de trabalho e direitos fundamentais**. – São Paulo: LTr, 2016.

LIPP, M. E. N. MALAGRIS, L. E. N. Manejo do estresse. In: B. Rangé (org.). 1995. O stress emocional e seu tratamento.In b.Range (Ed.). Terapias Cognitivo-comportamentais:um diálogo com a Psiquiatria.São Paulo.ArtMed.pp.475-489.2001.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à descon exãodo trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

PASTORE, Eduardo. A ultraconexão se coíbe com a mudança de comportamento. Conj ur.2021.Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev08/eduardo-pastore- ultraconexao-direito-desconexao . Acesso em10 mai. 2023.

SENADO FEDERAL - PROJETO DE LEI N° 4044, DE 2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br. Acesso em 20 de setembro 2023.

SINDROME DE BURNOUT. Ministerio da Saude/Gov. Disponível:https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sindrome-de- burnout#:~:text=S%C3%ADndrome%20de%20Burnout%20ou%20S%C3%ADndrome,j ustam ente%20o%20excesso%20de%20trabalho. Acesso em 12 mai. 2023.

VARELA, Drauzio. Sindrome de de Burnout – Ministerio da Saúde. 2011, p.1. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sindrome-de-
burnout#:~:text=S%C3%ADndrome%20de%20Burnout%20ou%20S%C3%ADndrome,j ustamente%20o%20excesso%20de%20trabalho. Acesso em 20 de setembro 2023.

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DO COSTUME NA ELABORAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VISANDO AS MUDANÇAS NA SOCIEDADE BRASILEIRA A LUZ DA TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

BRENDA PEDROSO: Graduada do Curso de Direito no Centro Universitário de Santa Fé do Sul - UNIFUNEC[91].

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

RESUMO: O direito deve sempre buscar acompanhar a realidade da sociedade na qual se faz presente, desta maneira os costumes que este povo possuem, acabam tornando-se uma regra ou então Lei, isso sendo possível analisar desde o começo das civilizações. O direito nas primeiras civilizações, até o momento da elaboração das constituições federais brasileiras, levando em consideração todo esse processo histórico desde a sua descoberta, onde era colônia, até o momento de Brasil republica. Os métodos utilizados para produção deste trabalho foram o estudo de livros sobre história do direito e colonização, artigos online sobre o assunto e também a análise das próprias cartas maiores, desde a sua primeira em 1824, constituição do império até a nossa última, promulgada em 1988, conhecida como constituição cidadã, por sua grande abrangência em direitos, dentre eles o direito a culta. Dentro deste contexto, é presente também a chamada teoria da adequação social, que traz consigo o preceito de que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, em conjunto ao trabalho da adequação social, os costumes abolicionistas, estes reforçando a força do costume dentro da sociedade. O objetivo principal é frisar em como os costumes de um povo, criam vida em um todo sua sociedade, e que o respeitar e preservar os costumes é também conservar sua história.

Palavras-chave: História do Direito. Costumes. Sociedades primitivas. Constituição federal. Cultura.

ABSTRACT : The law must always seek to accompany the reality of society in which it is present, in this way the customs that these people have, end up becoming a rule or law, this being possible to analyze since the beginning of civilizations. The law in the first civilizations, until the moment of the elaboration of the Brazilian federal constitutions, taking into account all this historical process since its discovery, where it was a colony,

91 E-mail: brendapedroso01@hotmail.com

until the time of Brazil república. The methods used to produce this work were the study of books on the history of law and colonization, online articles on the subject and also the analysis of the major letters themselves, from its first in 1824, the constitution of the empire until our last, promulgated in 1988, known as the citizen constitution, due to its wide range of rights, including the right to cult. Within this context, the so-called theory of social adequacy is also present, which brings with it the precept that although a conduct falls under the legal model it will not be considered typical if it is socially adequate or recognized, together with the work of social adequacy, abolitionist customs, these reinforcing the strength of custom within society. The main objective is to emphasize how the customs of a people create life in their society as a whole, and that respecting and preserving customs is also to preserve their history.

Keywords: History of law. Customs. Primitive societies. Federal Constitution. Culture.

Sumário: 1. Introdução; 2. História do Direito; 3. Direito nas primeiras sociedades; 4. Direito no Brasil Colonia; 5. A elaboração da Lei Maior Brasileira; 6. Teoria Tridimensional do Direito; 7. Teoria da Adequação Social; 8. Costume abolicionista; 9. Conclusão; 10. Referências bibliograficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo elenca questões como a história do direito, em como o direito é fruto de hábitos que acabaram tornando-se lei para certo povo, como a legislação fora se transformando e mudando quanto ao passar dos tempos, para assim acompanhar a sociedade e deste modo estar em consonância com o tempo atual de quem demanda de tal.

Algo também notório a relacionar quando comentado a este assunto é de como cada local tem sua maneira de lidar com os textos de Lei.

A legislação nada mais é que uma procura da paz entre o seu povo, o direito fora criado exatamente com este intuito, para manter as relações entre os cidadãos da melhor maneira possível, resumidamente é o decurso das relações sociais, ou seja, a moral e os costumes.

Um exemplo ao qual podemos citar é a diferença cultural que possuímos no oriente e no ocidente do globo terrestre, e essa cultura acaba influenciando diretamente em como seus cidadãos agem, e assim impondo de certa maneira como lidarão com as situações de esfera jurisdicional.

É evidente que há completa divergência entre o direito positivado e a sua aplicabilidade, pois depende de diversos fatores, não apenas de um texto de Lei. Por isso será analisado a evolução histórica desde as primeiras sociedades até os dias atuais e

com esta evolução como fica claro a importância do respeito e da utilização dos costumes na elaboração da legislação de um povo.

2 HISTÓRIA DO DIREITO

Quando se fala de história de direito é difícil citar com precisão uma data, ou um período de toda a história da sociedade, existe muita discussão quanto a isto, pois não existe um evento certo para que seja datado, o direito, até os dias atuais, está em construção, desde que foram criadas as primeiras sociedades. O que se tem com maior conhecimento sobre este assunto como marco, é o que se conhece atualmente como ramo do direito civil, mais precisamente, direito de família, pois os laços familiares formariam assim também o que temos hoje como relações jurídicas, como por exemplo nas sucessões, como diz Wolkmer (2006, p. 18) conforme citado por Fustel de Coulanges (1983, p.182-184) para escrever que o direto antigo não é resultado de uma única pessoa, pois se impôs a qualquer tipo de legislador. Nasceu espontânea e inteiramente nos antigos princípios que constituíram a família, derivando crenças religiosas, universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências e sobre as vontades.

Neste sentido as sociedades foram evoluindo, estas ao longo de toda a extensão do globo terrestre, criando com elas, seus costumes, suas próprias legislações. Com o início das colonizações, que se deram principalmente pela sociedade europeia, começa-se então uma espécie de divergências entre os colonizadores e os colonizados, que possuíam estilos de vidas opostos, neste contexto Wolkmer (2006, p.17) cita em seu livro fundamentos da história do direito desta maneira:

> Não parece haver dúvida de que o processo contemporâneo de colonização gerou um surto de pluralismo jurídico, representado pela convivência e dualismo concomitante, de um direito "europeu (common law nas colônias inglesas e americanas, direitos romanistas nas outras colônias) para os não indígenas e, por vezes, para os indígenas evoluídos; e outro, do tipo arcaico para as populações autóctones.

Quanto mais ia-se desbravando novas terras, mais eram "descobertas" novas sociedades e com elas suas particularidades, na sua maneira de viver e de lidar com diversas obrigações.

3 DIREITO NAS PRIMEIRAS SOCIEDADES

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

O ser humano como um ser social, desde que se tem conhecimento, vive em sociedade, e com isto começa a sentir a necessidade de estabelecer regras para que seja possível a vida em sociedade. Antes mesmo da criação de um Estado regente, nos clãs e tribos por exemplo já era possível notar-se a presença de normas não escritas, mesmo com a inexistência de uma carta maior, o direito se mostrava presente e começando a dar seus primeiros passos.

É notório ressalvar que, mesmo que primitivos, não deve se tratar este direito como antigo, como destaca Freitas:

> "Vale ressaltar que os Direitos primitivos não podem obrigatoriamente, ser qualificados como "antigos". A razão para tanto é deveras simples: muitas sociedades, até hoje organizam-se longe dos auspícios do Estado, ainda que, oficialmente, estejam submetidas ao seu império. É o caso dos povos indígenas, que normalmente se encontram protegidas em reservas legais, ali observando, em maior ou menor grau, um Direito ancestral." (2011, p. 31)

Para diversos povos que mesmo ainda no tempo atual, vivem "isolados" das demais sociedades, suas maneiras de lidar com regras não mudaram, pois possuem um processo de evolução diferente, da sociedade regida pelo Estado. Estas regras estão sempre de certa maneira condicionadas ao cenário cultural de cada povo.

Quanto a questão das fontes, retornaremos ao ponto de que, estas partem dos costumes como diz Freitas (2011, p. 33) conforme citado por Gillisen (2008, p.35-38) quanto as fontes, tem-se, em primeiro plano, os costumes e as Leis não escritas, logo seguidas pelos adágios e provérbios populares, bem como as decisões tomadas por força da tradição.

Desta forma, segue-se a ordem cronológica, desde as sociedades primitivas, passando pelas sociedades orientais antigas, no Egito antigo, no direito hitita, no direito persa, no extremo oriente, na antiguidade clássica, na Grécia antiga; no tão conhecido direito romano, no direito medieval, até chegarmos ao direito nas sociedades europeias, que foram dominantes de muitas colonizações, levando seu ordenamento jurídico para diversas partes do planeta, inclusive o Brasil.

4 DIREITO NO BRASIL COLONIA

No período do Brasil colônia, a administração da justiça ficava ao comando da coroa Portuguesa, que era regido por meio de monarquia, onde o poder pertence ao Rei. Os principais conjuntos de Leis portuguesas até o fim da monarquia foram: as

Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas. Ordenações Afonsinas ou também conhecido como código Afonsino, que vigorou de 1446 até 1514; as Ordenações Manuelinas ou Código Manuelino, que vigorou de 1521 até 1595, e as Ordenações Filipinas ou Código Filipino, que vigorou das leis editadas de 1603 até 1830, onde foi criado o primeiro código criminal no Brasil.

As ordenações englobavam no meio jurídico não apenas Portugal, mas também suas colônias, no entanto, era de certa forma dificultosa a aplicabilidade na lei no território como cita Cezario (2010) "nem todas as leis eram de fácil aplicação no Brasil (assim como em outras colônias, onde muitas leis precisaram ser adaptadas), devido às peculiaridades culturais ou à falta de condições (de aplicação)."

Era difícil impor todo um "universo" novo para aqueles que ali já habitavam, toda uma cultura chegando a eles, um mundo diferente do que estavam acostumados. Sobre os direitos nas nações indígenas brasileiras, não se há muitas informações, no entanto, do pouco que se sabe, é que essas populações de certa maneira tiveram seu modo de lidar com conflitos, ou direitos, reprimidos por seus colonizados, tais quais impunham suas regras a aqueles que estavam ali antes deles, de acordo com Freitas (2011, p. 37)

> Sabe-se que a assimilação foi demasiada brutal para se reconstituída. Ademais, raros foram aqueles que se preocuparam em juntar os pedaços desse imenso quebra-cabeças. Deste modo, sabe-se que o assunto acabou por não suscitar entre nossos juristas, ao contrário do que se verificou em outros países latino americanos, o mesmo interesse. O resultado é que são praticamente inexistentes as obras de Antropologia Legal no mercado editorial brasileiro. Durante muito tempo, o único manual disponível sobre a matéria foi aquele de Robert Weaver Shirley, fruto do rol de palestras proferidas em 1977 na Universidade de São Paulo.

Fica assim, evidente, o quanto desconhecemos do assunto anteriormente a colonização do território brasileiro e de seu povo nativo.

5 A ELABORAÇÃO DA LEI MAIOR BRASILEIRA

Dezenas e dezenas de décadas se passaram desde o começo das primeiras civilizações, até o começo das colonizações e pôr fim a "descoberta" do que hoje conhecemos como o Brasil. Desde que o Brasil tornou-se independente, foram elaboradas seis cartas constitucionais, nos respectivos anos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, até chegar-se a mais recente sendo a promulgada em 1988,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal Brasileira de 1988, também conhecida como constituição cidadã, prometeu como sua promulgação, elevar completamente o direito do povo brasileiro, inclusive e sendo um ponto muito forte a cultura de sua sociedade, esta que é constituída de uma união de vários povos. Pereira (2008) traz que "O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe a promessa de fomentar e proteger o "patrimônio cultural" brasileiro, dando a deixa para a atuação decisiva das chamadas leis de incentivo à cultura. O fomento, visto de relance, alcançaria todo bem simbólico atinente à identidade do povo brasileiro". Para assim a legislação do pais, ganhar a identidade de seus cidadãos.

Desde a Constituição Federal de 1946, que trouxe em seu artigo 174 que "O amparo à cultura é dever do Estado" já começara a notar-se a importância desta. A cultura vem alinhada ao costume do seu povo, podemos dar como exemplo, se um ato for sempre tido como errado em uma sociedade, consequentemente se tornara proibido que se faça.

Posterior ao golpe no ano de 1964, o Congresso Nacional, que foi transformado em Assembleia Nacional Constituinte, elaborou a Constituição de 1967, que deu respaldo à ditadura militar. A constituição Federal de 1988 tentou de certo modo abranger o máximo possível todos esses aspectos, se tornando nos dias atuais, uma das cartas maiores mais abrangentes em direitos entre todos os países.

Em relação ao povo indígena, este que possui seu próprio capitulo em nossa carta maior, o art. 231 traz positivado quanto: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens." Como já comentado, quase nada se sabe sobre o povo indígena anteriormente a colonização, nos dias atuais, é positivado a obrigação do respeito ao costume deste povo.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 242, § 1º diz: "O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro". Tão importante quanto respeitar os costumes na elaboração da legislação, é também passa-la a seu povo.

A importância da preservação e respeito dos costumes, é em principal que isso é todo o contexto de uma história, preservar seus costumes, positiva-los para posteriormente possuir conhecimento, é também conservar memoria dessa sociedade.

6 TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

A chamada teoria tridimensional do direito, idealizada pelo jurista Miguel Reale traz uma espécie de divisão em três pilares sobre o direito, sendo elas fato, valor e norma. Esses três pilares sendo responsável por edificar e constituir a legislação, a junção do valor, fato e norma é que constitui a Lei, o doutrinador traz em seu livro filosofia do direito quanto "ao analisar-se fenomenologicamente a experiência jurídica o Direito é estruturalmente tridimensional, sendo percebido como elemento normativo, que disciplina os comportamentos" Reale (1999).

De uma maneira mais aprofundada a questão do costume, é utilizado e visto do próprio fato, o fato que é vivido dentro da sociedade e este vem a contribuir para a elaboração de uma lei, ou seja, esse fato se transforma em costume, ou cultura e por fim poderá vir a tornar-se positivado na legislação, como relata Carvalho, citado por Gonzales "a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, deve ser compreendida no contexto do culturalismo jurídico, isto é, de que o Direito é filho da cultura humana, algo que decorre do processo existencial dos indivíduos e da coletividade" ou seja, o culturalismo jurídico é fator importante para a elaboração daquilo que será ditado a uma população, para que se adeque a sua realidade de fato. Miguel Reale defende um Direito que seja mais condizente onde está inserido.

> Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor (REALE, 2003, p.91).

Portanto, é importante salientar a necessidade da utilização plena dos três pilares, para que exista a consonância da Lei que será criada, pois esta envolve diversos fatores que vão além apenas do direito positivado. A norma vigente pretende a influenciar efetivamente no meio social e é porque vige e influencia que se torna positiva.

Como exemplo do universo de legislações, não é possível afirmar como toda a certeza de que os costumes sempre serão benéficos para a sociedade, e que deste modo sempre irão funcionar de maneira correta e esperada. Dentro dessa situação de legislações que tiveram seu rol mudado em questão do costume, podemos citar o caso da lesão corporal leve em contraposição a Lei Maria da Penha. O art. 88 da Lei 9.099/95, colocava que "**Art. 88.** Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.", ou seja, dependia de representação para o início da

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

persecução penal. No entanto, com a adesão da Lei Maria da Penha, tal qual vem a coibir a violência doméstica, como explica Garcez:

> A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, entre outros objetivos, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, atendendo às diretrizes preconizadas em diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e, em especial, ao disposto no art. 226, §8°, da Constituição Federal, onde se lê que *"o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações"*.

Sendo assim, o legislador, busca novos mecanismos para preconizar maior proteção. Deste modo, a partir de 2012, o Supremo Tribunal Federal, vindo com entendimentos contrários a essa legislação, visando o grande número crescente de violências que aconteciam, entendeu que essa decisão não deveria depender de representação.

> O Supremo Tribunal Federal, em 2012, fixou o entendimento de que *não seria razoável deixar a atuação estatal a critério da mulher*, pois a exigência dessa condição permitiria a reiteração da violência, caso a vítima não representasse ou se retratasse da representação oferecida, esvaziando-se a proteção pretendida pela lei, sendo, assim, necessária a intervenção estatal desvinculada da vontade da vítima. [...] Não demorou muito e, em 2015, com a edição da súmula 542, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Assim, caberá ao Estado tratar, sem que seja necessária a representação da vítima, para que não venha depender dela, pois em muitos casos, muitas daquelas que sofrem a violência, sentem-se de mãos atadas.

Como no caso citado, podemos evidenciar a visão do costume e cultura, pois ele nem sempre estará em consonância, e deverá ser modificado pelo legislador, a fim de atender da melhor maneira possível sua sociedade

Outro exemplo prático que poderá ser citado a Lei 11.343/06, também chamada de Lei antidrogas. Sendo infelizmente o Brasil, um pais com sérios problemas no leque geral sobre drogas, a Lei positivada acaba sendo ineficaz na pratica, ela visou pôr fim ao tráfico e ao consumo de drogas no âmbito nacional, não sendo, porém, eficaz quanto ao seu objetivo. Podemos relatar o artigo 28 desta lei que diz "Art. 28**.** Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo." Este crime com essa Lei, em comparação a anterior, dá apenas advertências para aqueles que o cometerem, não tendo uma punição mais severa, como sugere Leite (2008)

> Ocorre que, tais penas, além de diminuírem a carga punitiva do crime de porte para uso próprio, tendo em vista que a revogada Lei nº. 6.368/76, previa para a mesma conduta uma pena privativa de liberdade - detenção de seis meses a dois anos, nos termos do seu artigo 16 - retiram o seu caráter coercitivo, presente até então com a vigência da lei anterior que tutelava a matéria. Essas novas penas a serem impostas ao indivíduo não intimidam o cidadão a não consumir drogas, causando descrédito perante a sociedade, fazendo com que ele não mais tema as eventuais sanções penais a serem impostas contra ele, caso queira valer-se das drogas para consumo pessoal.

Destarte, o legislador incrementou uma nova maneira, diminuindo a carga punitivo para aqueles indivíduos que são designados apenas como consumidores, de modo a imaginar que isso poderia ser benéfico, no entanto, quando posto na pratica, não acaba funcionando na maneira esperada. Evidenciando o porque a legislação esta sempre em mudanças, de modo que acompanha a sociedade e seus costumes, porém, nem sempre irá funcionar da maneira pretendida.

7 TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Adentrando mais no direito brasileiro, encontra-se como um dos princípios constitucionais/penais, a teoria da adequação social, elaborada por Hans Welzel, pela qual afirma-se que se uma conduta for socialmente aceita, não deverá ser vista como uma infração, como cita Prado em seu livro Curso de Direito Penal Brasileiro

> A teoria da adequação social, concebida por Hanz Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida(...) Convém observar que "as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social". Noutro dizer: a ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> condicionada historicamente. É ela portadora de um determinado significado social, sendo expressada funcionalmente no contexto histórico-social da vida de um povo.

Sendo assim, uma conduta que se torna rotineira na vida de uma sociedade, passaria a não ser mais vista como uma infração, pois o costume da população a tornou típica, nesta visão traz Magalhães (2009) conforme citado por Tolledo (1999, p. 132).

> "[...] o princípio da adequação social se desdobra para alcançar inúmeras situações nem sempre ajustadas a regras éticas. Vale dizer: podem as condutas socialmente adequadas não ser modelares, de um ponto de vista ético. Delas se exige apenas que se situem dentro da moldura de Welzel, dentro do quadro da liberdade de ação social [...]".

Fica evidente o quanto um ato costumeiro pode gerar impacto na sociedade em que se faz presente, pois o habito, a constância pela maioria de um povo, o trata para dentro de sua cultura.

Alcântara (2017) em sua dissertação a teoria da adequação social no direito penal: aspectos controvertidos e aplicação na jurisprudência do tribunal de justiça de São Paulo, elencou diversas questões adentrando essa teoria, ela em relação a outras teorias, em relação a princípios do direito, como por exemplo o princípio da insignificância, mas para quesito dessa pesquisa em si, evidenciamos uma de suas conclusões "Ações socialmente adequadas não se confundem com ações socialmente exemplares ou habituais. Aquelas decorrem de uma continua percepção histórico-cultural de uma generalidade de pessoas quanto a adoção de determinado comportamento. Ou seja, há na ação socialmente adequada uma coincidência de valores que animam o agente com aqueles desejados pela sociedade, ainda que não sejam usuais ou exemplares" Deste maneira, não são todas as atitudes habituais que deverão ser aceitas, mas sim aquelas que são socialmente aceitáveis pelos valores que estas possuem, como de correto ou errôneo, a qual deverá ser punida pelo Estado.

A teoria da adequação social, por sua vez, não se confunde com a teoria da insignificância, seguindo a linha de pesquisa de Alcântara (2017):

> A teoria da adequação social ainda se diferencia do princípio da insignificância. Este constitui um critério hermenêutico intrassistêmico, pois pressupõe a intima ofensa ao bem jurídico tutelado, centrando-se fundamentalmente no desvalor do resultado. Aquela, por sua vez, avalia, de o extrassistêmico, a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> aprovação da sociedade em relação á determinada conduta, referindo-se muito mais ao desvalor da ação.

Sendo assim, não se confundem.

Rieger e Pozzobon (2016) destacam que "o princípio da adequação social é baseado na ética e nos costumes sociais e foi fundamental para a evolução da teoria final da ação". A teoria final da ação, também proposta por Wezel, que se fixa no resultado, e que este gera necessariamente uma responsabilização.

Bitencourt (2003, p. 17) nesta mesma linha de pensamento diz:

> A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor social da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda à determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

Deste modo, se a conduta produzida, é de certa maneira irrelevante quanto a uma punição, ou então a uma punição muito gravosa, esta deverá ser analisada a fim de questionar se ela é tolerável ou não.

Masson citado por Theodoro (2015) ainda diz ensina ainda que o princípio da adequação social determina que "não pode ser considerado criminoso o comportamento humano que, embora tipificado em lei, **não afrontar o sentimento social de Justiça**". O que se evidencia é que, o ponto é analisar se a ação cometida pode ser aceitável pela sociedade, sem que seus cidadãos discordem, ou até mesmo, concordem que aquela conduta não deve ser penalizada.

Scandelari (2018), citando Prado e Carvalho lembram que a adequação social surgiu como um instituto que busca afastar do âmbito da intervenção jurídico-penal determinadas hipóteses não desvaloradas do ponto de vista social, nas quais as lesões aos bens jurídicos ocorriam dentro do funcionamento normal da vida em sociedade. Se no caso, for coerente que a atitude não vai contra valores da sociedade, que os danos não sejam significativamente grandes, causando assim impactos relevantes, que este poderá ser aceito.

8 COSTUME ABOLICIONISTA

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Nesta mesma abordagem, existem os chamados costumes abolicionistas, ou revogadores. Neste existem divergências entre a doutrina, as quais afirmariam que, um costume poderia ou não, imputar na revogação de uma ação penal. Atualmente, as vertentes doutrinárias divergem, e se repartem em três, tendo quem as aceite e quem não aceite. No cenário atual brasileiro, muitas jurisprudências trazem a não aceitação no costume como revogador, por exemplo no jogo do bicho

> BICHO. REVOGACAO DA LEI PELO COSTUME. NAO IDENTIFICACAO DO "APOSTADOR" OU DO "BANQUEIRO". "ENQUANTO NAO HOUVER REVOGACAO EXPRESSA, FORMAL, PELO LEGISLADOR FEDERAL, O JOGO DO BICHO CONTINUARA A SER CONTRAVENÇÃO PENAL E POR ISSO A LEI TERA QUE SER APLICADA" (DA EMENTA DO ACORDAO DO STJ, REF. AO REC. ESP. N. 25.115-5/40, 5A TURMA, "IN" DJU 14 .5.93, P. 11788). "A PUNICAO DO INTERMEDIADOR, NO JOGO DO BICHO, INDEPENDE DA IDENTIFICACAO DO"APOSTADOR"OU DO"BANQUEIRO" (SUMULA N.(TJ-PR - ACR: 631954 PR Apelação Crime - 0063195-4, Relator: Gil Trotta Telles, Data de Julgamento: 03/03/1994, Quarta Câmara Criminal (extinto TA))

Neste caso, não fora aceito, porém, em relação as casas de prostituição o cenário vem a ser oposto, o art. 229 do código penal brasileiro traz "Manter, por conta própria ou de terceiros, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa." mas já existem jurisprudências de casos a aceitando, segundo a teoria da adequação social

> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ART. 229 DO CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. AFASTAMENTO DA ILICITUDE DA CONDUTA QUE ADVÉM DA MODIFICAÇÃO DOS PADRÕES DE COMPORTAMENTOS SOCIAIS E MORAIS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUBMISSÃO DE ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO E À EXPLORAÇÃO SEXUAL. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. - Ainda que a manutenção de casa de prostituição seja conduta típica prevista no art. 229 do Código Penal, há de considerar-se sua atipicidade...
>
> (TJ-RS - ACR: 70046046736 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 09/02/2012, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/02/2012).

No cenário atual, ainda não são muitos os casos em que esta teoria é aceita, no entanto, é importante frisar que isso já está ocorrendo, e com o passar do tempo, sua aceitação vira e deverá ser maior, para assim a sociedade e a legislação caminharem juntas. Magalhaes cita que:

> Assim, o Supremo Tribunal Federal decidirá se a sociedade pode, com base na sua possível tolerância, no que concerne a determinados atos, e na mudança de paradigmas, de cunho moral, afastar a aplicabilidade prática de norma penal incriminadora, excluindo a repressão dos órgãos estatais. Em síntese, o STF indicará o verdadeiro alcance do princípio da adequação social e sua repercussão no tipo penal.

O costume abolicionista, pode ser citado, como maneiras que o costume será utilizado para abolir certa conduta, como o próprio nome já traz, auto explicando. A conduta é abolidia pelo costume, deste modo, envolvido dentro do rol da adequação social.

9 CONCLUSÃO

Na elaboração de uma legislação é necessária a análise de diversos aspectos para que esta venha a atender sua finalidade. O ser humano como um indivíduo social, desde que possuímos conhecimentos, sempre viveu em uma sociedade, e mesmo nas sociedades mais primitivas, já foram encontrados evidencias que estas possuíam suas leis, para que assim pudessem viver de forma harmoniosa.

Com o começo das colonizações, e deste modo a "descoberta" de novos povos, foi possível notar divergências, entre o seu modo de viver e assim também de suas legislações. No Brasil, não sendo diferente, o povo Português quando chegou a solo brasileiro, deparou-se com seus povos nativos. Desde então, assim como as civilizações, a legislação fora mudando para adequar-se à realidade, e neste quesito, possuímos o costume, fator de extrema importância na elaboração de uma lei.

A designação costume provem do latim *consuetudo*, que diz sobre "designa tudo que se estabelece por força do uso e do hábito" e são quanto a esses usos e hábitos que o legislador deve lidar como necessário ao transformar em lei escrita, positivada, de modo a fazer valer a prática reiterada da sociedade, atribuindo valor jurídico a estas. Sendo assim, é visível como os costumes, a cultura, influenciam completamente sua sociedade, pois é através dela que o ordenamento jurídico será moldado, de forma a atender da melhor maneira o seu objetivo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

No cenário atual brasileiro, com a utilização e mais fácil acesso da internet, mesmo que não chegue ainda a nem metade da população, seria importante a participação cada vez mais ativa dos cidadãos na elaboração do que para eles será tido como lei, tal qual a importância do chamado costume abolicionista, pois as leis devem acompanhar a realidade social, sendo assim hábitos frequentes, que não causam um dano maior a sociedade, não devem ser tomados como ilícitos. Quando a legislação não acompanha a realidade da sociedade que ela está sendo imposta, acaba por sua vez se tornando de certa forma ineficaz, e lenta. A utilização dos costumes como um patamar a legislação, traria maior agilidade e eficácia em casos concretos.

10 REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Carlos Henrique Pereira**. A teoria da Adequação Social no Direito Penal: Aspectos controvertidos e aplicação na Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**.2017. São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis publico/6855846_Dissertacao_Parcial.pdf. Acesso em: 22 de março de 2021.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano, vol. 1**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano, vol. 2**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 748 f.

CARVALHO, Morgana Gomes de. **Breve análise sobre a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.** 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72501/breve-analise-sobre-a-teoria-tridimensional-do-direito-de-miguel-reale> acesso em: 22 mar.de 21.

CEZARIO, Leandro Fazollo. **A estrutura jurídica no Brasil colonial. Criação, ordenação e implementação.** 2010. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-72/a-estrutura-juridica-no-brasil-colonial-criacao-ordenacao-e-implementacao/> acesso: 19 ago. de 2020.

GARCEZ, William. **A vontade da vítima na Lei Maria da Penha: o paradoxo criado pela jurisprudência.** Disponível em:https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/vontade-da-vitima-na-lei-maria-da-penha-o-paradoxo-criado-pela-jurisprudencia. Acesso em: 08 maio de 2021.

HATSCHEBACH, Isabela Antônia**. A aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social no crime de violação de direitos autorais**. 2013. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/ecci/anais/559529603b577.pdf>. Acesso em 8 set. 2020.

LEITE, Augusto Rodrigues. **Da Ineficácia da nova lei antidrogas.** 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/55293/da-ineficacia-da-nova-lei-antidrogas>. Acesso em 22 mar. 2021.

MAGALHÃES, Alex Pacheco. **O princípio penal constitucional da adequação social no Direito Penal Constitucional brasileiro: novas facetas.** 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-penal-constitucional-da-adequacao-social-no-direito-penal-constitucional-brasileiro-novas-facetas/> acesso em: 8 set. de 2020.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Geral, vol. 1. 4ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PALAIA, Nelson. **Noções Essenciais de Direito**. 3 ed. São Paulo, 2005.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Julio Cezar. **O conceito de cultura na Constituição Federal de 1988**. 2008. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14112.pdf> acesso: 19 ago. de 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 7 ed. São Paulo, 2007.

REALE, Miguel, 1910-2006 **Filosofia do direito** / Miguel Reale. - 19. ed. - São Paulo Saraiva, 1999.

RIEGER, Renata Jardim da cunha. POZZOBON, Luize Genare. **Apontamentos sobre o Princípio da Adequação Social na Jurisprudência dos Tribunais Superiores**. 2016. Disponivel:em:<http://www.editoramagister.com/doutrina_27770868_APONTAMENTOS_SOBRE_O_PRINCIPIO_DA_ADEQUACAO_SOCIAL_NA_JURISPRUDENCIA_DOS_TRIBUNAIS_SUPERIORES.aspx > Acesso em: 22 de mar. de 2021.

SCHIAPPACASSA, Luciano Vieiralves. **Costume" abolidor" pode revogar uma infração penal?** 2009. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/939744/costume-abolidor-pode-revogar-uma-infracao-penal-prevista-em-lei-luciano-vieiralves.> Acesso em: 8 set. 2020.

TEODORO, Rafael Theodor. **Princípio da adequação social e descriminalização judicial fática.** 2015. Disponivel em: <https://jus.com.br/artigos/42345/principio-da-adequacao-social-e-descriminalizacao-judicial-fatica>. Acesso em: 10 maio de 2021.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História de Direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

www.conteudojuridico.com.br

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: ÊNFASE NO RECONHECIMENTO SOCIOAFETIVO VIA EXTRAJUDICIAL E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

AMANDA CRISPILHO GOMES:
Bacharela do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP[92]

EDUARDO CURY[1]

(orientador)

RESUMO: O Direito de Família vem se modificando com o passar dos anos, avançando na medida em que a sociedade evolui, diante disso o conceito família vem se expandindo e amparando as mesmas em suas diversas formas. O Código Civil de 2002 regulamentando o previsto na Constituição Federal de 1988, trouxe significativas mudanças no Direito de Família brasileiro, equiparando as diversas formas de filiação, com a consequente regulamentação legislativa, inclusive no que tange à filiação socioafetiva, a qual foi possível o reconhecimento pela via extrajudicial fulcrada no Provimento 83 do CNJ, o qual trouxe algumas modificações em seu texto, visando sempre o melhor para a criança. O reconhecimento socioafetivo através da via extrajudicial nos cartórios do Registro Civil, vem para agregar e formalizar o que já vem sendo praticado pelas famílias, como conviver em âmbito familiar de modo afetuoso. Conclui-se que, o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva representa a evolução do Direito, onde o mesmo deve estar em consonância com a sociedade, se adequando as novas realidades para que traga segurança as pessoas que dependem de seu amparo. O Material consultado para a produção do resumo foram pesquisas bibliográficas, sites, artigos e jurisprudências relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Reconhecimento. Paternidade Socioafetiva. Família. Provimento n.83.

ABSTRACT: Family Law has been changing over the years, advancing as society evolves, in view of this, the concept of family has been expanding and supporting them in their various forms. The 2002 Civil Code, regulated and provided for in the Federal Constitution of 1988, brought significant changes in the Brazilian Family Law, equating the various forms of affiliation, with the consequent legislative regulation, including with regard to socio-affective affiliation, which was possible to recognize through the extrajudicial channel established in CNJ Provision 83, which brought some changes to its text, always seeking the best for the child. The socio-affective recognition through the extrajudicial means in the Civil Registry Offices comes to aggregate and formalize what is already

92 E-mail: amandacrispilhogomes@hotmail.com

being practiced by the families, such as living together in a family environment in an affectionate way. It is concluded that the legal recognition of socio-affective paternity represents the evolution of Law, where it must be in line with society, adapting to new realities so that it brings security to people who depend on its support. The material consulted for the production of the abstract was bibliographic research, websites, articles and jurisprudence related to the theme.

Keywords: Recognition. Socio-affective paternity. Family. Provision n.83.

1 INTRODUÇÃO

O conceito família vem se modificando com o passar do tempo, e o direito como uma ciência política, também deve sempre estar em constante evolução, para que assim possa amparar aqueles que mais precisam.

Dessa forma, surge uma nova constituição de família, agora baseado no amor e no afeto, onde há a possibilidade de reconhecer como seu e para todos os fins de direito o filho que antes era somente de criação.

O reconhecimento socioafetivo nada mais é do que o reconhecimento jurídico da maternidade e ou paternidade com base no afeto, sem que haja vínculo de sangue entre as pessoas, ou seja, quando um homem e ou uma mulher cria um filho como seu, mesmo não sendo mãe ou pai biológico da criança.

Diante disto, a consagração da igualdade entre os filhos se deu com a Constituição Federal de 1988, por força do artigo 227, trazendo proteção nas relações jurídicas, deixando claro que, para todos os fins o sociológico não se distingue do biológico, ambos portanto possuem os mesmos direitos e deveres.

Outro marco na filiação socioafetiva, se deu com o Conselho Nacional de Justiça e sua implantação do Provimento 63 em 14 de novembro de 2017. Esse procedimento que antes era realizado somente na via judicial, passou, portanto, a ser realizado também nas vias administrativas extrajudiciais, desafogando assim o judiciário, que já vem sendo um tanto extenuante.

Com a necessidade de melhorias e seguindo a evolução da sociedade, teve seu texto alterado pelo Provimento 83, de 14 de agosto de 2019, anunciando mudanças significativas nos procedimentos extrajudiciais em questão, optando por modificar algumas das situações em que se enquadraria o reconhecimento extrajudicial socioafetivo. O mesmo, também trouxe benefícios para o procedimento, dificultando assim possíveis fraudes, como por exemplo a adoção a brasileira.

Para a proteção, e respeitando o direito dos filhos, ficou resguardado, a posse do estado de filho, não podendo se falar então em desconstituição da filiação da paternidade socioafetiva, uma vez que tal ato assegura a estrutura da base familiar baseada no afeto.

A filiação socioafetiva, portanto, passa a ser um tema de grande destaque, que cada vez mais vem encontrando apoio no direito brasileiro, assim como a descomplicação na esfera extrajudicial, preservando sempre a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos ou não.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito histórico de família sofreu inúmeras transformações ao passar dos anos na medida em que as relações humanas evoluíam. O fato gerador econômico não era mais o ponto importante de ligação entre os entes da família, agora nesse novo conceito o que ganha espaço é o amor, o afetivo que se sobrepõe ao patrimonialismo. É importante ressaltar, que o conceito de união familiar vem se modificando e dando espaço para incluir em seu cerco todos os que antes eram afastados por não serem de sangue, assim, transformando através dos tempos e se reajustando tanto nas mudanças religiosas, socioculturais e econômicas.

> Nesse contexto, podemos afirmar que a família passa por profundas transformações, tanto internamente, no que diz a respeito à sua composição e as relações estabelecidas entre seus componentes, quanto as formas de sociabilidade externas existentes, fato este que tende a demonstrar seu caráter dinâmico. (OLIVEIRA, 2009, p.01).

No passado não muito distante, havia uma objetiva distinção entre filiação legitima e filiação ilegítima. As leis vigentes antes da Constituição Federal 1988 firmavam um modelo de família patriarcal, portanto era excluída toda tutela jurisdicional, assim como qualquer entidade familiar onde o filho fosse havido fora do casamento, dessa forma a constituição de uma família considerada legitima só era possível com a efetivação do matrimonio. Para ser especifico durante a vigência do Código Civil de 1916, sendo que, o filho legítimo era aquele nascido da união carnal durante o casamento. Como disciplinava o Código Civil de 1916, em seu artigo 337, os filhos concebidos na constância do casamento eram legítimos, mesmo que ainda fosse anulado ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé.

O filho concebido antes do casamento era ilegítimo até que se formalizasse a união dos pais através do casamento. O mesmo, era muito mal visto perante a sociedade, sendo julgado severamente por simplesmente ter nascido fora da união regular de fato de seus genitores, onde o mesmo não obteve nenhuma culpa. Era muito comum naquela

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

época a religião obrigar o pai a abandonar o filho mesmo que ele quisesse assumir, e com isso, o mais prejudicado nessa história era a criança.

De acordo com Maria Berenice (2007, p. 318), os filhos havidos fora do casamento, eram tratados como se não existissem, e negar esse reconhecimento ao filho, excluía-los de direitos, trazendo punição ao mesmo que não possuíam culpa pela postura do pai, que se liberava do ônus do poder familiar.

A partir da Constituição Federal de 1988 muitos dispositivos foram revogados, trazendo uma nova estrutura na base jurídica, relacionados a princípios constitucionais, reforçando tais como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, e esses princípios passaram a integrar o direito de família.

> O direito de família é o que mais avançou nos últimos tempos, levando-se em consideração que seu foco são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social. A família contemporânea caracteriza-se pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. Dessa forma, a filiação também tem suas bases no afeto e na convivência, abrindo- se espaço para a possibilidade da filiação não ser somente aquela que deriva dos laços consanguíneos, mas também do amor e da convivência como é o caso da filiação socioafetiva. (BARRETO, 2013, p. 4).

Um grande marco na evolução do conceito de filiação no ordenamento jurídico brasileiro, se deu com vigência do artigo 227§6° da Constituição Federal de 1988, onde trouxe em seu texto que os filhos havidos da união do casamento ou não, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O sistema de justiça se tornou amplo, devido justamente a lei tutelar essas outras formas de família, consequentemente trazendo regulamentação e acesso igualitário aos filhos, sendo eles biológicos ou socioafetivos.

> A nova roupagem do conceito de família e por que não dizer de todo o direito civil transcorreram do livramento das amaras do liberalismo e da patrimonialização das relações sociais permitindo que os interesses puramente individuais passassem a se submeter a outros valores. Por tal firma, nossas concepções acerca da família vêm surgindo no ordenamento pátrio, conceito tais que se fundão sobre a personalidade humana, devendo a entidade familiar ser

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> entendida como grupo social fundado em laços afetivos, promovendo a dignidade do ser humano, no que toca a seus anseios e sentimentos, de modo a alcançar a felicidade plena. (BARRETO, 2013, p. 10).

Nesse novo Estado Democrático de Direitos não mais importa o estado civil dos genitores, ficando assim perante a lei e sociedade a igualdade entre todos os filhos concebidos de qualquer relação.

3 O SOCIOAFETIVO SOB O DIREITO DE IGUALDADE COM O BIOLÓGICO

O Reconhecimento Socioafetivo é de grande relevância para o direito de família, pois é com esse novo conceito de filiação que agora é possível registrar como seu para todos os fins de direitos o filho que antes era somente de criação.

Por muito tempo, o termo família se referia somente a pai, mãe e filhos havidos através da união, entretanto a maternidade e paternidade vem se modificando, onde antes havia apenas espaço para o tradicional, hoje o principal ponto para a formação da família é a afetividade, afastando, portanto, qualquer tabu como a filiação ilegítima.

> Cada vez mais as pessoas que exercem os papeis de pais não correspondem aos genitores, razão pela qual está ocorrendo um movimento de desbiologização da filiação, que privilegia a afetividade em detrimento da verdade biológica. Tao movimento tem sido muito importante para o direito e para as relações pessoais, tendo em vista que a genética não pode prevalecer sobre o afeto. (OLIVEIRA; PAZZINI, 2014, p.9 *apud* SILVA; ALBUQUERQUE, 2020, p.5).

A discriminação findou-se com a Constituição Federal de 1988. A mesma consagrou a igualdade entre os filhos, ocasião que as normas passaram a se adaptar a novas realidades, promovendo proteção nas relações que antes vinham sendo inexistentes no mundo jurídico.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> [...].

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> § 6o. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2018, p.146).

O vínculo do socioafetivo aparece como um enigma jurídico expressivo e, por essa razão, merece amparo na lei, pois de acordo com o artigo 1.593 do Código Civil, se admite também o parentesco de outra origem e não somente o consanguíneo. O novo conceito de família provoca centenas de conflitos ao redor da paternidade no âmbito social, afetivo e no ramo jurídico.

A Constituição Federal em seu texto, abrange o conceito de família, trazendo o princípio de igualdade da filiação para o socioafetivo e biológico, adentrando nas relações familiares, e nos relacionamentos afetivos, decorrente da necessidade de cada familiar, em fazer preponderar sua realização e seus valores.

A filiação Socioafetiva se funda, portanto na relação construída entre pais e filhos, tanto em aspectos afetivos como sociais. O tema vem ganhando bastante discussões nos tribunais, pautando-se sempre na igualdade de direitos entre os filhos, prevista expressamente no artigo 227 §6º e reforçado pelo artigo 1596 do Código Civil. Um exemplo disso, são as doutrinas e jurisprudências de forma quase majoritária, serem favoráveis a ambos os filhos terem direito a sucessão, reforçando que a filiação Socioafetiva gera todos os efeitos pessoais e patrimoniais para ambos os filhos.

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. 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.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> 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. (JUSBRASIL, 2017, p.1).

Vem se intensificando cada vez mais a busca pelo conhecimento e aceitação no ambiente social desta nova forma de filiação, fazendo com muitas famílias busquem o amparo da lei. Os desafetos advindos dessas referidas relações fazem com que se saia de uma sociedade fática, para o mundo real e jurídico, buscando sempre quebrar a problemática da desbiologização da paternidade.

> A filiação tem perdido sua função biológica (garantida pelos laços de sangue e genéticos) para exercer sua função social (garantida pelos laços de afeto). Assim, a identidade biológica entre pais e filhos não garante mais a convivência e o reconhecimento da relação, pois as necessidades que envolvem essa relação são muito mais de cunho social, afetivo, cultural e ético que de cunho biológico. Com isso, a desbiologização da paternidade é cada vez mais crescente no núcleo familiar, que passa a adotar seus filhos muito mais por opção que pela falta dela. (CAMPOS, W.A.L.C.D.F, 2006, p.326 *apud* ARTONI, P.B, 2019, p. 24).

A filiação socioafetiva encontra sua fundação nos entre laços afetivos construídos pelo cotidiano, pelo relacionamento de amor, companheirismo, doação, e reciprocidade entre filhos e pais. A relação socioafetiva está cada vez mais ganhando espaço, tanto no setor social como no setor jurídico, considerando a distinção entre genitor e pai, no direito ao reconhecimento da filiação, como trás o Código Civil, tendo-se por pai aquele quem cria, desenvolvendo o papel de educador, protetor, e apoio ao emocional.

> Durante o exercício do poder famílias, uma relação de afetividade, exercida pelos pais socioafetivos, regulariza o amparo jurídico de todos os efeitos que derivam tanto da vinculação biológica como da socioafetiva. Entretanto, caberá aos pais socioafetivos, tanto quanto os biológicos, em relação aos filhos menores dirigir-lhe a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda. (SILVA; BONVICINI, 2016, p. 12).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Assim, diante do exposto de família contemporânea, é necessário demonstrar os impactos causados no subdesenvolvimento emocional, patrimonial e social na sociedade, da paternidade socioafetiva, assim como o direito de registro do filho, transparecendo o que deve andar lado a lado, o que é biológico ou o que é afetivo, para que fique claro a importância da unificação do que é paternal, evitando, assim, que a vida humana seja afetada devido aos conflitos ainda existentes no que tange a respeito ao mundo social e jurídico da criança.

4 PROCEDIMENTO ÁGIL E EFICAZ POR VIA EXTRAJUDICIAL

A filiação socioafetiva é tema antigo, porem vem ganhando visibilidade nos dias atuais, amparados juridicamente. O Conselho Nacional de Justiça em seu Provimento 63, trouxe um grande marco para essa filiação, regulamentando o procedimento do reconhecimento da filiação socioafetiva, perante aos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais.

O Provimento 63/2017 do CNJ implantou na esfera administrativa a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, sendo efetivado nos cartórios de Registo Civil, deixando assim o processo menos burocrático e mais ágil, uma vez que se encontra amparo na lei, e um conforto emocional, podendo realizar esse processo dentro dos conformes legais de um jeito muito mais simplificado e rápido.

A paternidade socioafetiva existe quando ocorre um vínculo na relação entre pais e filhos, mesmo que esse não seja sanguíneo, será constituído, portanto, pelo laço emocional afetivo. No entanto, nem sempre esse processo foi facilitado, antes era necessário recorrer ao judiciário para sua efetivação, porém, com o Provimento 63 de 2017 do CNJ, foi introduzido também na via administrativa.

Com este novo modo agora é possível concretizar o ato do reconhecimento de paternidade socioafetiva diretamente nos Cartórios de Registro Civil.

Nesse cenário, a Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou em 2017, o Provimento nº 63 estabelecendo regras para o procedimento no extrajudicial, contudo em 2019, entrou em vigor o Provimento n. 83, trazendo em seu texto modificações e novos requisitos a serem observados.

> A socioafetividade surge da necessidade de olhar para outras configurações familiares e legitima-las. Assim para o direito brasileiro a uma nova orientação que determina as relações

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> parentais mais pelo afeto do que pela verdade biológica ou registral, levando a filiação socioafetiva a ter maior valor do que o laço consanguíneo. (DIAS, M.B. 2016, p.123 *apud* OLIVEIRA, L.F.; SOARES, L.C.E.C.; FERRAZ, A.C.; COELHO, R.M. 2020, p. 14).

Em razão ao primeiro provimento, os filhos poderiam ser de qualquer idade, porém se fossem maiores de dezoito anos teriam que consentir, já com o novo Provimento Nº 83 de 14/08/2019, houve algumas modificações significativas, onde agora, somente os filhos maiores de 12 anos serão beneficiados com o reconhecimento por via administrativa, onde deverão atestar seu consentimento, ficando os menores de 12 anos a recorrer ao judiciário.

O Reconhecimento unilateral (somente um pai ou uma mãe socioafetiva), ficou acordado em ambos os provimentos, como também o necessário consentimento do pai ou mãe biológico, atestado do registrador sobre a existência da afetividade e o parecer favorável do Ministério Público, que equivalera ao deferimento.

A razão para essas significativas mudanças diz respeito as adoções ilegais, como por exemplo a adoção a brasileira, assim conhecida. Quando nos referimos aos adolescentes, estes já conseguem manifestar sua concordância, o que não aconteceria em casos que envolvam crianças menores de 12 anos.

> Até pouco tempo, o reconhecimento e registro de uma relação filial socioafetiva somente poderia se dar por intermédio de uma intervenção do poder judiciário. Ou seja, os interessados em ver registrada uma data filiação sofioafetiva (ainda que consensual) deveriam, necessariamente, ajuizar uma ação judicial para alcançar tal intento, o que demandada a intervenção de advogado, o custo e o tempo de um processo judicial, dentre outros percalços, que envolvem uma demanda em juízo. Nesse contexto os cartórios de registro civil, registravam de forma direta apenas filhos de pessoas que se declaravam ascendentes genéticas, de quem pretendiam reconhecer ou, então, nos casos que incidiam as respectivas presunções legais. Assim, eram registrados extrajudicialmente, ou seja, diretamente nas serventias de registro, apenas os filhos biológicos e aqueles havidos de relação na qual incidisse uma presunção legal. Já os filhos socioafetivos, só poderiam ser reconhecidos pela via jurisdicional, o que fazia com que muitos vínculos dessa natureza não fossem devidamente registrados, apesar de presentes na realidade fática. (CALDERÓN; TOAZZA, 2019, p.1).

Devido a esse novo Provimento portanto o reconhecimento socioafetivo conduzido pelo CNJ, está possibilitando a realização do procedimento via extrajudicial, de uma forma mais simplificada, de acordo com as formalidades legais. Por ser realizado através de um cartório, é medida para desafogar o poder judiciário, onde o mesmo se encontra engessado com inúmeros processos, ficando assim mais célere e não necessitando de um advogado.

5 A POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO

A Constituição da República de 1988 foi o marco inicial na efetiva transformação do Direito de Família, pois eliminou alguns conceitos que até então eram tratados pelo Código Civil de 1916.

A filiação passou, portanto, a ser igualitária, independentemente de sua origem, não baseando-se mais na família hierarquizada e consanguínea, e sim no princípio da afetividade, e dignidade da pessoa.

Assim, constata-se que a filiação socioafetiva, caracterizada pela afetividade, bem como pela posse de estado de filho, é tão importante quanto à biológica e por essa razão, merece proteção não podendo ser desconstituída.

> A partir do momento em que se constitui a filiação fundada exclusivamente em laços afetivos, constituída também estará a identidade da prole. Não convém que a relação envolvendo pais e filhos, independentemente do liame biológico, se desconstitua, uma vez que a relação parental é um fator essencial no desenvolvimento do filho no que tange a formação de sua personalidade. (OTONI, 2010, p.1).

Quando o ato da filiação socioafetiva se concretiza, não se pode falar em desconstituição futura, justamente pelo fato dessa relação depender exclusivamente da afetividade, esta que, se fortalece dia após dia. Independente do fator biológico, tais sentimentos portanto construídos e assumidos voluntariamente, não se pode "perder", pois foi o que estruturou a relação familiar.

A Justiça não julga as relações socioafetivas, com base na consanguinidade, pois precisa analisar mais afundo a questão, pois sabe-se que havia um comportamento da pessoa com sentimento de pai/mãe para filho, o que consolida a filiação. A mesma, não se dissolve com base em alegações de vícios e fraudes, e muito menos com arrependimento posterior.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> O liame socioafetivo é primordial quando se objetiva esclarecer possíveis conflitos envolvendo as relações de paternidade, ou seja, a filiação socioafetiva é a base para se estabelecer direitos, buscando sempre o bem estar da prole. É comum em um meio familiar, ocorrer eventuais desentendimentos entre pais e filhos. Contudo, independentemente da causa que gerou a discussão, não estará desconfigurada a relação afetiva existente entre pais e filhos, uma vez que esta relação é de suma importância no desenvolvimento do ser humano. (OTONI, 2010, p.9).

Sobre a filiação socioafetiva e a impossibilidade da desconstrução do vínculo tem-se o julgado a seguir:

> REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretenso pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ

> de 17.9.2007). 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL nº709608/MS)

O reconhecimento da filiação socioafetiva, trata-se de uma paternidade irretratável, principalmente quando essa relação entre os mesmos já se concretizou, tendo a criança em relação ao pai o estado de posse de filho. É necessário levar em consideração a inclusão desse filho na sociedade e seio familiar, uma vez que a ruptura desse vinculo fere as normativas e direitos da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que nos dias de hoje, a filiação socioafetiva tem proteção mais efetiva, estruturando as bases familiares e zelando pela harmonia nas relações jurídicas. A desconstituição torna-se irrevogável, prezando pela dignidade do filho socioafetivo, assim como a da própria pessoa que o registrou formalmente.

No que tange a regulamentação supracitada, é notório sua importância para que prevaleça sempre o bem estar e saúde emocional da prole, visando sempre o afeto, uma vez que não se pode pensar em desconstituição da paternidade socioafetiva, por não haver vinculo sanguíneo, justamente para que se prese a base familiar respeitando o direito dos filhos sobre o estado de filiação. Vale ressaltar que, para tal procedimento faz-se necessário atender a formalidades e requisitos, com provas de inexistência de vinculo, seja de afeto, convivência, tratamento reciproco, dentre outros, devendo cada caso ser analisado em sua individualidade.

6 CONCLUSÃO

Indubitavelmente, sabe se que o direito sendo uma ciência política, necessita estar em constante evolução, para amparar toda uma sociedade, assim como as diferentes transformações sofridas com o passar dos anos.

A família em seu processo histórico, veio se modificando, seguindo as fases de desenvolvimento através dos diferentes costumes e valores, assim nascendo um novo conceito de família, onde o fato gerador econômico, já não era tão importante para formação da mesma, surgindo então a ligação através do amor, do afeto assim como a conhecemos hoje em dia.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, houve um primoroso avanço na possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, como uma nova estrutura familiar, trazendo igualdade entre os filhos, colocando sempre em equidade seja ele biológico ou afetivo.

O artigo 227, em seu §6 da referida Constituição Federal foi de grande importância, pois fundou expressamente essa igualdade entre os filhos, trazendo proteção e amparo a essas relações, que até então eram inexistentes. O direito à filiação diante o nosso ordenamento jurídico consagra o direito da dignidade da pessoa humana, deixando claro que a prioridade aqui sempre será a do filho.

Outro grande marco para este tipo de filiação foi a instalação do Provimento 63/2017, do Congresso Nacional de Justiça, onde trouxe regulamentação para o procedimento que passou a ser implantado também na via administrativa, nos cartórios de Registro Civil.

É notório portanto sua importância, pois o reconhecimento socioafetivo passou a ser um procedimento mais facilitado e ágil, o que possibilitou o desafogamento do judiciário, de forma eficaz.

Seguindo as modificações da sociedade, o provimento supracitado, teve seu texto modificado já em 2019, pelo então Provimento de n. 83, que trouxe significativas alterações. Umas delas sendo a idade dos filhos, agora os maiores de 12 anos deverão consentir com o reconhecimento, evitando assim possíveis burlas a Lei.

Preencheu-se então uma lacuna que havia na questão desse tipo de filiação, ajudando na solução dos conflitos trazidos pela sociedade contemporânea, amparando todos aqueles que criam uma pessoa como sendo seu filho, mesmo sem vínculo sanguíneo, transparecendo portanto o estado de família sociológica, ou seja, a verdade socioafetiva, que nada mais é do que pais, aqueles que cuidam, amam, e zelam, pela vida da criança, exercendo a verdadeira função de família, resguardando o direito de igualdade entre os filhos.

Nesse sentido, a filiação passou a ser caracterizada pelo princípio da dignidade e afetividade, levando em consideração o estado de posse do filho, consequentemente sendo considerado tão importante como a família biológica. Passou então a ter proteção, não se podendo falar em desconstituição nem erros e nem fraudes. Isso faz com que se prevaleça o bem estar e saúde emocional do filho, estruturando sua base familiar, e zelando na harmonia das relações jurídicas.

Com essa atual realidade, esse procedimento é eficaz para que se consiga ajudar famílias a realizarem o sonho de reconhecer como seu o filho de outro, mas sempre amparados pela Lei, ressaltando, a desburocratização desse procedimento, uma vez que,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

sendo implantado na via administrativa, serve como fonte de desafogamento do poder judiciário, sendo assim uma forma mais rápida e ágil de se conseguir de forma legal o reconhecimento do filho socioafetivo.

Ressalta-se que a finalidade do reconhecimento da filiação socioafetiva é a desbiologização da paternidade, desconstruindo a imagem de que para ser pai deverá ser sempre biológico, e abrindo espaço para provar que pai é aquele quem cria, educa e ama, entendendo-se que a paternidade em seu sentido mais amplo está acima do fator biológico, está ligado diretamente com a escolha, desejo de ser pai.

REFERÊNCIAS

ARTONI, P. B. **O registro civil na filiação socioafetiva no direito brasileiro**. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/181194/Artoni_PB_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 05 set, 2020.

BARRETO, L. S. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal /** Obra Coletiva de Autoria da Editora Saraiva com Colaboração de Livia Cespedes e Fabiana Dias da Rocha. 17ª Ed. São Paulo: Educação, 2018.

CALDERÓN, R.; TOAZZA, G.B. **Filiação Socioafetiva: repercussões a partir do Provimento 63 do CNJ**. Disponível em: https://www.google.com.br/amp/s/www.migalhas.com.br/amp/depeso/301241/filiacao-socioafetiva--repercussoes-a-partir-do-provimento-63-do-cnj. Acesso em: 12 Jul 2021.

CAMPOS, W.A.L.C.D.F. **O direito a busca da origem genética na relação familiar socioafetiva**. *apud.* ARTONI, P.B. **O registro civil da filiação socioafetiva no direito brasileiro**. Disponivel em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/181194/Artoni_PB_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em 16 jun 2021.

CASTRO, M. M. **Do Reconhecimento de Filho Socioafetivo**. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/tcc_-_o_reconhecimento_de_filho_socioafetivo.pdf. Acesso em: 05 set, 2020.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. *apud OLIVEIRA*, L.F.; SOARES, C.E.C.; FERRAZ, A.C.; COELHO, R.M. **Dois pais e uma mãe? A (Multi) Parentalidade nas Famílias recasadas sob a perspectiva da psicologia social juridica**. Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812020000100003. Acesso em:15 mar 2021.

EM DISCUSSAO. **Adoção "a brasileira" ainda é muito comum**. Disponível em: https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx. Acesso em: 05 set, 2020.

JUSBRASIL, **Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial nº 1618230 RS 2016/0204124-4. Órgão Julgador: 3ª Turma.** Julgamento: 28/03/2017. Publicação: 10/05/2017. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465738570/recurso-especial-resp-1618230-rs-2016-0204124-4. Acesso em: 17 jun 2021.

OLIVEIRA, C. B.; PAZZINI, B. **Paternidade Socioafetiva: a desbiologização do direito de família em prol do afeto**. *apud* SILVA, A.C.R.; ALBUQUERQUE, T.R.L. **O afeto como elemento primordial na conformação das famílias: uma análise das implicações do reconhecimento da multiparentalidade**. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2726/1/TCCANACARLASILVA.pdf. Acesso em:15 mar 2021.

OLIVEIRA, N. H. D. **Contexto da Família**. Disponível em: http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-02.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

OTONI, F. A. C. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/680/A+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+no+direito+brasileiro+e+a+impossibilidade+de+sua+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+posterior. Acesso em: 18 jun 2021.

RECURSO ESPECIAL n° 709608/ MS, **4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: João Otávio de Noronha**. Julgado em05/11/2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=paternidade+socioafetiva&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2. Acesso em: 18 jun 2021.

SILVA, L.B.L.; BONVICINI, C.R. **Novas configurações familiares: estudo dos efeitos jurídicos e afetos**. Disponível em: https://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional/article/viewFile/315/431. Acesso em: 16 jun 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

SOUZA, C. M. A. **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: 05 set, 2020.

---

[1] Mestre em Direito e docente no UNIFUNEC - Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP,

EXAMES DE SUFICIÊNCIA: QUESTÕES POLÊMICAS DOS EXAMES DA OAB E DO CFC NO EXERCÍCIO DO TRABALHO, SISTEMA EDUCACIONAL E O INDEFERIMENTO DO RE Nº 603.583-RS PELO STF EM 26/10/2011 OCASIONARAM CORPORATIVISMO PROFISSIONAL E BULLING SOCIAL EM DETRIMENTO AOS BACHARÉIS DE DIREITO E DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS

EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA: Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas[93].

RESUMO: O objetivo deste artigo é mostrar aos leitores porque os exames de suficiência da OAB e do CFC bem como suas extinções proporcionarão paridade de direitos com outros Conselhos Profissionalizantes, os quais não exigem os exames de suficiência, a exemplo de medicina e engenharia. Também mostramos que a paridade de procedimentos com outros conselhos profissionalizantes em harmonia com art. 5º, XIII, da CF/1988, ou seja, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", proporcionará diminuição dos custos dos acadêmicos, com melhor adequação na relação Ministério da Educação e instituição de ensino. A melhoria na estrutura dos métodos pedagógicos em relação ao aprendizado resultaria numa eficaz formação, dando aos futuros bacharéis melhores perspectivas de trabalhos não sendo necessários os exames de suficiência instituídos com argumento de um suposto filtro ao aprendizado a fim de atuação do bacharel no mercado de trabalho e de preparação para concursos públicos. Finalmente, o julgamento do RE n° 606.583/RS, em 26/10/2011, pelo fato de o STF ter atuado como legislador positivo os poderes legislativo e executivo poderão por meio de projeto de lei considerar inconstitucionais os exames de suficiências da OAB e do CFC, não atuando numa política-espetáculo para mídia pela sua influência na opinião pública ou numa visão mais moderna *priming* (enquadramento) e *framing* (saliência) e sim em prol da educação e dos bacharéis de direito e de ciências contábeis.

93 E-mail: edsonalmeida1949@gmail.com

Palavras-chaves: Exames de Suficiências da OAB e CFC, leis ordinárias inconstitucionais, Bacharéis de Direito e de Ciências Contábeis, Conselhos Profissionalizantes, Faculdades, Julgamentos no STF, Ministério da Educação, disciplinas, formação acadêmica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Quem é quem sobre o exame de suficiência? 3. Conflitos de normas sobre a formação acadêmica e o exercício da profissão. 4. Análises críticas sobre o julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 603.583-RS, realizado no STF em 26/10/2011. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo mostraremos que a extinção do exame de suficiência proporcionaria paridade de direitos com outros Conselhos Profissionalizantes, a exemplo de medicina que não exige aprovação do Conselho Federal de Medicina (CFM) para a profissão de médico, bem como de engenharia, que não exige do Conselho Federal de Engenheiros e Agronomia (CONFEA) aprovação em exame de suficiência para exercer a profissão de engenheiro, entre outros.

Pois será que a alegação da OAB, bem como do STF, os quais sustentam a necessidade do malfadado exame de suficiência, está relacionada ao desempenho da advocacia por indivíduo de formação técnica deficiente? Se assim for, certamente poderá causar prejuízo irreparável ou, quando menos, de difícil reparação ao seu constituinte.

Com isso, será que a advocacia é mais importante que o desempenho da medicina por intermédio do médico de formação técnica deficiente que poderá causar um dano irreparável ao paciente, ou seja a vida? Acreditamos que não há paridade de conceitos ao exigir o exame de suficiência para um Conselho profissionalizante e para outro não.

O art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/1994, bem como o art. 76 da Lei nº 12.249/2010, que alterou os artigos 6º e 12 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27/05/1946, conferem à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e ao Conselho Federal de Contabilidade (CFC), respectivamente, prerrogativas para aplicação de Exame de Suficiência habilitando o bacharel em direito, no intuito de exercer a função de advogado, e o bacharel em Ciências Contábeis de exercer a função de Contador, respectivamente, no mercado de trabalho.

Entretanto, somos de opinião que os bacharéis, de forma geral, são aptos para inserção em setores profissionais pelo Poder Público (art. 209, II, da CF/1988), cujo referido exame de suficiência coloca uma pá de cal numa perspectiva educacional tanto do governo perante o Ministério da Educação e do bacharel, que durante 5 (cinco) anos,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

o primeiro teve um custo exclusivamente em prol do desenvolvimento educacional, enquanto, o segundo um custo objetivando sua inserção no mercado de trabalho.

Nesse sentido, procuramos mostrar aos leitores, por meio dos itens discorridos neste artigo, o papel das instituições em relação às exigências dos exames de suficiência da OAB e do CFC.

De fato, no item 2, relativo a "quem é quem sobre o exame de suficiência", tratamos sobre as tentativas do autor junto ao Ministério da Educação, Advocacia-Geral de União (AGU); caráter pedagógico de acordo com os objetivos educacionais das faculdades de direito e de ciências contábeis e de outras ciências do conhecimento humano no contexto político e econômico do País, bem como de que forma a OAB ou CFC poderiam ser úteis no aprendizado das faculdades do País.

Já no item 3 discorremos no que diz respeito aos "conflitos de normas sobre a formação acadêmica e o exercício da profissão", expondo sobre dispositivos legais da CF/1988, relacionados aos direitos e garantias constitucionais; leis ordinárias que tratam dos exames de suficiência; explicações referentes o julgamento do RE nºs 603.583/RS, no que diz respeito ao voto do Ministro Luiz Fux, o qual menciona que o exame de suficiência da OAB encontra-se em trânsito para inconstitucionalidade.

No item 4, mostramos ao leitor as "análises críticas sobre o julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 603.583 – RS, realizado no STF em26/10/2011". Assim, a convite do Recorrente participei por meio de parecer, o qual foi anexado nas peças do mencionado RE, bem como com minha presença no julgamento realizado no STF.

Por essa razão, discorremos os atos e fatos ocorridos no plenário, os votos e os posicionamentos no decorrer do julgamento, a exemplo do Procurador-Geral da República, naquela época, Roberto Gurgel, opinando sobre a constitucionalidade do Exame da OAB, desqualificando o parecer contrário, o qual sustenta a inconstitucionalidade do exame da OAB, defendido pelo Subprocurador da República, naquela época Rodrigo Janot.

Finalmente, o item 5, referente às Considerações Finais, o leitor poderá observar que foi alcançado no presente artigo no que diz respeito aos objetivos gerais e específicos, pois as hipóteses levantadas foram confirmadas; a metodologia utilizada foi alcançada na medida em que procuramos subsidiar o leitor por meio de sugestões e recomendações com base nas normas, jurisprudências e doutrinas do País.

2 – QUEM É QUEM SOBRE O EXAME DE SUFICIÊNCIA?

Neste item vamos inicialmente procurar mostrar ao leitor sobre o entendimento do Ministério da Educação sobre o exame de suficiência mostrando-lhes, *ipsis litteris*,

sobre o pleito o qual protocolamos sob o nº 070355201046, em 26/10/2010, solicitando ao ex-Ministro da Educação, Dr. Fernando Haddad, que submetesse ao Presidente da República naquela época a extinção do exame de suficiência da OAB.

Diante disso, por meio da Nota Técnica nº 053/2011-CGLNES/GAB/SESu/MEC, de 25/1/2011, concluiu pela impossibilidade do atendimento, por tratar-se de matérias que não se encontram no âmbito de competência do Ministério da Educação.

Ainda, inconformado com o posicionamento do Ministério da Educação, protocolamos o processo NUP nº 00400.001900/2011-22, em 14/2/2011, junto à Advocacia-Geral da União, em atenção ao Advogado-Geral da União, naquela época ao Dr. Luís Inácio Lucena Adams, considerando que na Norma Técnica 53/2011 ficou demonstrado que há uma invasão de competência por parte das autarquias, ocasionando um conflito de normas.

Observa-se que, de um lado, tem o MEC, responsável em conferir aos bacharéis em diversas áreas do conhecimento humano, qualificando-os aptos a exercerem a profissão, no caso, o Bacharel em Direito e o Bacharel em Ciências Contábeis; por outro lado, a OAB e o CFC, que os habilitam exercerem a profissão, na qualidade de advogado e contador, respectivamente.

Assim, em atenção ao nosso processo junto a AGU, ressalva-se a atenção do referido órgão sobre o conteúdo questionado, pelo qual agradecemos; por essa razão, a Ouvidoria-Geral da Advocacia-Geral da União (AGU) encaminhou o processo à Consultoria-Geral da União, que emitiu a NOTA AGU/CGU/JCBM Nº 0001/2011, em 29/3/2011, por intermédio do Procurador-Federal, naquela época Júlio Cesar Barbosa Melo, informando ser inviável o acolhimento do pleito.

Por essa razão, por meio do Despacho da Chefia de Gabinete CGU/AGU nº 05/2011, de 30/3/2011, por incumbência do Sr. Consultor-Geral da União de encaminhar-me a Nota AGU/CGU/JCBM Nº 0001/2011, em 29/3/2011, informando "com o devido aprovo, que trata sobre proposta de extinção do exame de suficiência e outras medidas no sistema educacional a serem submetidas à Presidência da República, para ciência ao interessado".

Com isso, o poder executivo por intermédio do Governo Federal, pelo Ministério da Educação, data vênia, não deve permitir que uma responsabilidade de sua competência seja executada por uma instituição no caso a OAB e o CFC, que se prevalecem de uma lei a fim de efetuar um filtro do ensino pedagógico, por meio de um exame de suficiência, destruindo perspectivas no mercado de trabalho colocando

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

bacharéis à margem do mercado de trabalho, inclusive contribuindo para o desemprego no País.

Pois entendemos que é uma afronta à Carta Magna e à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional uma atribuição educacional ser tratada à margem das normas educacionais simplesmente por meio de um Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o CFC, utilizando uma Lei que, além de tratar de outras questões, alterou o Decreto-Lei nº 9.295/1946, que estabelece normas sobre a profissão contábil.

Reportando-nos à Nota Técnica nº 053/2011-CGLNES/GAB/SESu/MEC, de 25/1/2011 do Ministério da Educação, observa-se que o Poder Público, no caso o Ministério da Educação, consequentemente, o Presidente da República ao eximir-se de sua competência transferindo-a para a OAB e para o CFC, está deixando de cumprir normas constitucionais e a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Ainda, o pior é que as referidas instituições ao aplicarem os exames de suficiência não estão colaborando para melhoria do ensino no país, muito pelo contrário elas colocam o bacharel reprovado num *status* de vexame, humilhação, discriminação, incapacidade, decepção e sem nenhuma perspectiva no mercado de trabalho no ramo da advocacia, além do mais, submetendo-os aos exames contendo textos longos eivados de antinomias e silogismo que conduzem os candidatos a cometerem erros, principalmente pelas péssimas opções de respostas.

De sorte que, ante essa realidade citada, não é demais ater-se aos ensinamentos do saudoso Professor Luiz Flávio Gomes, publicados em seu artigo "Faculdades de Direito: O Problema Não é a Quantidade, Sim a Qualidade"[1], senão vejamos:

> A reprovação nos exames de ordem, naturalmente, é altíssima (cerca de 80%). Quantos bacharéis "descarreirados"! O despreparo do aluno e, muitas vezes, da faculdade é patente. Autoridades do MEC e representantes da OAB criticam insistentemente as faculdades, que procuram jogar a culpa no desinteresse e na carência de base dos alunos. A verdade é que as faculdades não conseguem remunerar bem nem reunir professores preparados em todas as áreas do conhecimento jurídico. Elas se parecem com as velhas orquestras (todas falidas): muitos professores (desafinados) "tocando" (ensinando) para poucos alunos. Essa tradição do século XIX está na contramão da era comunicacional.
>
> Mídia, MEC e OAB, em geral, criticam a quantidade de faculdades de direito existente no país (cerca de 1.100). O problema, no

> entanto (por incrível que pareça), não é quantitativo, senão qualitativo (qualidade do ensino). Apenas 15% da faixa etária universitária (17 a 25 anos) estão frequentando um curso superior no Brasil. Esse percentual é vergonhoso e ridículo quando comparado com outros países (Argentina quase 20%, Chile 38%, Coreia do Sul mais de 60% etc.). Nosso problema, evidentemente, não é de sobra, sim, de falta de faculdades. Só não enxerga isso quem quer ver.

Assim, o saudoso Mestre finalizou o seu artigo:

> O mundo mudou radicalmente, a forma de ensinar se revolucionou, as tecnologias da informação e da comunicação romperam todos os paradigmas históricos da humanidade: e ainda continuamos apegados ao atraso, ao analfabetismo, ao obscurantismo, ao conservadorismo. Seguramente esse não é o melhor caminho para nossa nação.

Por sua vez, com 60 anos de idade, em 04/03/2010, fui diplomado Bacharel em Direito, por essa razão, vale ressaltar que sou testemunha viva do que seja nos dias atuais o ensino em uma faculdade privada e a lastimável perspectiva no mercado de trabalho dos bacharéis em direito, também dos bacharéis em ciências contábeis.

Em vista disso, uma faculdade privada, mesmo que autorizada e credenciada pelo MEC, não resolve de forma satisfatória o problema de aprendizado dos cursos superiores, principalmente do curso de direito.

Enfim, nesse contexto ao que nos referimos alguém está enganando a sociedade brasileira, ou seja, será o Poder Executivo, por intermédio do Ministério da Educação e da Presidência da República que supostamente pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dá amplos poderes ao exercício da profissão ao bacharel mediante capacitação adquirida nos bancos da faculdade ou será a OAB ou CFC que mediante exames de suficiências, os quais são aplicados sob alegação de impedir o mau profissional de exercer sua profissão, confere capacitação ao bacharel aprovado dando-lhe o direito de exercê-la e com isso ter o título de Doutor?

Ora, deixa ver se eu entendi: O MEC, por meio do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE), destina-se a avaliar a qualidade do curso e não o desempenho individual de cada acadêmico, diante disso, o aluno precisa fazer a prova, ou seja, o **PROVÃO**, para receber o seu diploma. Já a OAB e o CFC avaliam o bacharel em direito

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

e de ciências contábeis, respectivamente, ao aplicar o exame de suficiência, permitindo-lhes exercerem a profissão de advogado e contador.

Afinal, a competência de avaliação do ensino, bem como da inserção do diplomado nos setores profissionalizantes não é do MEC? Nesse sentido, o Ofício nº 075/2011 – CGLNES/GAB/SESu/MEC-rcc, de 25/01/2011[2], do Secretário de Educação Superior, Luiz Cláudio Costa, naquela época esclareceu:

> [...]
>
> 6. A Constituição Federal, ao assinalar as competências privativas da União, no artigo 22, disciplinou, em seu inciso XVI, a competência para legislar sobre condições para o exercício profissional e, no inciso XXIV, a competência para legislar sobre Diretrizes e Bases da Educação Nacional.
>
> 7. Por seu turno, o art. 5º, inciso XIII, da Carta Magna, estabelece:
>
> Art. 5º [...]
>
> XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.
>
> 8. O dispositivo constitucional contém dois aspectos fundamentais para esclarecer a questão suscitada: "exercício de qualquer (...) profissão e 'qualificações profissionais que a lei estabelecer'". A atual Constituição Federal deixou claramente caracterizado o aspecto diferenciado no tratamento destes assuntos.
>
> 9. Uma coisa é a atribuição da área educacional de definição de diretrizes para a organização, funcionamento e supervisão dos sistemas de ensino e das escolas, em termos de diretrizes para estruturação curricular dos cursos, determinando condições de oferta, critérios e procedimentos de avaliação da aprendizagem, requisitos para a matricula e aproveitamento de estudos e de competências constituídas, bem como para expedição de certificados e diplomas. Resta claro, pois, competir aos órgãos próprios do sistema educacional a autorização para a instalação e funcionamento de cursos, bem como a aprovação dos respectivos planos de cursos, a supervisão do seu funcionamento e o registro de seus diplomas, para que tenham validade nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

10. Aliás, nos termos do parágrafo único do artigo 41 da LDB, os diplomas dos cursos de educação profissional, quando registrados no órgão próprio do sistema educacional, terão validade nacional.

11. Outra coisa é a competência dos órgãos de fiscalização do exercício profissional, no que se refere às atribuições principais e à ética profissional. Não cabe ao órgão profissional definir condições de funcionamento de cursos e de programas educacionais. O que lhes compete é definir as atribuições profissionais correspondentes a partir da respectiva lei de regulamentação da profissão, considerando o diploma expedido e registrado por escolas autorizadas e supervisionadas pelos órgãos do sistema educacional, como determinam as próprias leis referentes à regulamentação das profissões.

12. Em suma, os conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas têm a atribuição de fiscalizar o exercício profissional que resulte de uma qualificação exigida por determinação legal; aos sistemas de ensino incumbe, nos termos do art. 43 da LDB, fornecer à sociedade esses profissionais, portadores da qualificação que a lei exige, comprovada, nos termos do art. 48, pelo diploma devidamente registrado.

13. As atribuições de um ou de outro sistema não são concorrentes, mas complementares. Um cuida da educação e outro cuida do exercício profissional. Para o cumprimento e implementação destes ditames constitucionais, o Estado brasileiro editou diplomas legais que explicitam a forma de execução destas competências.

14. Cabe ressaltar que o diploma de graduação não é específico para uma única área de atuação. Pelo contrário, a formação em curso superior abre um leque de possibilidade de atuação em diversas áreas.

Em vista disso, observa-se que o Secretário de Educação naquela época, por meio do mencionado Ofício, buscou não acatar o pleito do postulante, a fim de não criar um impasse com os Conselhos Profissionalizantes, no caso a OAB e o CFC, pois é notório quando menciona que: "o diploma de graduação não é específico para uma única área de atuação".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Ora, até o Relator Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE nº 603.583/RS, seguiu tal afirmação que não é verdadeira, pois, nas organizações empresariais nos cargos de diretores, conselhos de administração, assessoria jurídica, corpo docente das faculdades de direito, eles são rejeitados e as opções das contratações são de advogados, que possuem carteira da OAB.

Com isso, o Secretário de Educação completa afirmando que: "pelo contrário, a formação em curso superior abre um leque de possibilidade de atuação em diversas áreas". Ora, o Bacharel em Direito estudou durante 5 (cinco) anos no intuito de quando diplomado viesse a exercer a advocacia, a fim de ser qualificado como advogado, enquanto o Bacharel em Ciências Contábeis, de atuar na atividade contábil, sendo qualificado como contador.

Já aquelas funções públicas que acolhem os bacharéis de direito, que não requer o exercício da advocacia, todavia eles submetem-se, durante anos aos extorsivos cursinhos preparatórios cujos concursos são verdadeiros filtros para poucas vagas com taxas elevadas para inscrição do candidato, por outro lado, diga-se, nem todos os bacharéis e familiares possuem condições financeiras a fim de após o bacharel terminar um curso numa instituição de educação privada submeter-se aos cursos preparatórios, sejam eles para os exames de suficiências ou concursos públicos.

Além disso, a nossa CF/1988 não permite discriminação, que é notória na imposição dos exames de suficiência. De fato, os bacharéis de direito reprovados são marginalizados pela sociedade brasileira em vários níveis, a exemplo de colegas de faculdades, trabalho, família, corporativismo de escritórios de advocacia, empresas, *Bullying* Social etc.

O pior é que até o Poder Público discrimina o bacharel em direito, quer seja em blitz policial, delegacias, fazendas públicas, seções judiciárias, etc., ou seja, advogado aprovado pela OAB é Dr., e Bacharel em Direito é Sr., ou qualquer outro tratamento que o servidor ou cidadão deseja dar, bem como local reservado para atendimento, isto é, salas especiais (art. 7º, §4º, EAOAB), disponíveis aos advogados com carteira da OAB, enquanto, os bacharéis em direito não podem utiliza-las, mesmo sendo eles idosos, isso é fato e não *fake news*.

Ainda, outra discriminação é com relação aos idosos, pois presenciei candidatos submetendo-se ao exame da ordem que em função da idade tinham dificuldades de andar, doentes, etc., ora, ante o lapso temporal de uma perspectiva de vida futura, é bastante vexatória a imposição de exames aos idosos, tão somente para se obter sua prerrogativa no sentido de habilitar-se a uma entidade de classe, no caso a OAB, inclusive muitos deles são engenheiros, médicos, administradores, contadores, entre outros profissionais, que o direito notadamente aumentou ainda mais o seu conhecimento no

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

seu campo de atuação profissional. Aliás, será que o dispositivo dos Estatutos dos Idosos que não permite discriminações é letra morta em relação aos exames da ordem?

Por outro lado, o Poder Público não oferece faculdades para atender à demanda da sociedade brasileira; por essa razão, aquele pretendente a ser diplomado no ensino superior, o qual foi impossibilitado de ingressar nas faculdades públicas, submete-se a ingressar nas faculdades das iniciativas privadas.

Em que pese às faculdades privadas na sua maioria serem reconhecidas pelo MEC, elas estão inseridas num contexto desfavorável ao aprendizado e às finanças do aluno; por sua vez, para piorar, o Poder Público, por meio das normas tributárias, não permite, para fins do Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, a dedução integral das mensalidades pagas no decorrer de cada exercício, inclusive com base num cálculo fora de uma realidade econômica a qual nenhum contribuinte sabe de que forma foi calculado.

Também, o Fies (Financiamento Estudantil) e o Pro Uni (Programa Universidade para Todos) são financiamentos concedidos pelo Governo baseados em critérios socioeconômicos; alunos de famílias de baixa renda que cursaram o ensino médio em escolas públicas e ainda não têm curso superior; seleção baseada a partir das notas obtidas no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), aliada à qualidade e ao mérito dos estudantes com melhores desempenhos acadêmicos.

De sorte que notamos que tais medidas refletem o neoliberalismo na educação em que se busca pela eficiência e eficácia no desempenho por meio da "Qualidade Total", a fim de justificar um financiamento educacional para cursos superiores em instituições de ensinos privadas, o qual acaba aniquilando o papel do Estado com a educação na adoção de investimentos em ensino básico e superior da rede pública.

De fato, especialistas em educação superior defendem um maior investimento no ensino básico brasileiro para aumentar o acesso de estudantes ao ensino superior, concluindo que o Pro Uni e o Fies são importantes, mas não resolvem o problema.

Aliás, um dos investimentos no ensino médio deveria ser a retomada dos cursos técnicos profissionalizantes, necessários ao mercado de trabalho e desprezado pelo Governo e pelas instituições de ensino sob a égide do capitalismo, interessadas apenas com aqueles cursos cujo retorno é satisfatório para conta de resultados daquelas instituições.

Ademais, os cursos técnicos sob a responsabilidade do MEC proporcionam àqueles alunos do ensino médio uma prévia preparação no sentido de futuramente ingressarem numa faculdade relacionada àquela área a qual foi cursada pelo aluno, por exemplo, o

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Técnico em Contabilidade terá teoricamente um melhor rendimento caso venha optar pelo curso de Ciências Contábeis, o que deveria ser uma avaliação pontual e não generalista.

Vale ressaltar que o Governo Federal, pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), libera recursos que são colocados à disposição das escolas públicas de educação básica e secretarias de educação, a fim de atender ao programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), ao Programa Brasil Alfabetizado e ao Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE).

Os citados recursos indiscutivelmente mostram a preocupação do Governo com relação ao desenvolvimento da educação, todavia, na prática, caso não haja um controle eficaz dos gastos originados em decorrência do efetivo atendimento dos citados programas, entendemos que os esforços do Governo e do contribuinte ficarão comprometidos.

De fato, uma situação semelhante aos controles com gastos públicos ocorre com o aumento da carga tributária, que segundo o ex-Secretário da Receita Federal, o Dr. Everardo Maciel, em sua palestra sobre o tema: Tendência da tributação na era da fiscalidade de massa: simplificação, justiça fiscal e efetividade arrecadatória, no II Seminário do Instituto Pernambucano de Estudos Tributários, realizado no Mar Hotel em Recife (PE), nos dias 02 e 03/09/2004, afirmou que o aumento da carga tributária deve-se à falta de controle dos gastos públicos, percebe-se que a data do seminário foi no mês de setembro de 2004, mas atualmente continuamos com uma carga tributária elevada.

Em vista disso, considerando o neoliberalismo, somos sabedores de que no cenário internacional não podemos deixar de mencionar que durante o governo Reagan, em 1987, intensificou-se a política econômica de desmontagem do Estado de bem-estar social, a desregulamentação da economia, a ampliação do desemprego e medidas favoráveis à concentração da renda dos mais ricos, dentro dos princípios do neoliberalismo.

Na política, o neoliberalismo só se efetivou com os governos conservadores de Margareth Thatcher, a partir de 1979, no Reino Unido, Ronald Reagan, a partir de 1980, nos Estados Unidos, e Helmut Kohl, a partir de 1982, na Alemanha, espalhando-se mundialmente.

Portanto, num mundo de grandes potências empresariais as médias e pequenas empresas tiveram de orientar-se pelas suas decisões estratégicas, a exemplo das terceirizações e franquias, cujos objetivos foram no sentido de buscar custos produtivos e adequar-se ao mercado.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Assim, as incorporações e fusões fixando-se na área de atração principal, bem como contratar outra empresa que fizesse a segurança, por exemplo, em vez de realizá-la com funcionários próprios, a terceirização de serviços passou a ser uma constante, inclusive atualmente presenciamos uma crescente terceirização na economia, o que é o pior, até mesmo de atividade-fim e não apenas de atividade-meio.

Também, o direito de uso de uma marca de produtos ou serviços já consagrada no mercado irradiou-se por quase todos os países; ressalva-se que, com a Pandemia do Coronavirus – COVID 19, existiu uma retração do mercado.

Convém lembrar que a globalização estimulou a formação de blocos econômicos, associações regionais de livre mercado, derrubando barreiras protecionistas. Assim, a nova lógica do capitalismo globalizado veio intensificar as privatizações com as vendas de empresas estatais, ampliando os espaços econômicos, bem como a subordinação dos Estados minimizados à lógica do mercado internacionalizado.

Por sua vez, o Estado mínimo envolve redução dos gastos públicos com saúde, educação e previdência social, o que veio a desmontar o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos.

Já nos países em desenvolvimento agravou de forma geral o quadro social, gerando pobreza para a maioria e riqueza para uma minoria de pessoas; por outro lado, a Terceira Revolução Industrial, em que o uso de alta tecnologia (robótica, informatização etc.) trouxe para o mundo a questão do desemprego, incluindo-se o remanejamento e demissão de funcionários e o enxugamento estatal.

De sorte que o neoliberalismo pelo domínio capitalista sobre os meios e modo de produção legitima as diferentes estratégias de dominação; desse modo, na última década do século XX as organizações adotaram os paradigmas industriais e empresariais.

Em vista disso, reportando-nos aos estabelecimentos de ensino, estes não ficaram à margem da mencionada tendência, pois são vistos como empresas, onde a educação é o seu produto mais significativo situada no modo de produção capitalista; por essa razão, os estabelecimentos de ensino ao se estruturarem para seu melhor desempenho e eficiência gerencial, assumiram uma postura onipotente, assumindo o paradigma industrial.

Nesse contexto, Sidney Nilton de Oliveira[3] afirma:

> A chamada era da modernidade levou grupos, organizações e instituições a buscarem a naturalização da ideologia dominante na conscientização e no comprometimento dos seus componentes.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> Vinda da indústria, a ideologia da qualidade e da produtividade invadiu o Brasil há mais de uma década bancos, clubes, associações, hospitais e, é claro, escolas e universidades.

Por sua vez, houve uma ascensão do privado e uma queda do público, Sidney Nilton de Oliveira afirma (OLIVEIRA, 1992, p. 127-131): "instalou-se o dogma do privado e o público tornou-se maldito". Assim, conclui o seu entendimento (OLIVEIRA, 1992, p. 127-131): "Em uma época de valorização do privado em detrimento do público a fantasia onipotente do neoliberalismo e a perversão da globalização parecem acentuar a hegemonia da ideologia dominante".

De maneira que a educação nesse contexto do neoliberalismo também teve que adotar os novos paradigmas gerenciais, por exemplo, a necessidade de avaliar-se usando alguns instrumentos, tais como: Plano Nacional do Ensino Médio (ENEM), o ENADE, etc.

Enfim, a busca pela eficiência e eficácia no desempenho foi traduzida nas organizações, sociedade e na mídia pela "Qualidade Total"; entretanto, a Qualidade Total não se traduz apenas em diminuir custos, otimizar processo etc., ou seja, vai além do aspecto técnico, incorporando-se uma estratégia de controle psicossocial dos indivíduos. Além disso, os modismos adotados pelo capitalismo nada mais são que implantações de processos, data vênia, visando à mais-valia.

Ainda, nas organizações, bem como nas instituições de ensino, a psicologia na educação esteve sempre ligada a problemas de aprendizagem, socialização, medidas de inteligência, adaptação, etc.

Contudo, no sistema capitalista a dominação utilizou esse mecanismo com objetivo de reduzir os indivíduos, os grupos e organizações; por esse motivo, o indivíduo afetivamente adere à cultura organizacional, exemplificando, implica conscientização e comprometimento cujo objetivo é a maximização do desempenho para alcance de metas, ou melhor, sobre a psicologia na escola, e Sidney Nilton de Oliveira[4] conclui:

> Construir uma crítica efetiva da psicologia implica afastar-se de idealismos, palavras de ordem e dogmas paradoxais. Mas essa crítica só será levada a cabo se estiver comprometida com a busca de uma psicologia emancipadora. A relação da psicologia com a ideologia capitalista não pode se tornar o obituário da psicologia. A dialética da contradição é que permite transformar. Para isso, é necessário superar o reacionarismo de uma visão reprodutivista-pessimista da psicologia na educação.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

No contexto atual, por meio dos canais de comunicação, o Governo projeta uma imagem que é voltada às ações de cunho social, entretanto, o que presenciamos na educação notadamente é o paradigma neoliberal, em que prevalece o interesse econômico em detrimento do aprendizado.

De fato, a formação acadêmica não termina com a colação de grau, pois, levando em consideração os atuais métodos pedagógicos aplicados, percebemos que acabam ocasionando para aqueles formandos de diversas áreas dos conhecimentos a necessidade de uma pós-graduação, seja para suprir a deficiência do ensino, seja para atender às exigências do mercado de trabalho, que prefere aquele profissional especializado.

Também, tal especialização deveria ser parte integrante da grade curricular de direito e/ou de outros cursos, não necessitando de uma pós-graduação que não passa de uma exploração financeira inserida no sistema educacional.

Ainda, nos cursos de direito em seu corpo docente é comum ter juízes, promotores, procuradores, delegados, etc., no entanto, em que pese a seus vastos conhecimentos, bem como às exigências de mestrados por parte das instituições de ensino superior, segundo o nosso entendimento tais exigências não são suficientes para o melhor desempenho do aluno, pois na atualidade há um descompasso na estrutura dos métodos pedagógicos em relação ao aprendizado.

De fato, entendemos, data vênia, que o aprendizado deve ser orientado por aqueles mestres e profissionais comprometidos com a educação, executado em um ambiente onde prevaleça o paradigma da psicologia na educação e não a maximização do desempenho para alcance de metas peculiar do paradigma industrial adotado no neoliberalismo na busca pela eficiência e eficácia.

Além do mais, notamos que o acadêmico de direito dedica dois anos com disciplinas propedêuticas[5], tais como: filosofia, sociologia, psicologia, ciência política, economia, antropologia, estudos culturais, etc., todavia, tais disciplinas deveriam ser substituídas por aquelas voltadas para uma concepção profissionalizante cobradas no mercado de trabalho, possibilitando ao acadêmico uma preparação profissional para no futuro prestarem exames de avaliação de qualquer natureza que são exigidas no mercado de trabalho.

Enfim, em que pese ao pensamento reflexivo oriundo das disciplinas propedêuticas, entendo que tal carga horária deve ser repensada substituindo-as por disciplinas profissionalizantes que efetivamente são cobradas nos concursos de qualquer natureza, isto é, desenvolver um aprendizado sistêmico voltado para o melhor

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

desempenho na utilização dos códigos os quais são de fundamental importância para aqueles que lidam com o dia a dia das leis.

Além disso, nas grades curriculares das faculdades de direito possuem disciplinas repetitivas já estudadas que aumentam a duração do curso e o custo das mensalidades pagas para conclusão do curso, por exemplo, observamos que são exigidas nas mencionadas grades curriculares Direito Empresarial I, II e III, Direito Comercial I e II e Direito Falimentar; com isso, no mínimo há uma perda de 2 (dois) semestres, que poderiam diminuir a duração do curso ou haver melhor aproveitamento do curso de direito.

Portanto, em nosso artigo "Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais"[6] sobre a carga horária dos cursos de direito se constitui num entrave à formação dos alunos de direito, e o que é pior, sujeitos aos exames de suficiência da OAB, inclusive em decorrência das disciplinas propedêuticas, as quais numa reforma da educação poderiam ser exigidas no ensino fundamental, senão vejamos:

> De maneira que o nosso posicionamento em relação às disciplinas propedêuticas deve-se ao fato de a carga horária se constituir num entrave à formação dos alunos de Direito sujeitos aos Exames de Suficiência da OAB e não à formação geral, humanística, reflexiva, axiológica e crítica, peculiares das disciplinas propedêuticas, conforme citamos filosofia, sociologia, psicologia e outras, indiscutivelmente contribuem para formação profissional do futuro Bacharel em Direito, dando-lhe capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, bem como adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais.
>
> De fato, os críticos que defendem as disciplinas propedêuticas nos cursos de Direito, a exemplo do autor Abili Lázaro Castro de Lima, em seu artigo: "A função e a importância das disciplinas propedêuticas nas estruturas curriculares dos cursos de Direito no Brasil" nos mostram com bastante sabedoria que os Exames de Suficiência da OAB são obstáculos para melhor formação do Bacharel em Direito, senão vejamos:
>
> "Os críticos dessa concepção de ensino jurídico argumentam que os cursos de Direito devem ser voltados tão somente à formação profissional (especificamente à formação de advogados), bem como devem prioritariamente capacitar os estudantes para serem

> aprovados nos exames para ingresso na OAB. Alegam ainda que a carga horária dedicada às disciplinas propedêuticas que possibilitam a formação geral, humanística, reflexiva e crítica constituem um entrave para uma maior verticalização do ensino das disciplinas profissionalizantes, obstando um melhor desempenho dos bacharéis no exercício da advocacia e no exame da OAB". (LIMA, 2005, p.78-79)
>
> "Outro argumento que não merece prosperar é que o curso de Direito deve estar voltado prioritariamente para capacitar os alunos para serem aprovados no exame de ingressos nos quadros da OAB". (LIMA, 2005, p. 81)
>
> "Portanto, direcionar a formação dos alunos para serem bem-sucedidos no Exame da Ordem dos Advogados é cometer o mesmo equívoco que o ensino médio acabou incorrendo ao preparar prioritariamente os alunos para o vestibular, ou seja, conferir ao curso de Direito um caráter meramente instrumental ao invés de um caráter formativo (por meio da conjugação do conhecimento profissional e geral). O resultado da experiência do ensino médio foi um ensino meramente voltado à armazenagem de informação, descuidando-se do ensino formativo, que possibilita a capacidade de leitura, de interpretação e de reflexão, fazendo com que os alunos dele egressos tenham uma grande dificuldade de se adaptarem às exigências do ensino superior quando tais habilidades lhes são exigidas". (LIMA, 2005, p. 81)
>
> Vale ressaltar que não é apenas a OAB que se preocupa com a inserção de faculdades indiscriminadamente no sistema educacional, mas todos educadores se preocupam, porém, a pergunta é a seguinte: o que as instituições têm feito para melhoria do aprendizado no país, além das críticas?

Também, é comum no atual sistema educacional, referente ao ensino superior, encontrarmos anomalias que dificultam o aprendizado, por exemplo, aqueles alunos transferidos de uma faculdade para outra, acabam prejudicados na conclusão do curso, pois as faculdades adotam grades curriculares distintas e não unificadas.

Ainda, há um deslocamento daqueles notáveis professores para os cursinhos preparatórios de exames de suficiência, concursos, etc.; demissões de conceituados

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

mestres os quais são substituídos a fim de redução de custos, contratando professores cujos salários são inferiores daqueles que foram demitidos.

Contudo, quanto às anomalias existentes, deixo para análise daqueles conceituados profissionais voltados para o destino da educação do País, comprometidos com o processo ensino-aprendizagem. Vale ressaltar que, apesar da perversidade do sistema educacional, ainda temos professores e profissionais, de maneira geral, comprometidos com a educação, pois pude comprovar tal fato naquela instituição de ensino onde conclui o curso de direito, bem como em outras instituições de ensino as quais estudei.

Ainda, em relação ao ensino no País, o Governo limita a idade em 24 anos para que um filho venha ser considerado dependente para fins previdenciários e tributários, isto é, até que ele conclua o curso superior, entretanto, no contexto atual aqueles bacharéis de direito ou de ciências contábeis ou qualquer outro bacharel de outra área de conhecimento que não venham a obter uma pós-graduação, especialização, MBA, mestrados, doutorados, etc., bem como aqueles que não são aprovados nos exames de suficiência, ficarão à margem do mercado de trabalho.

É de notar que para fins do IRPF/2021, o limite das despesas com educação por dependentes é de R$ 3.561,50 (três mil e quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos). Tais despesas referem-se ao ensino infantil, fundamental, médio, técnico e superior, aliás, esse limite é uma extorsão, isto é, um verdadeiro planejamento tributário do poder tributante, a fim de aumentar a arrecadação dos cofres públicos.

Ademais, na sociedade contemporânea os pais necessitam preparar seus filhos para um mercado de trabalho bastante competitivo, bem como para concursos públicos. Com isso, muitos filhos residem com os pais sendo dependentes até conseguirem sua independência financeira.

Desse modo, a Administração Pública poderia propor o aumento da idade para os dependentes de 24 anos para 27 anos, a exemplo do que ocorre em alguns países da Europa, tais como: República Checa, Bélgica[7] e outros, pois nada mais justo para preparação do recém-formado habilitando-o para inserção no mercado de trabalho, beneficiando sobremodo os responsáveis em relação aos aspectos previdenciários e tributários.

Em vista disso, será que o aprendizado termina com 24 anos? Lógico que não. Mas o que presenciamos são os aumentos de faculdades privadas credenciadas junto ao MEC, implementações de cursinhos preparatórios para exames de suficiência com mensalidades idênticas às cobradas nas faculdades, cursos de pós-graduação, oferecidos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

pelas mesmas faculdades onde o bacharel foi diplomado, mestrados, etc., com valores exorbitantes das mensalidades.

Enfim, há um total desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, culminando em uma discriminação e aos direitos humanos numa escalada sem precedentes, contrariando nossa CF/1988, pois fica praticamente inviável para aquele acadêmico dependente dos seus pais pobres ou de classe média e aqueles que trabalham e estudam para ajudar no sustento da família cursar uma pós-graduação, mestrado, doutorado, cursinho para exame da OAB e CFC, resumindo: o acadêmico é um forte candidato a ser reprovado no intolerável exame de suficiência da OAB ou CFC.

Além do mais, tampouco conquistará *status* profissional que exige currículos de cursos aos quais nos referimos e sim será fadado a uma escravidão moderna diante do corporativismo das governanças corporativas numa afronta a nossa CF/1988, sob a égide do Estado Democrático de Direito, não observando isonomia, dignidade da pessoa humana, legalidade, direitos à liberdade do livre exercício da profissão.

Também, atualmente nos deparamos com o avanço de forma acelerada da violência em que, por mais que o Estado se proponha a cumprir o seu papel, notamos que ele é impotente, e, por esse motivo, a sociedade brasileira está fragilizada.

De fato, não são apenas os homens comuns que são vítimas da violência, mas também os juízes, desembargadores, promotores, professores, delegados, advogados, bacharéis, deputados, vereadores, etc.

Ora, todos os esforços serão inúteis numa sociedade, caso tenhamos perdas humanas por falta de vontade política e social, mas a solução está aliada a dicotomia família e educação. Por essas razões, de nada adiantarão esforços no sentido de eliminar a violência, se for ignorada a questão da educação das gerações presentes e futuras.

Reportando-nos aos exames da OAB, a instituição em seu Estatuto proíbe que profissionais inscritos na ordem utilizem meios de comunicação para o uso da advocacia e aos bacharéis de direito não inscritos o impedimento total de qualquer ato que venha praticar.

Pois o advogado e o bacharel em direito estão impossibilitados de utilizarem os meios de comunicação de forma ampla e sim restrita, aliás, os artigos 39 ao 47, que tratam da publicidade profissional, previstos na Resolução nº 02/2015, de 19/10/2015, que aprovou o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados – OAB, discorrem sobre os procedimentos que serão utilizados pelo advogado junto aos meios de comunicação.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Não obstante, caso as ciências jurídicas fossem utilizadas pelos canais de comunicação para o bem comum, certamente poderiam beneficiar a família, a educação e a segurança do País, a exemplo do Café Filosófico realizado na TV Cultura em parceria com o Instituto CPFL, ocasião em que são debatidos temas que engradecem o saber no meio filosófico.

Além disso, data vênia, a OAB poderia utilizar o seu vasto conhecimento jurídico e sua influência política administrativa no sentido de ajudar o Governo e a sociedade no combate ao crime, não ficando à margem do crescente aumento do crime organizado, entre outros, os quais presenciamos no País.

Enfim, a escalada de tais crimes, se não for levada a sério, poderemos no futuro nos deparar com uma Guerra Civil; entretanto, todos nós brasileiros queremos uma sociedade em que prevaleça a liberdade, a igualdade e a fraternidade, numa nação livre e soberana, voltada para os direitos humanos num meio ambiente defendido e preservado para presentes e futuras gerações.

3 – CONFLITOS DE NORMAS SOBRE A FORMAÇÃO ACADÊMICA E O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

De sorte que convivemos num conflito de normas que prejudica a todos, isto é, enfraquece as instituições e aniquilam os Bacharéis em Direito e agora os Bacharéis em Ciências Contábeis, na medida em que os inibem de exercerem seus direitos e garantias constitucionais.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5/10/1988[8], assim determina:

> **Art. 1º** - A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V – o pluralismo político.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

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

I – [...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – [...]

XXXII – proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

[...]

Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

I – [...]

XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

[...]

XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;

[...]

Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...]

Art. 214 - A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I – [...]

III – melhoria da qualidade do ensino;

IV – formação para o trabalho;

Ainda, neste subitem mostraremos os dispositivos legais das leis ordinárias que tratam normas sobre os exames de suficiência e da educação no contexto da OAB, CFC e do MEC, respectivamente, que estabelecem:

Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994[9]

Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

Art. 1º- [...]

Art. 8º - Para inscrição como advogado é necessário:

I – [...]

IV – aprovação em Exame de Ordem;

Lei nº 12.249, de 11/06//2010, publicada no DOU de 14/06/2010[10]

O art. 76 alterou o art. 6º do Decreto-lei nº 9.295, de 27/5/1946

Dispõe sobre o Conselho Federal de Contabilidade e dá outras providências.

Art. 76. Os arts. 2º, 6º, 12, 21, 22, 23 e 27 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passam a vigorar com a seguinte redação, renumerado-se o parágrafo único do art. 12 para § 1º:

Art. 2º - A fiscalização do exercício da profissão contábil, assim entendendo-se os profissionais habilitados como contadores e técnicos em contabilidade, será exercida pelo Conselho Federal de Contabilidade e pelos Conselhos Regionais de Contabilidade a que se refere o art. 1º." (NR)

Art. 6º . [...]

f) regular acerca dos princípios contábeis, do Exame de Suficiência, do cadastro de qualificação técnica e dos programas de educação continuada; e editar Normas Brasileiras de Contabilidade de natureza técnica e profissional. (NR)

Art. 12. Os profissionais a que se refere este Decreto-Lei somente poderão exercer a profissão após a regular conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis, reconhecido pelo Ministério da Educação, aprovação em Exame de Suficiência e registro no Conselho Regional de Contabilidade a que estiverem sujeitos.

Lei nº 9. 394, de 20/12/1996[11]

Dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> **Art. 2º** - A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos
>
> princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> **Art. 3º** - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> I – [...]
>
> XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
>
> **Art. 43** - A educação superior tem por finalidade:
>
> I – [...]
>
> II – formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
>
> **Art. 48** - Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

Também, argumentamos em relação aos Serviços Públicos que o Estado tem obrigação de fazer, que, observados os elementos norteadores dos Serviços Públicos, tais como essencialidade, vínculo com o Estado, e Regime Jurídico de Direito Público, tais serviços estão ligados à dignidade da pessoa humana.

Por esses motivos, o MEC, as instituições de ensino, as associações profissionalizantes, e outras pertinentes, devem estar em perfeita harmonia a fim de que prevaleçam os interesses públicos sob a égide das garantias fundamentais da CF/1988, portanto, em nosso artigo, esclarecemos[12]:

> Portanto, numa interpretação imediata, todos os Conselhos Profissionalizantes, o Ministério da Educação, o Ministério do Trabalho e o Ministério de Previdência Social estão em harmonia com a CF/1988, principalmente no tocante ao art. 1º, IV, art. 3º, IV, art. 5º, caput, XIII, art. 6º, art. 7º, XXXII, art. 22, XVI, art. 205 e art. 214, IV. Por essas razões, é notório que os sistemas não são

> concorrentes, mas complementares, e um cuida da educação e outro cuida do exercício profissional, como afirma o MEC, lógico que os demais conselhos estão em harmonia com o sistema complementando-os, porém a OAB e o CFC são concorrentes, estando em total desarmonia com o sistema no contexto constitucional relacionado à educação e o exercício da profissão.
>
> De sorte que concluímos que a obrigatoriedade dos exames de suficiência fere o princípio da isonomia, previsto na CF/1988, notadamente o caput do art. 5º, art. 7º, XXXII, nas relações de trabalho sobre a igualdade trabalhista, pois faz uma diferença muito grande entre ser advogado e ser bacharel em direito, quer dizer, o primeiro exerce a advocacia e o outro não; contudo, tais distinções são proibidas, nos termos do art. 7º, XXXII, CF/1988. Assim, sobre o princípio da isonomia, bem como a proibição constitucional de distinção entre profissionais, o MEC deu uma explicação evasiva na Nota Técnica nº 053/2011, item 14, fls. 3: "Cabe ressaltar que o diploma de graduação não é específico para uma única área de atuação. Pelo contrário, a formação em curso superior abre um leque de possibilidades de atuação em diversas áreas.

No que diz respeito ao princípio da isonomia previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar na melhor doutrina que o autor Tiago Fachini[13] nos mostra que a isonomia tem como objetivo a adaptação dos meios para que eles atendam às diferenças e desigualdades entre as pessoas, com o propósito de possibilitar a aplicação das normas para todos da forma mais igual possível.

Nesse sentido, os mecanismos de isonomia profissional têm como objetivo diminuir as desigualdades entre profissionais de uma mesma categoria, ou entre pessoas distintas que procurem vagas profissionais similares.

De maneira que o art. 5º, Inciso XIII, ao determinar que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", observa-se que o bacharel em direito é um advogado e não apenas aqueles que foram obrigados a submeter-se ao exame de suficiência da OAB e do CFC e conseguiram aprovação, por força de imposição de leis especificas; pois todos os bacharéis são qualificados pelas leis que instituíram os Conselhos Profissionalizantes no País, em outras palavras, sem imposição do exame de suficiência.

Observa-se que mostramos ao leitor que o exame de suficiência está relacionado ao desempenho da advocacia por individuo de formação técnica deficiente, o que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

certamente poderá causar prejuízo irreparável ou, quando menos, de difícil reparação ao seu constituinte; diante disso, indagamos: será que a advocacia é mais importante que o desempenho da medicina por intermédio do médico de formação técnica deficiente o qual poderá causar um dano irreparável ao paciente que é a vida?

Ora, manifestamos que não, entretanto, não há paridade no livre exercício da profissão entre os Conselhos Profissionalizantes, de um lado os médicos utilizam a Lei nº 3.268, de 1957, recepcionada[14] pela CF/ 1988, a exemplo de outros Conselhos, que não exigem exame de suficiência, por outro lado, o Conselho dos advogados não utiliza a Lei nº 4.215/1963, revogada pelo art. 87, da Lei nº 8.906/1994, que obriga o uso da profissão pelo bacharel em direito mediante aprovação no exame de suficiência, nesse contexto, em nosso artigo, esclarecemos:

> Portanto, com relação ao citado dispositivo constitucional, existem duas polêmicas, uma em relação à Teoria da Recepção e outra em relação à Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais. De fato, com a instituição da Lei nº 8.906/1994 e Lei nº 12.249/2010, supostamente estas estariam de acordo com o dispositivo legal citado (art. 5º, XIII), isto é, as citadas Leis são constitucionais na medida em que as leis infraconstitucionais restringem o livre exercício da profissão. Porém, discordamos com esse entendimento, pois, quando entrou em vigor a CF/1988, não existia vácuo normativo em relação às leis disciplinadoras dos Conselhos Profissionalizantes. Por essa razão, acreditamos que pelo princípio da recepção todas as Leis instituidoras dos Conselhos e ordens incumbidos da fiscalização das profissões, a exemplo da Lei nº 5.194, de 24/12/1966, do Conselho Federal de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo (Crea), Lei nº 5.905, de 12/7/1973, do Conselho Federal de Enfermagem (Cofen), Lei nº 3.268, de 30/9/1957, do Conselho Federal de Medicina, Lei nº 4.215, de 27/04/1963, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Decreto-lei nº 9.295, de 27/5/1946, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), etc., tacitamente foram recepcionadas pela CF/1988, em seu art. 5º, inciso XIII, pois as citadas leis já existiam naquela época, até mesmo algumas delas estão vigentes até hoje no ordenamento jurídico.

Também, há uma polêmica em relação à eficácia jurídica das normas constitucionais, em que o legislador utilizou a eficácia contida[15], diferente da melhor doutrina, data vênia, entendemos que o referido conceito foi para justificar a adoção do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

exame de suficiência da OAB, previsto na Lei nº 8.906/1994, restringindo o livre exercício da profissão, nos termos do inciso XIII, art. 5º da CF/1988.

Pois o inciso XIII, art. 5º da CF/1988, é de eficácia plena, tornando possível sua aplicação de maneira direta, imediata e integral, nesse sentido, encontra-se a norma de eficácia contida que poderá haver redutibilidade ou em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não justificando a instituição do exame de suficiência, por meio da Lei nº 8.906/1994, cujas leis sobre os Conselhos Profissionalizantes foram recepcionadas pela CF/1988. Assim, em nosso artigo, esclarecemos:

> Finalmente, outra questão relevante que ressaltamos e que, pelo que parece, o MEC, AGU, OAB e alguns tribunais do País adotam conceitos de eficácia jurídica das normas constitucionais embasados numa linha doutrinária de José Afonso da Silva. De fato, em relação à espécie de norma contida, cuja aplicação constitucional fica restringida por uma legislação futura, isto é, uma lei infraconstitucional, dá-nos uma impressão de que necessariamente está restringida.
>
> Todavia, acreditamos que os Conselhos Profissionalizantes, MEC, AGU e alguns tribunais do País, estão equivocados sobre os conceitos de normas contidas. Pois, até o autor José Afonso da Silva, mostra grande sabedoria ao afirmar:
>
> Tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarram no princípio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via da atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia, Este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio.(SILVA, 2002, p. 268)
>
> Não obstante, outra linha doutrinária é a de Michel Temer e Maria Helena Diniz, os quais não entendem a aplicabilidade da norma como norma contida e sim como normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível ou normas constitucionais de eficácia relativa restringível, respectivamente. Pois, como nos ensina o Professor Marcelo Novelino, a eficácia não é necessariamente contida, ela poderá ser contida, possivelmente não integral porque existe a possibilidade de sofrer restrição. Assim, tal entendimento é aceito por outros doutrinadores, professores e profissionais do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> Direito que admitem como mais correta a linha doutrinária de Michel Temer e a de Maria Helena Diniz em relação à eficácia da citada norma jurídica. Ainda, Alexandre Moraes, entende que a norma de eficácia contida o legislador constituinte deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, senão vejamos:
>
> Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas "que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais neles enunciados (por exemplo: art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer). (MORAES, 2003, p. 41)

Finalmente, mostraremos que, com a Pandemia do Coronavirus - COVID 19 e sua mutação a variante delta, as instituições de ensino e as empresas, por intermédio das suas governanças públicas e privadas, deverão buscar mudanças na legislação trabalhista, recursos humanos, adaptando-as nas suas atividades por meio digital fora do local físico, utilizando pelo sistema de processamento de dados o trabalho remoto nas residências de seus colaboradores, denominado *Home Office*.

Entretanto, os exames da OAB e do CFC, pretendidos por meio digital[16] para fins de avaliação dos candidatos, colocam os referidos exames vulneráveis, inclusive sujeitos a um ataque cibernético por *hacker*, o que requer sua extinção, haja vista que o CFC não teve sucesso no exame via internet, enquanto a OAB busca a referida implantação, ante o distanciamento da Pandemia do Coronavirus COVID-19 e da variante delta.

Diante disso, os conselhos profissionalizantes esbarrarão segundo a tendência exposta no voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento no STF de 26/10/2011, referente ao RE nº 603.583/RS, o qual proferiu em seu voto que, diante das normas que disciplinam o Exame de Ordem, encontram-se em trânsito para inconstitucionalidade.

Diante dessa menção no voto, considerando que atualmente existe a pretensão de mudança para que o exame seja por meio digital, certamente trará insegurança para os candidatos, considerando o ambiente a ser utilizado vulnerável para o usuário em decorrência dos crimes de falsidade ideológica, o que certamente será declarada a inconstitucionalidade do exame da OAB, bem como do CFC, resultando nas suas extinções.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

No que diz respeito às leis que instituíram os exames de suficiência, é oportuno lembrar-se dos ensinamentos das aulas de Hermenêutica Jurídica sobre a Teoria Objetiva, que, ao tratar sobre a vontade da lei, nos mostra que o importante é o espírito da lei, isto é, a sua vontade é mais sábia que a do legislador.

Nesse sentido, é óbvio que o legislador não pode impor sua vontade para manter a lei, pois o anseio da sociedade é que determina a lei. Ora, será que a criação do exame de suficiência é a vontade da sociedade?

É notório que não, e sim é a vontade das instituições profissionalizantes, a exemplo da **OAB**, que, por meio de norma que entendemos ser inconstitucional, no caso, o Inciso IV, art. 8º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, porém, foi lamentavelmente considerada constitucional pelo **STF**.

Todavia, somos sabedores de que o Poder Judiciário é impossibilitado de atuar como legislador positivo em respeito à Separação dos Poderes, mas no julgamento de 26/10/2011, do RE nº 603583/RS, data vênia, assumiu uma postura onipotente da Antiguidade, a exemplo do Estado Teocrático, reconhecendo uma lei ordinária, que criou o exame de suficiência para o exercício da advocacia, com isso, prejudicando os bacharéis de direito no exercício da profissão, bem como as instituições de ensino responsáveis pela formação acadêmica do futuro bacharel.

4 – ANÁLISES CRÍTICAS SOBRE O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO-RE Nº 603.583-RS, REALIZADO NO STF EM 26/10/2011

No sentido de que o leitor possa ter conhecimento sobre a constitucionalidade do exame de suficiência da OAB, discorreremos sobre o julgamento no STF de 26/10/2011, referente ao RE nº 603.583/RS[17], com Repercussão Geral[18], do qual participei a convite do Recorrente Dr. João Antônio Volante, que me solicitou um parecer sobre a "Inconstitucionalidade do Exame de Suficiência da OAB".

Tal parecer foi entregue naquela época ao Relator Ministro Marco Aurélio pela saudosa guerreira Dra. Gisa Almeida Eco, que naquela época foi líder do movimento BACHARÉIS EM AÇÃO – FIM EXAME OAB, em que participavam vários colaboradores que defendem a extinção do Exame da OAB, a exemplo do ilustre Dr. Vasco Vasconcelos[19], bem como do Dr. Rubens Teixeira da Silva[20], Dr. Fernando Machado da Silva Lima[21], Dr. Reynaldo Arantes, entre outros.

O Autor participou do julgamento no STF de 26/10/2011, referente ao RE nº 603.583/RS, pelo fato de, por meio da doutrina e de requerimentos junto ao Ministério da Educação e Cultura (MEC), Ministério Público Federal (MPF), Advocacia-Geral da União

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

(AGU), Consultoria-Geral da União, externar posicionamentos contrários aos exames de suficiência da OAB e do CFC, em outras palavras, o direito à liberdade de profissão é uma garantia consagrada pela CF/1988 e pelos principais tratados internacionais sobre os direitos humanos.

Nesse sentido, não é difícil de entender que o engenheiro mineiro, Dr. Ivair Gontijo, não precisou submeter-se a um exame de suficiência, até porque, a exemplo da maioria dos conselhos, o Conselho Federal de Engenheiros e Agronomia (CONFEA) não instituiu o malfadado exame.

Diante disso, respaldado no direito à liberdade de profissão consagrado na CF/1988 e dos tratados internacionais, além do seu conhecimento e perspectivas no mercado de trabalho, o engenheiro coordena equipe de engenheiros da NASA que fez o robô Perseverance, enviado ao planeta Marte, pousando em 18/2/2021 (quinta-feira), no final da tarde, o que é um fato histórico para a Humanidade, e também notadamente para o Brasil que possui uma educação desacreditada ante as amarras políticas e corporativistas.

Reportando-nos ao RE nº 603583/RS, existiu por parte da opinião pública uma tendência favorável sobre a inconstitucionalidade do exame de suficiência da OAB, inclusive com memoriais e pareceres encaminhados ao Relator Ministro Marco Aurélio, os quais foram anexados às peças processuais.

De fato, um posicionamento positivo foi da Procuradoria-Geral da República, ocasião em que o subprocurador-geral naquela época, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o Parecer nº 5664-RJMB/pc, de 19/7/2011[22], concluindo que é inconstitucional[23] a exigência de aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício da advocacia, conforme consta na página 42 do referido parecer, concluindo:

> De todo o exposto, opina o Ministério Público pelo parcial provimento do recurso extraordinário, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 8º da Lei nº 8.906/94, por violação ao conteúdo essencial do direito fundamental consagrado pelo art. 5º, XIII, da CF de 1988, de forma a conceder a segurança impetrada pelo recorrente e afastar, tão somente, a exigência de aprovação no exame de ordem como requisito indispensável para inscrição como advogado nos quadros da OAB.

No julgamento do Recurso Extraordinário-RE nº 603583/RS, com Repercussão Geral, realizado em 26/10/2011, sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 8.906/1994, foi rejeitado pelos nove ministros que participaram do julgamento, ou seja, o Relator o

Ministro Marco Aurélio de Mello, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o presidente da Corte Cezar Peluso, conforme no Acórdão[24] lavrado pelo Relator, relatório e votos, senão vejamos:

> [...]
>
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.583 RIO GRANDE DO SUL V O T O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso, observaram-se os pressupostos gerais de recorribilidade. O documento de folha 35 evidencia a regularidade da representação processual. O preparo foi dispensado em razão da gratuidade de justiça, deferida pelo Juízo à folha 47. Quanto à oportunidade, a notícia do acórdão recorrido veio a ser veiculada no Diário de 30 de março de 2009, segunda-feira (folha 254 – verso), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 1º de abril imediato, terça-feira (folha 317), no prazo assinado em lei. A matéria, embora abordada sucintamente, foi devidamente enfrentada pelo Juízo e pelo Regional, razão pela qual dou por preenchido o requisito do prequestionamento. Conheço, consignando que houve a admissão do recurso na origem (folhas 414 e 415).
>
> A própria natureza das atividades exercidas pela Ordem dos Advogados do Brasil, decorrente da leitura que o Supremo faz do artigo 133 da Carta Federal, demanda e justifica o regime especial previsto pela Lei nº 8.906/94. Por essas razões, sob o ângulo ora examinado, tenho como constitucional o § 1º do artigo 8º da Lei nº 8.906/94, seja porque não corresponde à autêntica delegação legislativa, a ponto de violar a parte final do inciso XIII do artigo 5º da Lei Maior, seja porque não representa usurpação da competência do Presidente da República versada no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. A pretensão de exaurimento da matéria na lei não encontra respaldo no texto constitucional e tampouco parece medida de prudência. Ante tais fundamentos, conheço do extraordinário e o desprovejo.
>
> [...]
>
> VOTO O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, Egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> advogados presentes, estudantes, mercê do brilhantismo do voto do eminente Ministro Marco Aurélio, a envergadura do tema impõe-nos algumas digressões, ora coincidentes, ora sob outra óptica, que me cabem aqui nesse momento fazer. Vou direto ao ponto. O primeiro dos argumentos expostos no recurso extraordinário em apreço diz respeito a eventual violação da liberdade de ofício ou liberdade profissional, consagrada no art. 5º, XIII, da Constituição da República, verbis : Art. 5º. [...] XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; In casu, impugna-se a restrição legal ao direito consagrado no mencionado dispositivo da Constituição, consubstanciada no art. 8º, inciso IV, e em seu § 1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que dispõem, em textual: Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: [...] IV – aprovação em Exame de Ordem; [...] § 1º O Exame de Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.
>
> [...]
>
> Em outras palavras, uma posterior fiscalização jurisdicional dos respectivos atos normativos certamente culminará na declaração de sua inconstitucionalidade. Em virtude do exposto, voto no sentido do desprovimento do recurso extraordinário, com a registro do trânsito para inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados no apelo extremo apreciado.

De maneira que, conforme já expomos, estive presente no Plenário do STF, quando da realização do julgamento do RE 603.583/RS, em 26/10/2011; diante disso, obviamente tive o privilégio de observar atos e fatos, os quais apenas aqueles que estiveram lá presenciaram.

Por essa razão, irei ater-me nas citações do relator e do Ministro Luiz Fux, data vênia, o primeiro não mostrou fundamentos categóricos no seu relatório que viesse justificar a constitucionalidade do exame da OAB, nos termos da Lei nº 8.906/1994, todavia, o seu voto foi seguido pelos demais ministros.

Já o segundo, ou seja, o voto do Ministro Luiz Fux[25], mostra as irregularidades nos exames da OAB, isto é, ele fundamenta com base no entendimento da melhor doutrina do País e da própria jurisprudência do STF, nesse sentido no seu voto manifestou acertadamente pelo possível trânsito de inconstitucionalidade do exame da OAB; vejam os últimos parágrafos do seu voto:

> Sabe-se que não é novidade na jurisprudência desta Corte o reconhecimento da existência de *normas a caminho da inconstitucionalidade*.
>
> Por exemplo, no julgamento do RE 135.328 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 29.06.1994) e do RE 147.776 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 19.05.1998), o STF concluiu pela permanência da vigência do art. 68 do Código de Processo Penal, que conferia ao Ministério Público a atribuição para o ajuizamento da ação civil *ex delicto*, até que criada por lei e organizada a Defensoria Pública no âmbito dos Estados.
>
> No caso em apreço, é de se identificar o progresso do *estado de inconstitucionalidade*, a evoluir para uma futura invalidade, do art. 3º, § 3º, do Provimento nº 109/05, do Conselho Federal da OAB, naquilo que prescinde da participação de outros segmentos da comunidade jurídica, como a magistratura, o Ministério Público e, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e o magistério superior de Direito, de modo a que, ampliada essa participação, consolide-se a legitimidade democrática da OAB na realização dos procedimentos concernentes ao Exame de Ordem.
>
> Em outras palavras, uma posterior fiscalização jurisdicional dos respectivos atos normativos certamente culminará na declaração de sua inconstitucionalidade.
>
> Em virtude do exposto, voto no sentido do **desprovimento do recurso extraordinário**, com a registro do trânsito para inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados no apelo extremo apreciado.

Ainda, com base no relatório e voto elaborados pelo Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, acompanhado pelos demais ministros, percebem-se discriminações praticadas por instituições e pessoas contra os bacharéis em direito não aptos a exercerem a função de advogado, inclusive um corporativismo no meio jurídico ao exaltar a advocacia não como profissão e sim um dever de um suposto "*múnus* público".

Nesse sentido, no decorrer do julgamento buscou-se mostrar que o exame de suficiência está relacionado ao desempenho da advocacia por individuo de formação técnica deficiente, o que certamente poderá causar prejuízo irreparável ou, quando menos, de difícil reparação ao seu constituinte e que se percebem nos tribunais

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

demandas impróprias e mal elaboradas, contrariando o Código de Processo Civil, entre outras normas.

Entretanto, a Corte Maior esqueceu que a capacidade de postulação é do advogado qualificado aprovado no exame da OAB e não do bacharel em direito que nem conselho possui.

De fato, o advogado tem capacidade de postulação junto aos órgãos do poder judiciário e aos juizados especiais; também, das atividades de assessoria, consultoria e direção jurídicas.

Já o Bacharel em direito tem uma atuação bem restrita ou podemos afirmar insignificante, além disso, naquelas que o mesmo poderá atuar o cliente não quer correr o risco de não ter o advogado como patrono, por exemplo, o *habeas corpus*, qualquer pessoa poderá impetrá-lo em seu próprio favor ou de terceiros, mas hipoteticamente, é de se indagar se algum tribunal tenha recebido algum pedido de *habeas corpus* impetrado por um fulano qualquer, que não seja advogado, denominado: "Jair da Arma, o rei da confusão"? Acreditamos que não.

Enfim, o Bacharel em Direito é marginalizado profissionalmente; diante disso, inclusive são impedidos de ter planos de saúde; não possuem nenhuma fiscalização do exercício da profissão e com baixos salários e, aposentadoria restrita ao INSS, com pequenos proventos.

Também, no julgamento do STF do RE n° 606.583/RS, em 26/10/2011, contra o exame da OAB, por inconstitucionalidade, pela violação da liberdade de ofício ou liberdade profissional, nos termos do art. 5°, XIII, da CF/1988, o Procurador-Geral da República, naquela época, Roberto Gurgel, deu seu parecer.

No seu parecer, ele opinou favorável à constitucionalidade do Exame da OAB, ato contínuo desqualificou o Parecer do Subprocurador da República, naquela época Rodrigo Janot, cujo seu parecer foi contrário ao Exame de Suficiência da OAB. Assim, sustentou Roberto Gurgel: "opino que o Exame da OAB é constitucional à qualificação do profissional".

Naquele momento todos que estavam no plenário contrários ao exame da OAB, data vênia, perceberam uma mudança sobre a derrubada da tese jurídica de inconstitucionalidade do exame da OAB, inclusive a saudosa colega Gisa Almeida Eco sentiu-se mal; por esse motivo, João Antônio Volante, o bacharel em direito, recorrente do RE nº 603.583/RS, pediu-me para acompanhá-la numa emergência do STF.

No meu retorno ao plenário, precedeu-se do intervalo como de praxe nos julgamentos, porém, naquele dia percebeu-se uma demora quando do retorno dos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

ministros, enfim, a tese de inconstitucionalidade do Exame foi rejeitada pelos nove ministros que participaram do julgamento.

Em vista disso, entendemos que as revogações e as alterações dos Códigos de Ética da OAB e do CFC, acrescentando os Exames de Suficiência, por meio do inciso IV, art. 8º da Lei nº 8.906/1994 e art. 76 da Lei nº 12.249/2010, não são de interesse da coletividade, dessa maneira, não sendo compatíveis com atividade de Poder de Polícia no desempenho das suas funções constitucionais.

Por sua vez, os demais Conselhos de fiscalizações dos exercícios das profissões mantiveram o objetivo constitucional, ou seja, são classificados de Administração Pública Indireta, como pessoas jurídicas de direito público, na espécie autarquias, nos termos do Inciso I, art. 5º do Decreto-lei nº 200, de 1967, combinado com art. 21, XXIV, da CF/1988, os quais exercem a tarefa de fiscalização atribuída ao Estado, ou seja, atividade de polícia fiscalizando as profissões de competência da União, baseadas na discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, atinentes às características do poder de polícia.

Ainda, somos sabedores de que a função do Estado é restringir o direito dos particulares em favor do interesse coletivo, portanto, dar-lhes outras atribuições, incluindo dispositivos legais, alterando ou revogando normas de direito, tão somente para justificar a inserção de Exames de Suficiência, que não são de interesse da coletividade e sim dos Conselhos Profissionalizantes, sem o veto jurídico do Presidente da República, quando ele sancionou as mencionadas leis, entendemos que o Chefe do Executivo exorbitou do seu poder, o que a CF/1988 não permite.

De sorte que os demais Conselhos Profissionalizantes mantiveram suas funções constitucionais de Poder de Polícia, com seus respectivos Códigos de Ética, aprovados pelas leis instituidoras dos Conselhos. Tais leis foram recepcionadas pela CF/1988, com suas aplicabilidades de acordo com as espécies de eficácia jurídica das normas constitucionais, no tocante ao disposto no inciso XIII, art. 5º da CF/1988, sem nenhuma exigência de Exames de Suficiência.

Enfim, os citados exames de suficiência foram instituídos em 1994 pela OAB, como somos sabedores, sob o pretexto da má educação dos cursos de Direito no País, bem como do aumento das faculdades particulares de cursos de Direito na década de 1990.

Em vista disso, somos sabedores de que o ensino superior no Brasil veio a retomar seu crescimento durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, quando houve um substancial aumento de vagas nas faculdades privadas. Vale ressaltar que essa expansão ocorreu por meio de uma legislação que facilitou a abertura de cursos e instituições, bem

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

como de faculdades, centros universitários e universidades; todavia, não existiam tantos cursos de Direito naquela época comparando-se com esta década.

Enfim, os poderes legislativo e executivo poderão reverter a decisão do julgamento atuando no sentido de extinção dos exames de suficiência, até porque no julgamento de 26/10/2011, conforme já mencionamos, o STF poderia ter manifestado pela impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo ampliando direitos em respeito à Separação de Poderes e não o fez, por essa razão, naquela época presenciamos no plenário um ativismo judicial.

Em outras palavras, o STF deveria ter adotado o mesmo procedimento de não atuar como legislador positivo, a exemplo daquele julgamento ocorrido na Sessão Virtual de 10/4/2020 a 17/04/2020, da ADI nº 6025/DF[26], incluindo ao texto sobre a inexistência de razões que conduzem à declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, isto é, o Inciso IV, do art. 8º da Lei nº 8.906, de 1994, com isso, julgando procedente o pedido formulado no RE n° 606.583/RS, no julgamento de 26/10/2011, mas não o fez; com isso, data vênia, caberá aos poderes executivo e legislativo reverterem a decisão em questão.

Assim, o STF, declarando a constitucionalidade do art. 5º, XIII, da CF/1988, para o exercício da advocacia, ou seja, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", data vênia, ocorreu um ativismo judicial, pois o STF atuou como legislador positivo, o qual poderá ser sanado, conforme mencionamos anteriormente com atuação dos outros poderes.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou no sentido de que não atuaria como legislador positivo em respeito à Separação dos Poderes, nos julgamentos realizados em 26/10/2016 do RE nº 661.256/SC[27], referente à desaposentação, e do dia 06/02/2020 do RE nº 827.833/SC, relativo à reaposentação, respectivamente.

Por sua vez, no que diz respeito sobre o comportamento das modernas Organizações e da Administração Pública[28]no liberalismo e no neoliberalismo, elas adotavam métodos cartesianos; já no contexto do mundo globalizado atualmente presenciamos os avanços da tecnologia, tais como: informática, cibernética, cabos de fibra óptica, telecomunicações, química fina, robótica, biotecnologia, etc.

Não obstante, estamos vivenciando no País por parte do Executivo um retrocesso com fundamento de numa ideologia contrária do mundo globalizado sob à égide do Estado Democrático de Direito, bem como do legislativo, pois ambos buscam atraírem mais a atenção daqueles temas que dão holofotes, isto é, política-espetáculo para mídia

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

pela sua influência na opinião pública ou numa visão mais moderna *priming* (enquadramento) e *framing* (saliência).

Diante disso, muitos temas de substanciais importâncias para o País ficaram à margem das prioridades necessárias sobre os direitos e garantias fundamentais, previstas na CF/1988. De fato, entretanto, vamos nos ater sobre ao tema desenvolvido do presente artigo.

Pois, conforme mencionamos o executivo e o legislativo poderiam reverter o posicionamento sobre o julgamento realizado no STF, em 26/10/2011, do RE nº 603.583/RS, mas, de lá para cá, temos apenas conhecimento do Projeto de Lei nº 734/2021[29], apresentado em 20/4/2021, no Plenário da Câmara dos Deputados, por intermédio do Deputado Federal Hélio Fernando Barbosa Lopes, do PSL-RJ.

No referido projeto busca-se a alteração do Inciso IV, art. 8º da Lei nº 8.906, de 4/7/1994, propondo simplificação e diminuição de disciplinas com opção de o candidato escolher aquela a qual exercerá sua atividade profissional, no entanto, não é a melhor opção para os bacharéis de direito sobre o exame da OAB e sim seria sua extinção, além disso, há omissão em relação ao exame de suficiência do CFC, por esses motivos, encaminhamos um Memorial expondo os fatos ao autor do projeto.

Por outro lado, em 17/5/2021, com base no Requerimento nº 820/2021, a Mesa Diretora do Plenário a pedido do autor retirou de tramitação e arquivou o PL nº 734/2021, publicado no Diário da Câmara em 18/5/2021.

Finalmente, entendemos, com a devida vênia, que as ações das governanças públicas emanadas pelos três poderes não estão no contexto sobre a "teoria dos poderes", de ideais republicanos a que se refere *Montesquieu*.

De fato, seus ensinamentos nos mostram que os poderes deveriam se equilibrar entre a autonomia e a intervenção nos demais poderes, cada um não poderia ser desrespeitado nas suas funções.

Entretanto, quando um deles viesse a agir de forma excessivamente autoritária, com isso, extrapolando sua competência, os demais poderes poderiam intervir pela desarmonia ocasionada a fim de prevalecer a harmonia entre os poderes.

Diante disso, entendemos que essa cobrança entre os poderes poderia numa democracia republicana ser uma medida saudável para o fortalecimento das leis no país, segurança jurídica, prevalecendo que o poder emana do povo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Assim, com clamor da sociedade nas questões as quais foram julgadas pelo STF, o legislativo e o executivo poderiam por meio de projetos de leis efetuarem alterações, por exemplo, excluindo o dispositivo da obrigatoriedade dos exames de suficiência exigidos pelos Conselhos Profissionalizantes, pois não há sentido lógico-jurídico e ético pelo fato de ser livre o exercício de qualquer trabalho, inclusive, com agravante da Pandemia do Coronavirus – COVID 19 e da sua mutação denominada variante delta.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O leitor poderá constatar que buscamos mostrar que a extinção do exame de suficiência instituída por leis ordinárias proporcionará paridade de direitos com outros Conselhos Profissionalizantes, a exemplo de medicina que não exige aprovação por meio de exame de suficiência, por intermédio do Conselho Federal de Medicina (CFM), a fim de exercer a profissão de médico, bem como engenharia, que não exige do Conselho Federal de Engenheiros e Agronomia (CONFEA) aprovação em exame de suficiência, a fim de exercer a profissão de engenheiro, entre outros.

Pois a extinção dos exames de suficiência, trazendo paridade de procedimentos com outros conselhos profissionalizantes em harmonia com art. 5º, XIII, da CF/1988, isto é, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", proporcionará diminuição dos custos dos acadêmicos; melhor adequação na relação Ministério da Educação e instituição de ensino.

Nesse sentido, resultaria a melhoria na estrutura dos métodos pedagógicos em relação ao aprendizado, inclusive com a diminuição dos números de disciplinas constantes das grades curriculares, bem como do tempo de duração do curso ou incluindo na grade curricular uma espécie de residência médica, onde os acadêmicos terão acessos às práticas forense e contábil, o que resultaria numa eficaz formação dando aos futuros bacharéis melhores perspectivas de trabalhos, não sendo necessários os exames de suficiência instituídos com argumento de um suposto filtro ao aprendizado a fim de atuação do bacharel no mercado de trabalho e de preparação para concursos públicos.

Portanto, pelo fato de o STF, no julgamento do RE n° 606.583/RS, em 26/10/2011, ter atuado como legislador positivo os poderes legislativo e executivo poderão por meio do projeto de lei considerar inconstitucionais os exames de suficiência da OAB e CFC, instituídos por leis ordinárias, por motivo de ter ocorrido no mencionado julgamento um ativismo judicial, o qual poderá ser sanado com vontade política dos poderes executivos e legislativos e não atuando numa política-espetáculo para mídia pela sua influência na opinião pública ou numa visão mais moderna *priming* (enquadramento) e *framing* (saliência) e sim em prol da educação e dos bacharéis de direito e de ciências contábeis.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 27 ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 17-97.

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627. Acesso em: 26/7/2011.

_____. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 11-12.

_____. **Reaposentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo Judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, 2020, p. 209-211.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Parecer nº 5664-RJMB/pc, de 19/7/2011, referente ao Recurso Extraordinário-RE nº 603.583-6/210, do Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Recorridos: União e OAB.

BLOG DO CURSO PROVA DE ORDEM. **Prova da OAB Digital, possíveis novas datas e mais**. Disponível em: https://www.provadeordem.com.br. Acesso em: 21/4/2021.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 734/2021. Apresentado em 04/03/2021**. Autor: Deputado Federal Hélio Fernando Barbosa Lopes, do PSL/RJ. PL retirado de tramitação e arquivado, em 17/5/2021, conforme Requerimento nº 820/2021. Disponível em: http://www.camara.leg.br. Acesso em: 25/5/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Superior. **Ofício nº 075/2011 – CGLNES/GAB/SESu/MEC-rcc, de 25/01/2011**, emitido ao em resposta ao requerimento protocolado sob o nº 070355/2010-46, protocolado em 26/10/2010, opinando pela impossibilidade do pleito postulado pelo Bacharel em Direito Edson Sebastião de Almeida. Brasília (DF), 25 de janeiro de 2011.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.906, de 4/7/1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 28/1/2011

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.394, de 20/12/1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 9/9/2010.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.249, de 11/6/2010, publicada no DOU de 14/6/2010. Altera o art. 6º do Decreto-lei nº 9.295, de 27/5/1946, que dispõe sobre o Conselho Federal de Contabilidade e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 9/9/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Acórdão de 20/4/2020, lavrado pelo Ministro Alexandre de Moraes, referente Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6.025/DF, julgada improcedente por decisão do tribunal pleno em Sessão Virtual**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Requerente: Procuradoria-Geral da República, Intimado: Presidente da República. Procurador: Advogado-Geral da União, Intimado: Congresso Nacional, Procurador: Advogado-Geral da União, *Amici. Curiae*: Sindicato dos Policiais Rodoviários Federal do Estado da Bahia – SINPRFBA, *Amici Curiae*: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Advogado: Alberto Pavie Ribeiro. Brasília. DJe de 26/6/2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 7/8/2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário-RE, nº 603583/RS, p. 1379-1382** Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczk e outros. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em 24/4/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Voto do Ministro Luiz Fux no julgamento de 26/10/2011 do RE nº 603.583/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczk e outros. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em 24/4/2021.

FACHINI, Tiago. **Isonomia: o que é importância e quais são seus limites**. Disponível em: https://www.projuris.com.br . Acesso em: 22/4/2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Faculdades de Direito: O Problema Não é a Quantidade, Sim a Qualidade**. Disponível em: http://www.editoramagister.com. Acesso em: 15/04/2021.

HAIDAR, Rodrigo. **Exame de Ordem é inconstitucional, afirma MPF**. Disponível em: http://www.conjur.com.br. Acesso em: 21/7/2011.

LIMA, Fernando. **Exame da OAB: reprovação em massa, propaganda e hipocrisia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16 n. 2939, 19 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19576. Acesso em; 20 jul 2011.

OLIVEIRA, Sidney Nilton de. **Educação e Psicologia no Neoliberalismo**. Salvador: Revista da FAEEBA/Universidade do Estado da Bahia, Departamento de Educação. 1992, p. 129-130.

TEIXEIRA, Rubens. **Resumo da Carta Aberta ao Congresso Nacional contra o Exame da OAB**. Disponível em: https://www.rubensteixeira.com.br. Acesso em: 25/4/2021.

VASCONCELOS, Vasco. **Os 193 anos dos Cursos Jurídicos x 26 anos de exploração dos cativos dos OAB**. Postado em 10/8/2020. Disponível em: https://www.jornaljurid.com.br. Acesso em: 11/8/2020.

---

[1] GOMES, Luiz Flávio. **Faculdades de Direito: O Problema Não é a Quantidade, Sim a Qualidade**. Disponível em: http://www.editoramagister.com. Acesso em: 15/04/2021.

[2] BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Superior. **Ofício nº 075/2011 – CGLNES/GAB/SESu/MEC-rcc, de 25/01/2011**, emitido ao em resposta ao requerimento protocolado sob o nº 070355/2010-46, protocolado em 26/10/2010, opinando pela impossibilidade do pleito postulado pelo Bacharel em Direito Edson Sebastião de Almeida. Brasília (DF), 25 de janeiro de 2011.

[3] OLIVEIRA, Sidney Nilton de. **Educação e Psicologia no Neoliberalismo**. Salvador: Revista da FAEEBA/Universidade do Estado da Bahia, Departamento de Educação. 1992, p. 129-130.

[4] OLIVEIRA, Sidney Nilton de. **Educação e Psicologia no Neoliberalismo**. Salvador: Revista da FAEEBA/Universidade do Estado da Bahia, Departamento de Educação. 1992, p. 134.

[5] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627. Acesso em: 26/7/2011.

[6] Ibidem

[7] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627. Acesso em: 25/7/2011.

[8] ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 27 ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 17-97.

[9] BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.906, de 4/7/1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 28/1/2011.

[10] BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.249, de 11/6/2010, publicada no DOU de 14/6/2010. Altera o art. 6º do Decreto-lei nº 9.295, de 27/5/1946, que dispõe sobre o Conselho Federal de Contabilidade e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 9/9/2010.

[11] BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.394, de 20/12/1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 9/9/2010.

[12] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627. Acesso em: 25/7/2011.

[13] FACHINI, Tiago. **Isonomia: o que é importância e quais são seus limites**. Disponível em: https://www.projuris.com.br . Acesso em: 22/4/2021.

[14] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627. Acesso em: 25/7/2011.

[15] ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627. Acesso em: 25/7/2011.

[16] BLOG DO CURSO PROVA DE ORDEM. **Prova da OAB Digital, possíveis novas datas e mais**. Disponível em: https://www.provadeordem.com.br. Acesso em: 21/4/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário-RE, nº 603583/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczk e outros. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em 24/4/2021.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário-RE, nº 603583/RS, p. 1379-1382** Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczk e outros. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em 24/4/2021.

[19] VASCONCELOS, Vasco. **Os 193 anos dos Cursos Jurídicos x 26 anos de exploração dos cativos dos OAB**. Postado em 10/8/2020. Disponível em: https://www.jornaljurid.com.br. Acesso em: 11/8/2020.

[20] TEIXEIRA, Rubens. **Resumo da Carta Aberta ao Congresso Nacional contra o Exame da OAB**. Disponível em: https://www.rubensteixeira.com.br. Acesso em: 25/4/2021.

[21] LIMA, Fernando. **Exame da OAB: reprovação em massa, propaganda e hipocrisia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16 n. 2939, 19 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19576. Acesso em; 20 jul 2011.

[22] BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Parecer nº 5664-RJMB/pc, de 19/7/2011, referente ao Recurso Extraordinário-RE nº 603.583-6/210, do Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Recorridos: União e OAB.

[23] HAIDAR, Rodrigo. **Exame de Ordem é inconstitucional, afirma MPF**. Disponível em: http://www.conjur.com.br. Acesso em: 21/7/2011.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão, Relatório e Voto do julgamento de 26/10/2011 do RE nº 603.583/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczk e outros. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em 24/4/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Voto do Ministro Luiz Fux no julgamento de 26/10/2011 do RE nº 603.583/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczk e outros. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em 24/4/2021.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão de 20/4/2020, lavrado pelo Ministro Alexandre de Moraes, referente Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6.025/DF, julgada improcedente por decisão do tribunal pleno em Sessão Virtual**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Requerente: Procuradoria-Geral da República, Intimado: Presidente da República. Procurador: Advogado-Geral da União, Intimado: Congresso Nacional, Procurador: Advogado-Geral da União, *Amici. Curiae*: Sindicato dos Policiais Rodoviários Federal do Estado da Bahia – SINPRFBA, *Amici Curiae*: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Advogado: Alberto Pavie Ribeiro. Brasília. DJe de 26/6/2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 7/8/2020.

[27] ALMEIDA, Edson Sebastião de Almeida. **Reaposentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo Judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, 2020, p. 209-211.

[28] ALMEIDA, Edson Sebastião de Almeida. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 11-12.

[29] BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 734/2021. Apresentado em 04/03/2021**. Autor: Deputado Federal Hélio Fernando Barbosa Lopes, do PSL/RJ. PL retirado de tramitação e arquivado, em 17/5/2021, conforme Requerimento nº 820/2021. Disponível em: http://www.camara.leg.br. Acesso em: 25/5/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TRABALHADORES MARÍTIMOS E A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA APLICÁVEL.

BEATRIZ VICTÓRIA DE DIEGO TERZINI: Advogada. Formada pelo Instituto Damásio de Direito[94].

Resumo: O presente artigo busca analisar a legislação trabalhista aplicável aos trabalhadores de cruzeiros marítimos após a ratificação da Convenção nº 186 da OIT pelo Brasil. Aliado à isso, busca-se apresentar as controvérsias existentes e as teorias adotadas. Traz também a posição do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho sobre o tema.

Palavras-Chaves: Trabalhador Marítimo. Competência. Justiça do Trabalho.

Abstract: This article seeks to analyze the labor legislation applicable to cruise ship workers after the ratification of Ilo Convention No. 186 by Brazil. Allied to this, it seeks to present existing controversies and adopted theories. It also brings the position of the Superior Labor Court and the Regional Labor Courts on the subject.

Key words: Maritime Worker. Jurisdiction. Labor Court.

Sumário: Introdução. 1. Conflito de leis no espaço. 1.1. Lei do pavilhão ou bandeira do navio. 1.2. Aplicação da lei do país de sede do armador. 1.3. Aplicação da teoria do centro de gravidade ou da sede do fato. 2. Posição dos tribunais. 3. Ratificação da Convenção nº 186 da OIT. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O Direito do Trabalho brasileiro aplica-se às relações empregatícias e conexas, além de outras relações de trabalho que ocorram dentro do território nacional, vigorando o princípio da territorialidade. Nesse sentido, será competente, como regra, o local de prestação de serviços (art. 651 da CLT). Com relação aos empregados brasileiros contratados/transferidos para prestar serviço no exterior, principalmente os trabalhadores marítimos, surge controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

No plano internacional, a Convenção nº 186 da OIT, que trata sobre o Trabalho do Marítimo, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 2019 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto 10.671/2021. Com isso, abre-se discussão sobre os direitos dos trabalhadores marítimos, especialmente em relação aos tripulantes contratados no Brasil para trabalharem em navios de cruzeiros de bandeira estrangeira.

94 E-mail: beatriz.terzini@hotmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Isto porque, nos termos da lei 7.064/82, é direito do empregado a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na referida lei, quando mais favorável do que a legislação territorial estrangeira, no conjunto de normas em relação a cada matéria (art. 3º, II). Em contrapartida, o Código de Bustamante de 1929 (Convenção de Havana), ratificado pelo Brasil, determina que seja aplicada aos trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação, também conhecida como Lei do Pavilhão ou bandeira do navio.

Fato certo é pela incidência da norma mais favorável ao trabalhador, assegurado pela CF, pela legislação brasileira e pela Constituição da própria Organização Internacional do Trabalho. O questionamento se faz com a ratificação da convenção da OIT pelo Brasil e seus impactos nos direitos dos trabalhadores.

Nesse sentido, o presente artigo desenvolverá a análise sobre legislação trabalhista aplicável aos trabalhadores de navios e embarcações, as teorias adotadas e o posicionamento dos Tribunais sobre o tema proposto.

1. Conflito de leis no espaço.

A lei 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, prevê em seu art. 3º, II, que é direito do empregado a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na referida lei, quando mais favorável do que a legislação territorial estrangeira, no conjunto de normas em relação a cada matéria.

No Código de Bustamante de 1929 (Convenção de Havana), por sua vez, ratificado pelo Brasil, determina que seja aplicada aos trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação, também conhecida como Lei do Pavilhão ou bandeira do navio. No entanto, há casos em que a lei do pavilhão é utilizada para burlar os direitos trabalhistas dos trabalhadores (art. 9º da CLT), tendo os tribunais optado pela aplicação de outras teorias.

Assim, para solucionar a controvérsia, a jurisprudência firmou entendimento acerca da legislação que deve ser empregada para reger os contratos de trabalho de empregados de navio ou embarcações, surgindo 03 possibilidades de solução do conflito de leis no espaço. O TST, por sua vez, vai por caminho diverso das teorias que serão expostas abaixo.

Conforme será demonstrado, o debate sobre a lei aplicável aos trabalhadores marítimos será reaberto com a ratificação da Convenção nº 186 da OIT. Isto porque, referida convenção determina que seja aplicada aos trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação, nos termos do Código de Bustamante.

1.1. Lei do pavilhão ou bandeira do navio.

A Lei do pavilhão ou bandeira do navio consta no Código de Bustamante de 1929 (Convenção de Havana), tratado internacional que cuida de termas relacionados aos contratos internacionais. Referido Código foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 18.871/29, dispondo que:

> Art. 281 do Código de Bustamante: "As obrigações dos oficiais e gente do mar e a ordem interna do navio subordinam-se à lei do pavilhão".

Trata-se, portanto, de regra geral que vigora no direito internacional e também, em tese, no Brasil. Assim, o país de pavilhão ou de bandeira do navio ou embarcação é aquele que registrou o navio e o habilitou para navegar (local da matrícula), devendo, regra geral, reger as relações entre os marítimos e seus empregadores.

No entanto, há situações em que são constatadas fraudes ao matricular embarcações em locais com menos direitos trabalhista, reduzindo os custos com a mão de obra e aumento da lucratividade. Referida técnica é percebida quando a propriedade e controle efetivo do navio estão em um Estado diferente do que se constata o registro da embarcação.

Nesses casos, a jurisprudência tem afastado aplicação da lei do pavilhão, aplicando a lei do país do armador ou da teoria do centro de gravidade.

1.2. Aplicação da lei do país de sede do armador.

Conforme afirmado, há casos em que a lei do pavilhão é utilizada como artifício para a redução dos direitos trabalhista, tendo a jurisprudência afastado a aplicação da lei do pavilhão e aplicado a lei do país de sede do armador. Nessas situações, verifica-se que o país em que o navio está matriculado não guarda qualquer relação com o armador.

O termo "armador" é um termo técnico empregado para designar a empresa que explora a atividade econômica atrelada ao navio ou embarcação. Desta forma, trata-se de artifício utilizado para a redução dos direitos trabalhistas e aumentar a lucratividade da empresa.

Assim, afastada a Lei do pavilhão diante da fraude, aplica-se a lei do país de sede do armador.

1.3. Aplicação da teoria do centro de gravidade ou da sede do fato.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Nos casos em que não são constatadas as fraudes aos direitos trabalhistas acima demonstrada com a aplicação da lei do país de sede do armador, a jurisprudência tem afastado a aplicação da Lei do Pavilhão e aplicado a teoria do centro de gravidade ou da sede do fato.

A aplicação da teoria do centro de gravidade (most significant relationship, do direito norte-americano) ou da sede do fato (Savigny) permite ao juiz do trabalho aplicar a legislação para reger o contrato de trabalho em navios ou embarcações do país em que esse contrato de trabalho mais tenha irradiado efeitos. A ideia de centro de gravidade diz respeito à identificação da legislação do país em que o contrato de trabalho foi exercido com preponderância.

Se uma empresa armadora sueca, por exemplo, navega em águas brasileiras em um cruzeiro com bandeira ou pavilhão de Honduras, neste caso, a teoria do centro de gravidade aponta para a legislação brasileira para reger o contrato de trabalho dos empregados que laboram na referida embarcação. Isto porque, diante do caso concreto, verifica-se que há uma relação mais próxima com o direito brasileiro, na medida em que o fato provocou maiores efeitos nesse local.

Nesse sentido, conforme demonstrado, as relações de trabalho da tribulação de navios são regidas, em regra, pela lei da matrícula da embarcação. No entanto, caso constatada fraude, chamada de bandeira de favor, a relação jurídica a ser aplicada será a do país da sede do armador. De outro lado, também poderá ser utilizada a teoria do centro de gravidade ou da sede do fato, mesmo que não seja constatada fraude, aplicando-se a lei do local em que o contrato mais irradiou efeitos.

2. Posição dos TST.

Com relação ao TST, atualmente o entendimento majoritário (07 das 08 turmas) é pela aplicação do princípio da norma mais favorável. Com isso, houve o cancelamento da súmula 207 do TST pelo Pleno, que previa a aplicação da lei do local de prestação de serviços.

> Súmula nº 207 do TST. CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA "LEX LOCI EXECUTIONIS" (cancelada) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012. A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

Assim, à luz do princípio da norma mais favorável, na hipótese de existência de um caso concreto e mais de uma norma trabalhista igualmente aplicável, o operador do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

direito deverá optar por aquela mais favorável independentemente de sua posição na escala hierárquica.

Nota-se, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho afasta a aplicação das 03 teorias acima mencionadas e possui entendimento majoritário pela aplicação da norma mais favorável. A título exemplificativo coloca-se abaixo a seguinte ementa:

> EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL. LABOR EM NAVIO DE CRUZEIRO INTERNACIONAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. 1 – Há transcendência política quando se verifica em exame preliminar o desrespeito à jurisprudência majoritária do TST quanto ao tema decidido no acordão recorrido. 2 – Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista quanto à provável divergência jurisprudencial. 3 – Agravo de instrumento a que se dá provimento. II- RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. LEIS Nºs 13.015/2014 E 13.467/2017. IN Nº 40 DO TST EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL. LABOR EM NAVIO DE CRUZEIRO INTERNACIONAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. 1 – A tese vinculante do STF no julgamento do RE 636.331/RJ (Repercussão Geral – Tema 2010) não tratou de Direito do Trabalho, e sim de extravio de bagagem de passageiro: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor". 2 – A jurisprudência majoritária do TST (sete das oito Turmas), quanto à hipótese de trabalhador brasileiro contratado para desenvolver suas atividades em navios estrangeiros em percursos em águas nacionais e internacionais, é de que nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82, aos trabalhadores nacionais contratados no País ou transferidos do País para trabalhar no exterior, aplica-se a legislação brasileira de proteção ao trabalho naquilo que não for incompatível com o diploma normativo especial, quando for mais favorável do que a legislação territorial estrangeira. 3 – O Pleno do TST cancelou a Súmula nº 207 porque a tese de que "A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação" não espelhava a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria. E após o cancelamento da Súmula nº 207 do TST, a jurisprudência majoritária se encaminhou para a conclusão de que somente em princípio, à luz do Código de Bustamante, também conhecido como "Lei do Pavilhão" (Convenção de Direito Internacional Privado em vigor no Brasil desde a promulgação do Decreto nº 18.871/29), aplica-se às relações de trabalho desenvolvidas em alto mar a legislação do país de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

inscrição da embarcação. Isso porque, em decorrência da Teoria do Centro de Gravidade, (most significant relationship), as normas de Direito Internacional Privado deixam de ser aplicadas quando, observadas as circunstâncias do caso, verificar-se que a relação de trabalho apresenta uma ligação substancialmente mais forte com outro ordenamento jurídico. Trata-se da denominada "válvula de escape", segundo a qual impende ao juiz, para fins de aplicação da legislação brasileira, a análise de elementos tais como o local das etapas do recrutamento e da contratação e a ocorrência ou não de labor também em águas nacionais. 4 – Nos termos do art. 3º da Lei n° 7.064/1982, a antinomia aparente de normas de direito privado voltadas à aplicação do direito trabalhista deve ser resolvida pelo princípio da norma mais favorável, considerando o conjunto de princípios, regras e disposições que dizem respeito a cada matéria (teoria do conglobamento mitigado). 5 – Não se ignora a importância das normas de Direito Internacional oriundas da ONU e da OIT sobre os trabalhadores marítimos (a exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n° 4.361/2002, e da Convenção n° 186 da OIT sobre Direito Marítimo – MLC, não ratificada pelo Brasil). Contudo, deve-se aplicar a legislação brasileira em observância a Teoria do Centro de Gravidade e ao princípio da norma mais favorável, que norteiam a solução jurídica quanto há concorrência entre normas no Direito Internacional Privado, na área trabalhista. Doutrina. 6 – Cumpre registrar que o próprio texto da Convenção n° 186 da OIT sobre Direito Marítimo – MLC, não ratificada pelo Brasil, esclarece que sua edição levou em conta "o parágrafo 8º do Artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que determina que, de modo algum a adoção de qualquer Convenção ou Recomendação pela Conferência ou a ratificação de qualquer Convenção por qualquer Membro poderá afetar lei, decisão, costume ou acordo que assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores do que as condições previstas pela Convenção ou Recomendação". 7 – Não afronta o princípio da isonomia a aplicação da legislação brasileira mais favorável aos trabalhadores brasileiros e a aplicação de outra legislação aos trabalhadores estrangeiros no mesmo navio. Nesse caso há diferenciação entre trabalhadores baseada em critérios objetivos (regência legislativa distinta), e não discriminação fundada em critérios subjetivos oriundos de condições e/ou características pessoais dos trabalhadores. 8 – Desde a petição inicial a pretensão do reclamante é de aplicação da legislação brasileira mais favorável. Desde a defesa a reclamada sustentou que deveriam ser aplicadas Lei do Pavilhão (Código de Bustamante) e a MLC (Convenção do Trabalho Marítimo) utilizada no País da bandeira da embarcação (Malta) e no País sede da empregadora (Bahamas). 9 – Deve ser

> provido o recurso de revista do reclamante para determinar a aplicação da legislação brasileira mais favorável e determinar o retorno dos autos para que o TRT prossiga no exame do feito como entender de direito. 10 – Recurso de revista a que se dá provimento" (ARR-11800- 08.2016.5.09.0028, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 12/04/2019).

No entanto, em sentido contrário é o entendimento da 4ª Turma TST, que entende pela aplicação da Lei do Pavilhão:

> [...] TRABALHO EM NAVIO DE CRUZEIRO SOB BANDEIRA ESTRANGEIRA. PRÉ-CONTRATAÇÃO NO BRASIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA COSTA BRASILEIRA E EM ÁGUAS DE OUTROS PAÍSES. GENTE DO MAR. CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. LEI DO PAVILHÃO (CÓDIGO DE BUSTAMANTE). I) A indústria do transporte marítimo internacional, inclusive de cruzeiros turísticos, tem caráter global, seja quanto à nacionalidade dos navios (pavilhão), seja quanto à diversidade de nacionalidades da tripulação, impondo-se que a gente do mar tenha proteção especial e uniforme numa mesma embarcação. A concepção de aplicação da legislação brasileira aos tripulantes brasileiros contratados por navios estrangeiros não se sustenta diante da realidade da atividade econômica desenvolvida pelas empresas estrangeiras de cruzeiros marítimos, pois, se assim fosse, em cada navio haveria tantas legislações de regência quanto o número de nacionalidades dos tripulantes. Num mesmo navio de cruzeiro marítimo, todos os tripulantes devem ter o mesmo tratamento contratual, seja no padrão salarial, seja no conjunto de direitos. Reconhecer ao tripulante brasileiro – contratado para receber em dólar – direitos não previstos no contrato firmado, conduziria à quebra da isonomia e subversão da ordem e da autoridade marítima, uma vez que os próprios oficiais poderiam questionar suas obrigações à luz da legislação de sua nacionalidade, em desrespeito à lei do pavilhão. Daí porque ser imperativo a aplicação, para todos os tripulantes, da lei do pavilhão, como expressamente prescreve o art. 281 da Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.791/1929): " As obrigações dos oficiais e gente do mar e a ordem interna do navio subordinam-se à lei do pavilhão ". II) As tratativas preliminares para a contratação de trabalhador, iniciadas em território brasileiro por empresa de agenciamento e arregimentação de trabalhadores para prestar serviço a bordo de embarcação estrangeira com trânsito pela costa brasileira e em águas internacionais, não permitem concluir que a contratação se deu em solo brasileiro, pois a efetivação do contrato

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

somente ocorre com a convergência de vontades das partes envolvidas. Agência de recrutamento atua na aproximação das partes contratantes, sem que se torne parte nas relações de trabalho daí decorrentes (Convenção 181 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, Art. 1º, 1, a. III) Inaplicável a Lei nº 7.064/82, cujo pressuposto é a contratação de trabalhadores no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior, hipótese não revelada pelas premissas fáticas constantes no Acórdão Regional, de forma que a legislação brasileira não pode ser invocada sob o fundamento de ser mais benéfica ao trabalhador brasileiro que atua no exterior. O art. 3º da referida Lei se aplica na situação de empregado transferido para o exterior, hipótese que não se ajusta ao caso dos autos. A própria Lei nº 7.064/82 prevê a inaplicabilidade da legislação brasileira para o empregado contratado por empresa estrangeira (artigos 12 e seguintes). IV) Assim, a legislação brasileira não é aplicável ao trabalhador brasileiro contratado para trabalhar em navio de cruzeiro, (1) por tratar-se de trabalho marítimo, com prestação de serviços em embarcação com registro em outro país; (2) porque não se cuida de empregado contratado no Brasil e transferido para trabalhar no exterior. O fato de a seleção e atos preparatórios terem ocorrido no Brasil não significa, por si só, que o local da contração ocorreu em solo brasileiro; (3) o princípio da norma mais favorável tem aplicação quando há antinomia normativa pelo concurso de mais de uma norma jurídica validamente aplicável a mesma situação fática, o que não é a hipótese do caso concreto, pois não há concorrência entre regras a serem aplicáveis, mas sim conflito de sistemas. V) Ademais, independentemente do local da contratação ou do país no qual se executam os serviços, é inafastável a regra geral de que a ativação envolvendo tripulante de embarcação é regida pela lei do pavilhão ou da bandeira, e não pela legislação brasileira (Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.791/1929). VI) Demonstrado que a prestação de trabalho ocorreu em embarcação estrangeira, independentemente de ter navegado em todo ou em parte em águas brasileiras, não há falar em aplicação da lei brasileira. Assim, não há incidência do princípio do centro de gravidade (most significant relationship), o que levaria a situações limítrofes da prevalência do tempo de navegação em águas nacionais, internacionais ou estrangeiras, com risco de tratamento diferenciado da tripulação, em flagrante violação das normas de direito internacional privado e do art. 178 da Constituição Federal. VII) O Supremo Tribunal Federal firmou tese em repercussão geral (Tema 210) no sentido de prevalência, com arrimo no art. 178 da Constituição Federal, de tratados internacionais sobre a legislação brasileira, especificamente no caso de indenização por danos materiais por extravio de bagagens em voos

> internacionais, caso em que devem ser aplicadas as convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor. A tese firmada restou assim editada: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor." A ratio desta tese de repercussão geral deve ser aplica ao presente caso, pois diz respeito a conflito de legislação nacional com aquelas previstas em acordos internacionais, essencialmente a discussão ora travada. VIII) Recurso de revista provido para afastar a condenação com base na legislação trabalhista nacional e, consequentemente, julgar improcedentes os pedidos formulados na reclamação trabalhista. (RR-1829-57.2016.5.13.0005, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 01/02/2019).

Assim, em razão da divergência com uma das turmas (que aplica a Lei do Pavilhão), foi interposto embargos de divergência para a SDI-1 quanto ao tema, distribuídos ao Ministro Cláudio Brandão, o qual ainda está pendente de julgamento.

No que tange STF, ainda não há posição da Corte sobre o tema. Isto porque, o RE 636.331 tratou sobre contrato de transporte internacional aéreo e não Direito do Trabalho. Logo, nesses casos, com base no art. 178 da CF, a posição é pela prevalência da Convenção de Varsóvia em face do CDC.

3. Ratificação da Convenção nº 186 da OIT.

No plano internacional, a Convenção nº 186 da OIT, que trata sobre o Trabalho do Marítimo, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 2019 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto 10.671/2021. De forma implícita e explícita, prevê a aplicação das leis trabalhistas da nação da 'bandeira' do navio. Desta maneira, a ratificação da Convenção 186 poderá trazer mudanças no entendimento do TST, ou provocar a manifestação do STF.

Com a ratificação da Convenção 186 da OIT, que prevê, em vários dispositivos, normas menos favoráveis ao trabalhador que a legislação brasileira, discute-se se haverá mudança nesse cenário, especialmente após o STF firmar tese no sentido da prevalência das Convenções de Varsóvia e Montreal sobre as regras do CDC no que concerne ao extravio de bagagem por companhia aérea, por respeito ao art. 178, caput da CF (Tema 210).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

No entanto, vale ressaltar que conforme o § 8º do art. 19 da OIT, de modo algum, a adoção de qualquer convenção da OIT por país membro poderá afetar lei daquele país que assegure condições de trabalho mais favoráveis. Nesse sentido, a ratificação da convenção não afastará a aplicação da lei brasileira aos trabalhadores contratados no Brasil para trabalharem em cruzeiros marítimos de bandeira estrangeira.

À título de explicação, as Convenções da OIT são editadas conforme um contexto de graves violações aos direitos humanos e direitos trabalhistas. Assim, com o intuito de minimizar os impactos, as convenções e recomendações da OIT estabelecem patamares mínimos de trabalho para que haja a adesão do maior número de países possível.

Considerações Finais

A lei 7.064/82 prevê a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na referida lei, quando mais favorável do que a legislação territorial estrangeira, no conjunto de normas em relação a cada matéria. O Código de Bustamante de 1929, por sua vez, determina que seja aplicada aos trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação, também conhecida como Lei do Pavilhão ou bandeira do navio.

Nos casos em que são constatadas fraudes aos direitos trabalhistas e direitos humanos, os tribunais aplicam a lei do país de sede do armador, também podendo ser aplicada a teoria do centro de gravidade ou da sede do fato do local em que o contrato mais irradiou efeitos. O TST, por sua vez, aplica a norma mais benéfica.

Com a ratificação da Convenção 186 da OIT, que prevê, em vários dispositivos, normas menos favoráveis ao trabalhador que a legislação brasileira, discute-se se haverá mudança nesse cenário. Sob uma ótica mais crítica, verifica-se que os direitos trabalhistas previstos na Convenção da OIT são inferiores aos dispostos na CF, CLT e leis federais. Isto ocorre, pois, as convenções buscam disciplinar apenas os direitos considerados como patamar civilizatório mínimo, não impedindo com que sejam aplicadas outras leis mais favoráveis.

É nesse sentido que dispõe parágrafo 8º do art. 19 da Constituição da OIT que determina que, de modo algum, a adoção de qualquer convenção da OIT por país membro poderá afetar lei daquele país que assegure condições de trabalho mais favoráveis. Dessa forma, os tribunais deverão harmonizar as regras existentes e aplicar a que melhor se enquadre ao caso concreto.

Felizmente, a ratificação da convenção demonstra que o Brasil está alinhado com as diretrizes da OIT de promover um trabalho cada vez mais digno para os trabalhadores

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

marítimos e não afasta, automaticamente, a aplicação da lei trabalhista brasileira, que é norma mais favorável ao trabalhador, a luz da Convenção da OIT.

Referências

ARANTES, Denise. Trabalhadores de cruzeiros marítimos e a legislação aplicável a partir da ratificação da Convenção 186/CLT. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/319096/trabalhadores-de-cruzeiros-

maritimos-e-a-legislacao-aplicavel-a-partir-da-ratificacao-da-convencao-186-clt. Acesso em: 05/08/2021.

BRASIL. Decreto nº 10.671 de 9 de abril de 2021. Promulga o texto da Convenção sobre Trabalho Marítimo - CTM, 2006, firmado em Genebra, em 7 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Lei 7.064 de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Direito Marítimo Sistematizado. Curitiba, Juruá, 2017. CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, César Luiz. Direito portuário, regulação e desenvolvimento. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CONVENÇÃO Nº 186 DA OIT. Convenção sobre Trabalho Marítimo. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242714/lang--pt/index.htm Acesso em: 02/08/2021

DE SOUZA, François Armand. Noções de Economia dos transportes marítimos, p. 79.

Apud CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência.

Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes. Bandeiras de Conveniência.

HIRATA, Carolina. Lei trabalhista no espaço: marítimos. Disponível em: https://blog.grancursosonline.com.br/lei-trabalhista-no-espaco-maritimos/. Acesso em: 24/07/2021

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Propriedade de navios e a adoção de bandeira de conveniência. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. Conflitos de leis do trabalho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NAS DISSOLUÇÕES LITIGIOSAS DE SOCIEDADE CONJUGAL: UMA FERRAMENTA ESSENCIAL AO DESENVOLVIMENTO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

JOÃO CARLOS GARCIA DE ALMEIDA: Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Santa fé do sul - UNIFUNEC[95].

ANA MARIA ORTEGA ALONSO

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo busca compreender os efeitos da aplicação da guarda compartilhada nas dissoluções litigiosas de sociedade conjugal. Esse instituto, que determina o exercício simultâneo e equilibrado das responsabilidades decorrentes do poder familiar, foi consolidado no ordenamento jurídico brasileiro como regra pelo Superior Tribunal de Justiça e pelas alterações trazidas com a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, contudo, ainda enfrenta diversos obstáculos e críticas negativas, sobretudo nos casos litigiosos. Parte-se, assim, da problemática que envolve a averiguação da verdadeira eficácia desse instituto nos términos litigiosos e os desdobramentos de sua instituição ao desenvolvimento da prole. Para isso, a pesquisa foi desenvolvida mediante revisão bibliográfica de leis, artigos, jurisprudências e doutrinas, a partir da abordagem quali-quantitativa. Concluiu-se que a guarda compartilhada é uma importante ferramenta de manutenção da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e, ao equiparar a autoridade parental entre os genitores, combate a alienação parental e garante o adequado desenvolvimento físico, psíquico e emocional das crianças e dos adolescentes, bem como de seus direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Dissolução da Sociedade Conjugal. Litígio.

ABSTRACT: This study aims to understand the outcomes of the application of shared custody in litigious dissolutions of marital society. This institute, which determines the simultaneous and balanced exercise of responsibilities arising from family power, was consolidated in the Brazilian legal system as a rule by the Superior Court of Justice and by the amendments brought by Law No. 13,058, of December 22, 2014, however, still faces several obstacles and negative criticism, especially in litigious cases. It starts, therefore, from the problem that involves the investigation of the true effectiveness of this institute in litigious terms and the consequences of its institution to the development of the

95 E-mail: joaozinho99.f@hotmail.com

offspring. For this, the research was developed through a bibliographic review of laws, articles, jurisprudence, and doctrines, from a quality-quantitative approach. It was concluded that shared custody is an important tool for maintaining the dignity of the human person and the best interest of the child and, by equating parental authority between the parents, combats parental alienation and ensures the adequate physical, psychological and emotional development of the children and adolescents.

Keywords: Shared Custody. Dissolution of the Marriage Society. Litigation.

Sumário: 1. Introdução: 2. Poder Familiar, Dissolução da sociedade Familiar e guarda: 3. A guarda compartilhada no ordenamento jurídico Brasileiro: 4. O papel da guarda compartilhada nos contextos de litígio: 4.1 Paridade no exercício da autoridade parental entre pais e mães: 4.2 Atenuação da Alienação Parental e da Síndrome da Alienação Parental**:** 5 Direitos e princípios assegurados pela guarda compartilhada: 6 Considerações finais: 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os casos de rompimento conjugal têm aumentado nas últimas décadas no Brasil e, diante dessa realidade, surge uma preocupação pertinente quanto ao bem estar dos filhos em virtude dos diversos traumas ocasionados com a separação dos pais. Essa consideração se intensifica nas hipóteses de términos litigiosos entre os casais, quando não há consenso sobre as responsabilidades e as contendas se perpetuam dentro e fora da esfera judicial.

Mesmo após as recentes alterações, muito se discute a respeito da eficiência da guarda compartilhada nos casos litigiosos de separação. Os debates são insuficientes, as argumentações contraditórias e o tão almejado bem estar da criança é posto em segundo plano. Diante desse cenário, o presente estudo busca compreender os efeitos da aplicação da guarda compartilhada nas hipóteses de dissolução litigiosa das sociedades conjugais.

Para isso, o artigo foi estruturado em três pilares: (a) compreensão sobre os principais aspectos da guarda compartilhada; (b) análise dos impactos positivos e negativos causados nas crianças e adolescentes com a guarda compartilhada e guarda unilateral nos divórcios litigiosos e; (c) aplicação prática do instituto da guarda compartilhada pelos tribunais e seus desdobramentos na realidade das famílias com base nos direitos e garantias.

Buscando esclarecer os questionamentos suscitados, os objetivos gerais traçados e as hipóteses levantadas, bem como embasar o conteúdo apresentado, o presente estudo foi desenvolvido mediante uma revisão bibliográfica de leis, artigos,

jurisprudências, doutrinas e de autores da área, como Denise Maria Perissini da Silva, Telma Kutnikas Weiss, Carlos Roberto Gonçalves, Renata Bento e outros, a partir de uma abordagem quali-quantitativa.

O instituto da guarda compartilhada, modalidade por meio da qual ambos genitores são detentores simultaneamente da responsabilidade legal dos filhos, foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e possui amparo no Código Civil (2002), com modificação recente pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, e, muito embora seja fixada como uma regra, ainda é alvo de discussões infindáveis.

A guarda é, por si só, um tópico extremamente relevante no direito familiar e interfere diretamente no desenvolvimento dos infantes, que não podem ser afetados pelo término do relacionamento de seus genitores. Sendo assim, quais os desdobramentos ao desenvolvimento físico, psíquico e emocional das crianças e dos adolescentes, bem como de suas garantias e direitos fundamentais instituídas pelo ordenamento jurídico brasileiro com a determinação da guarda compartilhada nos términos conjugais marcados pelo litígio?

As questões suscitadas na presente pesquisa são de extrema importância e as justificativas para a produção do artigo se assentam na atualidade do tema, nas divergentes argumentações encontradas nas discussões e na baixa aderência ao instituto da guarda compartilhada. O presente estudo busca fomentar o tema e não esgotá-lo, a fim de analisar os contextos que o norteiam e buscar soluções com vistas à minimização de eventuais prejuízos aos direitos fundamentais dos menores e ao seu desenvolvimento.

2 PODER FAMILIAR, DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E GUARDA

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2011), o poder familiar é concedido pela lei aos genitores como uma ferramenta a ser utilizada em conjunto pelas figuras materna e paterna para o desenvolvimento de seus filhos. Desse poder, emanam os deveres de guarda, sustento e educação, fundamentados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda, portanto, configura-se como "um desdobramento do poder familiar e traduz um conjunto de obrigações e direitos em face da criança ou adolescente, de assistência material e moral", sendo norteada pelo princípio da autonomia, princípio da inalterabilidade da relação pai e filho e princípio da continuidade da relação (PEGHINI, 2018, p. 47).

Partindo-se do pressuposto de que o texto constitucional e o direito brasileiro como um todo regulamentam tanto a constituição quanto a dissolução das sociedades

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

conjugais, as responsabilidades decorrentes do chamado poder familiar devem ser asseguradas. Logo, nos cenários de divórcio, separação ou dissolução da união estável, as obrigações decorrentes do nascimento de filhos são mantidas, independentemente do rompimento do vínculo amoroso e são determinadas de acordo com o regime de guarda fixado nos termos do direito.

Nesse contexto, infere-se que, via de regra, "o direito de família atual, ao dispor sobre os deveres dos pais regulamenta o poder familiar, o que significa dizer que os dois genitores são igualmente responsáveis pela criação dos filhos" (MATOS, 2020, p. 20).

Atualmente, os modelos de guarda assentes no ordenamento jurídico brasileiro são a guarda unilateral, a guarda compartilhada e a guarda alternada, de modo que as duas primeiras estão expressamente dispostas no Código Civil, enquanto a última decorre de uma criação doutrinária e jurisprudencial. Há, ainda, menção científica quanto à guarda de nidação, que não possui previsão legal e é pouco conhecida e utilizada no país em virtude de seus elevados custos financeiros, mas não há vedação legal em hipóteses de consenso entre os genitores.

A determinação da modalidade de guarda nos processos de dissolução de sociedade conjugal deve levar em consideração não apenas os direitos e deveres em seu sentido estrito sob a perspectiva da autoridade parental, mas deve considerar a supremacia do interesse da criança e do adolescente e a necessidade de garantia de um desenvolvimento adequado em todos os âmbitos da vida de um ser humano, como físico, psíquico, intelectual e emocional – ressalte-se aqui, portanto, a importância do acompanhamento das equipes multidisciplinares.

De acordo com dados recentes divulgados no informativo de Estatísticas do Registro Civil do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019), os brasileiros vêm se casando menos e se divorciando com menos tempo de matrimônio. Em 2009, o período entre a data do casamento e a sentença de divórcio era de 17,5 anos, ao passo em que, no ano de 2019, esse número caiu para 13,8 anos. Além disso, o percentual de casos de divórcio judicial entre casais com filhos menores aumentou em 5,7 pontos.

Diante dessa nova realidade fática do país, os magistrados são peça importante juntamente com a equipe multidisciplinar na elucidação sobre as modalidades de guarda. Esse esclarecimento é imprescindível para que eventuais dúvidas ou concepções errôneas não causem inseguranças nos processos de divórcio em relação à estipulação da melhor guarda ao caso concreto, com vistas a atender o bem estar das crianças e dos adolescentes.

O informativo de Estatísticas do Registro Civil do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019) demonstrou, ainda, dados importantes quanto à aderência da

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

guarda compartilhada. No ano de 2014, a parcela dessa guarda entre genitores com filhos menores era de 7,5%, todavia, esse número aumentou para 26,8% em 2019 – aumento esse decorrente sobretudo em virtude da promulgação da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

Nesse contexto, a guarda compartilhada tem se destacado como um instituto com elevado potencial a atender as necessidades fundamentais dos filhos em um momento tão delicado quanto o término de relacionamento amoroso entre seus pais. Isso, por se tratar de uma modalidade mais evoluída e que mantém o curso natural do poder familiar, mas que infelizmente ainda é ladeada de pré-julgamentos e falta de informação e maturidade.

3 A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo Leandro Fagundes Domingues (2015), o instituto da guarda compartilhada possui suas raízes na Roma Antiga, contudo, foi na Inglaterra que as primeiras documentações foram oficialmente retratadas. A partir do século XX, a modalidade da guarda se expandiu para países como Alemanha, Portugal, Canadá, França e, posteriormente, para o Brasil.

A guarda compartilhada representa uma inovação no Direito de Família pátrio e foi positivada por meio da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou o § 1º do artigo 1.583, do Código Civil (2002) e instituiu a guarda compartilhada como "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns" (BRASIL, 2008).

Posteriormente, acompanhando as necessidades e evoluções das dinâmicas familiares, a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, trouxe novas mudanças à guarda compartilhada e a fixou como regra, e não mais exceção. Além disso, determinou sua aplicação pelo magistrado mesmo diante da ausência de acordo entre pais e mães – desde que ambos estejam aptos ao exercício do poder familiar e nenhum dos genitores apresente justificativas à rejeição da guarda.

As atribuições conferidas aos genitores pela respectiva lei independem da situação conjugal e abrangem situações de pleno exercício do poder familiar, sendo elas: a educação e a criação dos filhos; o exercício da guarda, independentemente de qual seja a modalidade atribuída; o consentimento ou a negativa para viagens, casamento ou mudança de residência para outro município; representação judicial e extrajudicial nos atos da vida civil até os 16 anos e a assistência devida após essa idade; a nomeação, caso necessária, de tutores; a possibilidade de reclamação caso uma pessoa detenha

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

ilegalmente da guarda dos filhos e; a exigência à obediência, ao respeito e aos serviços adequados (BRASIL, 2014).

Dessa forma, a guarda compartilhada garante que ambos os genitores sejam direta e simultaneamente responsáveis pela condução da vida dos filhos, mesmo com o rompimento conjugal em razão do divórcio, da separação ou da dissolução da união estável, e possui como objetivo principal o bem estar da criança, a garantia dos seus direitos fundamentais e a manutenção das funções materna e paterna no desenvolvimento dos filhos.

Pode ser definida, em outras palavras, como uma modalidade de guarda que assegura o exercício comum das autoridades parentais, de modo que ambos os genitores possuem o direito de participar ativamente da formação dos filhos. Todo o planejamento em relação aos infantes e suas necessidades físicas, psíquicas e financeiras é decidido em conjunto, pois os direitos e as obrigações intrínsecas são atribuídos de maneira juridicamente igualitária.

Markley Almeida (2016) reforça a possibilidade conferida pelo instituto quanto às garantias dos meios materiais e imateriais essenciais e que somente é possível pelo trabalho em conjunto dos pais com atribuições legais e igualitárias do poder familiar. Com isso, há alçada sentimental e jurídica para a conservação do elo entre pais e filhos, o que garante uma adequada formação moral, física, psíquica, religiosa e intelectual.

Importante ressaltar que, muito embora tenha sido consolidada como regra aos casos no ano de 2014 com a Lei 13.058, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já possuía entendimento pacificado nesse sentido – entendimento esse que inspirou as alterações legislativas. O órgão superior julgou, em 2011, um processo que se tornou referência no assunto, no qual os ministros entenderam a guarda compartilhada como uma via essencial e de segurança ao direito de convívio das crianças e adolescentes com ambos os pais.

Iniciou-se uma verdadeira construção jurisprudencial ao se manter essa argumentação em julgados posteriores, como ocorreu: (a) em junho de 2014, quando um julgado reforçou a viabilidade de aplicação da guarda compartilhada independentemente de haver ou não convívio amistoso entre os genitores; (b) em 2017, em um julgamento da Terceira Turma que ressaltou a não determinação da guarda compartilhada apenas nas hipóteses de inexistência de interesse pela guarda por parte de um dos pais ou quando há impossibilidade de exercício do poder familiar; (c) em 2021, com a fixação da tese, por unanimidade, de que a hipótese de genitores com domicílios em cidades diferentes não constitui empecilho à fixação da guarda compartilhada.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, nos termos do que ressalta Denise Maria Perissini da Silva (2010), a distância não deve ser vista como obstáculo, uma vez que a proximidade primordial preconizada pela guarda compartilhada volta-se à proximidade afetiva entre genitores e filhos, e não à proximidade física – sobretudo na era digital vivida no século XXI. O mais importante são a interação constante, a manutenção de uma rotina saudável e o não afastamento de uma das figuras, paterna ou materna, após o término da sociedade conjugal.

Ademais, no que diz respeito à ausência de interesse, o pleito pelo não compartilhamento da guarda deve ser acompanhado por motivos graves, com a comprovação de situações com potencial de causar prejuízos ao convívio saudável entre pais e filhos, como agressão física, assédio sexual, ameaça de morte e uso de drogas. Não podem ser utilizadas como justificativa à solicitação da guarda unilateral, amenidades, belicismos e sentimentos de antipatia e ódio entre os ex-cônjuges.

Depreende-se, assim, que a guarda compartilhada possui diversos aspectos positivos e vitais ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, não somente nas hipóteses em que há consenso e bom diálogo entre os ex-cônjuges, mas também – e principalmente – nos casos de separação, dissolução de união estável e de divórcio com caráter litigioso. Trata-se do instituto mais natural e saudável aos contextos familiares e que possui aparatos para vencer a animosidade entre os genitores e valorizar o relacionamento familiar nos lares brasileiros.

4 O PAPEL DA GUARDA COMPARTILHADA NOS CONTEXTOS DE LITÍGIO

As alterações que norteiam a guarda compartilhada foram introduzidas com a finalidade de promoção da igualdade parental entre os genitores – mudança essa de extrema relevância para uma divisão saudável das responsabilidades na criação dos filhos. É o instituto que permite "aos pais separados assumirem juntos as tarefas e desafios na criação dos filhos [...] trata dos deveres e direitos, deixando o desafio da criação das crianças e adolescentes sobre a responsabilidade dos pais, e não de um só cônjuge" (WEISS, 2018, p. 278).

Diante disso, é perceptível que a guarda compartilhada carece não necessariamente de consenso entre os genitores, mas de amadurecimento por parte deles, para que os problemas e ressentimentos oriundos da dissolução da sociedade conjugal não coloquem o bem estar dos menores em risco e afetem seu desenvolvimento físico, cognitivo e emocional. Mediadores, psicólogos e psicanalistas são profissionais capacitados para orientação dos pais durante essa jornada repleta de desafios e sentimentos à flor da pele.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Segundo a psicóloga e psicanalista Renata Bento (2021), a guarda compartilhada representa um importante direito das crianças e dos adolescentes e garante o duplo referencial em seu crescimento, o que é vital para o amadurecimento emocional dos filhos. Além disso, esse instituto rompe com os paradigmas que cercam a sociedade sobre maternidade, uma vez que as mulheres são apontadas e culpadas pela simples cogitação de não assumir a guarda dos filhos, ao passo em que, com os homens, esse julgamento raramente acontece.

Muito embora haja divergências doutrinárias que defendem haver mais desvantagens na determinação da guarda compartilhadas nos casos de litígio entre os genitores, há inúmeras razões nos campos do direito e da psicologia para se acreditar que esse instituto possui recursos únicos e genuínos para funcionar nesses contextos de contenda. Um desses motivos é a previsão constitucional que estabelece uma absoluta igualdade entre mulheres e homens e extermina qualquer tipo de comportamento com tendências de desigualdade ou superioridade.

"O litígio em nenhuma hipótese poderá servir de argumento para impedir a aplicação da guarda compartilhada. A modalidade [...] não ameaça a segurança das crianças, portanto deve ser mantida em todos os casos" (SILVA, 2010, p. 18). E isso, porquanto, essa modalidade transcende a fisicalidade da guarda, mas trata genuinamente do compartilhamento de afeto e das responsabilidades e obrigações básicas das crianças e adolescentes, como bem estar, saúde, escolhas importantes quanto à educação formal e complementar, práticas esportivas, orientação religiosa, participações escolares e em eventos públicos, dentre outros.

O conflito suscitada pelas partes e seus advogados com o intuito de impedir a decretação da guarda compartilhada não deve prosperar, pois inviabiliza o bem estar da criança para defender um interesse pessoal. "Assim, só o equilíbrio de poder estabelecido pela guarda compartilhada pode, com o tempo, pacificar eventual conflito renitente entre o ex-casal, por torná-lo desvantajoso para ambas as partes", pois com o tempo, "os genitores percebem que não adianta confrontar alguém de poder igual" (SILVA, 2010, p. 06).

É importante frisar também que, quando há dissenso, nenhum tipo de guarda funcionará adequadamente a menos que os genitores estejam dispostos a deixar as contendas de lado e se conscientizem sobre o que realmente importa: o bem estar dos filhos. Por mais que, em um primeiro momento, a guarda unilateral pareça mais fácil e menos desgastante, os prejuízos aos menores são infindáveis, pois o afastamento de uma das figuras, materna ou paterna, desencadeia uma série de traumas na formação das crianças e adolescentes.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Sobre a existência de contextos litigiosos e a aplicação da guarda compartilhada, a psicóloga clínica e jurídica Denise Maria Perissini da Silva salienta ainda que:

> É muito melhor para a criança conviver com o conflito durante algum tempo do que perder a presença amorosa de um pai ou uma mãe. O enfraquecimento do laço afetivo entre pais e filhos causa graves traumas às crianças; esse laço afetivo dificilmente se refaz mais tarde. Ademais, algum nível de conflito é natural nas relações humanas e acontece diante dos filhos mesmo entre os casais não separados (SILVA, 2010, p. 06).

A guarda não pode ser considerada como uma espécie de troféu após a separação e os filhos não podem ser punidos nem se sentirem responsabilizados pelas desavenças entre os pais. A guarda compartilhada, nesse viés, funciona como intercâmbio entre genitores, amplia as possibilidades de um relacionamento mais adequado ao ambiente familiar e de discussões saudáveis sobre a educação dos menores, eleva o espírito de cooperação, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia e atenua a incidência da alienação parental.

4.1 Paridade no exercício da autoridade parental entre pais e mães

Embora a conjugalidade e a parentalidade nem sempre estejam juntas em razão dos términos, uma não pode afetar negativamente a dinâmica da outra. Nesse sentido, a guarda compartilhada se destaca das demais por assegurar a participação ativa e equilibrada nos processos de crescimento dos filhos comuns e isso, por seu turno, garante o desenvolvimento adequado dos menores, dirimindo os traumas e reforçando a presença moral e afetiva de ambos os genitores.

Conforme explana Isabela Cristina de Melo Santos (2020), o instituto da guarda ainda é visto sob uma ótica patriarcal que sobrecarrega as mães e afasta a figura paterna da rotina dos filhos. Isso consequentemente gera, de um lado, uma sobrecarga prejudicial das mães que afeta outros setores da sua vida, como sua inserção no mercado de trabalho e multi jornadas desgastantes e, de outro, a ausência gradativa da figura paterna, o que significa desconsiderar vergonhosamente a tão preciosa e essencial paternidade responsável.

Nesse viés, a psicóloga Denise Maria Perissini da Silva explica que a guarda unilateral exclui a paridade do exercício parental e afeta o desenvolvimento, pois:

> Se há um vínculo afetivo normal entre pai e filho, a criança passará a ter menos convívio com seu pai do que gostaria e do que seria

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> adequado para sua boa formação psicológica e, mesmo assim, perceberá o conflito entre uma mãe que "manda" e um pai transformado em "visitante" – enfraquecido e esvaziado em seu papel de pai [...] Nesses casos, frequentemente ocorre de o não guardião e sua prole se desvincularem afetivamente, ante o distanciamento imposto e a artificialidade da relação entre "visitante" e filhos, com graves prejuízos para a formação da personalidade das crianças. Até mesmo porque o desequilíbrio de poder estabelecido pela guarda única permite ao guardião desvalorizar o outro genitor, em muitos casos impingindo a alienação parental aos filhos, "ensinando-os" de que o não guardião é menos importante ou não os ama (SILVA, 2010, p. 05-06).

Em virtude disso, e buscando a afirmação da paridade no exercitamento dos deveres e o não suprimento da presença do elo afetivo da prole com o não guardião, o modelo tradicional de guarda, ou seja, a guarda unilateral, que normalmente é concedida à figura materna, precisa ser reanalisado sob o ponto de vista psíquico e humanitário (LIMA, 2018).

Dessa forma, a modalidade da guarda compartilhada melhor atende ao pleno exercício do poder familiar, por certificar um ambiente físico e emocional equilibrado ao desempenho das crianças e dos adolescentes inseridos no contexto litigioso – e mais ainda nos consensuais. Além disso, ela efetiva as interações entre maternidade e paternidade no dia a dia e aniquila os rótulos de superioridade entre os genitores impostos pela guarda monoparental.

4.2 Atenuação da Alienação Parental e da Síndrome da Alienação Parental

A guarda unilateral suscita uma terrível problemática: a alienação parental. Essa denominação surgiu em meados dos anos 80, nos Estados Unidos, e retrata a manipulação da prole por um dos genitores com o intuito claro e danoso de atingimento da outra figura paternal, por intermédio do estímulo à repulsa. E isso porque o genitor que a pratica se intitula como superior em relação ao outro (VIEIRA; SANTOS; FIALHO, 2016).

Essa prática pode ocorrer quando há esquivas, mensagens com conteúdo difamatório, acusações inverídicas de abuso sexual, dificultamento do exercício do direito de visitas, desvalorização do genitor, manipulações e outras situações, que levam os filhos à demonstração de um quadro de rejeição em relação ao genitor alienado, sem justificativa. Observa-se, assim, que essa alienação afeta o desenvolvimento das crianças e adolescentes e pode caracterizar um empecilho à aplicação do instituto da guarda compartilhada.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Com consequência desses atos inconsequentes, os menores podem desenvolver a denominada Síndrome da Alienação Parental (SAP), que se caracteriza pela manifestação de sintomas decorrentes da alienação parental. Trata-se, assim, de uma patologia psíquica de extrema gravidade que aflige crianças cujo elo vinculante foi desmantelado (SILVA, 2010).

Após a implementação da Lei nº 11.698, de 2008 e da Lei nº 13.058, de 2014, percebeu-se que a guarda compartilhada passou a atuar como uma medida eficaz no combate à prática da alienação parental e consequentemente da Síndrome da Alienação Parental, pois, conforme defende Ezequiel Morais (2018), o convívio cotidiano e próximo entre ambas as figuras parentais com sua prole reduz as chances dessa conduta ao equalizar os poderes.

Logo, a aplicação dessa modalidade de guarda conjunta – que tem sido aplicada como regra nos últimos anos, mas ainda enfrenta diversos obstáculos – é essencial para que um novo caminho seja trilhado nas famílias brasileiras na manutenção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes e seu desenvolvimento sadio, para que os traumas decorrentes dos divórcios sejam minimizados, sobretudo, nas hipóteses litigiosas.

5 DIREITOS E PRINCÍPIOS ASSEGURADOS PELA GUARDA COMPARTILHADA

A Constituição Federal vigente abrange uma série de direitos, princípios basilares e garantias fundamentais aos cidadãos. Soma-se a isso, a evolução dos institutos do Direito de Família e de outras áreas como resposta às necessidades decorrentes das transformações sociais e percebe-se haver atualmente uma tutela jurídica vasta de proteção à família.

As mudanças ocorridas na estrutura societária ao longo da história da humanidade foram responsáveis pela sedimentação de um Direito de Família contemporâneo pautado na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos. Os valores obsoletos foram abandonados e o novo perfil da família foi acompanhado pelo ordenamento jurídico, de maneira que os direitos voltados à essa importante instituição também foram traçados com base nos ideais de inclusão, cidadania, ordem social, liberdade e autonomia (CRUZ, 2018).

Os direitos fundamentais, portanto, são resultado da combinação entre positivação de valores e aplicação concreta dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, de modo que o texto constitucional, nesse viés, foi o impulsionador e realizador dessa junção.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Fato é que, durante toda essa evolução, as concepções culturais foram implementadas e fundidas às concepções jurídicas, resultando em um novo cenário teórico e prático dos direitos destinados à família. Se anteriormente competia às mulheres a função de cuidado do bem estar do marido e da prole de uma maneira tão natural que, ao término do casamento, a guarda era inquestionavelmente destinada à figura materna, uma vez que a educação dos filhos consistia um dever essencialmente das genitoras, atualmente as figuras paternas têm sido inseridas cada vez mais na criação dos menores (CRUZ, 2018).

Nesse contexto de transformações, o instituto da guarda compartilhada desponta como o resultado jurídico e psíquico da evolução da construção familiar em suas mais diversas formas. Trata-se de uma modalidade recheada de vantagens que asseguram o bom desenvolvimento da prole ao minimizar as contendas e trazer à baila novamente a essência da paternidade e da maternidade como um exercício funcional e não uma questão de instinto.

Em síntese, essa guarda reitera, dentre outros direitos dispostos na Constituição Federal e no Estatuto das Crianças e dos Adolescentes, o princípio da afetividade, princípio do pluralismo das entidades familiares, princípio da igualdade, princípio geral do cuidado, princípio da proteção integral a crianças e adolescentes e o princípio da autonomia.

Além disso, ao equiparar as autoridades parentais no contexto familiar e assegurar o bom convívio com ambos os genitores, a guarda compartilhada reforça tanto a assistência material quanto a moral e a emocional, bem como a aplicação do princípio da inalterabilidade da relação pai e filho, o princípio da continuidade da relação, o princípio do melhor interesse da criança e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana – sendo esse a primazia trazida pela Carta Magna vigente na instituição e disposição dos seus direitos fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração do presente artigo científico possibilitou uma análise cuidadosa dos efeitos jurídicos e psicológicos da aplicação da guarda compartilhada nas hipóteses de dissolução litigiosa das sociedades conjugais (divórcio, separação e dissolução da união estável). Por meio da revisão bibliográfica e de uma abordagem quali-quantitativa dos dados encontrados, os objetivos gerais foram atingidos, as hipóteses confirmadas e as problemáticas devidamente sanadas.

Os resultados demonstraram, inicialmente, não haver um modelo de guarda absoluto que deva ser aplicado pelo magistrado em todos os processos de divórcio, consensuais ou litigiosos, sem que haja uma análise minuciosa do caso concreto e o

devido acompanhamento por uma equipe capacitada. Há diversos formatos familiares e suas peculiaridades devem ser respeitadas pelo Direito de Família brasileiro em todos os aspectos, além do jurídico.

Concluiu-se, nesse contexto multifacetado, que a guarda compartilhada desponta como fruto das recentes mudanças na sociedade e representa uma modalidade com diversos recursos para certificar que os ressentimentos existentes entre os ex-cônjuges não interfiram negativamente na participação da formação da prole. Em outras palavras, ela impede que as figuras da parentalidade e conjugalidade sejam equivocadamente cumpridas pelos pais e mães, o que pode ampliar os abalos vividos pelos filhos e prejudicar o crescimento deles.

O presente estudo revelou também que, o instituto da guarda compartilhada outorga a paridade no exercício das obrigações decorrentes da autoridade parental. Isso obsta que o vínculo afetivo entre os genitores e seus filhos seja rompido e se crie, como acontece na guarda monoparental, a figura de mero visitante por parte do não guardião – que aos poucos se afasta e perde, em parte ou totalmente, seu poder familiar – e consequente sobrecarga física e emocional, e eventualmente financeira, por parte daquele que detém a guarda unilateral – geralmente a figura materna, em decorrência dos resquícios patriarcais.

Além disso, o convívio equilibrado entre pais e mães no cotidiano dificulta a prática da alienação parental e conseguinte Síndrome da Alienação Parental, pois elimina a condição de superioridade entre os genitores e assegura o desenvolvimento adequado nas esferas cognitiva, emocional, física, psíquica e intelectual das crianças e adolescentes não apenas nas dissoluções da sociedade conjugal consensuais, mas principalmente nas hipóteses litigiosas.

Com a instituição da guarda compartilhada, os direitos e garantias fundamentais dispostos na carta constitucional são assegurados aos menores e essa modalidade solidifica-se no campo normativo pátrio como o mecanismo mais eficiente de defesa dos princípios do melhor interesse da criança, da continuidade da relação e da dignidade da pessoa humana.

Os resultados encontrados, por fim, evidenciam que o maior óbice à eficiência da guarda conjunta decorre não de potenciais desvantagens teóricas, mas na falta de maturidade dos genitores, que enxergam a guarda como um troféu, e que não podem permitir que os ressentimentos atrapalhem o elo eterno que os une: os filhos. Ademais, é preciso uma análise profunda dos casos concretos, bem como incentivo e informação nas audiências e o acompanhamento de uma equipe multidisciplinar preparada para auxiliar

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

pais e filhos nessa jornada rumo à paz que é o compartilhamento das responsabilidades decorrentes da guarda.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Markley. Guarda compartilhada: uma análise de seus efeitos na família em casos de dissolução litigiosa. In: **JusBrasil**, 2016. Disponível em: https://markley.jusbrasil.com.br/artigos/305242183/guarda-compartilhada. Acesso em: 01 ago. 2021.

BENTO, Renata. As mudanças na lei da guarda compartilhada. In: **Revista Consultor Jurídico,** 24 jun. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/renata-bento-mudancas-lei-guarda-compartilhada. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil:** direito de família e sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Guarda compartilhada.** 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Visão em razão dos princípios fundamentais do direito.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DOMINGUES, Leandro Fagundes. A nova lei da guarda compartilhada. In: **Âmbito Jurídico,** 01 nov. 2015. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-142/a-nova-lei-da-guarda-compartilhada/. Acesso em: 05 jul. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2019.** Estat. reg. civ., Rio de Janeiro, v. 46, p.1-8, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2019_v46_informativo.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada:** a nova realidade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MATOS, Rayane Alves. Responsabilidade paternal após o divórcio: guarda compartilhada. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília - DF: 20 nov. 2020. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55597/responsabilidade-paternal-aps-o-divrcio-guarda-compartilhada. Acesso em: 30 jul. 2021.

MORAIS, Ezequiel. **Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEGHINI, César Calo. **Poder familiar e guarda:** um caminho assertivo para a devida aplicação da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Isabela Cristina de Melo. Guarda compartilhada: a priorização do melhor desenvolvimento dos filhos. **IBDFAM:** Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 ago. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1540/Guarda+compartilhada:+a+prioriza%C3%A7%C3%A3o+do+melhor+desenvolvimento+dos+filhos. Acesso em: 30 jul. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental:** o que é isso?. São Paulo: Autores Associados, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

URAGUE, Michele Andressa. **A guarda compartilhada obrigatória à luz do princípio do melhor interesse da criança.** In: Jurídico Centro, 01 jun. 2016. Disponível em: https://juridicocerto.com/p/advmicheleurague/artigos/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-a-luz-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-2327#. Acesso em: 01 ago. 2021.

VIEIRA, Thaís Fernandes; SANTOS, Cícera Jercika Reinaldo; FIALHO, Risomar Monteiro. As mudanças legislativas e seus efeitos na guarda compartilhada. In: **Jus Brasil,** 2016. Disponível em: https://jercika.jusbrasil.com.br/artigos/412791042/as-mudancas-legislativas-e-seus-efeitos-na-guarda-compartilhada?ref=topic_feed. Acesso em: 30 jul. 2021.

WEISS, Telma Kutnikas. **A lei da guarda compartilhada:** uma breve visão psicanalítica. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO PENAL DO INIMIGO: O RECONHECIMENTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

JOÃO BOSCO FRANÇA SPENER: Pós-graduando em Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário FAMETRO[96].

RESUMO: O presente artigo tem como meta principal apontar a importância do direito penal do inimigo e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro em razão da atual realidade do sistema de políticas públicas que parece não responder ao avanço da criminalidade. Consultou-se, como base, a obra de Günther Jakobs e alguns de seus comentaristas - as principais características do chamado Direito Penal do Inimigo. A pós-modernidade teve um impacto frontal em todas as atividades sociais. A lei, ao regulamentar isso, modificou sua estrutura e princípios. No campo do direito penal pós-moderno, o Estado atua segundo critérios de eficiência na execução de políticas que contornem sua obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos fundamentais dos governados. O direito penal pós-moderno, conhecido no meio acadêmico como Direito Penal Inimigo, é constituído por todas as normas que legitimam a possibilidade de excluir parcialmente um indivíduo de ser pessoa para incluí-lo no catálogo de riscos e perigos sociais. Assim, o Direito Penal do Inimigo se materializa em um conjunto de leis que implicam em uma exceção aos Direitos Fundamentais do cidadão, visto que o inimigo é um risco e a ação contra o risco não conhece limites, portanto a atividade profilática do Estado não pode ter impedimentos ou obstáculos.

Palavras-chave: Direito Penal, Inimigo, Legislação.

ABSTRACT: The main goal of this article is to point out the importance of the enemy's criminal law and its applicability in the Brazilian legal system due to the current reality of the public policy system that does not seem to respond to the advance of criminality. As a basis, the work of Günther Jakobs and some of his commentators was consulted - the main characteristics of the so-called Criminal Law of the Enemy. Postmodernity has had a frontal impact on all social activities. The law, by regulating this, modified its structure and principles. In the field of postmodern criminal law, the State acts according to efficiency criteria in the execution of policies that circumvent its obligation to promote, respect, protect and guarantee the fundamental rights of the governed. Postmodern criminal law, known in academic circles as Enemy Criminal Law, consists of all the norms that legitimize the possibility of partially excluding an individual from being a person in order to include him in the catalog of social risks and dangers. Thus, the Criminal Law of

96 E-mail: boscospener@hotmail.com

the Enemy is materialized in a set of laws that imply an exception to the Fundamental Rights of the citizen, since the enemy is a risk and action against risk knows no limits, so the prophylactic activity of the State cannot have impediments or obstacles.

Keywords: Criminal Law, Enemy, Legislation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como meta principal apontar a importância do direito penal do inimigo e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro em razão da atual realidade do sistema de políticas públicas que parece não responder ao avanço da criminalidade.

No início do século XXI, dois conceitos jurídicos que ligam o status de cidadão / inimigo ao direito penal provocaram discussões acaloradas em todo o mundo, sendo assim, imperial um debate mais aprofundado, com vistas a esclarecer os operadores do direito, acadêmicos e sociedade como um todo acerca dessa teoria. O conceito americano, ou seja, Inimigos Combatentes, foi basicamente desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos e, mais recentemente, pelo governo Bush. O termo europeu, Feindstrafrecht / Inimigo Criminal Law, foi fundamentalmente cunhado e explicado pelo professor acadêmico alemão Güünther Jakobs.

Embora nascidos e criados por pais diferentes, os dois conceitos têm vários aspectos em comum, ou pelo menos isso será discutido ao longo do Trabalho de Conclusão de Curso. O terreno comum mais importante é que ambos os conceitos, com terminologia semelhante, tentam resolver o problema do que fazer com indivíduos que são vistos como fontes de extrema periculosidade. Em outras palavras, os dois abordam a questão de saber se a cidadania - em um sentido amplo - concede certos direitos, mas impõe um dever fundamental: ter um mínimo de comportamento respeitador da lei. Se o dever não for cumprido, os direitos não são reconhecidos e o indivíduo é tratado como inimigo, não como cidadão.

O raciocínio subjacente exala teoria do contrato social. Isso não é por acaso, uma vez que grandes filósofos (Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant) empregaram argumentos semelhantes. Também há referências à teoria do direito nos bastidores, afirmando que, para que as construções jurídicas existam (direitos, o Estado), elas precisam ser seguidas pela maioria das pessoas. Daí que esse dever de cumprir, em termos gerais, a lei é imposto a todas as pessoas. Do contrário, a lei seria apenas um sonho.

Por mais fortes e consistentes que pareçam todos esses argumentos, o problema básico com esse tipo de raciocínio é que é difícil para o sistema jurídico seguir sem entrar em autocontradição. Diante disso, as críticas são feitas por uma das teorias sociais mais

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

proeminentes da época, ou seja, a teoria dos sistemas, argumentando que o comportamento obediente à lei é uma pré-condição para a existência de instituições jurídicas, sim, mas não pode ser garantido pela própria lei. É uma pré-condição que deve ser pressuposta pelo sistema jurídico. Além disso, usar este tipo de regra de necessidade, ou seja, o Estado e o Direito precisam garantir as pré-condições de sua própria existência (autopreservação), acarreta uma lógica diabólica, pois pode levar à destruição do próprio sistema. Nesta medida, a autopreservação contra ameaças externas (ataques terroristas) e ameaças internas (redução das liberdades civis) parece igualmente importante.

1.CONTEXTUALIZAÇÃO GERAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do direito penal nos sistemas jurídicos regidos pelo Estado de Direito é caracterizada tanto pelos princípios da legalidade e da irretroatividade, quanto pela proibição da imprecisão nas leis penais. O direito penal define condutas específicas como infrações e prevê as penas correspondentes, que por sua vez têm de ser proporcionais à gravidade dos crimes cometidos, ou seja, ao dano causado ou aos 'bens jurídicos' ofendidos. Os limites constitucionais garantem que as infrações penais instituídas por lei correspondem aos princípios e regras fundamentais do ordenamento jurídico em vigor. No entanto, não é raro que o direito penal seja usado para um impacto simbólico. Nesses casos, a relação entre o dano concreto representado pela conduta em questão e a punição prevista em lei é desproporcional, como por exemplo no caso de instigação (pedido de desculpas) para cometer crimes graves (por exemplo, genocídio), ou incitamento ao comportamento antissocial (por exemplo, ódio racial e religioso. Além disso, esse direito penal "simbólico" não se destina apenas à punição de um único ato ilícito, mas principalmente a um autor específico de um crime. Este último acaba sendo punido por não participar da identidade social que caracteriza a sociedade como um todo. No entanto, a rígida criminalização de tais condutas está enraizada nos valores jurídicos de uma comunidade política. Como consequência, dentro dos membros dessa comunidade surge uma expectativa de punição, à qual a liderança política deve dar uma resposta pronta e firme a fim de obter o consenso público (BERTI, 2011; SILVA, 2016).

Este modelo de criminalização para fins simbólicos se aplica a diferentes situações: por exemplo, é comumente difundido em períodos de 'justiça transicional' pós-conflito, embora também afete praticamente as sociedades islâmicas tradicionais, o direito penal empresarial e até mesmo as disposições legais sobre biotecnologia humana, ao passo que a violação das regras em questão é considerada indispensável para o sistema socioeconômico sustentar. Como foi claramente observado, é porque [alguém] é culpado de transgredir um tabu que o criminoso deve ser punido. Assim, os tabus criam a ordem. A este respeito, o direito penal torna-se um instrumento poderoso para proteger a sociedade, normalizando, separando ou mesmo eliminando aqueles cujo estatuto é

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

considerado 'anormal'. Quando levados ao extremo, modelos sociológicos são usados para retratar potenciais adversários da comunidade política. Isso acontece quando a razão de estado entra em conflito com o estado de direito, isto é, 'em tempo de guerra ou outra emergência pública que ameace a vida da nação. Além disso, uma vez que a representação do inimigo está sujeita à situação política atual (o inimigo de hoje não é necessariamente o inimigo de amanhã), a lista de potenciais inimigos deve ser atualizada a fim de atender aos interesses políticos de o Estado (BITENCOURT, 2019; GOMES, 2010).

A presença de indivíduos que não representam qualquer ameaça à sociedade ou de pessoas que, em vez disso, são percebidas como uma fonte de dano, cria uma subdivisão de fato na legislação penal aplicável. Estudiosos do direito funcionalistas como o alemão Günther Jakobs teorizam a existência de uma lei criminal aplicada aos cidadãos 'comuns' e de uma 'lei criminal do inimigo', projetada especificamente para neutralizar os inimigos públicos em potencial. Por se tratar de um tipo de lei que visa especificamente neutralizar os inimigos, uma vez identificados, a punição intervém preventivamente. Essas penas referem-se principalmente à deportação ou confinamento solitário / secreto (incomunicável) e podem até não ter prazo fixo.

Portanto, a teoria do direito penal do inimigo pressupõe a existência de uma comunidade política bem definida à qual recorrer, que por sua vez estaria unida na recusa e no contraste com o 'inimigo'. Essa comunidade deve se unir em torno de alguns valores únicos que são aparentemente colocados em risco pelo 'inimigo'. Nesse sentido, a ascensão de uma sociedade global, ou pelo menos a suposição de sua existência, transfere a questão para um estágio superior. Os arguidos seriam assim condenados de acordo com normas ou decisões supranacionais e perante organismos internacionais ou nacionais (judiciais ou não), que fazem cumprir tais determinações supranacionais. Além disso, embora a nível nacional a decisão sobre o estatuto de inimigo seja uma prerrogativa do Executivo e pode, portanto, ser considerada uma mera avaliação política, no plano internacional, pelo menos uma autoridade supranacional, responsável por tais alegações, seria necessária para o funcionamento desse sistema penal. Portanto, como uma sociedade global clama por uma lei criminal global, uma 'lei global do inimigo' requer a existência de inimigos da sociedade global. No entanto, essa mudança também implica uma nova mistura dos conceitos de guerra e paz. Assim como a existência de uma lei penal do inimigo acarreta um estado de emergência (e vice-versa) no nível doméstico, uma lei do inimigo no cenário internacional implica um estado de emergência planetário. O 'inimigo' não é mais um ator internacional tradicional, reconhecido pela comunidade internacional (política) (um estado ou um grupo armado legítimo), mas um único indivíduo ou organização desafiando a única ordem global possível. Este estado de emergência mundial permitiria profundas derrogações na aplicação do direito dos direitos humanos: como resultado, o uso da força contra supostos indivíduos resultaria

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

praticamente na sobreposição entre o direito dos conflitos armados e este direito penal baseado no risco (HABIB, 2018).

Tendo em mente essa construção teórica iniciada pelos EUA após os ataques terroristas de 11 de setembro, é prima facie uma forma de lei do inimigo em escala global. Em primeiro lugar, confunde as fronteiras entre a paz e a guerra, uma vez que o estado de guerra no nível externo se acopla a um estado de paz interno. Também militariza o direito penal interno, que se torna um mero instrumento para neutralizar o inimigo terrorista. A guerra torna-se uma punição criminal à medida que o terrorismo se transforma em um crime de guerra a ser contrastado com toda a força necessária e apropriada, incluindo a negação das garantias fornecidas tanto pelo direito dos direitos humanos quanto pelo direito internacional humanitário, o uso de tortura, o rapto e confinamento indefinido de suspeitos (as chamadas 'entregas extraordinárias'). Em suma, a distinção geral entre crimes de guerra e 'comuns' é abandonada em favor de um terceiro modelo híbrido baseado na 'detenção não criminal' de suspeitos de terrorismo. De fato, enquadrar a lógica da luta contra o terrorismo em termos de nós contra eles implica que o inimigo terrorista é, por definição, um estrangeiro. Isso pode explicar por que, pelo menos inicialmente, o terrorismo internacional foi combatido com as ferramentas legais fornecidas pela lei de imigração. A realidade termina quando é ideologicamente lida sob as lentes schmittianas do casal amigo / inimigo (SILVA, 2016; ZAFARONNI, 2015).

O mesmo raciocínio de eliminar oponentes em potencial que ascendem ao status de inimigos de toda a sociedade internacional está na base das últimas intervenções militares lideradas pelos Estados Unidos no Afeganistão e no Iraque. Além disso, a estratégia de guerra preventiva, conforme destacada na Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos de 2002, assemelha-se, em nível internacional, a uma lei penal nacional a ser aplicada a estrangeiros, suspeitos de serem membros de organizações terroristas, como ambas deles confiam apenas na lógica da preempção. No entanto, esta tendência pode ser considerada como tendo começado ainda antes, com o fim da guerra fria e o nascimento dos conflitos armados iniciados por razões morais e éticas.

2.**APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL: OS PRÓS E CONTRAS**

Um dos recursos atuais do Direito Penal - e, portanto, da política penal da qual é homenagem - consiste em sua tendência expansionista. Com efeito, na atualidade pode-se concordar que o fenômeno mais proeminente na evolução do direito penal no mundo ocidental é o surgimento de múltiplas novas figuras, às vezes até novos setores de regulação, acompanhados de uma reforma das já existentes infrações penais cometidas a uma taxa muito mais elevada do que em tempos anteriores. Os traços centrais dessa

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

inclinação seriam, entre outros: a administrativação do Direito Penal, ou seja, a regulamentação de novos setores da vida social, fugindo flagrantemente do princípio da legalidade pela criação de crimes e penas por meios administrativos, a globalização do Direito Penal, na medida em que gera a intenção de uma perseguição supranacional da criminalidade de mesmo alcance, e a progressiva desconstrução do paradigma liberal do Direito Penal. Esse fenômeno, no plano teórico, traduz-se em um debate sobre a legitimidade do Direito Penal vigente marcada por uma aparente dialética entre reducionismo versus expansão em que as correntes expansionistas são imbuídas por dois paradigmas ao nível da política criminal; o Simbólico Criminoso e uma punitividade renovada (CONDE, 2012).

Com o conceito de Direito Penal Simbólico nos referimos àquela criminalização desproporcional e oportunista, em muitos pensada abertamente como sem aplicação prática, que se afasta dos fins tradicionais de punição ao empregar a sanção penal como meio de transmitir sinais à população que presta contas da existência de uma autoridade estatal forte determinada a reagir com firmeza contra os atos desaprovados pela maioria. Nesse sentido, o adjetivo "simbólico" associado a esse tipo de norma penal é identificado com a intencionalidade comunicativa inserida na norma pelo próprio legislador interessado em demonstrar firmeza por meio da criminalização como única política criminal. Por sua vez, com a noção de punitivismo - especificamente com a sua reativação como tendência - referimo-nos à existência de processos caracterizados pela introdução de novas normas penais, agora pensadas para serem aplicadas, ou o endurecimento dos dispositivos já em vigor - o que constitui uma reversão do processo de regressão punitiva que se via de forma sustentada na última vez - marcada pelo fato de os seus principais promotores já não se diferirem ideologicamente, situando-se no direito político ao contrário, eles vêm de todos os espectros da cena política. Na criminalização de certos comportamentos recalcitrantemente conservadores, como o racismo, a direita política encontrou um espaço no qual pode ser tingida de um alegado progressivismo, enquanto, por meio da multiplicação e do endurecimento das regulamentações criminais, a esquerda está diminuindo seu protagonismo político, com adversários no papel de garantir o estado de direito e a ordem no estado (BRITO, 2015).

No Direito Penal Simbólico, a força comunicativa da norma assenta na construção de uma fronteira categórica que separa os autores de condutas criminalizadas e o resto da sociedade. Para isso, faz-se necessária também a confluência da punitividade - sobretudo quando se trata de condutas para as quais a intervenção legislativa consistiu no endurecimento das penas - de forma que ambas as tendências convergem numa relação de mútua dependência e de cuja combinação prática surge a chamada Lei Criminal do Inimigo, proposta teórica e normativa que nos últimos tempos ganhou especial relevância, preenchendo grande parte do fórum acadêmico da especialidade.

Carvalho Júnior (2012) expressa que a novidade não se constitui pela proliferação de práticas desse tipo, mas pelo surgimento de um sustento doutrinário que as sustenta.

A complexa rubrica de Direito Penal do Inimigo é construída a partir de uma distinção estipulativa anterior: a existência de alguns que devem ser considerados cidadãos e de outros que devem ser estimados e tratados como inimigos. A partir dela, propõe a configuração e validade de seções do Direito Penal inspiradas em diferentes paradigmas. Um deles, o Direito Penal do Cidadão, define e pune crimes, ou infrações de normas, que são cometidos por cidadãos de forma incidental e que normalmente são a simples expressão de um abuso por parte deles das relações sociais em que participam desde a sua qualidade de cidadão, isto é, na sua condição de sujeito vinculado ao e pelo Direito. O outro, a Lei Criminal do Inimigo, configura e pune os atos que teriam sido cometidos por indivíduos que em sua atitude, em sua vida econômica ou por sua incorporação a uma organização, presumivelmente se afastaram do Direito de forma duradoura e não apenas incidental, e portanto, o fazem não garantiria a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal e demonstraria esse déficit por meio de seu comportamento (PILATI, 2009).

Essa distinção é construída a partir do seguinte raciocínio: O fim do Estado de Direito, sugere Jakobs (2017), não consiste em conseguir a maior segurança possível para os bens, mas na vigência efetiva e real do ordenamento jurídico. Só isso torna a liberdade possível. A validade real da Lei contrasta com sua validade postulada. No primeiro caso, as regras funcionam efetivamente como prescrições que orientam a conduta de seus destinatários, proporcionando segurança jurídica; no segundo, não há tal orientação e, portanto, nem certeza jurídica, nem segurança para a liberdade. A própria validade da lei - na opinião do jurista alemão - resiste às violações, desde que assim sejam consideradas, por meio do uso da sanção como reafirmação da validade da lei. Faria então parte da validade real do Direito, a existência de um suporte cognitivo das normas, ou seja, a disposição interna dos sujeitos normativos para o seu cumprimento e a comunhão daqueles com as valorizações carregadas pela norma manifestada na a ponderação positiva dos bens protegidos por lei.

O suporte cognitivo não constitui um benefício do Estado, mas sim dos sujeitos normativos e, sem sua presença, dilui-se a expectativa de validade real contida em todas as normas. Neste contexto, as eventuais violações da norma não implicam uma negação geral e generalizada da validade da Lei, nem constituem necessariamente uma presunção de que o infrator renunciou irrevogavelmente ao comportamento de acordo com a lei.

No entanto, a expectativa de comportamento correto não pode ser mantida indefinidamente em face de evidências de violações sustentadas e profundas. Ao

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

contrário - afirma categoricamente o professor emérito da Universidade de Bonn - o Estado não deve insistir indefinidamente na expectativa de cumprimento em face das violações sustentadas, pois deve zelar pela real validade da Lei, pelo que deve proceder contra violações da lei. Direito cuja próxima comissão é percebida (JAKOBS, 2017).

Nesse contexto, seria possível distinguir entre diferentes categorias de sujeitos normativos: alguns em que a violação não prejudica a expectativa de comportamento futuro de acordo com a Lei e outros cujas violações o fazem. Isso supõe também que haveria uma espécie de confiança depositada pelo Estado no sujeito para presumir sua vontade de permanecer sob a proteção e validade da lei. No entanto, caberia a cada indivíduo manter essa presunção a seu favor por meio de uma conduta habitual e incontestável de acordo com a lei.

Tal raciocínio tem um impacto profundo no conceito de pessoa e, mais especificamente, em seu fundamento e na finalidade atribuída à sanção penal. Para a linha de argumentação em análise, a noção de pessoa repousa sobre uma base positiva, contratual e utilitária, não responde a um postulado ontológico, mas à confluência de certas condições, incluindo um compromisso com a fidelidade ao ordenamento jurídico e, por meio dele, ao contrato social. Quem não o manifestasse não seria uma pessoa nem um cidadão, mas sim um inimigo, ou seja, não uma pessoa. E as penas com que são sancionadas não devem ter por objetivo reafirmar a validade da Lei, mas sim garanti-la neutralizando a fonte do perigo: o inimigo.

Segundo o próprio Jakobs (2017), isso se caracterizaria pelas seguintes características: um amplo avanço de caráter punível caracterizado porque a visão retrospectiva do sistema punitivo foi substituída por uma lógica prospectiva, por um aumento na magnitude das penas em contraposição ao direito penal “dos cidadãos” - desproporcionalidade nas penas-, devido à redução e mesmo supressão das garantias processuais individuais (este último até faz falar em Direito Processual Penal Inimigo).

A aplicação prática desta tendência é por vezes caracterizada pelos nomes eloquentes de algumas leis: "Leis de combate ao terrorismo", "Leis de combate ao narcotráfico". Em outros casos, é o próprio conteúdo das normas que mostra sua filiação ao Direito Penal do Inimigo. Exemplos lamentáveis disso são: o chamado *Patriot Act* dos Estados Unidos da América, de 26 de outubro de 2001, e a Lei Antiterrorismo nº 13.260/2016.

No campo processual, devem ser prestados tratamentos diferenciados, porque o arguido em processo conduzido de acordo com os requisitos de um verdadeiro estado de direito é um "sujeito processual" e como tal tem, entre outros, o direito de a proteção judicial efetiva, o direito de solicitar a obtenção de provas, de assistir a interrogatórios e, principalmente, de não ser enganado, coagido ou submetido a certas tentações;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Enquanto no direito penal do inimigo, surge a necessidade de uma lei processual do inimigo, que o exclua desses direitos, uma vez que são pessoas contra as quais não se aplica mais a presunção de conduta nos termos da lei, ou seja, que eles não são mais totalmente tratados como cidadãos, como pessoas de direito, e que, de fato, dificilmente poderiam ser tratados como tais pessoas. Esse procedimento de guerra, visa eliminar os riscos terroristas, por isso o acusado deve ser mantido incomunicável e evitar o contato com o defensor. JaKobs (2017) parece ter encontrado nos acontecimentos de 11 de setembro de 2001 a justificativa perfeita para esse procedimento de guerra, e seus seguidores parecem ter encontrado a teoria que legitima a guerra preventiva. Ou seja, justifica a punição de atos preparatórios, que podem ser combatidos até com tortura. Reconhece que a punição do terrorista ou o fato de ser submetido a um "interrogatório severo" antes da produção dos feridos não se enquadra em um perfeito estado de direito, mas que a demolição de um avião de passageiros é situações excepcionais, dentro das quais encontram sua justificativa.

Ignorando o fato de que uma é a ética da justiça e a outra é a ética da guerra, o citado advogado criminal justifica a punição dos atos preparatórios, a detenção incomunicável do acusado e a tortura, a que se refere com um leve eufemismo. chamando-o de "interrogatório severo", embora não se encaixe em um estado de direito perfeito, então um estado de direito imperfeito com uma lei de exceção seria legitimado. No entanto, coloca a tortura e o abate de um avião no mesmo plano axiológico. Um ato terrorista como o derrubamento de um avião não pertence ao direito de exceção, é um ato ilegal, ponto final, então não pode encontrar âncora na lei. É a lei que deve reagir ao terrorismo; Mas a tortura, que é um ato ilegal, não pode ser equiparada a outro ato ilegal como o terrorismo. Isso equivaleria a afirmar que o crime deve ser confrontado com o crime (VEIGA JÚNIOR, 2017).

As propostas de reformas do Código Penal têm sido objeto de preocupação e crítica por parte da doutrina penal, por entender que existe um modelo político-penal subjacente que coloca a segurança antes das garantias. O mesmo fenômeno também é observado no direito comparado. É necessário, portanto, questionar-se sobre sua legitimidade e compatibilidade com o "Direito Penal de fato" do Estado de Direito. A consequência lógica dessa abordagem será argumentar se o direito à segurança é realmente tal, ou se a segurança é apenas um aspecto que depende da garantia dos direitos das pessoas (de todas as pessoas) contra o Estado e contra terceiros. Não se trata de uma especulação teórica, mas de uma questão que atinge os Direitos Fundamentais das pessoas: trata-se de conflitos de interesses ou encontram a sua síntese num conceito de liberdade que tem um dos seus pressupostos na segurança?

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

É necessário esclarecer se uma intervenção mais incisiva do Direito Penal realmente proporciona segurança ou insegurança. Se concedermos à segurança um status autônomo, podemos estar em bases sólidas para defender a ideia de que um ressurgimento do Direito Penal é legítimo na medida em que é necessário para proteger o direito à segurança de quem não comete crimes. Se, pelo contrário, entendermos que se trata realmente de proteger o patrimônio jurídico, tendo em vista que qualquer cidadão pode, a qualquer momento, cometer um crime, a ideia de segurança não pode ser posta a serviço do prejuízo de garantias em qualquer caso, porque o que se introduz é a insegurança. A ideia de "segurança" que justifica a escalada punitiva é em parte real, em parte simbólica, em parte objetiva, em parte subjetiva, difícil de delimitar. A "insegurança" que pode acarretar transforma-se em insegurança jurídica através, por exemplo, da indeterminação na qualificação das condutas, da indefinição dos bens jurídicos protegidos, da antecipação de penas por crimes de periculosidade, ou em geral, da flexibilização das garantias em busca da eficácia presumida (SILVA, 2016).

Em última instância, é um prejuízo à liberdade pautada na lógica funcional do *estado preventivo* , que preconiza uma *forma pró - ativa de atuar* frente aos riscos, e não como seria típico do *estado de direito* , delimitado *reativamente* segundo certos princípios e garantias. Estes princípios, em particular o princípio da proporcionalidade (ou proibição de excessos), são oprimidos pelo pensamento preventivo da segurança, em que a ponderação dos direitos legais não é decisiva, mas apenas a concretização do fim pretendido. Em última instância, isso leva, como se verifica na área do direito penal, a medidas restritivas de direitos com base em programas indeterminados. Como menciona Silva (2016), os mecanismos discriminatórios na gestão dos direitos fundamentais a favor dos cidadãos "respeitáveis" e à custa dos excluídos (imigrantes, desempregados, indigentes, toxicodependentes, jovens marginalizados, etc.) condicionam uma redução na segurança jurídica que, por sua vez, alimenta o sentimento de insegurança da opinião pública. O resultado é uma forma de estilização seletiva das áreas de risco de violação de direitos, onde a parte não está no todo, mas sim no todo ou, diretamente, contra o todo, o todo entendido como direitos fundamentais e todas as pessoas.

A tese fundamental defendida é que o chamado " *discurso das garantias* " não é uma espécie de luxo a que se pode renunciar em tempos de crise e muito menos uma tese conservadora. É um discurso claramente progressista e crítico porque visa salvaguardar um modelo de direito penal estritamente ligado às garantias do Estado de Direito que deve ser aplicado a todas as pessoas. Substituir a "racionalidade valorativa" que lhe é inerente por uma "racionalidade pragmática", precisamente quando é necessário defender esses princípios, é uma forma de validar uma transformação altamente discutível dos parâmetros político-criminais. Sem dúvida, as faces do Direito Penal são múltiplas, e uma que não pode ser esquecida em caso algum é o protetor e fiador.

Primeiramente, da simples leitura do Código Penal, mais especificamente do artigo 63, depreende-se que a reincidência do indivíduo é considerada uma circunstância agravante do crime, gerando, portanto, o aumento da pena a ele imputada. Verifica-se que tal dispositivo tem como consequência o aumento de pena aplicada ao indivíduo que reincidiu, que, mesmo após cometer um delito e ser condenado, não se reabilitou e continua sendo um perigo para a sociedade, e, portanto, merecedor de um aumento de pena.

Ainda quanto à existência de leis brasileiras com fundamentos similares aos da Teoria do Direito Penal do Inimigo, Silva (2016) cita inúmeras, tendo como principais a lei 10.792/03, que instituiu aquilo que é chamado de "Regime Disciplinar Diferenciado", e a lei 7.565/1986, também conhecida como "Lei do Abate". Sobre tais leis, a autora explica que o Regime Disciplinar Diferenciado estipulado na primeira nada mais é que o isolamento do indivíduo encarcerado que, ou praticou falta grave que ocasione subversão da ordem ou disciplina do presídio, ou apresente alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Já quanto à lei do abate, leciona que tal lei prevê o abate de aeronave classificada como hostil dentro do território brasileiro.

3.EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DIREITO PENAL DO INIMIGO

A expansão / modernização do direito penal e do "direito penal do inimigo" devem, em princípio, ser adequadamente diferenciados porque, enquanto o primeiro se concentra principalmente no campo do direito penal econômico, o último afeta principalmente o crime organizado e o terrorismo. No entanto, não são fenômenos que possam ser tratados isoladamente, pois ambos compartilham certas tendências da política criminal contemporânea, em particular, a busca por eficiência e segurança. O primeiro segmento é amparado, em geral, pela proteção dos direitos legais em bases constitucionais, e o problema reside antes em traçar os limites da compatibilidade dos crimes perigosos com o princípio da proporcionalidade. O segundo segmento ultrapassa claramente esses limites e é uma "lei penal" incompatível com o "programa penal da Constituição".

Como Zaffaroni (2015) apontou, alguns eventos característicos da "sociedade de risco" têm gerado um alarme social que está causando uma tendência para abordá-los apenas com o auxílio do Direito Penal, que tem custos que afetam as garantias tradicionais do Direito Estado. O fenômeno da expansão está claramente inserido em um quadro geral de restrição, ou, no melhor dos casos, de releitura" das garantias clássicas do Direito Penal, e isso devido a uma pluralidade de circunstâncias que se relacionam, como já foi dito, com a natureza dos bens jurídicos que se pretende proteger

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

(bens jurídicos supra-individuais), a técnica de classificação utilizada (crimes de perigo abstrato), e o autoria nessa área (criminalidade corporativa, por meio de aparato de poder organizado, de natureza transnacional, por convicção etc.).

No entanto, é preciso reconhecer que a modernização do direito penal é necessária e, por outro lado, imparável. Houve uma transformação do crime que, sem dúvida, acarreta uma mudança nas abordagens jurídicas que devem enfrentá-lo. Nesse sentido, é claro que o direito penal também deve ser capaz de atingir a "criminalidade dos poderosos", e deixar de ser aquele destinado apenas a atingir os marginalizados e menos favorecidos da sociedade. É também claro que o Direito Penal moderno envolve a classificação de crimes perigosos e protege direitos legais coletivos, e que não faz sentido negar ab initio legitimidade para este último, já que esta se basearia, apenas em um "ceticismo infundado" sobre a capacidade de atuação de um dogmático criminoso de base política e criminal. Desta abordagem, segue-se que não só é possível, mas também necessário, que o direito penal sirva para prevenir novos riscos.

Mas, segundo Pilati (2009), "próxima linha", é imprescindível não esquecer que a modernização do Direito Penal, se realmente quiser representar uma "evolução" do mesmo, deve ser feita com escrupuloso respeito pelas garantias do Estado de Direito, e não devido às demandas de "segurança" de uma sociedade que não conhece critérios de "razoabilidade" quanto à intervenção criminal, pois caso contrário essa intervenção não pode ser considerada justificada.

Geralmente, a experiência mostra a existência de certa divergência entre as abordagens teóricas e a realidade empírica sobre o grau de sua expressão nos fatos. Mas, na atualidade, a divergência entre as abordagens sobre o Direito Penal mínimo, bem como as diferentes propostas abolicionistas e reducionistas do sistema penal, e a realidade, é tão contundente que até permitiu falar da situação insustentável do Direito penal.

Tanto é que se afirma que a expressão "Direito Penal Mínimo" já é um tema desprovido de conteúdo concreto. Diante desse modelo axiológico, existe atualmente um fenômeno de "ampliação" do âmbito do punível em clara contradição com a pretensão de reduzir o Direito Penal a um núcleo duro correspondente em essência ao chamado "Direito Penal clássico. Esta expansão é uma consequência do nascimento de um "novo" Direito Penal, denominado por alguns de "Direito Penal Acessório", que visa proteger o novo patrimônio jurídico característico da sociedade pós-industrial. Diante dos postulados axiológicos do modelo de Direito Penal mínimo, portanto, parecem prevalecer as demandas de intervenção criminal de uma sociedade modernamente caracterizada como uma "sociedade de risco". Esta sociedade é caracterizada por várias peculiaridades, entre as quais se destaca o aumento extraordinário das interconexões causais, e a substituição dos contextos de ação individual por contextos de ação coletiva,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

em que o contato interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anónima e padronizada (SILVA, 2016).

O debate sobre a idoneidade do Direito Penal para a proteção do patrimônio coletivo chegou às últimas consequências no quadro da discussão político-penal e dogmática sobre a expansão do Direito Penal na "sociedade de risco" em decorrência da transformação do estruturas socioeconômicas na sociedade pós-industrial, o que levou a uma inflação punitiva muito importante. Brandão (2009) aponta que há muito tempo assistimos a uma irritante discordância entre a programática de um Direito Penal com limites e o dia a dia da crescente criminalização, algo intolerável em um momento em que a "incapacidade" é amplamente reconhecida em Direito Penal pela resolução de problemas. Saber se o Direito Penal se depara, portanto, com uma situação "insustentável", ou simplesmente se se defronta com uma situação "nova" que requer certo repensar, está na base das discrepâncias entre duas metodologias distintas de exame do Direito Penal, que devem constituir, em por sua vez, com diferentes pontos de partida epistemológicos: o primeiro, de caráter personalista, o segundo, de caráter funcionalista. Naturalmente, por trás dessas metodologias e pontos de partida epistemológicos existem certas "imagens do homem" e da sociedade em que se desenvolve, certas "ideologias" que desempenham um papel decisivo.

O fenômeno de expansão / modernização do direito penal pode ser caracterizado por três notas: a administracionalização, a globalização e a progressiva desconstrução do paradigma liberal. Silva (2016) estudou o problema relacionando-o com as seguintes variáveis: constituição de novos "bens jurídico-criminais", expansão dos espaços de risco legal-criminalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia. O autor assume "com resignação" como solução a existência no futuro de um "Direito Penal a duas velocidades".

Certamente a regulação dessas novas áreas requer juízos de valor eminentemente normativos, por isso recorre-se à regulação dos setores de risco socialmente mais significativos como energia nuclear, meio ambiente, pesquisa biomédica, produção de alimentos, etc. uso nesta área de leis criminais em branco. Esse fenômeno, que pode ser denominado globalmente de " administrativização " do Direito Penal, caracteriza-se, então, pela combinação de fatores como a introdução de novos objetos de proteção, a antecipação das fronteiras da proteção penal e a transição, em última instância, do modelo de crime de lesão à propriedade individual , ao modelo de crime de periculosidade de bens supra-individuais .

A questão-chave, portanto, reside na desmaterialização do conceito de bem jurídico. O conceito liberal de bem jurídico, ao qual o funcionalismo sistêmico havia

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

renunciado como ponto de partida por meio de sua teoria geral preventiva positiva particular de estabilização normativa, está atualmente em crise. Esta crise, questiona a sua função mais significativa: a de delimitar a intervenção criminosa, e esta em consequência do entendimento legítimo da incriminação de condutas consideravelmente afastadas da agressão ao direito legal, sem ter em conta o critério de prejudicar o comportamento social, em nome de um exasperado pragmatismo de eficiência (MARTÍN, 2015).

O conceito de "risco permitido" desempenha um papel regulador básico na dogmática penal deste "novo" Direito Penal, como figura jurídica que permitiria que ações que apresentassem risco de lesão ao patrimônio jurídico fossem consideradas nos termos da Lei, desde que o nível de risco seja mantido dentro de limites razoáveis e o agente tenha adotado as medidas de precaução e controle necessárias para reduzir com precisão o perigo de aparecimento dos ditos resultados prejudiciais. Ou seja, é um critério que expressa uma ponderação de todos os interesses jurídico-criminalmente relevantes, um julgamento de ponderação em que seria necessária uma avaliação prévia, que deveria ter como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa de valores (ou preferências) em que está incorporado. Esse é o argumento utilizado para destacar que, justamente na significativa mudança de autocompreensão social produzida nas últimas décadas, há a modificação do produto do referido julgamento de ponderação de juros no sentido de uma diminuição dos níveis de risco, uma consequência de uma superavaliação de segurança essencial (VEIGA JÚNIOR, 2017).

A globalização, e o fenômeno econômico internacional, e a integração político-jurídica e supranacional , como fenômeno, são, por sua vez, dois fatores que influenciam de forma decisiva na discussão sobre o direito penal da sociedade pós-industrial. Atrás deles está a demanda por um combate mais eficaz ao crime, o que é claramente observado em questões como o crime econômico e o crime organizado em geral. Os mesmos tipos de crime, junto com terrorismo, crime sexual e crimes graves em geral, que Jakobs recentemente se referiu como legislação criminal inimiga (VEIGA JÚNIOR, 2017).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos extrair as seguintes reflexões:

Uma das características atuais do Direito Penal - e, portanto, da política penal a que é tributado - consiste em sua tendência expansionista. Dentro dessa tendência, e como resultado da confluência entre uma renovada punitividade e o Direito Penal simbólico, surgem as bases do chamado Direito Penal Inimigo.

A complexa rubrica de Direito Penal do Inimigo é construída a partir de uma distinção estipulativa anterior: a existência de alguns sujeitos que devem ser considerados como cidadãos e de outros que devem ser considerados e tratados como

inimigos. Propõe-se a configuração e validade de seções do Direito Penal inspiradas em diferentes paradigmas. Um deles, o Direito Penal do Cidadão, define e pune crimes, ou infrações de normas, que são cometidos por cidadãos de forma incidental e que normalmente são a simples expressão de um abuso por parte deles das relações sociais em que participam desde a sua qualidade de cidadão, isto é, na sua condição de sujeito vinculado ao e pelo Direito. A outra, a Lei Criminal Inimiga, configura e pune os atos que teriam sido cometidos por indivíduos que, em sua atitude, em sua vida econômica ou por incorporação a uma organização, se desviaram da Lei presumivelmente de forma duradoura e não apenas acidentalmente e, portanto, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal e demonstrariam esse déficit por meio de seu comportamento.

O Direito Penal do Inimigo, seria caracterizado pelas seguintes características: um amplo avanço da punitividade caracterizada porque a visão retrospectiva do sistema punitivo foi substituída por uma lógica prospectiva, por um aumento na magnitude das penas em contraste com o direito criminoso "dos cidadãos" - desproporcionalidade nas penas - pela redução e mesmo supressão das garantias processuais individuais (este último chega mesmo a falar em Direito Processual Penal Inimigo), e por ser o surgimento de um segmento especial do Direito Penitenciário destinado a ser aplicado contra os destinatários do Direito Penal do Inimigo.

O "direito penal do inimigo" insere-se, por outro lado, no *contexto político-penal da "modernização" do direito penal*, caracterizada fundamentalmente por sua forte tendência expansionista e pela busca de eficiência. No entanto, é necessário diferenciar adequadamente as diferentes áreas de "modernização" (como o "direito penal econômico"), das áreas para as quais se projeta a chamada "legislação penal do inimigo" (fundamentalmente, embora não exclusivamente, crime organizado e terrorismo). O primeiro segmento apoia-se, em geral, na proteção de direitos jurídicos de base constitucional, e o problema reside antes em traçar em cada caso os limites da compatibilidade dos crimes perigosos com o princípio da proporcionalidade. O segundo segmento claramente extrapola esses limites e é uma "lei penal" incompatível com o "programa penal da Constituição".

REFERÊNCIAS

BERTI, N. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, agosto de 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 28 mar. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

BITENCOURT, C. Z. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRANDÃO, M. O Direito Penal do Inimigo e a Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Brasileira de 1988. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 07 dez. 2009. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25650&hl=no>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRITO, T. **O Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs**. Jus.com, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs >. Acesso em: 20 ago. 2021.

CARVALHO JÚNIOR, A. O Direito Penal do Inimigo. **Revista Âmbito Jurídico** nº 97, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em: 17 ago. 2021.

CONDE, F. M. **Direito penal do inimigo**. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

HABIB, G. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei dos Crimes Hediondos**. São Paulo: Impetus, 2018.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, L. F. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). **Conteúdo Jurídico**: 2010. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direitopenal,29698.html>. Acesso em: 28 mar. 2021.

JAKOBS, G. **Direito penal do inimigo**. Org. de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTÍN, L. G. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NASCIMENTO, D. M. **Metodologia do trabalho científico**: teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Fórum, 2018.

PILATI, R. Análise crítica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. **Revista Jurídica** – CCJ/FURB, v. 13, nº 25, p. 23 – 44, jan./jul. 2009.

SILVA, K. C. **Direito Penal do Inimigo**: Aspectos jusfilosóficos e normativos. Sem edição. Jundiaí: Editora Paco Editorial, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

VEIGA JUNIOR, E. O direito penal do inimigo: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo. **Revista Âmbito Jurídico** nº 163 – Ano XX – Agosto/2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>. Acesso em: 17 ago. 2021.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PROBLEMÁTICA DO CORPO DE JURADOS NA COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI

YANA PAIVA DA ROCHA: Advogada. Pós -Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Instituição Legale Educacional de São Paulo/SP.[97]

RESUMO: Ao longo da história o processo penal foi sendo aprimorado e tendo sua aplicação de acordo com a realidade atual. Ressalta-se que, embora haja diversos avanços na seara penal, ainda é notória a existência de lacunas a serem preenchidas, uma delas é justamente a composição dos jurados no Tribunal de Júri, uma vez que podem atuar de maneira parcial e trazer grandes impasses ou injustiças diante de um processo penal delicado e de grande relevância para a sociedade. O presente trabalho tem como objetivo retratar sobre o Tribunal do Júri e as problemáticas oriundas da formação do corpo de jurados, bem como os requisitos para ser jurado e as possíveis consequências da tomada de decisão de um crime. Os jurados possuem o poder de decisão no Tribunal do Júri, nos casos de crimes dolosos contra a vida. Sendo de suma importância os votos para que se realize o julgamento em face do réu, seja ele condenado ou absolvido. Diante da importância do Tribunal do Júri, faz-se necessário analisar sobre a responsabilidade de pessoas comuns do povo, inseridas para atuar na composição de jurados, para tomar decisão diante de crimes que possuem extrema relevância para a comunidade como um todo.

Keywords: jury court, jurors, problematic, crime malicious.

ABSTRACT: Throughout history, the criminal process has been improved and having its application according to the current reality. It is emphasized that, although there are several advances in the criminal field, it is still notorious the existence of gaps to be filled, one of them is precisely the composition of the jurors in the Jury Court, since they can act partially and bring great impasses or injustices before a delicate criminal process and of great relevance to society. The present work aims to portray on the Court of the Jury and the problems arising from the formation of the jury, as well as the requirements to be sworn and the possible consequences of the decision of a crime. Jurors have the power to judge the Court of the Jury in cases of crimes committed against life. Being of paramount importance the vows to hold the trial in the face of the defendant, whether he is convicted or acquitted. Given the importance of the Court of the Jury, it is necessary to analyze the responsibility of ordinary people of the people inserted to act in the

97 E-mail: yanapaiva88@gmail.com

composition of jurors to make decisions in the face of crimes that have extreme relevance to the community.

1 Introdução

O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil em 1822 e atualmente possui a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, seja ele de forma tentada, consumada e/ou conexas, conforme estabelece o art.78 do Código de Processo Penal.

Tal Tribunal possui o poder de julgar, todavia, nesse procedimento, o juiz será substituído por 7 (sete) jurados que constituirão o Conselho de Sentença, sendo estes meros cidadãos do corpo social, não possuindo a necessidade de conhecimento acerca da área jurídica, tendo que decidir sobre o futuro dos réus, de acordo com a sua íntima convicção.

Diante do dever de julgar daqueles que compõem o Tribunal do Júri que, diga-se de passagem, é de extrema responsabilidade, podendo condenar ou absolver, sempre haverá repercussões dentro do âmbito social, de modo que a composição dos jurados pode atuar tanto de maneira parcial ou imparcial, uma vez que não possuem conhecimento técnico.

Tendo em vista a relevância do Tribunal do Júri e da importância da decisão que os jurados possuem, questiona-se na exatidão dos votos, bem como a influência e a imparcialidade, uma vez que, para que seja jurado, em regra, precisa preencher alguns requisitos, tais como: ser maior de 18 anos de idade, ter notória idoneidade, sendo de caráter obrigatório.

O intento do presente artigo científico é relatar sobre os impasses existentes na composição do Tribunal do Júri, no que consiste no poder de votar e decidir sobre a vida do réu a partir do chamado júri popular que possui relação aos crimes de interesse social, abordando sobre a atividade dos jurados, uma vez que são pessoas leigas e não possuem entendimento de cunho jurídico para a tomada de decisões, levando em consideração a gravidades dos crimes que são julgados nesse instituto.

2 Contexto Histórico do Tribunal do Júri

A introdução do Tribunal do Júri ocorreu antes da declaração da independência, pela Lei de 18 de julho de 1822, com influências oriundas das mudanças ocorridas em Portugal, tendo, também, influência inglesa.

Todavia, à época, não tratava de crimes dolosos contra a vida, mas sim, possuía competência para tratar de crimes de imprensa.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Posteriormente, em 1824, houve, de fato, a consolidação do Tribunal do Júri em consequência da promulgação da Constituição Federal, pelo imperador D. Pedro. Conforme a Constituição Imperial passou a integrar o Poder Judiciário como um de seus órgãos, tendo sua competência estendida para julgar causas cíveis e criminais, tendo sido sedimentado no Brasil, que instaurava em seu art. 151:

> "O Poder Judicial é independente, e será composto por juízes e jurados, os quais terão lugar assim no cível, como no crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem."

É nesse ambiente político conturbado e de liberdade da Metrópole que nasceu o júri, na Lei de 18 de julho de 1822, antes, portanto, da independência (7 de setembro de 1822) e da primeira Constituição brasileira (25 de março de 1824) e, ainda sob o domínio português, mas sob forte influência inglesa. Na época, o júri era apenas para os crimes de imprensa e os jurados eram eleitos. (RANGEL, 2018, p. 69).

Em 1871, houve a promulgação da Lei nº 2.033, sendo responsável por algumas alterações, no que tange a respeito da organização judiciária, de modo que, a formação da culpa e pronúncia, mas não abrangia sobre os crimes graves, sendo de competência do juiz togado. Em análise, é possível depreender a existência do sistema inquisitório, tendo em vista mantinha o recolhimento de provas sob a responsabilidade do Estado, ente responsável pela acusação.

Nesse contexto, era possível analisar que as proveniências inquisitórias eram travestidas com a fantasia democrática, já que a produção de provas para a pronúncia era ordenada pelo mesmo ente que a proferia, mas agora com um status constitucional. (SIMIONI, 2010)

Já em 1890, houve a criação da primeira Constituição da República, a qual manteve o tribunal do júri, em oportuno, na matéria pertinente aos direitos e garantias individuais, foi estabelecido o Júri Federal através do Decreto nº. 848 daquele mesmo ano.

Com o Decreto de nº 848 de 1890, que instaurava o Júri Federal, havia a composição de 12 (doze) jurados, sendo sorteados dentre 36 (trinta e seis) cidadãos comuns da circunscrição judiciária.

Em 14 de julho de 1934, foi publicado o Decreto de nº 24.776, que tratava sobre a liberdade de imprensa. No mesmo capítulo, referente ao processo e julgamento, fora determinado no ordenamento jurídico brasileiro, um júri com composição reduzida.

Nele, ficou estabelecido a composição do tribunal do júri, cuja competência seria do tribunal especial, conforme aludido no art. 53 do Decreto:

> Art. 53. O julgamento compete a um tribunal especial, composto do juiz de direito que houver dirigido a instrução do processo, como seu presidente, com voto, e de quatro cidadãos, sorteados dentre os alistados como jurados.

Posteriormente, com a Constituição de 1946, em seu capítulo II, dos direitos e das garantias individuais, foi mantida a instituição do júri, conforme verifica-se no art. 141, §28:

> § 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Na Carta de 1967, também se manteve, desta vez no art. 150, §18:

> Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 18 - São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Em 17 de outubro de 1969, por rigor da Emenda Constitucional de nº 01, todavia, não havia mais citação à soberania, anteriormente sedimentada na Constituição de 1967, como é possível observar na redação da emenda, *in verbis:*

> Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> § 18. É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Em outubro de 1988, houve a promulgação da atual Constituição Federal, instituindo o Tribunal do Júri, desta vez, como cláusula pétrea (dispositivo constitucional estabelecido como regra e que não pode sofrer nenhuma alteração) como estabelece o art. 5º, inciso XXXVIII, tendo a competência para julgar crimes dolosos contra a vida:

> Art. 5º, XXXVIII: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

98a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL,1988)

Ultrapassadas as Constituições de 1946, 1967 e 1969, e sob a Constituição democrática de 1988, permanece o Júri com sua soberania inalterada, como garantia constitucional, apesar de subsistir a polêmica quanto à conveniência de sua existência. É importante compreender, ainda que sem muitos detalhes técnicos, o funcionamento do Tribunal do Júri porque é ele, justamente, que vai julgar os crimes passionais nos quais o autor causa a morte da vítima ou, pelo menos, tenta fazê-lo. (LITUF, 2007, pág. 168/169).

Atualmente, nos julgamentos pelo tribunal do júri que uma parcela da população atua, no entanto, ainda com melhoramentos da legislação com o passar dos anos, há resquícios de falhas no ordenamento jurídico, no que tange às pessoas leigas na composição do tribunal.

3 Princípios basilares no Tribunal do Juri

A Constituição Federal norteia os princípios do Tribunal do Júri, vejamos:

Art. 5º, XXXVIII:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988).

3.1 Plenitude de Defesa

O cânone da plenitude da defesa tem por fundamento exercer uma defesa inteira, total, ou seja, vai além da ampla defesa, que é o direito que o réu tem de defender-se de toda e qualquer acusação, direito esse que lhe é garantido constitucionalmente, tendo correlação com a defesa técnica e indo além da estratégia de

98

defesa comum, de modo que o defensor aplica razões de natureza para além da natureza jurídica de ordem trivial (CAPEZ, 2012)

A garantia de plenitude da defesa, porém, não confere ao acusado a prerrogativa de ficar imune à vedação ao uso da prova ilícita, nem de sobrepor-se ao princípio do contraditório, daí por que ao acusador devem ser conferidas idênticas faculdades processuais, de modo a garantir o equilíbrio na relação processual ("paridade de armas"). (GONÇALVES; REIS, 2022 p.1087).

Nesse sentido, a Plenitude de Defesa permite que o acusado possa ter sua defesa, conforme os ditames legais, para que seja assegurado uma decisão justa, sem qualquer cerceamento, garantindo seu direito pleno da defesa.

3.2 Sigilo das Votações

O Sigilo das votações, além de constar na Constituição Federal, já supracitado no art. 5º, XXXVIII, alínea b, também está expresso no art.485 do Código de Processo Penal:

> **Art. 485.** Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.
>
> **§ 1o** Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no caput deste artigo.
>
> **§ 2o** O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). (BRASIL, 1941).

Nesse princípio, ocorre a incomunicabilidade dos jurados, para que ocorra uma decisão imparcial, preponderando o sistema da íntima convicção.

O segredo das votações é postulado que se origina da necessidade de manter os jurados a salvo de qualquer fonte de coação, embaraço ou constrangimento, por meio da garantia de inviolabilidade do teor de seu voto e do recolhimento a recinto não aberto ao público (sala secreta) para o processo de votação. (GONÇALVES; REIS, 2022 p.1088).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença é informado sobre a incomunicabilidade dos integrantes para garantir a efetividade do procedimento e que não haja a inviolabilidade do princípio, conforme expõe o art. 466, § 1º:

> Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 deste Código.
>
> § 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008). (BRASIL, 1941).

Após a votação de cada quesito, verificados os votos, o presidente mandará que o escrivão escreva o resultado em termo especial, sendo tomada a decisão por maioria dos votos, conforme o Código de Processo Penal:

> Art. 488. Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizados, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento.
>
> Parágrafo único. Do termo também constará a conferência das cédulas não utilizadas.
>
> Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos. (BRASIL, 1941)..

Verifica-se que tal princípio visa assegurar a exclusão de fontes externas, para não haver influência e se ter um resultado justo.

3.3 Soberania dos Veredictos

A Soberania dos veredictos é um dos princípios primordiais, uma vez que assegura o efetivo poder jurisdicional não podendo o Tribunal substituir a decisão dos jurados, condenando ou absolvendo o réu.

Caso haja decisão contrária a prova dos autos, tendo em vista que a decisão não pode ser modificada por juízes, deverá ser realizada por outro Conselho de Sentença.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Todavia, é pacífica a recorribilidade na soberania dos veredictos, no que tange os casos especiais, de modo que não há violação do princípio, como é o caso da revisão criminal, conforme art. 593 do Código de Processo Penal:

> **Art. 593.** Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> **III** - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
>
> **a)** ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
>
> **b)** for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
>
> **c**) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
>
> **d**) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (BRASIL, 1941).

Bem como a possibilidade de realizar a revisão criminal, com fulcro no art. o 621 do Código de Processo Penal:

> Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
>
> I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
>
> II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
>
> III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. (BRASIL, 1941)

Da soberania dos veredictos decorre a conclusão de que um tribunal formado por juízes togados não pode modificar, no mérito, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença. Por determinação constitucional, incumbe aos jurados decidir pela procedência ou não da imputação de crime doloso contra a vida, sendo inviável que juízes togados se substituam a eles na decisão da causa. (LIMA, 2019).

3.4 Da Competência do Tribunal do Júri

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

A competência do Tribunal do Júri está elencada no art. 74 § 1ª do Código de Processo Penal, que dispõe:

> Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.
>
> § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. (BRASIL, 1941).

O tribunal do júri possui a competência de julgar os crimes dolosos, quais sejam: o homicídio doloso (incluindo o feminicídio), o infanticídio, o auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio e o aborto, em suas formas consumadas ou tentadas.

Tal competência não se trata de um rol taxativo, podendo ser abrangida a qualquer tempo por leis infraconstitucionais. Além disso, pode o júri estender o julgamento para além dos crimes previstos a sua competência, quando estes forem infrações conexas, incluindo infrações de menor potencial ofensivo. (ALVES; MASTRODI NETO, 2016, p. 7)

Ademais, insta salientar que, se um crime doloso contra a vida for praticado com conexão a outro crime que não seja de competência do Tribunal do Júri, caberá ao Júri o julgamento de ambos os crimes, conforme entendimento jurisprudencial:

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO E SEQUESTRO - ANÁLISE DO CRIME CONEXO - COMPETÊNCIA DO JÚRI. O crime de sequestro, conectado ao doloso contra a vida, deverá ser submetido ao Júri Popular, competente para julgar o evento em sua integralidade.
>
> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. APURAÇÃO DE FATOS DELITUOSOS CONEXOS AO CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. CONEXÃO PROBATÓRIA EVIDENCIADA. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO TRIBUNAL DO JÚRI. 1) Havendo clara conexão probatória entre os crimes de homicídio tentado e de tráfico de drogas, porte irregular de arma de fogo e receptação, compete ao Juízo Especializado no Tribunal do Júri o processamento e julgamento do delito doloso contra a vida, bem como dos crimes a ele conexos, em obediência ao disposto nos artigos 74, 76 e 78 do Código de Processo Penal. 2) CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

De maneira resumida, competência do Tribunal do júri abrange o julgamento de crimes repugnantes diante da sociedade, muitas vezes pelo *modus operandi,* causando repulsa e gerando audiência sobre o caso, uma vez que se trata sobre o maior bem: a vida.

Nessa conjuntura, dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para cuja proteção à ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a vida destaca-se como o mais valioso. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é condição básica de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual (BITENCOURT, 2001, p. 27).

4 DOS FATORES PROBLEMÁTICOS

4.1 Falta de Capacidade Técnica Jurídica dos Jurados

Inicialmente, o art.436 do Código de Processo Penal elege alguns requisitos, a saber:

> Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008). (BRASIL, 1941).

Os jurados são convocados segundo requisição do juiz, conforme §2º do art. 425 do Código de Processo Penal:

> Art. 425. § 2o O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). (BRASIL, 1941).

A composição do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri está expressa no artigo 447 do Código de Processo Penal, que informa:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Nota-se que o cidadão deve estar em pleno gozo dos direitos políticos; não ter sido processado criminalmente; prestar o serviço gratuitamente. Salienta-se que não poderá atuar como jurado os elencados nos artigos 448 e 449 do Código de Processo Penal.

Verifica-se que qualquer cidadão, desde que preencha os requisitos básicos exigidos, poderá ser um particular em colaboração. Dito isto, significa dizer que não há óbice para ingressar como jurado uma pessoa com baixa escolaridade, por exemplo.

Nessa linha, Aury Lopes Júnior, retrata: Os jurados carecem de conhecimento legal e dogmático mínimo para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolve a análise da norma penal e processual penal aplicável ao caso, bem com uma razoável valoração da prova. É grave paradoxo apontado por FAIREN GUILLEN: *um juez lego, ignorante da la Ley, no puede aplicar um texto de la Ley porque no la conoce.- Um juiz leigo, ignorante da Lei, não pode aplicar o texto da Lei porque não o conhece.* (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 858)

Quando se fala em conhecimento mínimo, não significa dizer sobre a exigência de conhecimento aprofundado por partes dos jurados, mas uma base mínima para se ter competência para julgar e analisar as provas existentes.

Salienta-se que as provas são obtidas durante a primeira fase processual, que será presidida por um juiz togado, do qual verificará se os elementos apresentados, ditas suficientes para enviar o acusado para julgamento de seus pares. Isso ocorre sem a vigilância dos jurados.

A falta de profissionalismo, de estrutura psicológica, aliados ao mais completo desconhecimento do processo e de processo, são graves inconvenientes do Tribunal do Júri. Não se trata de idolatrar o juiz togado, muito longe disso, senão de compreender a questão a partir de um mínimo de seriedade científica, imprescindível para o desempenho do ato de julgar. (LOPES JÚNIOR, 2004, p.171).

Nesse sentido, é preciso que o jurado tenha conhecimento sobre aquilo que está sendo tratado, não podendo ele estar perdido quanto ao conteúdo tratado, tendo em vista que "Pelos jurados não possuírem conhecimentos jurídicos, se tornam mais

vulneráveis ao convencimento baseado na retórica, e não nas provas efetivamente colhidas nos autos" (OLIVEIRA, Laís. 2017 p. 11).

Logo, diante da falta de conhecimento mínimo, as decisões dos jurados podem gerar falhas e, consequentemente, injustiças irreparáveis, tanto para a vítima, o Estado e o próprio réu

4.2 Da Inexigência de Fundamentação nas Decisões Proferidas

O princípio da íntima convicção foi adotado pelo Código de Processo Penal, sendo aplicável aos casos de competência do Tribunal do Júri. Tal princípio é, de fato, de acordo com a sua íntima convicção do jurado, não precisando, portanto, fundamentar a decisão em nenhum dispositivo de lei.

A Constituição Federal determina que as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, *in verbis:*

> Art. 93. IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. (BRASIL, 1988).

Ademais, também na Constituição Federal, é garantido o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, sendo um direito fundamental:

> Art. 5 ºLIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988).

Todavia, constantemente as decisões dos jurados se caracterizam apenas pela argumentação das partes, que acaba sendo convencida para o seu veredicto, e não pela verdade dos fatos, uma vez que não há exigência de fundamentação para tal, de modo que não precisam expor suas razões, o que vai de encontro com o direito fundamental estabelecido na Constituição Federal.

Se o Estado estabelece com sua Constituição um compromisso ético com o indivíduo, em si, participante que é da vida pública, não pode negar-lhe os direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito ao devido processo legal, que exige a fundamentação das decisões judiciais. (RANGEL, 2018, p.23).

Nesse sentido, uma vez que não há fundamentação para que se realize a decisão, em regra, estamos diante de um cerceamento de defesa, que pode gerar a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

nulidade, bem como preconiza o doutrinador Rangel: A Constituição Brasileira de 1988 consagrou em seu texto, de forma dogmática, a publicidade e a fundamentação como princípios a serem obedecidos nas decisões judiciais, onde a desobediência a estes princípios acarretará a sanção de nulidade a estas decisões não fundamentadas (2014, p. 826).

Outrossim, caberá ao magistrado apenas aplicar a pena ao réu, sem realizar comentários sobre a decisão tomada pelos jurados: No Tribunal do Júri, não há necessidade de relatório ou fundamentação, pois se trata de ato jurisdicional vinculado ao veredicto dado pelos jurados. Estes, por sua vez, em exceção constitucionalmente assimilada pelo princípio do sigilo das votações, decidem por livre convicção plena, sem fornecer qualquer motivação. Assim, descabe ao magistrado tecer comentários sobre a culpa ou inocência do acusado, bastando-lhe fixar a pena, que é justamente o dispositivo. Neste, entretanto, deve dar a fundamentação para a sanção penal escolhida e concretizada (NUCCI, 2008, p. 659).

Ademais, a íntima convicção despida de qualquer fundamentação permite a incoerência de que alguém seja julgado a partir de qualquer elemento, o que violenta a segurança social e o respeito aos direitos humanos, haja vista que o objetivo é conciliar a tutela da segurança social com respeito à pessoa humana (REALE JÚNIOR, 1983, p.81)

A decisão a ser tomada é desprovida de qualquer fundamento. Os jurados apenas votam, sendo favorável ou não, sem precisar apresentar qualquer justificativa de seu convencimento.

Conforme Bandeira (2010, p. 37) é de suma importância uma análise crítica do Tribunal do Júri com uma visão voltada ao Estado Democrático de Direito, colocando frente a frente as regras do Código de Processo Penal de 1941 com os princípios constitucionais, para que seja conferida sua validade. Isto no sentido de evitar em nosso sistema infraconstitucional normas "moribundas", que apesar de estarem em vigor não se sustentam como normas validadas pela Constituição Federal de 1988.

O modelo atual do Tribunal do Júri não pode prosseguir da forma que se encontra, ou seja, sem uma justificação e fundamentação devida, tendo em vista que pode gerar inconvenientes.

Logo, "a inexistência de motivação das decisões proferidas pelos jurados faz com que o julgamento possua alta carga subjetiva, já que a decisão é baseada na íntima convicção, não necessitando fundar-se unicamente nas provas colhidas nos autos." (OLIVEIRA, Laís. 2017, p. 9).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Não há dúvida, portanto, de que há no júri expresso exercício de poder que, como tal, deve ser democrático, sob pena de invalidar a decisão dos jurados. Logo, não basta a decisão ser apenas por maioria; ela tem que estar comprometida com a liberdade do outro, ou seja, deve haver um compromisso ético, na decisão, que somente será alcançado pela plena comunicação entre o conselho de sentença e sua necessária fundamentação (RANGEL, 2007, p. 19).

4.3 Possível Parcialidade nas Decisões por Influência da Mídia

O Princípio da Plenitude de Defesa é consagrado para não haver parcialidade, bem como com o objetivo de fazer com que a defesa do réu não fique prejudicada.

No entanto, tendo em vista que os jurados são populares, sendo pessoas comuns do povo, e são convencidos pelas partes, sofrem diversas influências externas, podendo julgar de forma parcial.

No âmbito do júri, pode-se dizer que, ao invés de se valer da prova constante dos autos, as partes tentam formar o convencimento dos jurados apelando para uma anterior decisão do juiz presidente ou do Tribunal acerca do caso concreto. Como os jurados são pessoas leigas, geralmente desprovidas de conhecimento técnico, podem ser facilmente influenciados no sentido da condenação (ou absolvição) do acusado se lhes for revelado o entendimento do juiz togado acerca do caso concreto. Daí a importância de se vedar a utilização do argumento de autoridade. (LIMA, 2019, p. 1451).

Um dos motivos de haver uma possível parcialidade é o medo urbano ocasionado pela mídia, como colaciona Rangel, 2018, p.39: O júri, por sua vez, contaminado pelo medo urbano, acaba decidindo pelo medo que sente dos seus medos internos e inconscientes exteriorizados na vida do outro, durante o julgamento. Não são poucos os jurados que, após o julgamento, afirmam ter passado por situação idêntica àquele objeto de julgamento e que, portal razão, sabem que aquilo que foi dito pela acusação (ou pela defesa) é verdadeiro, mesmo que as provas dos autos não sejam tão convincentes assim. É o famigerado princípio da íntima convicção em desarmonia com a Constituição da República (art. 93, IX), que exige que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, sob pena de nulidade, e a do júri não pode fugir desse imperativo. Se assim o fosse, dar-se-ia transparência às decisões do júri.

Ademais, há a influência da mídia nos casos de grande repercussão, interferindo na análise e julgamento do caso, criando uma grande pressão social e muitas notícias provocando no público maior curiosidade sobre o assunto.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Esse fator colabora ainda mais para que os jurados baseiem suas decisões nas notícias e exposições, que fogem ao objetivo de mero repasse de informações, pela mídia. Assim, uma eventual prova de inocência do acusado submetida ao plenário de nada adiantará, de modo que, os julgamentos antecipados exercidos pela mídia influenciam os jurados de modo fácil e concreto. (SILVA, 2016)

Para julgar não basta o bom senso, nem tampouco o rigorismo com o delinquente. "A tarefa é muito mais vasta e complexa e requer, por isso, amadurecimento e reflexão baseada em conhecimentos científicos bem sedimentados" (MARQUES, 1997, p. 26).

5 Considerações Finais

Como já retratado, os jurados no Tribunal do Júri exercem o papel de decidir se o réu é culpado, ou inocente, com base nas teses defendidas em Plenário.

Foi criado como forma de garantir a participação do povo no julgamento e prevenir o poder absoluto de decidir nas mãos do estado.

O tribunal do júri possui competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, os quais estão elencados no Código Penal, havendo casos excepcionais,

Ademais, tal instituto é considerado Cláusula Pétrea, não podendo ser abolido, sendo seus princípios assegurados no art.5°, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

Em que pese o Tribunal do Júri ser de extrema importância, garantindo que o réu seja julgado por seus pares, sendo pessoas do povo e tratar de crimes de alta relevância para a sociedade, tendo em vista os crimes bárbaros contra a vida, tal instituto ainda é exercido com algumas incoerências, possuindo algumas falhas a serem sanadas, uma vez que os jurados podem exercer seu poder de voto de maneira contraditória às provas constantes nos autos, de modo a prejudicar a decisão.

Nessa linha, diante de algumas falhas que ocorre no Tribunal do Júri, precipuamente no que diz respeito aos jurados, concluiu-se que algumas situações óbvias precisam ser corrigidas.

Desse modo, uma das falhas é a existência de influência da mídia e da sociedade que julgamento, visto que a exposição dos fatos pela mídia e na sociedade anteriormente ao processo pode fazer com que os cidadãos que participam do Conselho de Sentença.

Com a informação, ou o excesso delas, uma vez que a mídia muitas vezes expõe de forma exacerbada a notícia em relação ao caso a ser julgado, fazendo com que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

tomem o pré-convencimento, chegando à sessão de julgamento com a decisão praticamente formado.

Outra falha que ocorre no Tribunal do Júri é a não exigibilidade de conhecimento técnico por parte dos jurados, tendo em vista que não precisam ter o mínimo de saber jurídico para figuar o papel de jurado, bastando preencher requisitos básicos, sem exigência do conhecimento efetivo da lei. Tal situação possui um caráter duvidoso, tendo em vista que uma pessoa comum do povo exerce um poder extremamente sério, já que decidirá sobre crimes dolosos contra a vida, sem conhecer o âmbito jurídico é muito mais fácil haver erros e consequências irreversíveis.

De igual modo, a falta de fundamentação por parte dos jurados acerca da decisão tomada, é uma contrariedade no instituto, uma vez que a Constituição Federal exige a fundamentação das decisões, sob pena de nulidade. O que não acontece nas decisões realizadas pelos jurados, já que não existe exigência de fundamentação, somente prevalecendo sua íntima convicção. Tal modalidade, exercida sobre a falta de qualquer fundamentação diante das decisões pelos jurados, o que pode causar prejuízo, podendo dificultar ao réu o direito de recurso, já que o dever de fundamentar garante o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Assim, diante o exposto no presente estudo, conclui-se que o Tribunal do Júri, embora seja instituto de suma importância a sociedade, por conta de possuir natureza democrática, todavia, sua estrutura possui muitas fissuras, sofrendo diversas críticas por parte doutrinadora, onde se ressalta a vulnerabilidade do banco de réus, diante as fragilidades que o Conselho de Sentença enfrenta durante os julgamentos.

Logo, tais características estabelecidas em face do Tribunal do Juri, no que tange a votação por parte de jurados leigos, carecem de revisões para que se tenha um resultado justo e conciso, tendo em vista se tratar de crimes dolosos contra a vida, que necessita de extremo cuidado na decisão, para haver condenação de pessoas inocentes e inocentar culpados.

Referências

ALVES, Danielle e; MASTRODI NETO, Josué. **Tribunal do Júri e o livre convencimento dos jurados.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 116, n.p, set./out. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.116.07.PDF. Acesso em 10 de jan de 2023.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

BANDEIRA, M. **Tribunal do júri:** de conformidade com a Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional / Marcos Bandeira. Ilhéus: Editus, 2010. p. 27.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Promulgada em 16 de julho de 1934**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24776.htm. Acesso em 12 de jan de 2023.

BRASIL. Constituição Federal de 1824, **Constituição Política do Império do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 02 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm Acesso em 13 de janeiro de 2023.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/92013/emenda-constitucional-1-69. Acesso em 13 de janeiro de 2023.

BRASIL**: Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1946**. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm Acesso em 13 de janeiro de 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 5 de janeiro de 2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. REIS, Alexandre Cebrian Araújo; organizado por Pedro Lenza. - Direito Penal - Parte Geral Esquematizado. 11. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LITUF, Luisa Nagib**. A Paixão no Banco dos Réus**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução ao Processo Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARQUES, José Frederico**. A Instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, G. d. S.Tribunal do Júri. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

OLIVEIRA, Laís Mendes. **Tribunal do júri e o subjetivismo inquisitivo**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2017. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/211924228.pdf . Acesso em 15 de jan. 2023

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**. 6. ed. [S.L]: Atlas Jurídico Profissional, 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Regimes Penitenciários e Sistema Progressivo e Liberdade Política, em novos rumos.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, Eliane Correa; OLIVEIRA, Rainaldo Marques de. **A (má) influência nas decisões do tribunal do júri.** Revista Jures, v.8, n.16. 2016.

SIMIONI, Lucas. **Raízes Inquisitórias do Tribunal do Júri no Brasil: história e perspectivas.** Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010.

TJ-GO **- CC: 6215342201980901 75**, Relator: DES. NICOMEDES DOMINGOS BORGES, Data de Julgamento: 04/12/2019, SECAO CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2914 de 22/01/2020.

TJ-MG - **Rec em Sentido Estrito: 10607180034862001 MG**, Relator: Paulo Calmon Nogueira da Gama, Data de Julgamento: 11/12/2019, Data de Publicação: 18/12/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

APLICABILIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE PRORROGADO COM ÊNFASE AO INSTITUTO DA AÇÃO CONTROLADA E INTERVENÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

MURILO HELLOIN DE HOLANDA SERRA: Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO [99]

RESUMO: A análise feita no presente artigo, almejou-se buscar informações sobre a prisão em flagrante, seus conceitos, espécies e sua natureza jurídica, focando na modalidade de prisão em flagrante prorrogado, e os meios de investigação, como a ação controlada e as infiltrações dos agentes, ferramentas essas utilizadas pela polícia judiciaria no combate contra o crime organizado. Trazendo ainda, um breve histórico contendo a origem e evolução das organizações criminosas, e o surgimento da lei 13.964/19 (pacote anticrime), que trouxe alterações nas leis, nº 12850/03 – Lei das Organizações Criminosas, nº 11.343/06 – Lei de Drogas e nº9.613/98 – Lei da Lavagem de Dinheiro, abordadas ao longo do artigo. Buscando ainda, comentar sobre o avanço da legislação em desfavor da criminalidade, sobretudo, o crime organizado, tornando a severidade dais leis penais mais eficientes e tomando medidas para a ordem e segurança da população, relacionando-se, com criação de novas leis, programas de conscientização, orientação e divulgação para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em Flagrante. Flagrante prorrogado. Ação controlada. Legislação.

ABSTRACT: The analysis carried out in the present work aimed to seek information on the arrest in flagrante, its concepts and its legais nature, focusing on the modality of arrest in flagrante delicto, and the means of investigation, such as controlled action and agent infiltrations, these tools are used by the judicial police in the fight against organized crime. It also brings a brief history containing the origin and evolution of criminal organizations, and the emergence of law 13.964/19 (anti-crime package), which brought changes to the laws, nº 12850/03 – Law of Criminal Organizations, nº 11.343/06 – Law of Drugs and nº9.613/98 – Money Laundering Law, addressed throughout the article. Also seeking to comment on the advancement of legislation against crime, especially organized crime and the severity of criminal laws and the measures taken for the order and security of the population in relation to the creation of new laws, awareness programs, guidance and dissemination. The study was carried out through surveys of bibliographic data from books, articles and websites, using a descriptive approach, which becomes an instrument of knowledge for those seeking clarification of doubts that arise in the various areas of knowledge, thus having to pass on to those who the clarifications that often remain unexplained are interested in the subject studied.

99 E-mail: murilohelloin16@gmail.com

KEYWORDS: Prison in Flagrante. Flagrant extended. Controlled action. Legislation.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Conceito de prisão em flagrante; 2.1 – Natureza jurídica da prisão em flagrante; 2.2 – Objetivos da prisão em flagrante; 2.3 – Características da prisão em flagrante prorrogado; 3 – Conceito, origem e evolução das organizações criminosas; 4 – Conceito de ação controlada, suas características e as leis que ela se aplica; 5 – O advento da lei 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME); 6 – Conclusão; 7- Referências.

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade apresentar a aplicabilidade da prisão em flagrante prorrogado em conjunto, com o instituto da ação controlada e a intervenção da polícia judiciária, tendo em vista vários noticiários nas mídias que versam sobre a violência que permeiam as organizações criminosas e que assolam a população brasileira diariamente, e com as crescentes formações de grupos organizados que ditam regras e aterrorizam a sociedade, promovendo um sentimento de impunidade e reflexão social.

Será firmado neste artigo, um breve histórico sobre o crime organizado até a atualidade, neste sentido será demonstrado o conceito e a aplicação da ação controlada, objeto de trabalho central para o meio de investigação pela polícia judiciária, visto que é notório os flagrantes crescentes, sejam por crimes nos mais diversos tipos, entre as organizações criminosas, tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro, dessa forma é de grande importância entender como os grupos organizados agem no cotidiano da população brasileira e na vida profissional de quem presta serviço na segurança pública.

Desta forma, a presente pesquisa dividiu-se em 4 etapas, a primeira trata sobre os conceitos da prisão em flagrante, sua natureza jurídica, seus objetivos e a espécie flagrante prorrogado, a segunda etapa abordou sobre o conceito das organizações criminosas, contendo seu ponta pé inicial, sua evolução histórica diante de décadas e seu aperfeiçoamento ao passar do tempo.

A terceira etapa discorre sobre o instituto da ação controlada, seus conceitos e as leis que ela se aplica, quarta e última etapa aborda sobre o surgimento da lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime). Em vista disso, o interesse pelo estudo almeja-se contribuir para o entendimento e reconhecimento das leis que promovem a segurança pública, e sobre os meios utilizados pela polícia judiciária para investigar os crimes organizados.

2 - CONCEITO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante é aquela prisão em que o sujeito de regra é pego realizando o crime, ressalta-se que o flagrante não é apenas isso, tem características

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

importante, como suas modalidades de flagrante, e basicamente, nós temos duas modalidades, o flagrante legal e doutrinários, quando se fala flagrante legal isso não significa que as outras modalidades sejam ilegais, e sim flagrantes que se encontra de forma expressa na lei.

Conforme, aponta Lima (2018, p. 936):

> A expressão 'flagrante' deriva do latim *'Flagrare'* (queimar), e '*flagrans'*, 'flagrantis' (ardente, brilhante, resplandecente), que, no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seira uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.

O flagrante é subdividido em espécies, tendo assim, o flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante presumido, flagrante compulsório e o facultativo, esses são as modalidades conhecidas como flagrante legal. Por sua vez, também temos o flagrante doutrinário ou os flagrantes doutrinários, onde primeiro se destaca o flagrante esperado, posteriormente o flagrante prorrogado, que será abordado ao longo do artigo, flagrante provocado ou preparado e por último ainda a figura do flagrante forjado.

A prisão em flagrante tem seu primeiro dispositivo no código de processo penal, em seu Art. 301:

> "...Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". (DECRETO-LEI Nº3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941).

Vale reforçar que na Constituição Federal no seu Art. 5, LXI, expõe:

> "...ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". (CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Relatando que qualquer um poderá prender o agente infrator cometendo o ato criminoso, desde que o infringente seja pego cometendo o crime em flagrante delito, ou no segundo caso dependerá de uma ordem fundamentada de um juiz, tendo como

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

exceção a prisão em flagrante e prisão disciplinar dos militares, portanto é uma prisão que ocorre sem que tenha previamente uma ordem judicial.

Com relação as variações de prisões, a prisão em flagrante está inserida na modalidade de prisão provisória, categorizada com a natureza precautelar e pré-processual, sem necessitar de uma autorização escrita de autoridade competente, desde que a pessoa se encontre em determinadas circunstâncias expressamente previstas em lei. Assim, explicita Nicolitt (2014, p. 731):

> A prisão em flagrante não é propriamente uma prisão cautelar e sim precautelar, pois não se dirige a preservar o resultado final do processo visando tão somente a colocação do preso a disposição do juiz para que este adote ou não uma medida cautelar, ou seja, converta o flagrante em prisão cautelar.

A prisão em flagrante é utilizada para agir em uma circunstância de imediatismo para combater uma infração, apresentando assim as razões pela qual faz-se reprimir o ato apócrifo e fazer a coleta de provas.

2.1 - Natureza jurídica da prisão em flagrante

A natureza jurídica da prisão em flagrante é caracterizada como, medida cautelar de caráter pessoal com restrição de liberdade, para tanto toma-se como requisito a responsabilidade cautelatória, levando-se sempre em consideração o Art. 302 do CPP, e as ponderações que venham a elas serem retiradas, nas quais serviram de propósito para serem analisadas posteriormente, para sua legalidade em ocasião.

Extraordinariamente enfatiza Lima (2018, p. 940):

> Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que a prisão em flagrante tem caráter precautelar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar: a conversão em prisão preventiva a (ou temporária), ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão.

Desta forma, seguindo a corrente majoritária que defende o caráter jurídico da prisão em flagrante, sendo uma medida pré-processual ou precautelar, que se dá

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

basicamente na primeira fase do processo criminal. A prisão em flagrante é uma ação administrativa e pode ser comandada por autoridade policial. Dessa forma, Lopes (2015, p. 608) explana que:

> A prisão em flagrante é uma medida precautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particular ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de analisar em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Vale ressaltar para que na ocasião do ato, evitem ou minimize maiores danos decorrentes do crime, é necessário embasamento do artigo 302 do Código de Processo Penal-CPP:

> [...] flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoal, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração" (DECRETO-LEI Nº 3.689, 1941).

MARCÃO (2019) discorre ainda que, a excepcionalidade da prisão em flagrante se encontra descrita no art. 5º, LXI, da CF. Diante do que a Constituição Federal explicita, toda prisão tem que ser acompanhada de ordem expressa da autoridade judiciária competente, onde deverá ser respeitada a presunção de inocência, culpabilidade e estado de inocência, sendo assim, o infrator só será preso em flagrante delito.

2.2 - Objetivos da prisão em flagrante

Segundo Lima (2018) um dos objetivos da prisão em flagrante, é manter a ordem social e assegurar as garantias que a lei propõe para o cidadão, tem a necessidade de que seja aplicada as medidas de restrição de liberdade, assim assegurando a segurança em favor da sociedade como um todo, buscando um impulso entre a sociedade para predominar a segurança e a paz da população, mostrando assim não somente o destino, mais também a detenção dos desordeiros que vierem a cometer os delitos e desse modo fazer a aplicação da sanção penal.

Nesse sentido, para Marcão (2019, p. 699):

> O objetivo da prisão em flagrante – por nós identificado como a *colheita* da prova ardente – é que justifica a afirmação da

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> necessidade dos requisitos apontados, visto que, assim compreendida, *tem por escopo garantir o resultado final do processo* ou ao menos influenciar positivamente na colheita de prova (ou parte dela) que servirá de base para sua instauração.

A prisão em flagrante dispõe-se sobre as evidências do instante em que a situação delituosa atual esteja se consumando, requer tanto atualidade, bem como visibilidade, ou seja, requer que o ato seja visto por alguém no momento exato para que identifique o evento crime, já a visibilidade em questão refere-se a um elemento especial para a concretização do ato, porém não é um elemento essencial a toda espécie de flagrante, considerando a possibilidade de ser efetuada a prisão do responsável, e que faça entender que seja o autor do ato criminoso. Portanto, flagrante em sentido próprio, estar em um quadro que seja o autor do crime.

Nesse segmento ensina Greco Filho (2013, p. 303):

> O flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à pratica da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial. Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à pratica da infração e a captação, também imediata, da prova.

Dessa forma, a prisão em flagrante é uma diligencia tomada para fazer a privatização da liberdade de um indivíduo que acaba de comete um crime, apoderando-se da natureza cautelar e processual, sem carência de ordem escrita de juiz absoluto, tendo assim uma resposta imediata ao delito passando para a sociedade uma ideia de segurança e impedir a evasão do sujeito para ter a sua identificação e em alguns casos, para impedir a consumação do crime ou de minorar as consequências do ato criminoso.

2.3 - Características da prisão em flagrante prorrogado

No flagrante prorrogado a autoridade policial judiciaria retarda a intervenção dos agentes e não efetua a prisão naquele momento, esse meio de espera é necessário para ter uma maior autonomia de investigação para obter um número maior de provas e identificar um número maior de envolvidos na organização, para assim fazer a intervenção e a prisão dos criminosos em um momento mais adequado diante dos atos infracionais cometidos, conhecida como ação controlada esta espécie de flagrante esta prevenido na lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Conforme relata Renato Brasileiro (2018, p. 948):

> A Ação controlada consiste no retardamento da intervenção policial, que deve ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas. Também conhecida como flagrante prorrogado, retardado ou deferido, vem prevista na Lei de Drogas, na Lei de Lavagem de Capitais e na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13).

Atualmente as organizações criminosas estão cada vez mais especializadas envolvendo cada vez mais pessoas, assim a polícia judiciária deve ter cuidado redobrado com o intuito de obter maior embasamento de vestígios probatórios. Assim a prisão em flagrante devera obedecer a critérios mais rígidos para ter um cenário mais objetivo em relação as operações e atuações das organizações criminosas. Dessa forma a autoridade policial tem um conhecimento mais aprofundado sobre o universo que envolver essa ação delituosa e ter êxito para aplicar a prisão.

Ainda se denomina o flagrante prorrogado, a ação policial que monitora e controla as ações desenvolvidas no âmbito das citadas organizações criminosas. A ação será controlada, postergando o flagrante para um momento de maior visibilidade e de maior oportunidade de angariar provas para a persecução penal.

Segundo Távora (2015, p. 835):

> É um flagrante de feição estratégica, pois a autoridade policial tem a faculdade de aguardar, do ponto de vista da investigação criminal, o momento mais adequado para realizar a prisão, ainda que sua atitude implique na postergação da intervenção. Mesmo diante da ocorrência da infração, pode-se deixar de atuar, no intuito da captura do maior número de infratores, ou da captação de um maior manancial probatório.

De fato, a prisão em flagrante prorrogado é aplicada necessariamente quando a investigação estiver focada nas práticas delituosas cometidas por organização criminosa ou, a qualquer ato relacionado a ela, não se valendo a quaisquer outra conjectura ilegal.

3 - CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O crime organizado é uma formação criminosa composta por vários integrantes e que há hierarquias entre eles, todos os membros dessa organização são remunerados, se reúnem para a prática de inúmeras ações criminosas com um único objetivo que é ter lucro, o crime organizado tem um plano de fundo na sua atuação, implantando a disseminação do ódio, medo, pânico, caos social e da ordem pública.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Sobre organização criminosa, sua origem, evolução e formas de organização verificaram que a população menos favorecida socialmente e financeiramente são alvos de recrutamentos para atuarem nas práticas das ações criminosas, sendo assim, promovendo uma renda familiar não tão justa, visto que são oportunidades não benéficas para as famílias promovendo cada vez mais a inequidade, ou seja a injustiça social.

Dessa forma, a lei 12.850/13 em seu primeiro artigo, relata definição de organização criminosa:

> 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.

Levando em consideração a criação da lei de orientação e punições para quem comete os crimes, e a caracterização para identificar as organizações criminosas no que diz respeito ao quantitativo de pessoas envolvidas para que sejam reconhecidas como associação criminosa.

Para especificar a origem histórica do crime organizado no contexto mundial não é das coisas mais fáceis, mais fazendo um apanhado dos pontos mais importantes envolvidas tem-se a ratificação dos delitos ocorrido no processo.

De acordo com Rafael Pacheco (2011, p. 22):

> Os relatos demonstram que algumas das organizações criminosas tradicionais conhecidas na atualidade, estas tratadas adiante, não eram inicialmente dedicadas a atividades criminosas. A maioria teve como nascedouro movimentos populares, o que facilitou sobremaneira sua aceitação na comunidade local, assim como o recrutamento de voluntários para o exercício de suas posteriores atividades ilícitas. As descrições mais remotas dessas associações podem ser identificadas no início do século XVI e tinham como fundo motivador e organizacional os movimentos de proteção contra as arbitrariedades praticadas pelos poderosos do Estado, em

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> relação a pessoas que geralmente residiam em localidades rurais, menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos.

Diante da breve leitura da passagem, é óbvio que a origem do crime organizado se justifica de uma certa perspectiva. Logo ao decorrer do tempo as características também vão mudando, com todas as mudanças, as relações interpessoais, o poder e o dinheiro adquiriram uma dimensão considerável, tornando assim, o objetivo principal dos crimes organizados a exploração das instituições que se opunham em primeiro lugar. Dessa forma, essas instituições viraram uma oportunidade nos olhos dos criminosos para usar na pratica de crimes.

No Brasil, é importante frisar o momento histórico da formação do crime organizado nas décadas de 60 e 70, houve um grande êxodo rural de pessoas saindo do campo e indo para as cidades grandes evidentemente para os grandes centros urbanos, principalmente Rio de Janeiro e São Paulo, que acabaram muito saturados e por consequência as pessoas foram ocupando as regiões próximas a essas metrópoles acabaram formando favelas, ou seja, regiões periféricas a essas cidades, formando inúmeras comunidades em todas as regiões do brasil.

Essas regiões periféricas foram regiões muito carentes nas prestações de serviços públicos principalmente no serviço de segurança pública, serviços de habitação, a renda e emprego, tudo isso acabou fomentando ao crime, não que a pobreza e a desigualdade social causaram a criminalidade, mas acabou sendo um elemento que favorecendo a criminalidade.

Em decorrência disso, acorreu uma explosão no sistema carcerário brasileiro, em razão de grandes índices da criminalidade e cada vez mais registrando a presença de pessoas do mesmo perfil, ou seja, moradores das periferias e boa parte deles negros e sem escolaridade, esses presos quando no interior do sistema prisional tiveram contato com vários presos da época da ditadura militar, e esses presos comuns acabaram se encontrando com esses presos políticos e passando grandes informações para aos presos comuns em termos de organização eram presos que entendiam muito de estruturação e organização de movimentos e isso foi crucial para o surgimento do crime organizado no Brasil, como Descreve Carlos Amorim (2006, p.92):

> Na Ilha Grande, enquanto os presos comuns traficavam drogas, os presos políticos traficavam papéis e informações. A maioria dos depoimentos sobre a tortura no Brasil, divulgados no exterior, saiu de dentro de presídios. Muitas orientações e analises politicas partiam da Galeria B do Cândido Mendes para os poucos grupos que ainda restavam ativos na rua. Papéis saíam. Papéis entravam. O

> correio – como acontece ainda hoje para o Comando Vermelho carioca e o PCC paulista – sempre esteve baseado nas visitas de parentes e advogados dos presos políticos.

Outro fator importante foi o tráfico de drogas que trouxe um lucro muito grande para as organizações criminosas, os presos começaram a se organizar e em decorrência disso obtiveram um retorno muito grande na venda dessas drogas ilícitas, o tráfico de droga foi durante a muitos anos e é até hoje o principal braço de atuação das organizações criminosas no Brasil.

Com a inteligência dos membros hierárquicos das organizações criminosas, foram se aperfeiçoando hoje lidam com inúmeros tipos de delitos e com outros meios que acabam trazendo muito recursos para o crime organizado, é o caso do tráfico de armas, cigarros, falsificação de mercadorias, roubo a banco, roubo de cargas, desvio de verbas públicas e dá associação entre o crime organizado e o poder público, ou seja, inúmeros delitos para manter a principal base de atuação do crime organizado do brasil hoje que é o poder econômico.

Portanto as organizações criminosas formaram verdadeiro impérios no brasil e literalmente são empresas do crime, vale ressaltar que algumas dessas organizações criminosas criaram suas próprias leis tendo até sistema de previdências, como exemplo a facção criminosa PCC. O crime organizado é um problema global, não sendo algo que está somente no Brasil mais sim no mundo inteiro e as organizações criminosas se estende cada vez mais os seus domínios para fora dos países, ou seja, são elementos transnacionais indo de uma nação para outra.

4 - CONCEITO DE AÇÃO CONTROLADA, SUAS CARACTERÍSTICAS E AS LEIS QUE ELA SE APLICA

A ação controlada é uma técnica especial de investigação utilizada pelos agentes responsável, que retardar o acontecimento daquela ação mesmo tendo ciência dela para uma ocasião mais favorecida e aplicar a prisão, ou seja, poderá prender em flagrante uma pessoa em momento posterior, não naquele instante, onde o infrator está desempenhando o delito, em razão de ter mais oportunidade de coletar mais provas, identificar mais autores, partícipes de um crime e resgatar o produto daquele crime, o proveito daquela infração penal, inclusive no resgate de uma vítima com mais segurança.

No ordenamento jurídico brasileiro existe 3 tipos de leis especificas que vão tratar da ação controlada, sendo a primeira, a lei nº 12.850/2003, que trata das organizações criminosas, está precisamente no seu Art. 8º, posteriormente a lei de drogas nº

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

11.343/2006 no seu Art. 53, nos seus incisos I, II, parágrafo único e por último a lei de lavagem de dinheiro nº 9.613/1998, no seu Art. 1º, § 6, e o Art. 4º, B da mesma lei.

Da ação controlada segundo a lei de organizações criminosas no seu art. 8º consiste:

> "...em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações" (PLANALTO DA REPÚBLICA BRASILEIRA LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013).

Basicamente essas leis precisam ter previa autorização judicial, em relação a lei de organização criminosa em seu artigo 8º, exige somente que a autoridade que venha realizar essa ação, comunique previamente as autoridades superiores que irá realizar essa ação de investigação de maneira controlada, ou seja, o conhecido flagrante postergado, mas não necessitará de autorização, somente dar a ciência ao poder judiciário para realizar a investigação.

Em relação a lei de drogas e da lavagem de dinheiro é necessário a autorização previa judicial, a autoridade que dará a autorização para a investigação poderá pedir mais detalhes dessa ação, como a identidade de quem será investigado e o que será investigado.

Da ação controlado decorrente da lei de drogas no seu Art. 53, fundamenta-se:

> "... em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios :I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores". (LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Os procedimentos averiguados acima oportuniza a utilidade da ação controlada para ter uma investigação aprimorada e na obtenção de novas provas, assim se utilizando da infiltração de agentes para a investigação das organizações criminosas, focado principalmente contra o tráfico de drogas.

O crime de lavagem de dinheiro resumidamente é um conjunto de operações que tem por objetivo ocultar a origem do dinheiro ilícito das atividades criminosas, por meio de diversas formas, onde os autores pegam dinheiro sujo que vem de um crime e vão tentar dar vida a esse dinheiro.

Da ação controlada resultante da lei de lavagem de dinheiro, baseia-se em seu Art. 1º, § 6:

> "...Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. § 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes". (LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998).

Respectivamente o Art. 4º B, da mesma lei, abrange:

> "...A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações". (LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998).

Dessa forma, a ação controlada é um instrumento indispensável para o combate das organizações criminosas e grupos organizados, leis essas que teve alteração com o surgimento do pacote anticrime (Lei 13.964/19).

5 - O ADVENTO DA LEI 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME)

O surgimento da lei 13.964/19, que teve sua vigência na data do dia 23 de janeiro de 2020, e sua sanção no dia 24 de dezembro de 2019. Lei essa que modificou e incluiu vários dispositivos nas leis atuais, tendo como princípio normativo o enrijecimento na luta ao crime e aperfeiçoamento das leis do ordenamento jurídico brasileiro, modificando a legislação para atual situação brasileira no combate as organizações criminosas (Lei nº 12850/13), lei de drogas (Lei nº 11.343/06) e lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), para

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

assim, ter um país mais seguro e um sentimento de mais segurança e menos impunidade na sociedade.

As mudanças promovidas pela lei anticrime em relação a lei das organizações criminosas foi a adição de dois parágrafos no artigo 2º, o § 8 e § 9, onde no primeiro aborda se o sujeito for uma liderança dos grupos organizados, estiver armado ou que tenha acesso a armas deverá cumprir pena diretamente em prisões de segurança máxima. No outro parágrafo retrata que o condenado tendo ou não liderança no crime organizado, sentenciado por organização criminosa, ele não terá o privilégio da progressão de regime, livramento condicional ou a outros benefícios penais, se for caracterizado que teve elementos de provas suficientes, que o indivíduo faz parte ou tenha vinculo ao crime organizado, como aponta Nucci (2020, p. 151):

> A lei 13.964/2019 tornou mais rígido o cumprimento da pena de lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição. Para tanto determina que esses sentenciados devem iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

Por outro lado, como demonstra Gonçalves (2020, p. 215) endurecimento de norma penal não se mostra eficaz, tratando-se de um Direito Penal Simbólico, feito para atender os clamores da população, que se sente insegura, muito pela sensação de sempre está exposta a criminalidade.

Outras importantes alterações na lei nº 12.850/13, foi um conjunto de normais incluída na parte destinada a contribuição premiada que teve o acréscimo dos artigos 3º-A, 3º- B e 3º C, a primeira mudança foi deixar clara a natureza jurídica da colaboração, antes da atualização da lei, dizia que a delação era um ensejo para obtenção de novas prova, agora com a lei 13.964/19, o dispositivo relata que a delação além de meios de obtenção de provas se tornou também um negócio jurídico processual.

Se antes a lei já dizia que era um meio de obtenção de provas e a jurisprudência já tomando partido dizendo que não dava para condenar só com a colaboração, agora está expresso na lei anticrime que altera a lei de organização criminosa, deixando claro que, só com a colaboração premiada não é possível recebimento de denuncia ou queixa, adoção de medidas cautelares e a sentença condenatória.

Na Lei de drogas (Lei nº 11.343/06), o pacote anticrime teve uma única mudança, onde foi acrescido no artigo 33º, § 1, o inciso IV, que veio corroborar o que já era tratado na jurisprudência, a lei agora diz que, nas mesmas penas do artigo citado acima, aquele que vende ou entrega droga, ou matéria prima destinada a produção da droga, para policial disfarçado desde que já exista indícios, ou seja, elementos de provas

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

contundentes da pratica criminosa preexistente. Assim, se o policial disfarçado chega e o sujeito vai vender ou entregar a droga, já existindo elementos de provas que demonstrem a pratica do crime, em outras palavras, o traficante já estava transportando a droga, trazendo consigo ou qualquer outro meio, o flagrante é licito, pois o crime já estava ocorrendo, diferentemente do flagrante Preparado onde o policial provoca o sujeito a cometer o crime, entendimento do STF sumula 145, nesse caso não existira o crime.

De acordo com o julgamento do STF:

> EMENTA: "HABEAS-CORPUS". Flagrante preparado. Nulidade. Processo Penal. Precedentes do STF. Súmula 145. Não há crime na operação preparada de venda de droga, quando não preexiste sua posse pelo acusado. Fica descaracterizado o delito para o réu que tão só dele participou em conluio com policiais, visando a repressão ao narcotráfico. Ordem conhecida e deferida, para anular o acórdão condenatório e restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau, cassada a ordem de prisão. (HC 70235, Relator(a): PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 08/03/1994, DJ 06-05-1994 PP-10469 EMENT VOL-01743-02 PP-00372)

Na lei de lavagem de dinheiro ou lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98), a mudança promovida pela lei anticrime, basicamente, foi apenas acrescentada no artigo 1º dessa lei, o parágrafo sexto, onde traz a possibilidade de se aplicar na investigação envolvendo a lavagem de dinheiro, dois institutos, a ação controlada e a figura do agente infiltrado. Dessa forma, antes da atualização da lei pelo pacote anticrime, não se fazia alusão a esses dois meios de investigação, agora a própria lei de lavagem de dinheiro já traz expressamente, independentemente de termos a organização criminosa, poderá ter a aplicação desses dos métodos para as investigações.

6 - CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos observados, o presente artigo, retratou sobre os conceitos e as características da prisão em flagrante, origem e evolução do crime organizado, e o surgimento da lei anticrime, tendo o enfoque na modalidade de prisão em flagrante prorrogado, utilizando-se da ação controlada e infiltrações dos agentes, ferramentas indispensáveis para o meio de investigação das organizações criminosas, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro.

A base central do trabalho foi apontar que ao decorrer do tempo o crime organizado teve um crescimento astronômico e seu desenvolvimento trouxe várias

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

preocupações para as autoridades. Em vista disso, a legislação brasileira passou a adotar estratégias e alterações no ordenamento jurídico brasileiro para acompanhar os avanços dos grupos organizados, visto que, a cada momento estão mais categorizados e aperfeiçoados, tirando proveito das técnicas e recursos tecnológicos para o cometimento das infrações penais.

Conclui-se que, diante das alterações feitas na legislação brasileira é imprescindível que a segurança pública, dos governos federais, estaduais e municipais, se empenhe na função de resguardar a população trazendo segurança contra os infringentes. Oferecendo com as alterações nos diplomas legais um enrijecimento das normas para maior capacidade e eficiência na aplicação da lei contra os agentes violadores. Concretizando assim, para a sociedade ter um sentimento de mais segurança, proteção e prevenção contra os grupos organizados.

7 - REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. **CVPCC: a irmandade do crime/** Carlos Amorim – 7ª ed.- Rio de Janeiro: Record, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS Nº 70235-0 RIO GRANDE DO SUL.** Impetrante Nelson Soares de Oliveira. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Paulo Brossard. Brasília, DF, 08 de março de 1994. Diário da Justiça 06 de maio de 1994 Disponível em http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72294. Acesso em 19/10/2021.

BRASIL, Lei nº 12850/13 de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011- 2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 11/09/2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. art. 144**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25/09/2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Art. 5º da CF de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso 25/09/2021.

DECRETO-LEI Nº3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo penal**, **Art. 301**, **302 e seus incisos**. Disponível em: www.Planalto.gov.br/ccvil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acesso 16/08/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. **9. ed.** São Paulo: Saraiva,2012. **Manual de processo penal. 10. ed**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Antônio Baptista. **PCC e facções criminosas: a luta contra o Estado no domínio pelo poder**/ Antônio Baptista Gonçalves. – 1.ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. **Lei de drogas**. **Art. 53, incisos I, II, e parágrafo único**, disponível em: www.planalto.gov.br/ccvil_03/ato2004/2006/lei/11343.htm. Acesso em 26/09/2021.

LEI N° 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. **Pacote anticrime**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em 27/09/2021.

LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998. **Lei Lavagem de Dinheiro**. **Art. 1º, § 6 e Art. 4º B,** disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em 26/09/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manuel de Processo Penal.** 6, ed. Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES, Aury Junior. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato **Curso de Processo Penal** / Renato Marcão. – 5. Ed. -São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. -5. ed. rev. atual, e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Pacote Anticrime Comentado**: Lei 13.964, de 24.12.2019. 1.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial**. 1ª edição. Curitiba. Ed. Juruá, 2011.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª ed. – Salvador, juspodivm 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

O GARANTISMO JURÍDICO E AS FLEXIBILIZAÇÕES DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

LUIZ GUSTAVO MENDES DE PAULA FALLEIROS: Advogado, pós-graduado em Direito e Processo do trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP[100].

RESUMO: Este ensaio tem o escopo de analisar a teoria do garantismo, desenvolvida por Luigi Ferrajoli em sua obra "Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal" (2013). Na obra em questão, o jurista italiano idealiza uma estrutura de proteção dos direitos fundamentais dentro de um texto constitucional. Portanto, pretende-se analisar a aplicabilidade desta teoria dentro da Constituição Federal de 1988 e no Direito do Trabalho e fomentar o debate ao mostrar uma "nova" perspectiva sobre as recentes alterações legislativas que possam ter afrontado, direta ou indiretamente, os direitos fundamentais dos trabalhadores sob a perspectiva da teoria de Luigi Ferrajoli. A metodologia adotada foi a pesquisa teórica, por meio de revisão bibliográfica e método dedutivo. A partir da investigação, concluiu-se que, apesar da possibilidade da aplicação da teoria do garantismo, ela não vem sendo empregada no direito do trabalho brasileiro ultimamente, tendo em vista as recentes flexibilizações e desregulamentações de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Garantismo judicial; direito do trabalho; flexibilização; desregulamentação e direito coletivo do trabalho.

ABSTRACT: This text aims to analyze the theory of garantism, elaborated by Luigi Ferrajoli in his book "Law and Reason:Theory of Legal Garantism''. In this work, the Italian jurist idealizes a structure for the protection of fundamental rights within a constitutional text.Therefore, this article intends to analyze the applicability of this theory within the Federal Constitution of 1988 and in Labor Law, fostering a debate by showing this "new" perspective on recent legal changes that may have directly or indirectly confronted fundamental worker's rights workers under the perspective of Luigi Ferrajoli's theory. The methodology adopted was the theoretical research, through a bibliographic review and a deductive method. Through this investigation, it was possible to conclude that, despite the possibility of applying the theory of garantism, it has not been implemented in Brazilian labor law lately, considering the recent flexibilizations and deregulations of worker's fundamental rights.

Keywords: Legal garantism; labor law; deregulation; collective labor law.

100 E-mail: luizgustavofalleiros@gmail.com

1.INTRODUÇÃO

Há muito se debate a importância dos direitos e garantias fundamentais, em especial quando se correlaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana em uma interpretação *lato sensu,* essa perspectiva foi trazida à tona por Ferrajoli (2013) em sua teoria conhecida como a Teoria do Garantismo Judicial, que busca, em uma perfunctória análise, a defesa desses direitos fundamentais dentro de elementos constitucionalizados. Tais direitos estão presentes dentro do Estado Democrático de Direito, que vem sendo introduzido há anos em vários textos constitucionais, inclusive na Constituição Federal de 1988, submetendo as normas infraconstitucionais aos preceitos básicos do texto constitucional, sob pena da inconstitucionalidade.

No que concerne os direitos fundamentais, analisando a Lei Maior, é possível listar o Direito do Trabalho, que é considerado um direito social de segunda geração, e para muitos doutrinadores, tido como direito social e não direito privado[1]. Isso traz uma reflexão sobre a aplicabilidade da teoria do garantismo para essa esfera em especial, apontando a confirmação de um direito constitucionalmente previsto no fito de promover e garantir aqueles direitos fundamentais, através das próprias normas constitucionais previstas. Dito isso, o que busca-se neste ensaio é a harmonização entre a teoria proposta por Ferrajoli dentro do espectro do direito do trabalho, considerando a substancialidade de tais direitos e fazendo uma análise da limitação de poder do Estado em intervir em direitos fundamentais e até onde podem ser propostas mudanças.

A Constituição Federal (1988), em seu texto, veda qualquer alteração lesiva aos direitos dos cidadãos e essa garantia trazida pelo texto constitucional tem fortes bases na confirmação da garantia dos direitos humanos há anos trazida ao debate. As reflexões trazidas pela teoria do garantismo judicial levantaram a hipótese de que, se em razão do Direito do Trabalho ser considerado um direito social e nele estarem incrustados direitos fundamentais, poderia a teoria aqui estudada ser aplicada em suas especificidades. Em caso afirmativo, convém indagar qual seria o seu alcance dentro de uma possível flexibilização ou desregulamentação dos direitos trabalhistas, em especial no debate trazido pela Lei 13.467 de julho de 2017, popularmente conhecida como Lei da Reforma Trabalhista. Para esse ensaio, a metodologia adotada foi pesquisa teórica, valendo-se de métodos dedutivos e da pesquisa bibliográfica.

2.O GARANTISMO PROPOSTO POR LUIGI FERRAJOLI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em um primeiro plano, é preciso conceituar o que é o garantismo e suas bases. Luigi Ferrajoli, em sua obra, trouxe o garantismo como um novo modelo normativo de direito dentro do princípio da legalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

A teoria proposta por Ferrajoli seria uma nova forma de se entender o direito, com foco nos aspectos formais e substanciais que devem coexistir para que o direito seja considerado válido. Essa coexistência entre aspectos apresentados pelo jurista Ferrajoli tem como objetivo resguardar a possibilidade de garantir a todos aqueles sujeitos de direito e todos os direitos fundamentais que efetivamente estejam positivados no texto constitucional. Portanto, pode-se entender que a categoria dos direitos fundamentais é um dado ontológico para que se possa analisar a existência e validade de um direito, ou seja, determinar se a norma é válida ou não, observando dois elementos específicos, o elemento formal e o elemento substancial.

O primeiro elemento, o aspecto formal, consiste no formalismo que está incrustado no procedimento prévio, funcionando como um pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma. Em outras palavras, essa norma somente será considerada legítima se ela for composta e estruturada de acordo com todos os procedimentos formais previstos no ordenamento jurídico, conceito esse bem próximo do que Kelsen entende como validade na teoria pura do direito.

O que diferencia a ideia de Ferrajoli é um novo elemento por ele explorado dentro do conceito de validade, que é o elemento substancial na perspectiva do universo jurídico, que consiste, em uma breve síntese, em elementos de conteúdo material fundamentado na norma para que essa norma seja válida. Assim sendo, a nova regra somente será válida se observado o binômio formalidade x subjetividade, sempre em harmonia com os direitos fundamentais previstos em um texto constitucional. Esses elementos são interpretados como direitos fundamentais, visto que por meio deles se resgata a ideia de ética material. Nesse sentido, leciona Acelino Rodrigues Carvalho em sua obra:

> Garantismo é um modelo normativo de direito próprio do Estado constitucional de direito, e configura um sistema de limites e vínculos a todos os poderes, públicos e privados, estatais e internacionais; garantismo configura uma teoria do direito, qual seja o juspositivismo crítico, em oposição ao juspositivismo normalista e pressupõe um desnível normativo configurando, por uma vez, uma teoria de validade garantismo designa uma filosofia política no sentido de que as instituições públicas somente se justificam pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.[2]

Em resumo, o garantismo jurídico defendido por Luigi Ferrajoli é um conjunto de normas que visa proteger o sujeito de direito dos abusos de poder por parte do ente estatal, vinculando o Estado aos direitos e garantias fundamentais, sendo necessário partir do pressuposto que a teoria do garantismo judicial assegura os dois pilares do estado democrático de direito.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Essa raiz trazida pela teoria de Ferrajoli está presente na Constituição Federal de 1988; a natureza do texto constitucional nasceu sob o emblema da democracia em harmonia com os direitos fundamentais trazidos em seu texto. Ainda, a Carta Cidadã é um conjunto de regras que disciplinam a organização dos poderes e criam regras que definem princípios e valores que devem ser bases para a legislação infraconstitucional.

O preâmbulo da Constituição Federal adota a ideia de Estado Democrático de Direito, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais em harmonia com o formalismo trazido pelo próprio Texto Constitucional, o que efetivamente garante a aplicabilidade da teoria do garantismo elaborada por Ferrajoli. Dessa forma, a teoria do garantismo assegura a proteção dos direitos fundamentais a serem positivados dentro do ordenamento jurídico, e se não assim o fizerem, o Estado respaldará que tais direitos poderão ser acionados em juízo, o que resta claro que os direitos fundamentais consagrados em nossa constituição possuem aplicação em consonância com a teoria proposta e explicada neste ensaio, podendo ser reivindicados diante de qualquer ameaça de lesão.

Entre esses direitos sociais e fundamentais a serem tutelados está presente o direito do trabalho, que muito embora seja considerado como um direito fundamentalmente social, na atual situação, não só está sujeito à ameaças como está sendo alvo de constantes mudanças que desregulamentam o seu objetivo.

3.O GARANTISMO E SUA APLICABILIDADE AO DIREITO DO TRABALHO

Superado esse ponto, analisando as bases teóricas e o conceito trazido por Ferrajoli na teoria do garantismo jurídico dentro do espectro do direito do trabalho, ainda que a ideia do garantismo judicial não tenha sido tecida originalmente para a aplicação prática dentro do Direito do Trabalho, esta teoria, por se tratar de uma teoria geral do direito, nas palavras do professor Ferrajoli, pode ser aplicada em outros campos do direito:

> como paradigma da teoria geral do direito, a todo campo de direitos subjetivos, sejam estes patrimoniais ou fundamentais, e a todo conjunto de poderes, públicos ou privados, estatais ou internacionais[3]

É totalmente plausível a sua extensão para uma aplicabilidade prática dentro do Direito Juslaboral. Partindo do pressuposto que a teoria do garantismo visa a tutela dos direitos fundamentais, sua aplicação para além do direito penal, onde foi originalmente aplicada, é absolutamente factível. O conjunto de garantias citadas por Ferrajoli tem como objetivo atingir os direitos sociais, neste aspecto, cito o direito do trabalho que,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

além de mencionado na obra do autor, é assegurado como direito fundamental em nossa Constituição Federal.

Partindo dessa linha, a Teoria do Garantismo alcançou a atuação prática no direito do trabalho, vez que o mesmo é considerado como um direito fundamental e ultimamente vem sofrendo diversos ataques por parte do poder público influenciado por uma ideologia neoliberal, suprimindo direito desses trabalhadores, indo na contramão de todo trabalho e desenvolvimento feito nessa área, inclusive normativas internacionais que reconhecem o trabalho como um gênero de direitos humanos.

> Artigo 23
>
> 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
>
> 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
>
> 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
>
> 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses.[4]

Os próprios títulos internacionais garantem o direito do trabalho e do trabalhador como direitos inerentes à pessoa humana, o que por consequência o colocam como direitos fundamentais de modo que a Constituição Federal, em seus artigos 7º e 8º, positivaram tais direitos, sem mencionar as diversas leis infraconstitucionais que tutelam tal direito, tais como a CLT, Lei Complementar 150/15, etc.

O constituinte, no fito de atender a onda constitucionalista social do século XX, inseriu o direito do trabalho como um direito fundamental, o que resultou em uma considerável ampliação do alcance dos direitos sociais.

De fato, a constitucionalização do direito do trabalho representa um grande avanço, considerando que ele foi alçado ao status de um direito fundamental gozando do garantismo proposto por Ferrajoli, onde, em tese, teria uma "proteção" contra as tentativas de desregulamentação ou flexibilização de tais direitos, protegendo o sujeito

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

de direito de uma "punição" estatal com a retirada de seus direitos e essa é a posição até então defendida pela doutrina especializada.

> (...) os direitos trabalhistas são fundamentais e, como tal, se impõem aos cidadãos em suas relações interpessoais e interprivadas, constituindo-se em limite à autonomia da vontade de negociar. Sendo assim, não podem ser negociados, transacionados ou renunciados, salvo quando a lei expressamente autorizar.
>
> Não foi por outro motivo que a CLT, apesar de editada em 1943, já previa a nulidade de todo e qualquer ato que objetivasse fraudar ou burlar direitos trabalhistas nelas previstos – art. 9º, 444 e 468, da CLT.
>
> Desta forma, é forçoso concluir que todos os direitos trabalhistas previstos na lei são indisponíveis, e só poderão ser disponibilizados quando a lei assim autorizar.[5]

Em conclusão, a Teoria do Garantismo Judicial, uma garantia ao sujeito de direito aos possíveis abusos de direitos sobre os direitos fundamentais, pode ser aplicada ao direito do trabalho ao passo que, como já discorrido no presente ensaio, tem sim seu caráter social ao ponto de ser colocado no rol dos direitos fundamentais previstas no texto constitucional, o que por óbvio recebe a proteção garantista proposta por Ferrajoli.

Atualmente, estamos sob influência de uma nova onda neoliberal que transformou muitos conceitos e direitos fundamentais que vieram a ser alvo de reformas. A Lei 13.467/17, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, por exemplo, seguiu esse novo fluxo, objetivando a flexibilização e, até mesmo a desregulamentação dos direitos dos trabalhadores, direitos esses considerados fundamentais.

4.A REFORMA TRABALHISTA SOB A LUZ DO GARANTISMO

Antes de abordarmos efetivamente a reforma trabalhista e a dualidade contra o conceito de Garantismo Judicial, faz-se necessário entender os conceitos de flexibilização e desregulamentação dos direitos do trabalhador.

O primeiro, consiste, em breve síntese, em um conjunto sistemático de regras de direito do trabalho que visem tornar menos rígidas as relação de trabalho, já o segundo tem como conceito a retirada de regras que objetiva a flexibilização e diminui a rigidez dos direitos dos trabalhadores, retirando-os.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Superado esses conceitos, citamos a correlação entre a Reforma Trabalhista e como ela impactou de forma contrária a teoria do harantismo judicial proposta por Ferrajoli.

Desde 2016 o Brasil vem experienciando o retorno de pautas neoliberais buscando um estado minimalista, que de forma compulsória e célere aplicou os interesses do poder econômico nas diversas searas da economia e nas políticas públicas, entre elas o direito do trabalho.[6]

Seguindo essas não tão novas correntes, foi aprovada a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, com sua vigência em 11 de dezembro daquele mesmo ano. A nova lei então figurou como uma das mais significantes mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, modificando diversos dispositivos e restringindo a atuação da Justiça do Trabalho, retirando efeitos das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, a lei limitou a atuação judicial e flexibilizou vários direitos fundamentais dos trabalhadores, tudo isso sob o escopo de criação de novos postos de emprego, o que não se efetivou na prática dentro desses já cinco anos desde a sua promulgação e vigência.

Uma das mais contestadas mudanças na Reforma Trabalhista é a inclusão do artigo 611-A da CLT, que tentou trazer a figura da superioridade hierárquica do negociado sobre o legislado, afastando a figura do hipossuficiente do trabalhador, além de dar a possibilidade de flexibilização de vários direitos por meio de negociação coletiva, logo após a mesma lei ter enfraquecido a atuação sindical retirando sua mais importante fonte de custeio no momento em que tornou facultativa a contribuição sindical.

> Art. 611 – A. A Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho tem força de lei quando dispuser sobre:
>
> I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
>
> II – banco de horas anual;
>
> III – intervalo intrajornada, respeitando o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
>
> IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE) que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
>
> V – plano de cargos, salários e função compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa;[7]

Como observa-se acima, diversos direitos dos trabalhadores, com a vigência da Lei da Reforma Trabalhista, podem ser e já são objeto de negociação coletiva, sem observar restrições e garantias fundamentais previstas no texto constitucional. Ainda, a prevalência dessas normas sobre a lei é uma ameaça e permite a redução indiscriminada de direitos que podem ser praticadas pelos sindicatos patronais e dos trabalhadores.

Este tema é extenso e gera grande debate, por esse motivo nos concentraremos no caso da supressão do intervalo intrajornada para refeição e descanso. Anteriormente à Lei 13.467/17, a redução do intervalo intrajornada para refeição e descanso só era possível por um ato do Ministério do Trabalho em que o empregador **comprovasse que em seu ambiente de trabalho houvesse refeitório e que seus empregados não laborassem** em regime de sobrejornada. A motivação da concessão do intervalo intrajornada para refeição e descanso de no mínimo uma hora tem fortes relações com o direito da saúde e segurança do trabalho, evitando jornadas exaustivas e garantindo a esse trabalhador um tempo mínimo para sua refeição, descanso e desconexão dentro de sua jornada de trabalho. Esse direito é fundamental e garantido pelo Texto Constitucional no artigo 7º, XXII e artigo 71, da CLT. A Reforma Trabalhista, por meio deste artigo trouxe a possibilidade de flexibilização deste direito fundamental do trabalhador, dando aos sindicatos a possibilidade de reduzir direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Não só a Lei 13.467/17 buscou extirpar outro direito fundamental do trabalhador, qual seja, as horas *in intinere*, interpretando que o empregador não mais está à disposição do trabalhador no momento em que está no trajeto casa – trabalho, trabalho – casa. A atual redação do artigo 58, §2º da CLT retirou o direito que esses obreiros detinham em razão da sua disponibilidade ao empregador, direito esse que poderia ser considerado como uma grande conquista, tendo em vista que a disponibilização de transporte coletivo particular é muito mais proveitoso ao empregador do que ao empregado, que sempre gozou da mão de obra do laborista pontualmente.

Por fim, pode-se dizer que a crise econômica e a volta das pautas neoliberais foram palcos desse novo cenário que possibilitou as supressões dos direitos fundamentais dos trabalhadores, retirando direitos e precarizando as relações de trabalho. Os trabalhadores tiveram e estão tendo sua dignidade afetada, pois essa nova normativa vai de encontro com a Teoria do Garantismo Judicial trazida à baila por Ferrajoli. Todos esses direitos abordados no presente ensaio e outros que não foram citados são direitos fundamentais da classe trabalhadora, e, portanto, são inderrogáveis pela discricionariedade administrativa ou pela autonomia privada, individual ou coletiva[8], e essa afirmação é base para afirmar que essa nova lei fere os direitos fundamentais dos trabalhadores.

5.CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe alguns conceitos como o da teoria do Garantismo Judicial e a sua harmonia com o texto constitucional brasileiro, onde a carta cidadã prevê aqueles direitos elementares para promover a dignidade da pessoa humana estabelecendo parâmetros sociais gerais e estabelecendo princípios e valores sólidos que devem ser a base das normas infraconstitucionais, estabelecendo um sistema de garantia tanto no aspecto formal quanto no aspecto substancial para que seja evitado qualquer abuso de direito entre as partes, em especial por parte do Estado.

A Constituição Federal, carta cidadã baseada nos princípios, direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana pautadas em uma rigidez e elaborada sobre a raiz da teoria garantista, vem sendo deixada de lado. A motivação para isso vem de um forte movimento neoliberal que vem crescendo ao longo dos anos, pautados na ideia de estado mínimo.

A teoria garantista de Ferrajoli é perfeitamente aplicável no direito do trabalho. Ela aponta que esses direitos fundamentais que se originaram de uma histórica luta da classe trabalhadora e foram expostos como fundamentais não só pela Constituição Federal, mas como em tratados internacionais internalizados pelo Brasil, devem ser protegidos e ampliados, uma vez que beneficiam o trabalhador, e principalmente, garantem uma condição social visando a dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Contudo, na contramão do sugerido pelo Garantismo jurídico, a Reforma Trabalhista veio com o escopo de atacar de forma incisiva o direito do trabalho visando a desregulamentação e, em maior escala, a flexibilização dos direitos dos obreiros sem observar os parâmetros e padrões do que seria aceitável uma vez que o Texto Constitucional trouxe a ideia de garantia dos direitos fundamentais, em especial aqueles que tutelam as relações de emprego em *stricto sensu*[9].

A teoria do garantismo jurídico traz a ideia, em uma análise específica sobre a criação da Lei 13.467/17 (lei da reforma trabalhista), que os parâmetros rígidos e as garantias trazidas pelo Texto Constitucional foram quebrados. A partir do momento que houve a supressão e a flexibilização dos direitos do trabalhador por ato estatal, quebrou-se o paradigma de que esses direitos fundamentais seriam imutáveis e que não poderiam sofrer ataques.

Nessa linha, a flexibilização e a desregulamentação dos direitos dos trabalhadores não atingem somente o aspecto econômico dos trabalhadores, mas também sua consciência como ser humano, pois seus direitos fundamentais são infringidos por normas mais brandas que não visem sua proteção. Portanto, não basta apenas a positivação do direito fundamental, mas seu efetivo gozo, inclusive com a garantia de que ele não será tolhido, o que efetivamente não acontece com essas frequentes flexibilizações.

Portanto, conclui-se que por mais que seja aplicável a Teoria do Garantismo Judicial, ela não vem sendo implementada ante as constantes desregulamentações e flexibilizações presentes hodiernamente no direito do trabalho. A Lei 13.467/17 não só fere o Texto Constitucional como também não observa os preceitos mínimos prescritos pelos ensaios do professor Luigi Ferrajoli, não garantindo os direitos fundamentais desses trabalhadores, tendo como núcleo dessas mudanças o pode público por meio de novas leis que tem o fim precípuo de retirar direito dos trabalhadores sob a máscara de criação de novos empregos, tentando substituir a figura de um trabalhador hipossuficiente por um trabalhador hipersuficiente.

6.REFERÊNCIAS

BRASIL, Presidência da República. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 17 Ed. Editora Método

CARVALHO, Acelino Rodrigues, Constituição e Jurisdição: **Legitimidade e Tutela dos Direitos Coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 Ed. LTr. 2017

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:Teoria do Garantismo Penal.** 4º Ed. Revista dos Tribunais. 2013

UNICEF, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos Acessado em 21/06/2021

NOTAS:

[1] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17ed. LTR. Pág. 83

[2] CARVALHO, Acelino Rodrigues, Constituição e Jurisdição: Legitimidade e Tutela dos Direitos Coletivos. Curitiba: Juruá, 2015.

[3] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. 4º Ed. Revista dos Tribunais. 2013

[4] https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos

[5] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 17 Ed. Editora Método.PÁGINA

[6] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17 Ed. LTr. 2017 – Pág. 75

[7] BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho.

[8] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. 4º Ed. Revista dos Tribunais. 2013

[9] Nota: relações de emprego stricto sensu correspondem a ideia de relações de emprego, espécie do gênero relações de trabalho, as clássicas relações de emprego que são tuteladas pela Constituição Federal, CLT e legislação extravagante.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

NOTAS SOBRE A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE PROTESTAR PARA A DEMOCRACIA

BISMAK RODRIGUES DA SILVA JÚNIOR: Bacharelando do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG[101].

RAFAEL SILVA OLIVEIRA

(Orientador) [1]

RESUMO: Partindo do pressuposto de que a história de uma nação não é feita aquém dos anseios de seu povo e que os ecos oriundos da vocalização das contradições internas e das feridas abertas de uma civilização jamais devem ser ignorados, o estudo resultante deste artigo busca fazer viável uma reflexão acerca do direito de protestar e de sua fundamentalidade aos regimes democráticos de governo, das formas legítimas de participação política e do valor dos anseios expressados diretamente pelos cidadãos do Estado. O direito de protestar, mesmo sendo um dos pilares das democracias modernas, não é uma garantia prevista de maneira expressa na Constituição Federal Brasileira. Deste modo, a pesquisa de cunho bibliográfico descritivo pretende discutir acerca dos revestimentos de legalidade e da fundamentalidade atribuídos ao direito de protestar e de como a relação por ele estabelecida com o conceito de direito de resistência pode nos propiciar valiosas reflexões acerca das formas legítimas de ampliação da participação popular nas decisões da política institucional.

Palavras-Chave: Direito de Protestar. Fundamentalidade. Participação Política. Democracia. Direito de Resistência.

ABSTRACT: Based on the assumption that the history of a nation is not made without the wishes of its own people and that the echoes coming from the vocalization of internal contradictions should never be ignored, the study resulting from this article aims to make viable a reflection about the right to protest and its fundamental importance to democracies, the legitimate forms of political participation and the value of the wishes expressed directly by citizens of the State. The right to protest even being a pillar of modern democracies is not a guarantee expressly provided in the Brazilian Constitution. In this way, this descriptive bibliographical research intends to discuss the legality and fundamentality of the right to protest and how the relationship established by this right with the concept of the right of resistance can provide us a valuable reflection on the

101 E-mail: brdsjr@gmail.com

legitimate forms of increasing popular participation in the decisions of institutional politics.

Keywords: Right to Protest. Fundamental Importance. Political Participation. Democracy. Right of Resistance.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções conceituais e revestimentos de legalidade: afinal, quão fundamental é o direito de protestar para a democracia?. 3. Ampliando a noção de participação política: por uma democracia mais participativa. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A história de uma nação não é feita aquém dos anseios de seu povo. O eco oriundo da vocalização das contradições internas de uma sociedade e o enfrentamento das feridas abertas de uma coletividade jamais deve ser ignorado. A doutrina jurídica constitucional e a ciência política moderna não relutam em admitir que enxergar a democracia contemporânea como fruto de lutas e reivindicações populares é um bom começo para as mais variadas reflexões que podem ser extraídas das experiências desse tipo de regime de governo.

Em vista disso, partindo de um debate acerca da fundamentalidade do direito de protestar, que ressalta a valorização das reinvindicações sociais, os capítulos que estruturam este texto buscam evidenciar que esse direito e as manifestações populares devem ser enxergados, por todos os brasileiros, como pressupostos intrínsecos de um saudável modelo democrático.

Ao Brasil, que se configura como um Estado Democrático de Direito desde o ano de 1988, é imperativo garantir um direito de protestar aos seus cidadãos. Embora o direito de manifestação popular se encontre entre os temas de interesse das ciências jurídicas que gozam de tímidas divergências doutrinárias acerca de seu conceito, amplitude e importância são justamente elas, e uma notável carência de aprofundamento sobre as questões oriundas de seu exercício, que fazem ser pertinente discutir a respeito da fundamentalidade do protesto para as atuais democracias.

De antemão é preciso explicitar que o ordenamento jurídico brasileiro não garante expressamente um direito de protesto social. Contudo, não há de se questionar sua existência e relevância dada a constatação, copiosamente defendida ao longo do texto, de que a essência dos protestos se externaliza por meio dos desdobramentos interpretativos da combinação de três garantias fundamentais de liberdade elencadas no Art. 5º da Constituição Federal Brasileira (CF/88).

Logo, as discussões aqui propostas se amparam na perceptível dificuldade de acesso à literatura especializada a respeito do tema, na falta de previsão expressa na

CF/88 (e consequentemente na legislação infraconstitucional) bem como no caráter ineficaz ou de mera perturbação comumente atribuídos às manifestações de rua por uma parcela considerável de nossa população. Além de discutir um dos pilares da democracia moderna e frisar a real importância a ser dada ao direito de protestar, este trabalho intenta propiciar reflexões acerca das formas legítimas de ampliação, por vias extra institucionais, da participação do povo nas decisões cotidianas da política institucional.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS E REVESTIMENTOS DE LEGALIDADE: AFINAL, QUÃO FUNDAMENTAL É O DIREITO DE PROTESTAR PARA A DEMOCRACIA?

Tendo como premissa uma livre associação da expressão direito ao protesto com o que comumente se entende por manifestação popular, ao nos dispormos a examinar os significados atribuídos ao verbo protestar, uma pesquisa em um dicionário de língua portuguesa indicará a natural predisposição de o relacionarmos com as palavras rebelião, insurreição, brado e clamor (FERREIRA, 2001). No mesmo sentido, outra formulação, também encontrada no dicionário, é a de que protestar consiste em "reclamar com veemência." (FERREIRA, 2001, p. 564).

Embora pertinentes as acepções apresentadas pelo parágrafo anterior, compreender o significado isolado do verbo protestar não nos é suficiente e ainda pode representar um reducionismo pejorativo acerca do entendimento do conceito. Ao refletirmos sobre o direito de protestar devemos ter em mente que seu exercício extrapola a noção de mera reclamação ou reinvindicação de algo, vez que protestos são "verdadeiras janelas para a manifestação da democracia" (GODOY, 2011, p. 119) e servem como demonstrativo de que "é somente no dissenso que a democracia é verdadeiramente constituída e operada" (GODOY, 2011, p. 119).

Logo, o presente texto procura discutir acerca da importância concedida pelo cidadão brasileiro, que a ele tiver acesso, ao direito de protestar e às manifestações populares. Salienta-se que, mesmo reconhecendo a possibilidade de este ser mais amplo do que aquele, esta não é uma questão a ser aqui analisada. Os termos foram utilizados como sinônimos no decorrer dos parágrafos.

Ao longo das pesquisas bibliográficas para formação do referencial teórico deste trabalho foi possível verificar que o direito de protestar não se encontra entre temas com expressiva discussão doutrinária no Direito. A perceptível carência de aprofundamento sobre as questões oriundas do exercício do direito de protestar se constitui como um dos motivos que fazem ser pertinente a análise aqui proposta.

É importante destacar que há a impossibilidade de elencar e tecer comentários sobre todas as maneiras que o direito de protesto pode ser entendido ou todos os

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

enfoques que a ele podem ser atribuídos. Contudo, as ideias apresentadas a seguir não possuem a pretensão de serem excludentes entre si e quanto mais ampla for a noção deste instituto jurídico, mais qualificada poderá ser a consciência democrática de quem decidir compreendê-lo.

Não sendo você alguém que elegeu o direito como a área do conhecimento humano merecedora de sua atenção e disposição exploratória, e se, porventura, a consecução de fins úteis não se fizer a única razão pela qual novos conhecimentos passam a constituir seu repertório, a leitura da Constituição Brasileira, por mais despretensiosa que seja, se mostra bastante valiosa. A aventura proporcionada pelas ideias que constituem ou configuram a maneira que conhecemos "nosso país de agora" pode ser interessante.

É importante compreender que a Constituição Federal não faz uso das expressões protesto e manifestação com a finalidade de restar caracterizado algum tipo de direito ou garantia específica de protestar. De fato, a CF/88 não estabelece de maneira expressa uma garantia ao cidadão brasileiro de insurgir, individualmente ou de maneira conjunta, nos momentos em que julgar necessária a externalização de suas ideias sobre determinado tema (FUGAÇA; LORENZETTO, 2019).

Contudo, em posse dessa informação, não devemos encarar o protesto como um "não direito", vez que o texto constitucional possui "contrapartidas necessárias para que o protesto possa ser revestido de legalidade" (FUGAÇA; LORENZETTO, 2019, p. 2).

Seguindo a mesma linha de pensamento dos autores supracitados, a organização não governamental (ONG) de Direitos Humanos Artigo19[2] enfatiza o caráter de direito fundamental do protesto e das manifestações públicas no caderno "Exercendo direitos em protestos", publicado no site brasileiro da ONG, e ressalta sua importância para a saúde das democracias ao considerá-los "a base prática e funcional do sistema democrático" (MARQUES; VALENTE, 2020, p. 20).

A partir da leitura da Artigo19, bem como de pesquisas acadêmicas que versam sobre a maneira como a constituição brasileira trata o direito de manifestação popular, é possível afirmar que o revestimento de legalidade do direito ao protesto tem seu núcleo essencial amparado na junção de três liberdades garantidas por incisos do Art. 5º da CF/88, a saber: a liberdade de expressão, nos incisos IV e IX; a liberdade de reunião, no inciso XVI e a liberdade de associação, no inciso XVII.

Para aferirmos a amplitude de um direito que é composto pela aglutinação de outros direitos, uma análise de seus elementos constitutivos se faz necessária. Começando pela liberdade de expressão, o texto constitucional, no inciso IV do Art. 5º, dispositivo que por vezes pode ser enxergado como um tipo de "cláusula geral" (SARLET,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

2018, p. 518) da liberdade de expressão, se limita a dizer que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (BRASIL, 1988).

Pelo fato de conciso ser o texto constitucional cabe à doutrina jurídica a missão de esmiuçar as questões oriundas de tal garantia fundamental. Inegável é a importância da liberdade de expressão para o ordenamento jurídico de nosso país, a ponto de ela ser considerada "um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos" (BRANCO, 2019, p. 405).

Partindo de um conceito mais amplo, "a liberdade de expressão consiste, mais precisamente, na liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de valor sobre opiniões de terceiros [...]" (SARLET, 2018, p. 520).

É válido destacar também o caráter transindividual da liberdade de expressão e sua íntima relação com o princípio universal da dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito, como bem explicitado por Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 523):

> [...] a liberdade de expressão, para além de um direito individual (na condição de direito subjetivo), representa, como já frisado, um valor central para um Estado Democrático de Direito e para a própria dignidade humana, na qual, como já visto, encontra um dos seus principais fundamentos (senão o seu principal fundamento). Assim, em função de tal circunstância, cuida-se de um valor da comunidade política como um todo, e nesta perspectiva a liberdade de expressão adquire uma dimensão transindividual, como, de resto, já se verificou, ocorre em termos gerais com os direitos fundamentais na sua perspectiva objetiva.

Não menos importante do que a primeira, a segunda liberdade que constitui a ideia de um direito fundamental ao protesto é a liberdade de reunião. Como fora exposto anteriormente, tal liberdade é encontrada no inciso XVI do Art. 5º da Constituição Federal que dispõe:

> todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (BRASIL, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

Tratada da mesma maneira que o direito de liberdade de expressão ou manifestação do pensamento, a liberdade de reunião é vista pela doutrina constitucional pátria como uma garantia "umbilicalmente ligada à democracia" (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 903) e à república.

Ao se debruçar sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que a liberdade de reunião "pode ser vista como instrumento da livre manifestação de pensamento, aí incluído o direito de protestar" (BRANCO, 2019, p. 446).

Sem adentrarmos ao complexo e extenso tema a respeito dos parâmetros de limitação de uma garantia constitucional, percebemos a pacificidade esperada do exercício da liberdade de reunião, bem como se tornam identificáveis os seus elementos, sendo eles: a pluralidade de participantes; o tempo ou duração; sua finalidade e o lugar escolhido para a realização do ato (MORAES, 2018).

No mesmo sentido, o requisito de impossibilidade de frustração de outra reunião convocada anteriormente à que se deseja realizar deve sempre ser observado. Retornando nosso olhar à importância desta garantia, dignas de destaque são as palavras de André de Carvalho Ramos, que elucida que a liberdade de reunião deve ser vista como "direito-meio" uma vez que ela "viabiliza a liberdade de expressão e a liberdade de associação, permitindo a participação da sociedade civil na vida política e social" (RAMOS, 2020, p. 524).

A última liberdade de que trataremos é a de associação. Associações, em sentido amplo, podem ser entendidas como coligações de pessoas "em caráter estável, sob uma direção comum, para fins lícitos" (BRANCO, 2019, p. 455). O Art. 5º da CF/88, em seu inciso XVII determina que "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar" (BRASIL, 1988).

Segundo José Afonso da Silva (2016), sobre o dispositivo constitucional analisado, é possível indicar a base contratual, a permanência (que diferencia a liberdade de associação da de reunião) e o fim lícito como elementos constitutivos da associação. Quanto à abrangência da garantia constitucional em exame o mesmo autor aponta que ela contém quatro direitos distintos:

> [...] o de criar associação (e cooperativas na forma da lei), que não depende de autorização; o de aderir a qualquer associação, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; o de desligar-se da associação, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e o de dissolver espontaneamente a associação, já que não se pode compelir a associação a existir. (SILVA, 2016, p. 269-270).

Assim como o que fora apontado nos parágrafos anteriores, é inegável a importância da liberdade de associação para o atual constitucionalismo brasileiro (BRANCO, 2019). O papel desempenhado pelas associações na constituição do direito de protestar está na facilitação da obtenção ou reclamação por algo, visto que "quando não podem obter os bens da vida que desejam, por si mesmo, os homens somam esforços [...]" (BRANCO, 2019, p. 455) e o resultado da aludida junção de interesses é justamente a associação:

> Associando-se com outros, promove-se maior compreensão recíproca, amizade e cooperação, além de se expandirem as potencialidades de autoexpressão. A liberdade de associação propicia autoconhecimento, desenvolvimento da personalidade, constituindo-se em meio orientado para a busca da autorrealização. Indivíduos podem-se associar para alcançar metas econômicas, ou para se defenderem, para mútuo apoio, para fins religiosos, para promover interesses gerais ou da coletividade, para fins altruísticos, ou para se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Por isso mesmo, o direito de associação está vinculado ao preceito de proteção da dignidade da pessoa, aos princípios de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da garantia da liberdade de expressão. (BRANCO, 2019, p. 455-456).

Para além das garantias constitucionais já apresentadas e comentadas, a fundamentalidade do direito de manifestação e do protesto social também se ampara nas importantes noções constitutivas do que comumente é chamado pela doutrina jurídica e política de direito de resistência. Como bem explicitado por Fernando Antônio Alves (2014), o exercício do direito de protestar, historicamente, se fundamenta no conceito de resistência. Entende-se por resistência: "todo movimento popular de questionamento do poder, traduzindo-se num direito político, por excelência, que se desdobra no ordenamento jurídico de um povo a partir do reconhecimento ou não de direitos [...]" (ALVES, 2014, p. 137).

O autor também aponta a boa relação mantida por democracias saudáveis com as manifestações populares e que isto é claramente percebido através da maneira em que o Estado e as autoridades que o representam lidam com a expressão da não conformação de algum grupo de pessoas dado que "[...] os contornos da resistência e a reação estatal diante de formas de manifestação popular a questionar a ordem estabelecida é que irão diferenciar modelos democráticos ou autoritários de Estado" (ALVES, 2014, p. 137).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

A história autoritária do Estado Brasileiro deve sempre ser considerada quando nos dispomos a compreender a desconfiança atribuída ao protesto tanto pelo Estado quanto pelos cidadãos brasileiros.

> Como o Brasil é uma democracia ainda em fase de amadurecimento, levando em conta seu passado autoritário e as sucessivas cartas constitucionais que se seguiram até a consolidação de um novo modelo de Estado democrático, a partir da Constituição de 1988, muito ainda terá que ser visto e concebido, até que no país manifestações e protestos de rua não sejam vistos como objeto de repressão estatal pura e simples, mas sim como mais uma das formas de exercício da cidadania, dentro de um espaço público que permita o debate político, mesmo que não seja da forma legalmente prevista pelo poder político oficial (ALVES, 2014, p. 170).

Podemos, assim, construir uma reflexão acerca do entendimento de resistência como "ferramenta legítima de superação das desigualdades sociais, que, embora repreendida e criminalizada pelo sistema normativo burguês, deve ser realizada tendo em vista a necessária construção de uma sociedade realmente livre e democrática" (CASTILHO, 2011, p. 40).

Dentre os autores que se destacam por dedicarem seus estudos sobre a temática, Roberto Gargarella (2005) se mostra muito importante para a estruturação do conceito de resistência que se pretende alcançar aqui. Na obra intitulada "*El Derecho a la Protesta*" o jurista argentino defende veementemente a ideia de que do direito de protestar emanam as prerrogativas de exigir a recuperação de outros direitos, o que faz com que a garantia ao protesto seja por ele chamada de "primeiro direito".

Diante do exposto, é inegável a íntima relação mantida entre a resistência e grupos marginalizados socialmente. Afinal, eles encontram nela o meio necessário para se fazerem ouvidos na sociedade que historicamente os marginaliza, como bem observado por Natalia Martinuzzi Castilho (2011) ao analisar as ideias de Roberto Gargarella.

> O autor entende a atitude positiva de certos grupos em pôr um fim à situação de sofrimento e violação de direitos a partir dessa perspectiva, ao analisar o exemplo de famílias sem-teto, ou sem-terra usam uma propriedade em desuso com o objetivo de manter seus direitos básicos de comida e abrigo. Considera do mesmo modo a iniciativa desses grupos em realizar protestos para

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> pressionarem o Estado a atender suas reivindicações. (CASTILHO, 2011, p. 46).

O protesto e a resistência não podem ter seu núcleo de existência dissociado do princípio da igualdade, previsto no caput do Art. 5º da CF/88, a saber: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]" (BRASIL, 1988). Acerca disso, Godoy (2011, p. 119) destaca:

> Se o Direito pretende honrar a promessa de tratar a todos como iguais, deve assegurar então àqueles que hoje são excluídos um tratamento mais atencioso. Enquanto isso não acontece, o Direito deve dar especial proteção aos que reclamam por ser tratados como iguais e deve, portanto, proteger e não calar os protestos.

Portanto, a resistência, as manifestações e o protesto se mostram reais instrumentos da pretendida obtenção de uma igualdade concreta, real e democrática, vez que em uma democracia o respeito ao princípio da igualdade detém o papel de "[...] determinar que todas as pessoas possuem a mesma dignidade e valor moral [...] todo sujeito tem o igual direito de interferir nas discussões e decisões públicas sobre os rumos de sua comunidade" (GODOY, 2011, p. 126).

3. AMPLIANDO DA NOÇÃO DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: POR UMA DEMOCRACIA MAIS PARTICIPATIVA

Ao analisar de maneira histórica as funções desempenhadas pela ciência do direito é possível chegar à conclusão de que ela assumiu progressivamente o papel de encontrar possíveis soluções aos conflitos oriundos das, a cada dia mais complexas relações humanas. Pode-se constatar, portanto, que a importância do direito de manifestação para as democracias se ampara nas realidades fáticas do Brasil e do mundo como bem apontado por Fernando de Brito Alves e Jairo Neia Lima (2017):

> Os últimos anos têm sido marcados pela constante emergência de grandes manifestações populares como a Primavera Árabe, o Occupy Wall Street, a Revolta do Guarda-Chuva em Hong Kong, entre tantas outras. No Brasil, junho de 2013 retratou a ocupação das ruas por milhares de pessoas. [...] Nos últimos dois anos, a questão da corrupção e do impeachment levaram às ruas milhares de pessoas, seja para apoio ou discordância com as decisões

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> políticas tomadas cada vez mais em foros afastados da participação popular. (ALVES; LIMA, 2017, p. 47).

Aprofundando-nos na ideia de que o direito possui, necessariamente, um caráter conciliatório, como já dito anteriormente, dentre os numerosos problemas enfrentados por esta ciência social está a garantia da coexistência e convergência de pensamentos antagônicos, onde reside a garantia do direito de protesto e manifestação. Tudo isso corrobora para demonstrar a grande importância deste direito em um Estado Democrático de Direito. Para a pesquisadora Ana Amélia Penido Oliveira (2019):

> [...] entende-se que dentro de um Estado Democrático deve caber uma pluralidade de pensamentos e grupos políticos, tendo a sua existência e possibilidade de associação, reunião e de fazer lutas garantidas e asseguradas enquanto Direito. Considerando a heterogeneidade desse tipo de sociedade apontamos ser inerente a existência dos conflitos sociais, pois são através deles que muitas vezes ficam latentes as reivindicações e divergências entre os grupos políticos. [...] Sendo assim, enfatizamos que as lutas sociais são essenciais para manter a vitalidade de um Estado Democrático de Direito. (OLIVEIRA, 2019, p. 16).

A doutrina constitucional brasileira, bem como a ciência política moderna, não reluta em admitir que enxergar a democracia contemporânea como fruto de lutas e reivindicações populares é um bom começo para as mais variadas reflexões que podem ser extraídas das experiências obtidas por meio desse tipo de regime de governo (TRINDADE, 2018). A maneira como uma nação valoriza, garante e exerce o direito de protesto e manifestação em seu território está umbilicalmente ligada com a forma em que é tratada a participação política por este mesmo corpo social.

No primeiro artigo da CF/88 pode ser evidenciado, ao utilizar a expressão "todo poder emana do povo", que a democracia, em seu sentido amplo, deve ser tida como um dos princípios fundamentais de nossa república, fato denominado pela doutrina constitucional como princípio democrático (MORAES, 2020). A noção de que, em nosso Estado, o povo é o primeiro detentor de soberania é um dos desdobramentos lógicos deste princípio democrático.

Manifestações populares se configuram como pressuposto intrínseco de uma experiência democrática saudável (OLIVEIRA, 2019). Portanto, cabe ao Brasil, que se configurou como um Estado Democrático de Direito através da Carta Constitucional de 1988, a missão de garantir livre exercício do direito de protesto e manifestação e assim integrar, de maneira mais efetiva, seus cidadãos nos processos decisórios do país.

> O pensamento contemporâneo sobre democracia tende a revalorizar a participação política como forma de ressignificar a democracia existente, retomando o desafio de como incluir diretamente a população no processo decisório, ainda que isso implique em repensar o funcionamento tradicional das instituições (OLIVEIRA, 2019, p. 29).

Em complemento à ideia de que o Estado deve garantir e viabilizar aos seus cidadãos a livre expressão de descontentamento com a ordem posta, em maior ou menor grau, é imprescindível à saúde de um regime democrático que os habitantes do local que elege a democracia como modelo de regime de governo mantenham uma sólida relação com a política interna de seu país, para além do exercício do direito ao voto, uma vez que "[...] o desestímulo do povo à participação dos assuntos de interesse público é uma forma de desvalorizar o seu poder o que resulta na sua perda" (TORRES; VIANA, 2017, p. 65-66).

Como já apontado anteriormente, o Brasil, que sofre os reflexos de seu período ditatorial até os dias de hoje, não será capaz de ter uma real experiência democrática se a participação ativa de seu povo na política continuar a ser desestimulada da maneira como ela é na atualidade. Assim, "um novo pacto democrático só se efetivará com uma nova relação entre o povo e a política, o que depende de uma nova configuração de ambos" (PINTO, 2017, p. 480). A dificuldade de tornar mais ampla a ideia de participação política, por nós enfrentada há muitos anos, é explicitada por Tiago Aparecido Trindade:

> [...] um dos principais desafios que interpela os cientistas políticos no presente contexto em relação a este debate parece ser o de avançarmos em uma concepção de participação política mais ampla, que seja capaz de conceber as ações de protesto (sejam elas promovidas por movimentos organizados ou não) como formas legítimas de participação no contexto de um ordenamento democrático. (TRINDADE, 2018, p. 14).

Ao analisarem a tensão mantida entra a soberania popular e o Estado de Direito (como uma das consequências do constitucionalismo moderno), os pesquisadores Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy (2010) destacam, através das ideias de Roberto Gargarella, a necessidade de inclusão dos anseios de quem está à margem dos processos de tomada de decisões na política institucional.

> As sociedades plurais requerem mais do que uma simples representação ou deliberação. É preciso uma ampla representação e uma ampla deliberação e isso só é alcançado por meio da inclusão

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

> institucional daqueles que estão à margem do processo deliberativo (GARGARELLA,1998, p. 274 *apud* CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 171).

Assim, acredita-se que a ideia de que um dos meios possíveis para tornar o anseio de uma maior inclusão social algo concreto e efetivo é, sem dúvidas, a valorização do direito de protestar, que nem em mera elucubração conceitual deve ter a possibilidade de seu exercício totalmente impedida.

4. CONCLUSÃO

Indignações, quando demonstradas, mesmo que de maneira fundamentada e pacífica, tendem a causar desconforto, em maior ou menor grau, em quem se dispõe a ouvir. Da convicção de que não somos ensinados, e, por consequência, não incentivados, a externar com veemência aquilo que nos assola, incomoda, fere e, porventura, restringe nossas possibilidades de existir no mundo, é que se deu a concepção inicial do conjunto de ideias que viriam a formar este texto.

Embora seja inviável esgotar todas as possibilidades de descrever algo, dado que qualquer conceito se mostra incompleto em algum grau ou sob alguma ótica, este trabalho facilita o encontro das condições necessárias à compreensão do instituto jurídico do direito de protestar e se manifestar, com aqueles que, porventura, nele se aventurarem.

Após termos contato com as noções de liberdade de expressão, associação e reunião, é imperiosa a conclusão de que é justamente de um sentido amplo de liberdade, princípio democrático por excelência, que se retira a fundamentalidade do direito de manifestação popular, contido implicitamente na Constituição Federal Brasileira. Quanto à devida valorização a ser dada pelo povo ao protesto, restou evidenciado que não há de se falar em democracia saudável quando uma boa relação com o direito de resistência não se fizer realidade no imaginário dos cidadãos e nas práticas das instituições componentes do Estado.

Dados os apontamentos postos até aqui, é possível considerar o direito de protestar como um pilar da democracia moderna e que, por isso, o exercício deste direito é algo que deve ser incentivado uma vez que ele contribui de maneira bastante positiva para a formação de uma visão coletiva e crítica acerca da participação direta do povo na discussão dos assuntos que lhe interessa. Conclui-se, por fim, que a redução da participação política ao momento do voto, como pode ser facilmente percebido no imaginário do brasileiro, oferece um imenso risco à democracia.

5. REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

ALVES, Fernando Antônio. **Movimentos Sociais, Direito de Resistência e Normatividade**: a Resistência Civil em Conflito com a Lei e a Ordem nos Movimentos de Protesto, no Âmbito do Estado Constitucional. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 9, n. 1 – PPGDir UFRGS, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/44721/35165>. Acesso em: 04 de outubro de 2021.

ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Neia. **Quando o poder constituinte desafia os poderes constituídos**: uma abordagem filosófica sobre a confiança democrática na desobediência civil e no direito ao protesto social. In: Revista Brasileira de Direito, v. 13, n.1, p. 45-59, 30 de mar. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1790>. Acesso em: 08 de agosto de 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos fundamentais em espécie: Liberdades**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14, ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 404-482.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **O direito de resistir ao direito**: **a experiência do Movimento dos Conselhos Populares (MCP) na ocupação Raízes da Praia e os limites e possibilidades da afirmação constitucional do direito de resistência**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/33732>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia**: **soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, n. 1, p. 159–174, jun. de 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R4fdDzgNCj6Y7ms4PgQXmhP/?lang=pt>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. **Miniaurélio Século XXI Escolar**: O minidicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [et. al.]. 4. ed. rev. ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FUGAÇA, Abner Arias; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Elementos a respeito do direito fundamental ao protesto**. In: VI Jornada de Direitos Fundamentais, V.2 – Rede

interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, 2019. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT6+Bruno+Meneses+Lorenzetto+e+Abner+Arias+Fugaca.pdf/7ae84e89-17ed-ceeb-e30a-277e46cbee97>. Acesso em: 25 de agosto de 2021.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: El primer derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: **uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25553>. Acesso em: 04 de agosto de 2021.

MARQUES, Camila (Coord.); VALENTE, Laura (Coord.). **Exercendo direitos em protestos**. Artigo19, 2020. Disponível em: <https://artigo19.org/2020/11/18/caderno-exercendo-direitos-em-protestos/>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Ana Amélia Penido. **As ruas em disputa: entre o direito ao protesto e a perturbação da ordem**. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – UNESP; UNICAMP; PUC-SP; Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/180879>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

PINTO, Célia Regina Jardim. **Tempos de pós-democracia**: **ausência do povo.** Revista Tempo e Argumento, v. 9, n. 21, p. 472–481, 27 set. 2017. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180309212017472>. Aesso em: 30 de setembro de 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais em espécie**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 417-841.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1202 de 18/05/2024 (ano XIVI) ISSN - 1984-0454

TRINDADE, Thiago Aparecido. **Os limites da democracia: a legitimidade do protesto no Brasil Participativo**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 33, n. 97, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/KRp5hTksByjYxQRbY5vDNLJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 de agosto de 2021.

TORRES, Vivian de Almeida Gregori; VIANA, Waleska Cariola. **Os mecanismos necessários para a manutenção da democracia**. Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos, v.3, n.1, p. 61-81, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/2075>. Acesso em: 03 de outubro 2021.

---

[1] Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Tocantins; Especialista em Ética e Ensino de Filosofia; Mestre em Filosofia. Professor do colegiado de Direito na Universidade de Gurupi – UnirG.

[2] "A ARTIGO19 é uma organização não-governamental de direitos humanos nascida em 1987, em Londres, com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Seu nome tem origem no 19º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Com escritórios em nove países, a ARTIGO19 está no Brasil desde 2007 [...]". Texto retirado da seção "Quem Somos" encontrada no site: https://artigo19.org/sobre/.