BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 975

(Ano XII)

(12/09/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

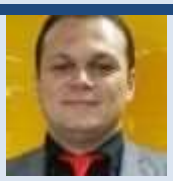
Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O contraditório na inexistência de sucumbência
Alexandre Santos Sampaio, 05.

ARTIGOS

A aposentadoria proporcional do professor servidor público: Base de cálculo dos proventos
Edilene Pereira de Andrade, 08.

A curatela como instrumento de efetividade do princípio da solidariedade familiar
Mayara Caroline Marques Brisola Cestaro, 16.

Instituição do casamento homoafetivo no Brasil pela ferramenta da interpretação conforme a constituição: o julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4.277
Emerson Fonseca Fraga, 25.

A relativização dos direitos e garantias fundamentais frente às medidas de contenção da Covid-19
Herbert de Vasconcelos Medeiros. 36.

Virulência: A igualdade nas diferenças
Sergio Ricardo do Amaral Gurgel e Henrique Nelson Calandra, 61.

Local do crime e a importância da preservação das provas
Rodrigo Ribeiro Almeida, 65.

A proteção ao meio ambiente e Direito Tributário
Rosiclerk Ottilo Cavassani Neto, 86.

Responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo e a possibilidade de compensação por danos morais
Thiago Alexandre da Silva de Oliveira, 100.

Violência doméstica: motivos que levam as vítimas em não processar seus agressores.
Flavia Rafaele Guabiraba da Silva, 117.

Abordagem teórica e jurisprudencial sobre a improbidade administrativa
João Paulo Monteiro de Lima, 131.

Condomínios em multipropriedades – Time Sharing
Nathalia Chamas dos Santos, 156.

Parques urbanos como centros da relação entre biodiversidade e humanidade: história, discursos e redescoberta da educação ambiental e do ensino interdisciplinar de sociedade e natureza na cidade de Belo Horizonte - MG
Vagner Luciano de Andrade, 172.

A necessária proteção dos consumidores frente à abusividade da não oferta de planos individuais pelas empresas que atuam no setor de saúde suplementar
Gabrielly Ramos Macedo e Lucas da Silva São Thiago, 202.

Análise do enquadramento da Covid-19 como acidente de trabalho
James Ricardo Ferreira Piloto, 223.

A prisão preventiva excesso de prazo e afronta a princípios constitucionais
Jacqueline Brito dos Santos, 242.

A eficácia da lei nº 12.764/12, que resguarda os direitos dos portadores do transtorno do espectro autista, no que tange a inclusão em escolas de ensino regular
Hévelin Caroline Melo de Almeida, 259.

A adoção homoafetiva como direito baseado no princípio constitucional da igualdade
Elissandra Vale, 276.

"Um tribunal Administrativo" – processo administrativo de apuração de responsabilidade de licitantes e fornecedores
Juliana Aparecida Vaz, 293.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O descumprimento dos contratos eletrônicos e os prejuízos para os consumidores: uma análise crítica com base no Decreto Federal 7.962/2013
Lucas da Silva São Thiago, 313

A doença mental e o Direito Penal
Virgínia Paula Rodrigues do Carmo, 330.

Considerações Teóricas sobre o Direito Urbanístico: Historiografia e Contemporaneidade
Filipe Ewerton Ribeiro Teles, 355.

A distribuição do ônus da prova frente à reforma trabalhista instrumentalizada pela Lei 13.467/2017
Letícia Mulari, 372.

Direito do Consumidor: nas relações de consumo e à informação
Willian Pantoja de Souza, 392.

Crimes virtuais: uma análise da impunidade
Manoel Aelayan Maia Gomes, 406.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CONTRADITÓRIO NA INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA

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

Uma das facetas do contraditório, garantia fundamental esculpida no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal[1], é a possibilidade de apresentar ao órgão julgador a integralidade da tese defendida. Não raro, a exordial e a contestação possuem dezenas de argumentos para sustentar o ponto de vista da parte na lide.

Como no Brasil vigora o princípio do livre convencimento motivado[2], o julgador não é obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes[3] que não interfiram na conclusão adotada. Bem por isso, o juízo, acolhendo um argumento, diante das provas existentes, pode proferir decisão sem esgotar todos as questões suscitadas.

O autor, nesse caso, estará satisfeito com o acolhimento do seu pleito, inexistindo sucumbência, muito embora possa haver outros argumentos igualmente válidos para sustentar o seu pedido.

De outra banda, em recursos para as Cortes Superiores, tais como o STF e o STJ, faz-se necessário prequestionar a matéria, vale dizer, deve-se instigar o Tribunal local a se manifestar sobre o tema que quer levar a apreciação, por exemplo, do STJ, instância extraordinária. Se for o caso, deve-se manejar embargos declaratórios para fins de prequestionamento, sendo aceito o prequestionamento mesmo que o Tribunal a quo mantenha a alegada omissão ou obscuridade na decisão dos embargos.

Daí surgem dúvidas: caso apelação seja provida, com a satisfação da parte, é necessário o manejo de embargos de declaração para prequestionar determinado tema, para fins de recurso especial ou extraordinário? É necessário adesivo recursal, das matérias suscitadas na ação que não foram apreciadas no acórdão da apelação, ou basta que os argumentos sejam levados à Corte Superior por meio de contrarrazões?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pacificando o tema naquele Tribunal Superior, a Corte Especial do STJ decidiu que "consideram-se prequestionados os fundamentos adotados nas razões de apelação e desprezados no julgamento do respectivo recurso, desde que, interposto recurso especial, sejam reiterados nas contrarrazões da parte vencedora"[4]. Ficou consignado no aludido acórdão:

> V - A questão precisa ser analisada sob a perspectiva da sucumbência e da possibilidade de melhora da situação jurídica do recorrente, critérios de identificação do interesse recursal. Não se trata de temática afeta a esta ou aquela legislação processual (CPC/73 ou CPC/15), mas de questão antecedente, verdadeiro fundamento teórico da disciplina recursal. Só quem perde, algo ou tudo, tem interesse em impugnar a decisão, desde que possa obter, pelo recurso, melhora na sua situação jurídica. Precedente: AgInt no REsp n. 1.478.792/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 2/2/2018. Doutrina: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 516; MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1276.
>
> VI - É bastante fácil perceber que os ora embargantes não dispunham, após o julgamento da apelação, de nenhum dos dois requisitos: não eram vencidos (sucumbentes) e não existia perspectiva de melhora na sua situação jurídica. Logo, agiram segundo a ordem e a dogmática jurídicas quando se abstiveram de recorrer.
>
> VII - Tenho por bem compor a divergência entre os acórdãos confrontados adotando o entendimento do acórdão paradigma, segundo o qual se consideram prequestionados os fundamentos adotados nas razões de apelação e desprezados no julgamento do respectivo recurso, desde que, interposto recurso especial, sejam reiterados nas contrarrazões da parte vencedora

De fato, se não existe sucumbência, afinal houve satisfação da parte, e não ocorrerá alteração, por meio dos embargos, da situação jurídica apresentada, qual

seja, vitória judicial, não há que se falar em provocação do Tribunal de maneira inútil, seja por peça recursal adesiva ou embargos declaratórios.

Contudo, se a parte contrária interpuser recurso, a parte pode e deve levar as outras matérias não apreciadas para a Corte Superior na peça defensiva ao seu pleito, qual seja, nas contrarrazões, com vistas a garantir o pleno contraditório.

É sabido que as Cortes Superiores são instâncias extraordinárias e devem ser provocadas apenas em temas passíveis de sua apreciação, todavia não se pode tolher, por formalidades processuais, a relevante e constitucional garantia da parte em contradizer a defesa contrária à sua, apresentando o rol de argumentos que entende válido para rechaçar a pretensão alheia.

Enfim, de maneira acertada, para a Corte Especial do STJ, apelação provida deixa a parte satisfeita sem dos dois requisitos para recorrer: não é vencida, ao contrário é vitoriosa, e não existe perspectiva de melhora na sua situação jurídica. Nesse cenário, embargos de declaração são inúteis, bastando que os argumentos não acolhidos expressamente no acórdão do Tribunal local sejam reiterados nas contrarrazões para fins de prequestionamento.

NOTAS:

[1] LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[2] Art. 371 do CPC: "O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento" e Art. 155 do CPP: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

[3] STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016.

[4] EAREsp 227.767-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Corte Especial, por unanimidade, julgado em 17/06/2020, DJe 29/06/2020. (Informativo STJ n. 674)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A APOSENTADORIA PROPORCIONAL DO PROFESSOR SERVIDOR PÚBLICO: BASE DE CÁLCULO DOS PROVENTOS

EDILENE PEREIRA DE ANDRADE: Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Uninove.

A Constituição Federal em seu artigo 40, § 5º, prescreve que:

> *Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades decorrentes da aplicação do disposto no inciso III do § 1º, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)*

A Emenda Constitucional nº 103 de 2019 alterou a aposentadoria do professor, sendo exigido, no entanto, idade mínima a partir de então para os segurados do Regime Geral de Previdência Social.

No que tange aos segurados do Regime Próprio de Previdência Social, até a edição da lei federal exigida para regulamentação do § 4ºC do art. 40 da Constituição Federal, deverão ser observados, no que toca aos servidores públicos federais, os requisitos trazidos pelo § 2º, II, do art. 10 da Emenda Constitucional no 103 de 2019. Por sua vez, o § 3º do art. 10 da Emenda determina a observância adicional de condições e requisitos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, naquilo em que não conflitarem com as regras específicas aplicáveis ao regime próprio de previdência social da União, sendo vedada a conversão de tempo especial em comum.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quanto aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aplicam-se as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor da Emenda Constitucional, enquanto não forem promovidas as alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social do respectivo ente, conforme § 7º do art. 10 da Emenda Constitucional nº 103 de 2019.

Entente Bruno Bianco Leal, que da redação anterior do parágrafo 5º, do artigo 40, da Constituição Federal que não há mais a necessidade de comprovação de efetivo exercício exclusivamente nas funções de educação infantil e de ensino fundamental e médio, tendo sido atribuída à lei complementar do ente federativo respectivo tal regulamentação que poderá estabelecer tal exclusividade, mas que, de qualquer forma, a lei sempre deverá prever um tempo mínimo de atividade de efetivo magistério, que exclui atividades administrativas e burocráticas, tal como ocorre atualmente.

Sobre o referido tema, cita o referido doutrinador o quanto decidido pelo STF, ao julgar o RE 1.039.644, onde ficou reconhecido que outras atividades podem ser consideradas para concessão do benefício, desde que diretamente relacionadas com o ensino. Vejamos:

> *Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS PROFESSORES (CONSTITUIÇÃO, ART. 40, § 5o). CONTAGEM DE TEMPO EXERCIDO DENTRO DA ESCOLA, MAS FORA DA SALA DE AULA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3o, da Constituição, a questão acerca do cômputo do tempo de serviço prestado por professor na escola em funções diversas da docência para fins de concessão da aposentadoria especial prevista no art. 40, § 5o, da Constituição. 2. Reafirma-se a jurisprudência dominante desta Corte nos termos da seguinte tese de repercussão geral: Para a concessão da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 5o, da Constituição, conta-se o tempo de efetivo exercício, pelo professor, da docência e das atividades de direção de unidade escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico, desde que em estabelecimentos de educação infantil ou de ensino fundamental e médio. 3. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reafirmada, nos termos do art. 323-A do Regimento Interno.*

(RE 1039644 RG, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 12/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017)

Pois bem, nos valendo de tais premissas, tem-se que muitas vezes o professor que atua como servidor público da rede estadual, municipal ou do Distrito Federal, de forma voluntária, decide se aposentar sem implementar o tempo mínimo previsto em lei, ou seja, decide se aposentar de forma proporcional, ou mesmo, em muitas situações, se ver obrigado a se aposentar de forma proporcional, como em caso de incapacidade laborativa.

No entanto, quando do cálculo dos proventos deste servidor o ente público se utiliza de forma equivocada o divisor 30(trinta) e 35(trinta e cinco) anos, respectivamente, se mulher ou homem, no cálculo da proporcionalidade dos proventos, não considerando que o tempo trabalhado pelo servidor foi exclusivamente nas funções docentes e, desta forma, tem ele direito à proporcionalidade com o redutor de 05(cinco) anos.

Assim, reside no caso controvérsia quanto à base de cálculo dos proventos, isto é, se a proporcionalidade deve levar em conta 30/35 anos de contribuição, seguindo a regra geral, ou 25/30 anos, conforme regra especial ao professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, conforme preconiza o § 5º do art. 40 da Constituição Federal.

No entanto, a condição especial de aposentadoria aos professores vem sendo reconhecida tanto para aqueles com proventos integrais, como para os proporcionais, visando resguardar o princípio da isonomia, ou seja, o servidor faz jus a aposentar-se com proventos proporcionais ao seu tempo de serviço, devendo, na aposentadoria proporcional de professor público que exerça função exclusiva de magistério, observar-se, no cálculo dos proventos, o tempo exigido para a aposentadoria com proventos integrais da categoria.

Nesse sentido, já decidiu a 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 459.188/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, na sessão de julgamento de 14/02/2006, que reconheceu que o denominador aplicável, em casos dessa natureza, é o tempo exigido para aposentadoria por idade e tempo de professor: 30 anos para homem e 25 para mulher. Veja-se: ***"admitido o contrário, ter-se-ia que uma professora com 24 anos e 11 meses de serviço teria proventos de 24/30, enquanto a que houvesse***

completado os 25 anos (teria) proventos integrais [...], o que seria verdadeiro absurdo." Portanto, equivocado está o entendimento da ré ao calcular os proventos do autor, enquadrando-a no regime geral, já que a mesma faz jus ao regime especial de aposentadoria.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, há muito, em um caso semelhante já decidiu a respeito, vejamos:

> *EMENTA: "ADMINISTRATIVO. PROFESSORA PÚBLICA. APOSENTADORIA AOS SESSENTA ANOS DE IDADE, COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. ART. 40, III, D, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO ORIGINAL). Proventos que deverão ser calculados com base nos 25 anos de serviço em funções de magistério, exigidos dos membros do magistério público, do sexo feminino, pela alínea b do dispositivo constitucional sob enfoque. Recurso não conhecido".(RE214852, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 28/03/2000, DJ26-05-2000 PP-00033 EMENT VOL-01992-03 PP-00434)*

Nesse sentido, é o entendimento adotado pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se verifica dos julgados transcritos a seguir:

> *Professora estadual aposentada – Pretensão ao recálculo de seus proventos de aposentadoria com base em 25 anos (tempo de contribuição reduzido) – Admissibilidade – Prestígio à carreira e ao princípio da isonomia – Precedentes do C. STF e deste Tribunal – Recursos oficial e voluntário da SPPREV desprovidos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1016209-49.2018.8.26.0114; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/08/2020; Data de Registro: 06/08/2020)*
>
> *ADMINISTRATIVO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. CONDENATÓRIA – APOSENTADORIA PROPORCIONAL – PROFESSORA – INCIDÊNCIA DO REDUTOR – A aposentadoria proporcional de professores que tenham exercido com exclusividade a função do magistério – Cálculo com base no tempo exigido para a aposentadoria com proventos integrais dos professores – Incidência do redutor de 5 anos no tempo*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de contribuição – Possibilidade – Art. 40, I e § 5°, da CF – Precedentes do STF – Manutenção da r. sentença – Recurso desprovido. TJSP; Apelação Cível 1029022-96.2018.8.26.0506; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/07/2020; Data de Registro: 31/07/2020)

PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO – Inocorrência – Parcelas de trato sucessivo – Aplicação da Súmula nº 85, do C. Superior Tribunal de Justiça. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – PROFESSORA – Aposentadoria por invalidez – Pretensão ao cálculo do benefício com base no art. 40, §5º (25 anos) – Possibilidade – Precedentes - Sentença de procedência confirmada. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – Observância quanto ao que for decidido nos Temas 810, do C. STF e 905, do C. STJ. Recursos oficial e da SPPREV improvidos, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1012937-02.2019.8.26.0053; Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/07/2019; Data de Registro: 02/07/2019)

RECURSO VOLUNTÁRIO DA FESP / SPPREV – RECURSO DA AUTORA – Ação de revisão de aposentadoria – Alegação de que é professora de Educação Básica I, integrante do Quadro do Magistério da Secretaria da Educação do Estado - Aposentada por idade desde 02/02/2018, com proventos proporcionais inferiores a 12/30 calculados sobre a carga horária de trabalho em média 140 horas mensais - Acumulação de 11 anos, 09 meses e 07 dias de tempo de contribuição, porém a administração pública não considerou o tempo de contribuição exercido na função de professora do ensino fundamental médio, estabelecendo base de cálculo inferior a 12/30, quando a proporção correta seria de 12/25 - Pretensão da concessão de tutela antecipada determinando a fixação da proporcionalidade de 12/25 (48%) para a base de cálculo dos proventos de aposentadoria da autora, bem como pela procedência da ação, confirmando a liminar pleiteada e condenando as requeridas no pagamento das diferenças de proventos vencidas e vincendas acrescidas de correção

monetária, bem como indenização por danos morais no valor de 50 salários mínimos vigentes, correspondentes ao importe de R$ 47.700,00 - Sentença de parcial procedência – Recursos das partes. Prova do exercício do tempo efetivo em docência, estando a autora sob proteção do artigo 40, § 1º, III, "a" e "b" e § 5º da Constituição Federal - O tempo limite de serviço a ser considerado para aposentadoria voluntária há de ser 25 anos, especial para sua situação jurídica, não o de 30 anos, fora dessa situação. Pretensão da indenização de danos morais no valor de 50 salários mínimos vigentes – A lesão moral não se confunde com incômodos, embaraços ou transtornos - O dano, para ser reparável, deve ser anormal, excepcional e individualizado, ultrapassando, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade - Inadmissibilidade por força de meros aborrecimentos sofridos pela= autora. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e do C. STF - Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, julgou parcialmente procedente o pedido para: (i) reconhecer o direito da autora à aposentadoria com proventos calculados à proporção de 12/25, nos termos do artigo 40, parágrafo 5º da CF, mantida - Recurso voluntário da FESP / SPPREV, improvido – Recurso da autora,improvido. (TJSP; Apelação Cível 1049800-88.2018.8.26.0053; Relator (a): Marcelo L Theodósio; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/06/2019; Data de Registro: 04/06/2019)

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. PROFESSORA. APOSENTADORIA PROPORCIONAL ESPECIAL. PRETENSÃO À REVISÃO DOS PROVENTOS COM A INCIDÊNCIA DO REDUTOR DE 5 ANOS. A proporcionalidade para o cálculo dos proventos, no presente caso, deve ser de 15/25, nos termos do art. 40, § 5º da Constituição Federal, que não distingue a espécie de aposentadoria, prevendo um redutor geral em benefício dos professores que exerceram as funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Sentença mantida. Recursos não providos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1041012-90.2015.8.26.0053; Relator (a): Camargo Pereira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/05/2019; Data de Registro: 30/05/2019)

Ora, assim sendo, o entendimento jurisprudencial é uníssono no sentido de que o professor que se aposenta de forma proporcional e comprova que exerceu a função de magistério exclusivamente na educação infantil e/ou no ensino fundamental e médio tem direito a ter os seus proventos calculados com base no redutor de 05(cinco) anos, com o fim de manter um tratamento isonômico com os que se aposentam de forma integral, uma vez que inexiste fundamento lógico ou legal para o tratamento diferenciado entre estas duas modalidades de aposentadoria, quando os segurados exercem a mesma função.

Portanto, quando da aposentadoria, o professor, servidor público que exerceu a função de magistério exclusivamente na educação infantil e/ou no ensino fundamental e médio, ainda que esteja a se aposentar de forma proporcional, tem direito a ter seus proventos calculados com base no redutor de 05(cinco) anos, e, para aqueles que já se aposentaram, mas teve seus proventos calculados de maneira diversa, tem direito a ter o ato revisto para a aplicação de referida regra. Para tanto, deve ele procurar um advogado de sua confiança para uma análise concreta de seu caso e maiores esclarecimentos.

1. LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo; MAIA, Maurício; KAUAM, Miguel Cabrera. **Reforma da Previdência**, edição 2020, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020;

2. RE 1039644 RG, Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9425/false. Acesso em 11 de ago. De 2020;

3. (RE) 459.188/SP https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur93200/false;

4. 1016209-49.2018.8.26.0114 – Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13833024&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_464452f8d9d84109a820f77b0283e134&g-recaptcha- esponse=03AGdBq25PylQxaaQSzdPXTb6YypmMCWXMfA-kKSe2ui5V4my8blPHaVel7lSK4KQhJcltdqn1dz2cPu-kXDtiwJHBtP-Va5jBm-NDPE3uByE5g-heO4HX1ipuCNqFEcBo-gLyQB7dVil1KX8AOOJfZRI30340H3s4sGTiIaA9WAuEOS1jAh4PhiulQ-Nu0ri97ZHg5Sb-E0b15PEAOp7zwnVtw-

5. 1029022-96.2018.8.26.0506 – Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13814736&cdForo=0. Acesso em 11 de ago. De 2020;

6. 1012937-02.2019.8.26.0053 . Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12649481&cdForo=0. Acesso em 11 de ago. De 2020;

7. 1049800-88.2018.8.26.0053. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12562238&cdForo=0. Acesso em 11 de ago. De 2020;

8. 1041012-90.2015.8.26.0053. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12545811&cdForo=0. Acesso em 08 de ago. De 2020;

9. Emenda Constitucional nº 103 de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 11 de ago. 2020;

10. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 de ago. De 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A CURATELA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

MAYARA CAROLINE MARQUES BRISOLA CESTARO:
Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]

(orientadora)

RESUMO: Este artigo tem por finalidade apresentar a curatela, como forma de solidariedade familiar, que é instituída por um juiz de Direito para um curador pelo qual é imposto o encargo de cuidar dos interesses de outrem que se encontra incapaz de fazê-lo. A curatela é um encargo atribuído pelo juiz para que outro adulto capaz possa proteger e administrar os bens do curatelado maior de 18 anos incapaz judicialmente. Independente se a incapacidade adveio de má formação congênita, transtornos mentais, doenças neurológicas ou dependência química, sendo que seja necessário o interveio da justiça para reger seus atos civis. No Direito de Família, o princípio da solidariedade tem grande importância, tendo em vista que na relação entre seus membros existe o dever de mútua assistência, em especial, no que diz respeito aos filhos, cônjuges e parentes. Essa assistência deve-se pelo poder familiar de proteção do ente, de seus bens e sua saúde, e não pelo desejo de dquirir os valores referentes ao beneficio concedido para auxilio ao sustento do curatelado. O curador deverá apresentar a cada dois anos um balanço referente aos gastos com subsistência e a administração dos bens do curatelado, não podendo ser dispensada sob o fundamento de idoneidade dos curadores, principalmente em razão da existência de bens, com patrimônio cuja gestão deve ser fiscalizada em benefício do incapaz.

Palavras-chave: família, solidariedade, assistência.

ABSTRACT: This article aims to present the trustee, as a form of family solidarity, which is instituted by a judge of law for a trustee by which the burden of taking care of the interests of others who is unable to do so is imposed. The trustee is a charge assigned by the judge so that another capable adult can protect and administer the assets of the court over 18 years of age incapable in court. Regardless of whether the disability came from congenital malformation, mental disorders, neurological diseases or chemical dependency, it is necessary to intervene in court to rule their civil acts. In Family Law, the principle of solidarity is of great importance, given that in the relationship between its members there is a duty of mutual assistance, especially with regard to children, spouses and relatives. This assistance is due to the

family's power to protect the entity, its assets and its health, and not due to the desire to acquire the values related to the benefit granted to help support the curatelado. The curator must present a balance sheet every two years regarding the expenses with subsistence and the administration of the assets of the curatelado, and cannot be dispensed on the grounds of suitability of the curators, mainly due to the existence of assets, with assets whose management must be inspected. For the benefit of the incapacitated.

Keywords: family, solidarity, assistance.

1 INTRODUÇÃO

O que se entende por família?

A Constituição Federal de 1988 promulga importantes mudanças no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que a família vem sendo reconhecida não apenas na formação no âmbito material e extrapatrimonial, mas como núcleo formador da sociedade, onde se constroem laços, transmitem culturas, tradições e importante aquisição psicológica.

Podemos ver dessa forma, que a família é influência relevante, mostrando que possíveis problemas pessoais atuais, tem raiz na formação familiar.

Assim como diz o art. 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade, e as relações familiares sofreram e ainda sofrem muitas mudanças durante a história. Desde o século XVII, vários núcleos familiares buscam maneiras de convívio aliando a legislação e a tradição familiar.

O conceito de família mudou com o tempo, acompanhando o desenvolvimento tecnológico e social, por meio de novos tipos de meio de comunicação, mídias e trabalho, sendo necessária a revisão como agrupamento humano com forma e finalidade especifica. As normas que disciplinam, orientam a convivência entre as pessoas talvez nunca tenham tido um tratamento tão diferenciado como nos últimos tempos. Os valores históricos relativos à coordenação de grupos específicos hoje se afastam dos conceitos de família legitima, não baseando somente no casamento civil, ampliando para novas formas de vínculos, independentemente de sexo ou consanguinidade.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES À ESPÉCIE

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

"A dignidade da pessoa humana". (Artigo 1º, III, Constituição Federal 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esta é o valor-fonte de todos os direitos fundamentais, busca reconhecer não apenas que a pessoa possui direitos, mas também que é um ser individual e social o mesmo tempo.

A dignidade da pessoa humana constitui um valor único e individual que não pode ser sacrificado por interesses coletivos, sejam eles políticos ou religiosos, ela define o que a pessoa aceita por si. (Ferraz Filho, 2019).

2.2 Princípio da Solidariedade

A solidariedade é peça fundamental para a caracterização da pessoa humana como ente social. Esse princípio é o que norteia o relacionamento no espaço público, a aproximação entre pessoas e também entre o Estado e o povo. Tende-se a notar que a solidariedade interpessoal não é coercitiva, e tem a necessidade de liberdade.

A cooperação na sociedade deve ter partida de seus membros e não imposta pela estrutura política. (*Ed. Manole: 2019).*

2.3 Princípio da proteção da pessoa com deficiência

A Lei de Inclusão de Pessoas com Deficiência é a materialização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, (Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009).

A convenção prevê a inclusão dessas pessoas na sociedade de forma efetiva, seja nas áreas de educação trabalho, saúde; essas garantias são viabilizadas por meio de política pública.

"Assim como o art. 28 da Convenção constitui o núcleo essencial da dignidade humana naquele estatuto, reputo ser o art. 8º da LBI seu similar infraconstitucional". *In verbis*:

> 'É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros

decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. '

3 A TUTELA JUDICIAL DA INCAPACIDADE

3.1 Estatuto das Pessoas com Deficiência - Lei 13.146/2015

O texto prevê a acessibilidade que sendo um direito garantido pela pessoa com deficiência seja financiado pelo poder públicos, de forma que atenda às necessidades, para que possam exercer sua cidadania e direitos como qualquer outro. Esse direito induz ao que seja a melhoria da formação e capacitação de pessoas para que atuem em áreas especificas de atendimento sem discriminação e desigualdade, para que usufruam dessa acessibilidade com o mínimo de dignidade, como prevê a Constituição.

É dever de toda e qualquer pessoa que comunique as autoridades quando observar que há no ambiente de convívio ou público, qualquer tipo de ameaça, seja a integridade física, moral ou mental do indivíduo.

O texto também prevê o acesso a meios de transporte adaptados e que atendam às necessidades.

A lei garante que a o indivíduo com necessidades especiais, seja amparada pela tutela, seja ela por parentes consanguíneos ou pessoas habilitadas para manter o bem-estar do mesmo. (Estatuto das Pessoas com Deficiência - Lei 13.146/2015).

3.2 Código de Processo Civil

Depois de decretada a interdição, o juiz deverá nomear um curador (art.755, I, do CPC/2015). A análise para nomeação deste curador é feita com base à estrutura psicológica e se atenderá ao bem-estar do curatelado.

A ordem estabelecida por lei tem-se por prioridade os familiares de primeiro grau, sendo esta a curatela legitima (§ 1º, 1ª parte), e assim sucessivamente (§ 1º, 2ª parte e § 2º) até que se descartem todas as possibilidades, chegando até a opção de nomear-se uma pessoa idônea e capaz de ocupar o cargo que lhe foi atribuído (§ 3º).

4 DA CURATELA

4.1 Conceito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tanto a Tutela quanto a Curatela, têm a finalidade de garantir que os direitos e interesses da pessoa com deficiência ou que não tem capacidade de agir sozinhas.

A curatela é o encargo deferido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não possa fazer por si próprio. (GALDINO, 2002).

4.2 Pessoas sujeitas à curatela

4.2.1 Estão sujeitos a curatela:

Aqueles que não tiverem discernimento das suas atividades civis, e não puderem responder pela mesma. Doentes mentais graves, os que não podem expressar sua vontade por causa duradoura, viciados em tóxicos, ou os que não têm seu completo desenvolvimento mental. (Saleme**,** 2019).

4.2.2 A interdição deve ser promovida:

Pelos pais ou tutores; pelo cônjuge, ou por qualquer outro parente; pelo Ministério Público. (Art. 747 NCPC, 2016.)

4.2.3 O Ministério Público só promoverá interdição:

No caso de doença mental grave, se não for promovida a interdição, será feita a mesma pelos pais ou tutores; pelo cônjuge, ou por qualquer outro parente, ou outro pela escolha do juiz. (Andrade, 2014).

4.3 Aqueles que, por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade.

Um deficiente mental que tenha um comprometimento absoluto de seu discernimento, é considerado relativamente incapaz, devido ao possível grau de insanidade permanente ou irreversível, é um caso de ser supervisionado sem que seja extinto seu direito à acessibilidade, liberdade e dignidade.

É necessário que o curador apto esteja presente nas suas atividades sem que atrapalhe sua vontade consciente. (Andrade, 2014.)

5 PROCEDIMENTO JUDICIAL

5.1 Ação de interdição

Ação de interdição é a sentença que julga procedente a ação para o fim a decretar a interdição do réu, declarando-o relativamente incapaz e fixando atos que podem ou não ser praticados sem o curador. Tendo a Insurgência recursal do MP e

do autor, visando que o interdito não tem condições de praticar qualquer ato da vida civil.

Um laudo pericial deve ser apresentado para que seja comprovada a incapacidade do réu, neste provar que o interdito não é capaz de manipular dinheiro, transitar pelas ruas ou capacidade de comunicação social básica. Sendo assim, atribuir ao seu curador a administração de seus bens de modo consciente e voluntario, a fim de promover o bem-estar ao interdito. *(Andrade,* 2014).

5.2 Pessoas habilitadas ao exercício da curatela

Em referência às pessoas habilitadas ao exercício da curatela, Rolf Madaleno assevera que:

> "Decretada a interdição, dispõe o artigo 1.775 o Código Civil que deverá o cônjuge ou o companheiro não separado legalmente ou de fato ser o curador do outro, quando interditado. Somente na falta do cônjuge ou do companheiro, ou sendo esses fatos separados, será nomeado como curador legítimo o pai ou a mãe, sem nenhuma ordem de preferência e, na falta destes, o descendente mais apto. "

"Clóvis Bevilaqua ensina ser possível ao descendente indicar alguém que depois de sua morte, cuide da pessoa e dos bens do curatelado. O juiz tomara em consideração o pedido sem prejuízo dos designados por lei como curadores legítimos." (Carvalho Filho, 2019).

5.3 Curatela conjunta

Na jurisprudência é aplicada a mesma pratica da guarda compartilhada, já que não há expresso em lei a curatela compartilhada, uma vez que é aplicada a nomeação do curador por ordem sucessiva.

Esta curatela conjunta pode ser aplicada em esposa e irmão do curatelado, ou pai e mãe, assim nomeando sucessivamente ou por ordem expressa de nomeação do juiz.

Considerando sempre que a curatela não é somente a representação judicial do incapaz, mas a defesa de seus direitos como cidadão, já que o curador deverá necessariamente dispensar de um tempo para assegurar seu bem-estar e administrar seus bens quando houver. (GALDINO, 2002).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5.4 Efeitos jurídicos da sentença de interdição

A sentença de interdição tem efeito "erga omnes" com o atendimento da 2ª parte do art. 1.184, CPC.

A jurisprudência e a doutrina preferem preservar os direitos dos interditos, dando relevância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica em oposição aos interesses do incapaz, mesmo a interdição sendo um meio de proteção aos seus direitos.

A sentença de interdição somente tem efeitos "*erga omnes*" após cumprir as determinações contidas na segunda parte do "*caput*" do artigo 1184, do Código de Processo Civil:

> "A sentença de interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a apelação. Será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela."

5.5 Da tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A, CC)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou sobre o CC a respeito da curatela, acrescentando o Art. 1.783- A, onde se tem um novo modelo de jurídico denominado de Tomada de Decisão apoiada, que nada mais é um procedimento judicial em que o deficiente elege duas pessoas idôneas de sua confiança diminuindo a termo os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores.

Neste novo dispositivo, a pessoa curatelada terá autonomia para atuar sem restrição de sua capacidade de fato, contando apenas com o auxílio dos seus apoiadores, legitimados judicialmente a apoiá-la. Ainda que não seja substituta à curatela, é possível que a tomada de decisão aos poucos seja, mas aplicada que aquela para que o eficiente retome sua capacidade de fato, agindo apenas com o auxílio dos seus colaboradores**.**

A tomada de decisão apoiada foi criada em prol do deficiente que possua limitações, mas ainda que de forma precária tenha a autonomia de se fazer compreender, tendo sua capacidade civil preservada. (Art. 1.783-A, CC).

6 CONCLUSÃO

A curatela é relevante à proteção daqueles que são relativas ou absolutamente incapazes acerca dos atos da sua vida civil.

Como aqui estudado, à luz da Constituição Federal de 1988, Código Civil e Código de Processo Civil, antes visto como uma proteção patrimonial, a curatela tem caráter também personalíssimo, já que tem por objetivo garantir os direitos fundamentais do curatelado.

A curatela tem como bem jurídico a representação por maiores de 18 anos, que por falta de discernimento ou deficiência mental, não podem responder por seus atos civis. Sendo a forma de resguardar seus direitos e bens, via processo de interdição.

Portanto, por meio deste trabalho, expus de maneira clara e objetiva a importância da curatela quando se diz a respeito da incapacidade do indivíduo, de modo geral a curatela permanece importante na sua finalidade de proteger as pessoas os bens dos que não possuem condições de exercer sua capacidade de vida civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum Universitário Manole. 7ª ed. Atual. e ampl. São Paulo: Manole. 2019, p. 358-359.

Código de Processo Civil Comentado. Ed. Manole: 2019, p. 2096 - 2120.

BRASIL. **Constituição Federal Comentada**. Editora Manole. 10ª ed. Atual. e ampl. São Paulo: Manole. 2019, p. 03- 08.

Saleme**,** Edson Ricardo**. Direito constitucional**. Editora Manole. 2ª ed. Atual e revisada. São Paulo: Manole 2019.

GALDINO, Vandson dos Santos. *Curatela: conceitos, características e inovações trazidas pelo Código Civil de 2002* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF.

CLÓVIS BEVILAQUA. **Direito de Família**.

Carvalho Filho, Milton Paulo. *Código de Processo Civil Comentado. Ed. Manole: 2019, p. 2096 - 2120.*

Andrade, Gilberto. A Sentença de Interdição e os Negócios Jurídicos praticados anteriormente pela pessoa interditada. JusBrasil. Conteúdo Jurídico online. 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NOTAS:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO NO BRASIL PELA FERRAMENTA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: O JULGAMENTO CONJUNTO DA ADPF 132 E DA ADI 4.277

EMERSON FONSECA FRAGA: Jornalista graduado pela Universidade de Brasília (UnB), estudante de Direito na mesma instituição e de especialização em Direito Constitucional na Universidade Católica de Brasília (UCB).

RESUMO: O estudo aborda a aplicação da técnica hermenêutica da interpretação conforme a constituição, ferramenta utilizada no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que acabou por tornar todos os direitos de união estável igualitários para casais heteroafetivos e homoafetivos no Brasil. O texto explica o que é, de fato, a técnica da interpretação conforme a constituição – bem como seus limites – e como ela foi utilizada no referido julgamento. Aborda ainda a utilização da técnica como ferramenta do Poder Judiciário para garantir direitos contra-majoritários e manter a sustentação das bases do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Hermenêutica jurídica. Interpretação conforme a constituição. União estável homoafetiva.

O dia 5 de maio de 2011 é um marco para a história dos direitos fundamentais e garantias civis no Brasil. Na data, foi concluído o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ, apensada à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF, que teve decisão unânime do Supremo Tribunal Federal acatando o relatório do ministro Carlos Ayres Britto e vedando quaisquer restrições ou diferenciações entre a união estável heteroafetiva e a união estável homoafetiva, com repercussão geral e efeito *erga omnes* – isto é, extensível a todos os cidadãos, em todos os cantos do País (BRASIL, 2011, pp. 1-274).

A decisão histórica, na prática, autorizou tanto a união estável quanto o casamento homoafetivo. Isso porque, se a união estável entre homem e mulher deve, conforme o ordenamento jurídico pátrio, ter condições facilitadas para sua conversão em casamento, não poderia ser diferente com a união homoafetiva. O caso foi pacificado notarialmente com a decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que vinculou todos os cartórios de registro civil do País a tal entendimento – a Resolução CNJ n. 75, de 14 de maio de 2013.

No julgamento conjunto da ADPF e da ADI, os ministros valeram-se do princípio e da técnica da 'interpretação conforme à constituição'. Importante ressaltar que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

trecho do Código Civil questionado no julgamento é quase idêntico ao encontrado no art. 226, § 3º, da Constituição da República, que versa: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" [grifo meu] (BRASIL, 1988, on-line). A Corte entendeu, entretanto, que, em interpretação conforme a Constituição, tal artigo não poderia ser restritivo, mas exemplificativo – e, portanto, aplicável analogicamente aos casais homoafetivos.

Antes de voltar a abordar o julgamento, vale percorrer o ordenamento jurídico para fazer algumas considerações importantes sobre o uso das palavras 'homem' e 'mulher' na legislação. Primeiramente, cabe destacar que, no arcabouço infraconstitucional brasileiro vigente sobre direito de família e registros públicos, apenas no Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – constam as palavras 'homem' e 'mulher' como partes de casamento ou união estável. Observa-se a menção em três artigos:

> Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o *homem e a mulher* manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.
>
> [...]
>
> Art. 1.517. O *homem e a mulher* com dezesseis anos podem casar, exigindo-
> se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.
>
> [...]
>
> Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre *o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. [*grifos meus*] (BRASIL, 2002, on-line)

O art. 1.521, também do Código Civil, lista os impeditivos para o casamento. Em nenhum dos incisos consta impedimento à concretização do ato jurídico por duas pessoas do mesmo sexo. O legislador preocupou-se com a vedação de relações matrimoniais consanguíneas diretas e com aspectos criminais. Versa o artigo:

> 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, on-line)

Ao conceituar o casamento, em seu art. 1.511, o Código Civil também não menciona 'homem e mulher' – adota o termo 'cônjuges': "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges" (BRASIL, 2002, on-line). O mesmo acontece quando o referido diploma legal aborda a conversão da união estável em casamento, no art. 1726: "A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil" (BRASIL, 2002, on-line).

Curiosamente, legislação mais antiga, a Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950, que regula o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso (em muitos trechos derrogada ou revogada) também não faz menção aos termos 'homem' ou 'mulher'. A lei utiliza a palavra 'nubentes', plural de gênero neutro. Diz o texto legal:

> Art. 1º O casamento religioso equivalerá ao Civil se observadas as prescrições desta Lei.
>
> Art. 2º Terminada a habilitação para o casamento perante o oficial do registro civil é facultado aos nubentes, para se casarem perante a autoridade civil ou ministro religioso requerer a certidão de que estão habilitados na forma da lei civil, deixando-a obrigatoriamente em poder da autoridade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> celebrante, para ser arquivada [grifo meu] (BRASIL, 1950, on-line).

Outra norma relacionada, a Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, também não faz menção a sexo ou gênero ao se referir à formalização do casamento nos artigos a que se refere ao rito. Exceção parcial consta apenas no § 8º do art. 70, que fala especificamente no nome que adotará a 'mulher' em virtude do casamento – não trazendo, entretanto, qualquer caráter restritivo ou proibitivo. Nas demais partes do texto legal, são empregados os termos "interessados", "nubentes" ou "cônjuges". *In verbis*:

> Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais: [...]
>
> II - os casamentos; [...]
>
> Art. 67. Na habilitação para o casamento, os *interessados*, apresentando os documentos exigidos pela lei civil, requererão ao oficial do registro do distrito de residência de um dos *nubentes*, que lhes expeça certidão de que se acham habilitados para se casarem.
>
> [...]
>
> Art. 70 Do matrimônio, logo depois de celebrado, será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os *cônjuges*, as testemunhas e o oficial, sendo exarados:
>
> [...]
>
> 8º) o nome, que passa a ter a *mulher*, em virtude do casamento [*sic*]; [...]
>
> Art. 71. Os nubentes habilitados para o casamento poderão pedir ao oficial que lhe forneça a respectiva certidão, para se casarem perante autoridade ou ministro religioso, nela mencionando o prazo legal de validade da habilitação [grifos meus] (BRASIL, 1973, on-line).

Mais recente, o Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – não faz uma menção sequer às palavras "homem" ou "mulher". Em todos os artigos em que é pertinente, a legislação emprega as palavras "cônjuge", "cônjuges",

"pessoa", "pessoas", "companheiro" ou "companheiros" – sem distinção alguma de sexo ou gênero (BRASIL, 2015, on-line).

A preferência de redação do legislador provavelmente se deve à absorção e conformação social da impossibilidade de se restringir a união estável homoafetiva e sua eventual conversão em casamento, que se deu justamente com o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, apensada à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF – posteriormente regulamentada notarialmente pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 75, de 14 de maio de 2013, conforme já citado.

No referido julgamento, o parecer da procuradora-geral da República em exercício na ocasião, Deborah Macedo Duprat, citou a necessidade de fazer leitura contextualmente pertinente do texto, atribuindo a ele interpretação conforme a Constituição de 1988. Defende o parecer:

> [...] A rigor, diante do silêncio do texto constitucional, são três as conclusões possíveis: (a) a Constituição proibiu as uniões entre pessoas do mesmo sexo; (b) a Constituição não se pronunciou sobre o assunto, que pode ser livremente decidido pelo legislador, num ou noutro sentido; e (c) a Constituição requer o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, impondo-se, em razão do sistema constitucional, uma interpretação analógica do seu art. 226, § 3º. [...] Os princípios fundamentais acima referidos impõem a terceira opção [*grifo meu*] (BRASIL, 2009, p. 31).

Logo na ementa de seu parecer enviado à Corte, o então advogado-geral da União José Antonio Dias Toffoli – embora com algumas divergências técnicas e formais que acabaram por não afetar a materialidade de seu parecer – defendeu a interpretação conforme a constituição para que se estendesse analogicamente o sentido da legislação sobre união estável aos casais homoafetivos. Diz o documento da Advocacia-Geral da União (AGU):

> [...] Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com *interpretação conforme a Constituição*, a fim de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> contemplar os parceiros de união homoafetivas no conceito jurídico de família [*grifo meu*] (BRASIL, 2008, p. 1)

Na petição inicial da ADPF que receberia o número 132/RJ, Luís Roberto Barroso, então procurador-geral do Estado do Rio de Janeiro, é extremamente taxativo ao dizer que a ação pede que se dê interpretação conforme a constituição ao texto apresentado – ora apenas legislação estadual, mas que englobou a legislação federal quando a ADPF foi apensada à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Na inicial, solicitou Barroso:

> Em termos simples, cuida-se da proibição de que a ordem jurídica confira tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais. Tal comando não se dirige apenas ao legislador, exigindo também que os intérpretes, ao atribuir sentido e alcance às leis, evitem a produção de efeitos discriminatórios in concreto. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, eles deverão proceder inclusive de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição, exatamente o que se pede na presente ação [grifo meu] (RIO DE JANEIRO, 2008, p. 19).

O resultado do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, apensada à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, como já mencionado no tópico anterior, foi unânime no sentido de dar 'interpretação conforme a constituição' ao texto do Código Civil (BRASIL, 2002, on-line) e da legislação conexa. Ficou então, a partir do dia 5 de maio de 2011, vedada a diferenciação de direitos de união estável entre casais heteroafetivos e homoafetivos – entre eles a conversão em casamento.

Para os ministros, a aplicação da interpretação conforme não apenas revelou a não-taxatividade do art. 226, § 3º, da Constituição da República, como tornou mandatória a extensão de tal interpretação às normas infraconstitucionais relacionadas ao tema. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao abordarem, em seu Curso de Direito Constitucional, o princípio e a técnica da interpretação conforme a constituição, destacam que a frequentemente evocada "vontade do legislador" é extremamente relativa e não deve ser considerada como mandamento irrefutável – até porque ela mesmo advém de interpretação dos magistrados na apreciação de uma causa (MENDES; BRANCO, 2017, pp. 91-96). "Toda a cautela deve estar em não tomar como de necessário acolhimento a interpretação feita pelo legislador, *evitando-se o equívoco de tratar o legislador como o intérprete*

definitivo da Constituição ou como o seu intérprete autêntico", defendem os juristas [*grifo meu*] (MENDES; BRANCO, 2017, p. 96).

Sobre a intepretação conforme a constituição, o ministro Celso de Mello, já em 1992, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 581/DF, explicava:

> A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se a legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado (BRASIL, 1992, p. 35).

A interpretação conforme a constituição se dá, em síntese, quando uma norma admite, semanticamente, mais de um significado – sendo um deles mais coerente com a Constituição e os demais menos coerentes ou mesmo incompatíveis. Nesses casos, o Estado-juiz deve eleger sempre a perspectiva que mais se aproxima do paradigma constitucional vigente (MENDES; BRANCO, 2017, p. 96).

Na aplicação da interpretação conforme a Constituição, ainda segundo Mendes e Branco, não se deve, por outro lado, partir do pressuposto que o legislador tenha tido dolo em dispor contrariamente ao texto constitucional. Deve ser tomado previamente justamente o oposto, já que "[...] as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade" (MENDES; BRANCO, 2017, p. 95). Os autores, em resumo, dizem que a aplicação da técnica pede uma análise pormenorizada do contexto constitucional e deve ser aplicada com cautela.

A doutrina, portanto, prevê limites à interpretação conforme a constituição – não podendo ela ser utilizada para subverter completamente o texto escrito e/ou o desígnio óbvio da legislação. Para o ministro Luís Roberto Barroso, a técnica tem duas faces complementares. "Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais" (BARROSO, 2015, p. 336).

Em edição já posterior ao julgamento da ADPF n. 132/RJ, Barroso afirma em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo que a interpretação conforme a constituição continua caminhando no sentido de dissolver diferenças de direitos entre casais heteroafetivos e homoafetivos, tendo em vista que o Supremo julgou tal discrepância inconstitucional. De acordo com o ministro,

> [...] depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos previdenciários a parceiros que vivem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> em união estável homoafetiva (*i.e.* entre pessoas do mesmo sexo). Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual (BARROSO, 2015, pp. 336-337).

Há grupos de juristas descontentes com a atuação do Supremo no caso que, equivocadamente, utilizam-se de termos como "ativismo judicial" para tecer críticas à Corte. Especialmente quanto a este caso, o conhecido professor Lenio Streck disse se tratar de um "terceiro turno da Constituinte".

> Em artigo que escreveu para a Revista dos Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, sustenta as razões pelas quais discorda dos fundamentos da ADPF 138 (recebida pelo STF como ADI 4277), as quais podem ser sintetizadas da seguinte forma: 1. o reconhecimento como entidade familiar das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria de emenda constitucional ou de projeto de lei, conforme, segundo o autor, teria ocorrido na Espanha; 2. o reconhecimento de relações homoafetivas pela jurisprudência do STF estaria incorrendo em "terceiro turno" no processo constituinte, caracterizando "um nítido excesso do poder judiciário no sentido de romper com o texto da Constituição"; 3. esse reconhecimento incorreria em um indevido ativismo judicial, perigoso e nocivo para a democracia, na medida em que exerceria uma função típica do poder legislativo; e 4. o entendimento da inadequação constitucional de uma união estável estritamente heterossexual estaria, em certa medida, resgatando a ideia (superada) da possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais (STRECK, 2016, on-line apud HOLANDA, 2018, pp. 68-69).

Equivocadamente, o professor nega ao Supremo Tribunal Federal os poderes que o próprio constituinte o garantiu. Além disso, ignora ser a proteção de direitos contra- majoritários dever do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

Em oposição a Streck, a advogada especialista em Direito da Saúde e Direito de Família Marianna Chaves defende que, nesse caso, o relativo "ativismo judicial" foi em cumprimento do dever do Supremo. De acordo com a jurista,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...] no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, o eventual ativismo judicial se justificou pela absoluta omissão do Legislativo em relação às questões concernentes à homoafetividade. Lembrou que existem diversos projetos de Lei que versam sobre as uniões homoafetivas de meados da década de 90, como o PL [Projeto de Lei] 1.151/95, PL 5.252/2001, PL 6.874/06, PL 4.914/2009 e mais recentemente o estatuto da diversidade sexual, que encontram entraves nas comissões formadas por parlamentares fundamentalistas, especialmente de viés religioso (CHAVES, 2011, on-line apud HOLANDA, 2018, p. 68).

Liv Lessa Lima de Holanda vai além e argumenta que, no caso da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4277/DF, não houve nenhum tipo de "ativismo judicial".

> Nesse caso, o que a Suprema Corte fez foi interpretar a Constit uição Federal de acordo com os princípios da unidade e da máxima efetividade, para reconhecer uma forma de família que, embora não mencionada expressamente na Carta Magna, existia e não podia ser alijada da proteção constitucional, com base nos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana (HOLANDA, 2018, p. 72).

É possível afirmar, com base no exporto, que foi exemplar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preconceito Fundamental n. 139/RJ, apensada à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Os ministros do Supremo corretamente analisaram o texto da Carta maior de forma contextualizada e aplicaram a ferramenta hermenêutica da interpretação conforme a constituição a um assunto sobre o qual o Poder Legislativo da União vinha se omitindo há anos. Não era caso de reprovação de projetos nas casas legislativas do Congresso Nacional, mas de total engavetamento das reivindicações desses direitos contra-majoritários.

No julgamento analisado, o Supremo Tribunal Federal, reitero, exerceu seu papel ao garantir sustentação às bases do Estado Democrático de Direito – que jamais deve ser confundido com um tipo de ditadura da maioria. A democracia e o direito
coexistem exclusivamente quando há proteção às minorias quantitativas e sociais – "[...] dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais da força do Estado [...]" (BRASIL, 2006, p. 45).

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 jul. 2020.

Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950. Regula o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1110.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

Advocacia-Geral da União. Parecer na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Juntada em 08 de junho de 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/332_ADPF132_parecerAGU.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

Procuradoria-Geral da República. Parecer do Ministério Público Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ (apensada à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF). Concluído em 02 de julho de 2009. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ADPF%20132%20parecer%20uniao%20ho mossexuais.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 581/DF. Julgada em 12 de agosto de 1992. Disponível

em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266427. Acesso em: 12 jul. 2020.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351-3/DF. Julgado em: 7 de dezembro de 2006. Relator: ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: www.jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_1351_DF_1279019779399.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ (apensada à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF). Relator: min. Ayres Britto. Julgada em 05 de maio de 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_sou rce=message. Acesso em: 11 jul. 2020.

HOLANDA, Liv Lessa Lima. Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal: Análise do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277. Revista Brasileira de Teoria Constitucional, Salvador, v. 4, n. 1, p. 57-74, jan. a jun. 2018. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/210567211.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito de constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIO DE JANEIRO. Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Ajuizada em 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/312_Peticao%20inicial%20ADPF%20132.p df. Acesso em: 11 jul. 2020.

A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS FRENTE ÀS MEDIDAS DE CONTENÇÃO DA COVID-19

HERBERT DE VASCONCELOS MEDEIROS:
Graduando do Curso Superior de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: Identificado, inicialmente, em dezembro de 2019, o novo coronavírus SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, recebeu a classificação de pandemia no dia 11 de março de 2020, pela Organização Mundial de Saúde. Por se tratar de um vírus de alto nível de contágio, cuja transmissibilidade pode ocorrer mesmo a partir de indivíduos assintomáticos, detentor, ainda, da capacidade de provocar consequências letais, especialmente, para idosos e portadores de doenças crônicas preexistentes, a OMS declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização. Com isso, foram criadas medidas de proteção coordenadas, a serem adotadas internamente pelos países, com vistas à interrupção da disseminação do vírus ao redor do globo. Dentre as principais medidas de contenção da propagação do coronavírus, está o isolamento social, cuja imposição vem suscitando uma série de debates, em virtude das restrições provocadas no âmbito dos direitos e garantas fundamentais, previstos constitucionalmente. Diante deste cenário, o presente estudo teve por objetivo analisar a relativização das liberdades individuais, no Brasil, durante os dias de pandemia, sem descuidar do que se passa nos demais países, na esfera do direito internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos e Garantias Fundamentais. COVID-19.

ABSTRACT: Initially identified in December 2019, the new coronavirus SARS-CoV-2, which causes COVID-19 disease, received the pandemic classification on March 11, 2020, by the World Health Organization. As it is a virus with a high level of contagion, whose transmissibility can occur even from asymptomatic individuals, still possessing the ability to cause lethal consequences, especially for the elderly and those with pre-existing chronic diseases, the WHO declared a Public Health Emergency of International Importance - the highest level of alert in the Organization. With that, coordinated protection measures were created, to be adopted internally by the countries, with a view to stop the spread of the virus around the globe. Among the main measures to contain the spread of the coronavirus, there is social isolation, the imposition of which has sparked a series of debates, due to the restrictions caused

within the scope of fundamental rights and guarantees, constitutionally provided for. Given this scenario, the present study aimed to analyze the relativization of individual freedoms in Brazil, during the days of the pandemic, without neglecting what is happening in other countries, in the sphere of international human rights law.

Keywords: Fundamental Rights and Guarantees. COVID-19.

Sumário: Introdução. 1. Dimensões Epidemiológicas da Covid-19 no Brasil. 1.1. Características do Vírus. 1.2. Características da Doença Covid-19. 2. Medidas de Enfretamento ao Coronarírus no Brasil. 2.1. Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. 2.2. Portaria Nº 356 – Regulamentação da Lei Nacional da Quarentena. 2.3. Portaria Nº 428 – Regulamentação do Teletrabalho. 3. Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais. 4. Direitos e Garantias Fundamentais em Tempos de Covid-19. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O avanço desenfreado de casos confirmados de contágio pelo coronavírus, seguido pelo alto índice de letalidade, tem levado à criação de implantação de uma série de medidas restritivas de direitos, especialmente, por parte de decretos estaduais e municipais, em evidente desacordo com a Lei Nº13.979/20 e com a Portaria Interministerial Nº 05/20, legislação federal aplicável à matéria.

As medidas excessivas de restrição de direitos impostas, no âmbito das jurisdições estaduais e municipais, vêm chamando a atenção no cenário nacional, porquanto manifesto abuso de autoridade. Consideráveis têm sido as notícias veiculadas na mídia, da prisão em flagrante de cidadãos livres e saudáveis, em decorrência da sua permanência em ambientes vetados ao público, através de decretos internos.

Mais frequentes, ainda, têm sido o enquadramento de simples infrações administrativas nos mais variados tipos penais, relacionados principalmente, ao crime de desobediência, previsto no art. 330 Código Penal.

Dessa forma, sob o argumento de tutelar a saúde coletiva e proteger o interesse comum, certas autoridades têm invadido o âmbito dos direitos e garantias individuais constitucionalmente garantidos, mediante a ameaça implícita, ou não tão implícita assim, da possibilidade de prisão, para aqueles que optarem por, deliberadamente, desobedecer às determinações locais e circular, livremente, em espaços públicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Verifica-se, assim, a imposição velada de um Estado de Sítio arbitrário e inconstitucional, fundamentado nas imposições contidas nos decretos e portarias municipais e estaduais, contrariando-se a norma jurídica contida no artigo 5º, XV da Constituição da República, cuja qual determina ser vetado, aos Estados e Municípios, limitar a circulação de pessoas em território nacional.

Nesse sentido, cabe destacar que, apesar de a tutela ao direito à saúde e a expedição de atos normativos inerentes ao seu cumprimento, serem de competência comum à União, Estados e Municípios, há de se lembrar que seu exercício não pode ser feito de maneira indistinta e contrária à legislação federal e à própria Constituição Federal.

Diante do presente exposto, faz-se necessária uma análise dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados, e a legalidade das medidas restritivas impostas aos cidadãos, durante o período de contenção da propagação do coronavírus, enfatizando-se o isolamento social e a quarentena, por serem as formas mais restritivas de liberdade associadas.

1 DIMENSÕES EPIDEMIOLÓGICAS DA COVID-19 NO BRASIL

Os primeiros casos relacionados ao coronavírus foram relatados na China, no fim de dezembro de 2019, se espalhando, rapidamente, pelo território chinês, em poucos dias, e, evoluindo, rapidamente, para a constatação de centenas de mortes, ao redor do mundo, em questão de semanas, tendo como epicentro a Itália e a Espanha.

No dia 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto do novo coronavírus se constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional, cujo status requer a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus. (WHO, 2020)

Entretanto, com a rápida disseminação do vírus em vários países, gerando surtos desenfreados, especialmente, na Itália, na Espanha, na Coréia do Sul e no Irã, fez com que a Organização Mundial de Saúde – OMS, caracterizasse o fenômeno como pandemia, no dia 11 de março de 2020.

O termo pandemia refere-se a uma situação em que a ocorrência de uma determinada doença infecciosa não ocorre apenas em uma determinada localidade, sendo transmitida, concomitantemente, em diversos países, e em mais de um continente, com transmissão sustentada entre pessoas, caracterizada pela

contaminação de um indivíduo infectado que não esteve nos países com registro da doença por outro indivíduo que também não esteve em tais países e, assim, sucessivamente.

O primeiro caso de COVID-19 no Brasil foi registrado em 26 de fevereiro em São Paulo e, trinta dias depois, o Centro de Informações Estratégicas de Vigilância em Saúde (CIEVS) Nacional já havia capturado 148.950 rumores, dos quais 270, foram confirmados como Infecção Humana causada pelo COVID-19. (COE-COVID-19, 2020a)

Em 20 de março de 2020 a Portaria GM/MS N.º 454, declarou, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do novo coronavírus, recomendando que todos os estabelecimentos de saúde estabeleçam diagnóstico sindrômico para o atendimento de casos suspeitos de COVID-19 independentemente do fator etiológico da doença.

Segundo o relatório da Anvisa, o Brasil, atualmente, aparece no ranking mundial dos países com os maiores números de contaminados pelo Coronavírus, na 11ª posição, no que se refere ao número de casos confirmados e, também, na 11ª, em relação ao número de óbitos. (COE-COVID-19, 2020b)

No que se refere à região das Américas, segundo o relatório situacional do Ministério da Saúde, de 16 de abril de 2020, no Brasil, existiam 30.425 casos confirmados de COVID-19 e 1.924 óbitos pela doença, dados que colocavam o país na terceira posição do ranking da Região das Américas com maior número de casos e de óbitos pela doença, atrás dos Estados Unidos e do Canadá, tendo o estado de São Paulo como epicentro. (Ministério da Saúde, 2020d)

O último Boletim Epidemiológico, da Secretaria em Vigilância em Saúde, relatou, até o dia 17 de abril de 2020, 33.682 casos confirmados de COVID-19 e 2.141 óbitos. No entanto, apenas, uma semana depois, a ANVISA disponibilizou, em seu painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19), no Brasil, o total de 52.995 contaminados e 3.670 óbitos, ao longo do território nacional, numa taxa de natalidade de 6,9%. (COE-COVID-19, 2020b)

1.1 Características do vírus

Os coronavírus são um grupo de vírus da família *Coronaviridae,* responsáveis por causar infecções respiratórias e intestinais em humanos e animais, em sua maioria, de baixa patogenicidade, cujos sintomas consistem em sintomas similares aos do resfriado comum.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, dentre as sete variações estabelecidas como patógenos em humanos, três são particularmente perigosos para a saúde humana, o vírus causador da forma de pneumonia atípica grave conhecida por SARS (do inglês, Severe Acute Respiratory Syndrome), o vírus causador da Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS) e o novo coronavírus (Sars-Cov-2), causador da COVID-19 e responsável pela pandemia iniciada entre o final de 2019 e o início de 2020.

A infecção pelo vírus SARS-CoV-2 causas a COVID-19 (do inglês, Coronavirus Disease 2019), cujos principais sintomas são: febre, fadiga e tosse seca, podendo evoluir para dispneia ou, em casos mais graves, Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG). (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

O vírus identificado como Sars-Cov-2 (do inglês Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2), tem causado grande preocupação em virtude de seu elevado índice de transmissibilidade e das graves complicações que, eventualmente, pode levar à mortalidade de idosos e pessoas com doenças crônicas pré-existentes, como cardiopatias, diabetes, hipertensão e pneumopatias.

O vírus é transmitido de pessoa para pessoa por meio de pequenas gotículas do nariz ou da boca que se espalham quando uma pessoa infectada tosse ou espirra. Essas gotículas podem pousar em objetos e superfícies ao redor da pessoa – como mesas ou celulares, e serem levadas ao organismo humano, através do contato dessas superfícies com as mãos ou outra parte do corpo e, em seguida, aos olhos, nariz ou boca. (Ministério da Saúde, 2020d)

Trata-se, assim, de um vírus facilmente transmissível e, por isso, extremamente, difícil de conter, cujos efeitos podem variar de acordo com o organismo, podendo ser totalmente assintomático, para uns, e uma fatalidade, para outros, sem que haja um tratamento específico ou uma vacina.

Destarte, considerando a impossibilidade de predeterminar a gravidade dos efeitos nos infectados, aliada à impossibilidade de detecção a olho nu e ao fato de que indivíduos assintomáticos ou com sintomas leves também podem transmitir o vírus, o manejo do coronavírus tem contado com a criação de medidas de cooperação universais, voltadas para a sua contenção.

1.2 Características da doença COVID-19

A gravidade dos sintomas associados à COVID-19 varia caso a caso, podendo apresentar desde sintomas ligeiros semelhantes a um simples resfriado ou chegar a uma pneumonia viral grave, com insuficiência respiratória potencialmente fatal.

O reconhecimento precoce e o diagnóstico rápido são essenciais para impedir a transmissão e fornecer cuidados de suporte em tempo hábil. O quadro clínico inicial da doença é caracterizado como Síndrome Gripal, na qual o paciente pode apresentar febre e/ou sintomas respiratórios.

Em geral o período de incubação da COVID-19, que é o tempo entre a exposição ao vírus ou infecção e o início dos sintomas, é em média de 5 a 6 dias, no entanto, pode chegar até 14 dias. (WHO, 2020, p. 73)

O diagnóstico sindrômico depende da investigação clínico-epidemiológica e do exame físico. A avaliação deve ser realizada de acordo com os índices de gravidade da pneumonia e as diretrizes de sepse (se houver suspeita de sepse) em todos os pacientes com doença crítica. (Ministério da Saúde, 2020d, p. 30)

A apresentação clínica se assemelha a sintomas leves de pneumonia viral e a gravidade da doença varia de leve a grave. Aproximadamente 80% dos pacientes apresentam doença leve, 14% apresentam doença grave e 5% apresentam doença crítica. Relatórios iniciais sugerem que a gravidade da doença está associada à idade avançada e à presença de condições de saúde subjacentes. (Ministério da Saúde, 2020d, p. 31)

Conforme previsto no Protocolo de Manejo Clínico da COVID-19 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020), com base em uma análise precoce de séries de casos, os sintomas mais comuns são febre (>=37,8ºc), tosse, dispneia, mialgia e fadiga; e os menos comuns são: anorexia, produção de escarro, dor de garganta, mialgia, confusão, tonturas, dor de cabeça, dor no peito, hemoptise, diarreia, náusea/vômito, dor abdominal, congestão conjuntival, anosmia súbita ou hiposmia.

A maioria das crianças apresenta sintomas leves, sem febre ou pneumonia. No entanto, podem manifestar sinais de pneumonia na imagem do tórax, apesar de apresentarem sintomas mínimos ou inexistentes (YANG C, 2020, p. 1-2)

No entanto, algumas séries de caso mostraram que a presença de fatores e comorbidades como diabetes mellitus, hipertensão arterial e doença coronariana estão relacionados ao maior risco de morte por COVID-19 (99,100).

Sendo assim, recomenda-se uma estratificação de risco de acordo com a presença dos seguintes agravantes: idade ≥ 65 anos. presença de comorbidades (hipertensão, diabetes, doença pulmonar prévia, doença cardiovascular, doença cerebrovascular, imunossupressão, câncer), uso de corticoide ou imunossupressores. (Ministério da Saúde, 2020d, p. 33)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A OMS atribui morte de COVID-19, para fins de vigilância, a morte resultante de uma doença clinicamente compatível com provável ou confirmado caso COVID-19, a menos que haja uma causa alternativa clara de morte que não possa estar relacionada a Doença de COVID (por exemplo, trauma), não devendo haver período de recuperação completa entre a doença e a morte. (WHO, 2020, p. 12)

2 MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS NO BRASIL

A declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), dada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), promoveu uma série de medidas e protocolos a serem adotados, em cooperação, por todos os países, tendo como objetivo principal a contenção da transmissão do coronavírus, incluindo a Declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), conforme previsto no Decreto Nº 7.616 de 17 de novembro de 2011:

> Artigo 4º A declaração de ESPIN será efetuada pelo Poder Executivo federal, por meio de ato do Ministro de Estado da Saúde, após análise de recomendação da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, nos casos de situações epidemiológicas.
>
> (BRASIL, 2011)

Assim, ESPIN foi decretado por meio da Portaria MS N° 188, de 3 de fevereiro de 2020:

> Considerando que a situação demanda o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, resolve:
>
> Art. 1º Declarar Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional conforme Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011;
>
> Art. 2º Estabelecer o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) como mecanismo nacional da gestão coordenada da resposta à emergência no âmbito nacional. (Ministério da Saúde, 2020a)

A referida portaria, portanto, além de declarar Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, estabeleceu, também, o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-COVID-19) como mecanismo nacional da

gestão coordenada da resposta à emergência no âmbito nacional, ficando sob responsabilidade da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS) a gestão do COE-COVID-19.

Conforme o parágrafo único do artigo segundo, a gestão do COE estará sob responsabilidade da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS), cujas atribuições consistem, essencialmente em planejar, organizar, coordenar e controlar as medidas a serem empregadas durante a ESPIN, nos termos das diretrizes fixadas pelo Ministro de Estado da Saúde.

2.1 Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020

A Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, foi editada para dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, em consonância comas recomendações previstas pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Assim, o referido dispositivo, trata das medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, com vistas à proteção da coletividade (art. 1º, §1º), cujos prazos não poderão ser superiores aos declarados pela Organização Mundial de Saúde.

Logo em seu artigo segundo, a aludida lei, trouxe as definições acerca dos termos isolamento e quarentena:

> Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
>
> I - **isolamento**: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e
>
> II - **quarentena**: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(BRASIL, 2020b, grifo meu)

Esclarece-se, dessa forma, que o isolamento está relacionado à separação de pessoas comprovadamente doentes ou contaminadas dos demais indivíduos, e a quarentena refere-se à restrição de atividades ou separação de pessoas que não estejam doentes, para reduzir a propagação do vírus.

O artigo terceiro, da chamada Lei Nacional da Quarentena, concede, aos estados e municípios, no âmbito de suas competências, autonomia para adotares as medidas, contidas em seu texto?

> Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, **as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências**, dentre outras, as seguintes medidas:
>
> I - **isolamento**;
>
> II - **quarentena;**
>
> III - determinação de **realização compulsória** de:
>
> a) exames médicos;
>
> b) testes laboratoriais;
>
> c) coleta de amostras clínicas;
>
> d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
>
> e) tratamentos médicos específicos;
>
> IV - estudo ou investigação epidemiológica;
>
> (...)
>
> (BRASIL, 2020b, grifo meu)

A supracitada lei, trouxe, assim, a possibilidade de os estados e municípios, instituírem suas próprias medidas de isolamento social e quarentena, além de permitir a determinação de realização obrigatória, de exames médicos e laboratoriais, porquanto estratégias de combate à disseminação do vírus.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em contrapartida, dentre os parágrafos do respectivo artigo, foram estabelecidos os critérios para fundamentar o estabelecimento do isolamento e da quarentena:

> Art. 3º (...)
>
> § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em **evidências científicas** e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.
>
> § 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo:
>
> I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;
>
> II - o direito de receberem tratamento gratuito;
>
> III - **o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas**, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.
>
> (BRASIL, 2020a, grifo meu)

Isso significa que restam assegurados os direitos à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, conforme o artigo terceiro, do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005, revisado e promulgado por meio do Decreto Nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020:

> Artigo 3 Princípios
>
> 1. **A implementação deste Regulamento será feita com pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas**.
>
> 2. A implementação deste Regulamento obedecerá à Carta das Nações Unidas e a Constituição da Organização Mundial da Saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 3. A implementação deste Regulamento obedecerá a meta de sua aplicação universal, para a proteção de todos os povos do mundo contra a propagação internacional de doenças.
>
> 4. Os Estados possuem, segundo a Carta das Nações Unidas e os princípios de direito internacional, o direito soberano de legislar e implementar a legislação a fim de cumprir suas próprias políticas de saúde. No exercício desse direito, deverão observar o propósito do presente Regulamento.
>
> (BRASIL, 2020b, grifo meu)

Dessa forma, reconhecendo a importância do papel da OMS no alerta mundial de surtos e na resposta a eventos de saúde pública, as medidas a serem implantadas referentes ao fortalecimento do desenvolvimento de capacidades no campo da saúde pública mundial, deverão obedecer ao propósito de proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública contra a propagação internacional de doenças, de maneiras proporcionais e restritas aos riscos para a coletividade.

2.2 Portaria Nº 356 – Regulamentação da Lei Nacional da Quarentena

A Portaria Nº 356, de 11 de março de 2020, foi instituída com a finalidade de dispor sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19).

Trata-se do dispositivo federal responsável pela regulamentação do isolamento social, enquanto medida de enfrentamento ao novo coronavírus:

> Art. 3º A medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local.
>
> § 1º A medida de isolamento somente poderá ser determinada por prescrição médica ou por recomendação do agente de vigilância epidemiológica, por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias, podendo se estender por até igual período, conforme resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 2º A medida de isolamento prescrita por ato médico deverá ser efetuada, preferencialmente, em domicílio, podendo ser feito em hospitais públicos ou privados, conforme recomendação médica, a depender do estado clínico do paciente.
>
> § 3º **Não será indicada medida de isolamento quando o diagnóstico laboratorial for negativo** para o SARSCOV-2.
>
> (Ministério da Saúde, 2020b, grifo meu)

Dessa forma, o isolamento social encontra-se previsto como uma medida de contenção da propagação do coronavírus, voltada para separar pessoas assintomáticas ou sintomáticas, desde que recomendado por prescrição médica ou através de recomendação do agente de vigilância epidemiológica, por um prazo máximo de 14 dias, prorrogável por igual período, mediante resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão.

O parágrafo terceiro, por sua vez, estabelece que o isolamento social não será utilizado com medida de contenção quando o resultado laboratorial for negativo para o coronavírus.

Mais adiante, o artigo quarto, da Portaria MS Nº 356/2020, traz as definições acerca da imposição de quarenta:

> Art. 4º A medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado.
>
> § 1º A medida de quarentena será determinada mediante **ato administrativo formal e devidamente motivado** e deverá ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, **publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação.**
>
> § 2º A medida de quarentena será adotada pelo prazo de até 40 (quarenta) dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território.
>
> (BRASIL, 2020b, grifo meu)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessarte, a quarentena prescinde de ato administrativo formal e devidamente motivado, a ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação.

2.3 Portaria Nº 428 – Regulamentação do Teletrabalho

A Portaria MS Nº 428, de 19 de março de 2020, por seu turno, versa acerca das atividades remotas de teletrabalho, para componentes do grupo de risco, em seu artigo segundo:

> Art. 2º Deverão executar suas atividades remotamente os servidores e empregados públicos:
>
> I - enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19):
>
> a) com sessenta anos ou mais;
>
> b) imunodeficientes;
>
> c) com doenças preexistentes crônicas ou graves, como cardiovasculares, respiratórias e metabólicas; e
>
> d) gestantes e lactantes;
>
> (Ministério da Saúde, 2020c)

O artigo terceiro vem trazendo, mais à frente, a adoção de jornadas de trabalho alternativas, como forma de contenção da transmissão do vírus:

> Art. 3º Além do disposto no art. 2º, a chefia imediata poderá adotar, no âmbito de cada unidade do Ministério da Saúde, uma ou mais das seguintes medidas de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade:
>
> I - adoção de regime de jornada em:
>
> a) turnos alternados de revezamento; e
>
> b) trabalho remoto, que abranja a totalidade ou percentual das atividades desenvolvidas pelos servidores ou empregados públicos da unidade;

> II - melhor distribuição física da força de trabalho presencial, com o objetivo de evitar a concentração e a proximidade de pessoas no ambiente de trabalho; e
>
> III - flexibilização dos horários de início e término da jornada de trabalho, inclusive dos intervalos intrajornada, mantida a carga horária diária e semanal prevista em Lei para cada caso.
>
> (BRASIL, 2020c)

Assim, ficou autorizado a adoção de regime de trabalho em turnos alternados de revezamento, trabalho remoto e a flexibilização de horários de início e término da jornada de trabalho, sem prejuízo à remuneração (§4º).

Também foram suspensos os eventos e reuniões, no âmbito das unidades do Ministério da Saúde, com mais de 10 (dez) de participantes, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (art. 6º, caput) e a participação de servidores ou empregados públicos em eventos com aglomeração de pessoas, como treinamentos presenciais, cursos, congressos e conferências, no período de que trata o caput (art. 6º, §4º).

O mesmo dispositivo suspendeu, ainda, as viagens internacionais a serviço enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (art. 7º), e o atendimento presencial e a realização de perícia por todas as unidades administrativas do Ministério da Saúde no Distrito Federal e nos Estados, devendo as demandas serem encaminhadas por sistema próprio, se houver, telefone ou e-mail (art. 8º).

Também foi vetado o acesso do público externo a bibliotecas, museus, memorais, auditórios, restaurantes, lanchonetes e outros locais de uso coletivo nas dependências das unidades do Ministério da Saúde no Distrito Federal e nos Estados (parágrafo único, do artigo oitavo).

3 ESTADOS DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A base de um estado democrático de direito está fundamentada no respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos **direitos** humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

Nesses termos, a atuação do Estado é definida e limitada pela Constituição do país, e a atuação dos governantes e a soberania estatal emanam do poder popular,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

através da escolha direta dos seus governantes através de eleições, conforme previsto no artigo primeiro da Carta Política de 1988:

> 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.
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce através de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
>
> (BRASIL, 1988)

O mesmo dispositivo, traz, ainda em seu preâmbulo, as características de um Estado Democrático de Direito, em função dos direitos sociais fundamentais:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL:
>
> (...)
>
> (BRASIL, 1988)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesta senda, se verifica uma tendência pelo Estado Democrático de Direito Social, como atributo da forma-Estado definida pela Carta Política de 1988, em razão de seu potencial de realização da cidadania, do sentimento republicano e também pelo seu notável respeito aos valores da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais: individuais e sociais.

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
>
> (BRASIL, 1988)

Percebe-se, assim, que, para o constituinte brasileiro, as finalidades do Estado coincidem com seus objetivos, considerando que o teor do artigo 3º da CF/88 confirma as chamadas "proclamações emblemáticas", com evidente valor literário (libertário) e simbólico, no mesmo sentido que já vinha expresso no preâmbulo.

Isso significa que o Estado de direito é caracterizado por ser um Estado mínimo, objetivando acautelar tão somente a ordem social e a segurança pública, conforme leciona Canotilho:

> (...) o Estado de direito é um Estado liberal no seu verda deiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas ("Estado polícia", "Estado gendarme", "Estado guarda nocturno"), remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual (CANOTILHO, 2002, p. 97).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Deve o Estado, por meio do direito posto, garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos. (MOTA, 2017, p. 12)

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se elencados, especialmente, no artigo quinto da CF/88, destacando-se, para os efeitos deste estudo, os listados a seguir:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
>
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> (...)
>
> XV - **é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz**, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
>
> XVI - 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
>
> (...)
>
> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
>
> (...)
>
> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
>
> (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
>
> (...)
>
> LXI - 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;
>
> (BRASIL, 1988)

O caput do artigo quinto traz, dessa maneira, a garantia do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, a todos os cidadãos, independentemente de qualquer distinção, sob o princípio implícito da igualdade, conforme preceitua o professor Alexandre de Moraes:

> A igualdade assegurada pela Constituição de 1988 atua em duas faces: em relação ao poder legislativo ou executivo, este quando edita leis em sentido amplo, na medida em que obsta a criação de normas que violem a isonomia entre indivíduos que se encontram na mesma situação; E, também, em relação ao intérprete da lei, ao impor que este a aplique de forma igualitária, sem quaisquer diferenciações.
>
> (MORAES, 2002, p. 65)

Outro importante direito assegurado constitucionalmente, é o direito à liberdade de locomoção, ou seja, seu direito de ir e vir, ou de permanecer no local em que se encontra, porquanto desdobramento do direito de liberdade e não pode ser restringido de forma arbitrária pelo Estado, de forma que se deve respeitar o devido processo legal para que haja esta privação.

No entanto, apesar de fundamental, este não é um direito absoluto e pode ser restringido em determinados casos, como, por exemplo, durante o Estado de Sítio, conforme previsto no Art. 139:

> Art. 139 Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:
>
> I - obrigação de permanência em localidade determinada;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
>
> III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
>
> IV - suspensão da liberdade de reunião;
>
> V - busca e apreensão em domicílio;
>
> VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
>
> VII - requisição de bens..
>
> (BRASIL, 1988)

Outro exemplo de relativização do direito de ir e vir encontra respaldo na supremacia do interesse público, na preservação de outros direitos como o direito à vida, à segurança e à saúde. Com efeito, o art. 196 prevê que o direito à saúde tem duas dimensões: (I) como direito subjetivo de todos e (II) como dever do Estado de desenvolver uma política pública, abrangendo regramentos, organização pessoal e previsão orçamentária específica.

Nesse contexto, interesse público é objeto buscado por quem compõe um Estado (pessoa privada ou pública) para o benefício daqueles que precisam desse objeto, para, nesse sentido, proporcionar condições de vida digna nesse Estado, inclusive para si próprios. (FRANÇA, 2016, p. 3)

Segundo o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o "interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem" (BANDEIRA DE MELLO, 2018, p. 51).

O interesse público, nos Estados Democráticos de Direito, há de se revelar através da observância, pelos poderes públicos, dos direitos e princípios consagrados na Constituição e nas leis do sistema jurídico, normas jurídicas emanadas do parlamento, órgão de representação do povo, titular do poder político ou soberano, como ensina Charles de Secondat, o Barão de Montequieu (2005, p. 19).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É fundamental, portanto, que a supremacia do interesse público detenha previsão legal, de modo que o Estado precisa adequar o seu aparato instrumental para concretizar a determinação legal de realização do interesse público, para assim cumprir com o seu dever constitucional. Do contrário, nada mais seria que discurso vazio e sem aderência à realidade que justifica, inclusive, a própria existência de um Estado idealizado como promotor do interesse público concreto – ou concretizável – para a legitimação de sua atuação como gestor da coisa pública em nome de seus titulares.

4 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE COVID-19

Em virtude da pandemia instaurada, nos últimos meses, por conta do coronavírus, diversas medidas têm sido adotadas com vistas à contenção da transmissibilidade do vírus, incluindo-se as medidas restritivas de livre circulação de pessoa, editadas mediante a aprovação de normas infraconstitucionais.

Seguindo as recomendações da OMS, diversos países do mundo, inclusive o Brasil, determinaram medidas de isolamento social, como a quarentena, o isolamento social propriamente dito, a realização compulsória de exames e tratamentos médicos, a proibição do funcionamento de estabelecimentos comerciais e de circulação de pessoas em espaços públicos, restrições ao funcionamento de transportes públicos e privados. (BRASIL, 2020)

Diante desta situação de pandemia, o Poder o Legislativo se apressou em editar medidas preventivas para conter a disseminação da COVID-19, como a Lei Nacional da Quarentena, Decretos Federais que definem os serviços públicos e as atividades essenciais (10.282/20 e 10.292/20), decretos estaduais com as restrições de atividades e determinando suspensão de serviços.

No entanto, a adoção das medidas acima mencionadas, implicam em sérias restrições aos direitos fundamentais de ir e vir, à autodeterminação sobre o próprio corpo e à livre iniciativa. Embora justificáveis no presente momento – um desequilíbrio na intensidade e, sobretudo, na duração dessas medidas pode deflagrar uma crise constitucional.

A obediência a essas leis é obrigatória e o descumprimento delas acarretará responsabilização nos âmbitos administrativo, civil e criminal, conforme definido pela portaria editada pelos Ministérios da Justiça e Saúde, que determina sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei Nacional da Quarentena.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, têm sido relatados diversos casos de abuso de poder e extrapolação de competências, especialmente, a nível municipal, mediante a expedição de decretos com normas arbitrárias, culminando, inclusive, em toques de recolher e na prisão de cidadãos que forem flagrados transitando pelas ruas.

Vale destacar que a Lei Nº 13.979/2020, permitiu o isolamento e quarentena no Brasil, com o intuito de separar as pessoas contaminadas das pessoas saudáveis e de conter a transmissão do vírus entre os demais indivíduos. Não há, portanto, qualquer impedimento legal para a liberdade ambulatorial das pessoas, a limitação ao direito de reunião ou a intervenção da propriedade e interrupção de atividades econômicas, que são assuntos de competência da União (artigo 22, I à III, da Constituição), que podem ser delegadas aos Estados, em questões específicas, mediante leis complementares sobre o assunto.

A autonomia concedida pela Lei da Quarentena, aos Estados e Municípios, de formularem suas próprias medidas de contenção do coronavírus, tem sido observada mediante a expedição decretos locais e portarias, refletindo a vontade política de determinado governador ou prefeito.

Cita-se como exemplo, o Decreto 46.973/2020, do Rio de Janeiro, cujo qual, em seu artigo 5º, inciso VI, recomendou, restrições de "frequentar praia, lagoa, rio e piscina pública", bem como, no inciso V do mesmo artigo, restringiu o "funcionamento de bares, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos congêneres no interior de 'shopping center', centro comercial e estabelecimentos congêneres, com redução em 30% (trinta) do horário do funcionamento". (ALMEIDA, 2020, p. 04)

No entanto, mesmo apenas recomendando uma conduta por decreto, a polícia militar fluminense prendeu duas mulheres que passeavam pela praia, apenas por não se retirarem na faixa de areia, o que elas não estavam obrigadas a fazer. Ou seja, a recomendação de um governador de Estado, quanto à conduta de se não se frequentar um bem federal, no caso, uma praia, resultou na prisão de duas cidadãs brasileiras. (ALMEIDA, 2020, p. 04)

No Estado de São Paulo, por sua vez, o governo fechou acordo com as operadoras de celular para monitorar o cumprimento do isolamento, que, segundo a lei, permite apenas a separação de pessoas doentes ou contaminadas, de outros meios, de modo a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus.

Percebe-se, assim, a interferência desmedida, do Estado, na intimidade privada do cidadão, extrapolando as esferas constitucionais e civis, sem suporte legal nenhum, baseando-se, apenas, em meros decretos e portarias regionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das medidas de contenção do cenário estabelecido de pandemia causado pelo coronavírus, a relativização dos direitos e garantias têm chamado a atenção, principalmente, no que se refere ao desrespeito à liberdade de locomoção.

A Lei da Quarentena, regulamentada pelo decreto 10.282/20 e portaria 356/20 do Ministério da Saúde, previu que o isolamento consiste na "separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local", a ser determinada por médico ou agente sanitário local, além de conceder às unidades federativas e aos municípios, a autonomia de formular seus próprios decretos, com vistas à redução da disseminação do coronavírus.

No entanto, vários têm sido os exemplos de abuso de poder, por parte das prefeituras e governos estaduais, cerceando a liberdade de ir e vir do cidadão, mediante a imposição de simples decretos e portarias. Não são raras as ocasiões em que foram noticiadas as prisões de indivíduos localizados em ambientes públicos.

Ao mesmo tempo que não podem ser menosprezadas as recomendações da Organização Mundial da Saúde, a segurança jurídica e a pacificação social devem ter amparo na Constituição e não no pânico causado pela doença, ou na decisão pessoal de agentes públicos.

Na atual situação de calamidade pública, em que o número de vítimas cresce com o passar dos dias, não há dúvidas de que, numa ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, a solução não pode ser outra daquela em que se prestigia o direito à vida e à saúde em detrimento do tão clamado direito de ir e vir.

Apesar de as medidas de isolamento social serem cientificamente comprovadas como as mais recomendadas para evitar o alastramento da pandemia e os riscos à vida humana e à saúde pública, é preciso o estabelecimento de critérios técnicos bem sucedidos como direitos e obrigações, no intuito de evitar medidas descabidas e desproporcionais.

A veiculação, na mídia, de restrições desastrosas ao direito de locomoção, sem a devida lógica jurídica, tem contribuído para fomentar insegurança à população, uma vez que afronta princípios e garantias fundamentais constitucionalmente instituídos.

Não se deve permitir, portanto, que a situação excepcional atual permita a adoção de medidas inconstitucionais, devendo, as ações adotadas, serem baseadas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

na legalidade e na transparência, tecnicamente motivadas, proporcionais e voltada à eficiência na proteção da vida de todos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Marques. Contra a COVID-19, não há direitos? Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/ricardo-marques-covid-19-nao-direitos. Acesso em 18 de abril de 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 de abril de 2020.

_____. Decreto Nº 7.616 de 17 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm. Acesso em 12 de abril de 2020.

_____. Decreto Nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020 (2020a, janeiro). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm. Acesso em 12 de abril de 2020.

_____. Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. (2020b, fevereiro). Disponível em http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735. Acesso em 12 de abril de 2020.

COE COVID-19. Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública. (2020a, março). Boletim Epidemiológico de 14 e março de 2020. Disponível em https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/21/BE13---Boletim-do-COE.pdf. Acesso em 13 de abril de 2020.

COE COVID-19. Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública. (2020b, abril). Boletim Epidemiológico de 20 de abril de 2020. Disponpivel em https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/21/BE13---Boletim-do-COE.pdf. Acesso em 23 de abril de 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

França, Phillip GilL. Interesse público, um conhecido conceito "não indeterminado". Revista Eletrônica de Direito do Estado. Ano 2016. Num. 249.

Ministério da Saúde (BR). Portaria N° 188, de 3 de fevereiro de 2020. (2020ª, fevereiro). Disponível em http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388. Acesso em 12 de abril de 2020.

_____. Portaria Nº 356, de 11 de março de 2020. (2020b). Disponível em http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346. Acesso em 12 de abril de 2020.

_____. Portaria Nº 428, de 19 de março de 2020. (2020c). Dispõe sobre as medidas de proteção para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito das unidades do Ministério da Saúde no Distrito Federal e nos Estados. Disponível em http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-428-de-19-de-marco-de-2020-249027772. Acesso em 12 de abril de 2020.

_____. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde – SCTIE. Diretrizes para Diagnóstico e Tratamento da COVID-19. (2020d, abril). Esplanada dos Ministérios, bloco G, Edifício Sede, 8º andar, CEP: 70058-900 – Brasília/DF.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. O espírito das leis, 3ª ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTA, Maurício. O Conceito de Estado Democrático de Direito. Disponppivel em https://emporiododireito.com.br/leitura/o-conceito-de-estado-democratico-de-direito-por-mauricio-mota. Acesso em 22 de abril de 2020.

World Health Organization (WHO). Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 95. Disponível em https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200424-sitrep-95-covid-19.pdf?sfvrsn=e8065831_4&ua=1. Acesso em 24 de abril de 2020.

Zhang J-J, Dong X, Cao Y-Y, Yuan Y-D, Yang Y-B, Yan Y-Q, et al. Clinical characteristics of 140 patients infected with SARS-CoV-2 in Wuhan, China. Allergy. 2020 Feb.

NOTAS:

[1] Autor de livros e advogado. Mestre em Direito pelo o Instituto Nacional de Ensino Superior e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM/MG, Pós-Graduação em Processo Judiciário pela FIC/SERGIPE, Pós-Graduação em Docência e Gestão em Ensino Superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus -CEULM/ULBRA. Contato: rladvocacia02@gmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIRULÊNCIA: A IGUALDADE NAS DIFERENÇAS

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL: é sócio em COSTA, MELO & GURGEL Advogados; autor da Editora Impetus; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal

HENRIQUE NELSON CALANDRA

(coautor)[1]

Nos primeiros dias do ano de 2020, o mundo passou a acompanhar com certo grau de ceticismo as notícias sobre uma nova doença que se espalhava pelo território chinês. Apesar de todas as advertências difundidas pelos meios de comunicação sobre os riscos de uma pandemia, a situação assemelhava-se a tantas outras já vividas, a exemplo do que havia ocorrido no continente africano, cinco anos antes, envolvendo a Febre Hemorrágica Ebola.

A partir do surgimento dos primeiros pacientes com o vírus COVID-19 além dos limites de Wuhan, a humanidade se viu em meio a um roteiro paralisante, digno das obras cinematográficas que combinam os gêneros ficção científica e terror. Os brasileiros, por sua vez, retardaram um pouco mais. Como de costume, na terra do samba e futebol, todo aquele que nela habita sabe que as alas da realidade somente se abrem após as festividades do carnaval.

Por mais que os olhos pudessem se manter fechados, não era mais viável fazer de conta que nada grave estava acontecendo. Que um mortal parasita intracelular já havia cruzado o Atlântico, isso era fato consumado e incontestável. Pela primeira vez, as imagens da Fontana de Trevi, em Roma, e da Rua La Rambla, em Barcelona, ganhavam os mesmos contornos de melancolia e solidão típicos dos grandes armazéns situados às margens das zonas portuárias. Não havia mais dúvida de que esta geração estava prestes a enfrentar uma tragédia equiparada à terrível gripe do início do século XX, que, até pouco tempo, quando os níveis de hipocrisia não eram tão elevados, ninguém se sentia constrangido em chamá-la de "espanhola". E foi assim que, apesar de toda preocupação quanto aos efeitos econômicos que as medidas de prevenção iriam causar, o governo brasileiro acabou sucumbindo às pressões internas e externas no sentido de aderir às recomendações estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde. Em um país onde mais de sessenta e cinco mil pessoas foram assassinadas somente no ano de 2017, segundo os dados divulgados pelo Ipea - Instituto de Pesquisa Econômico Aplicada (Atlas da Violência), seria preciso muito mais esforço para se alcançar uma pretensa comoção nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Alguns fatos ocorridos paralelamente à pandemia vêm despertando profunda curiosidade nos campos sociológico, político e jurídico. Percebe-se que o Novo Corona Vírus não se limitou a causar enfermidades identificadas pela perda de olfato, febre alta e infecção pulmonar. Fez aflorar também tantas outras doenças que permaneciam latentes naqueles que testam negativo. Muitas pessoas, embora mantivessem o corpo livre do vírus, não foram capazes de preservar a sanidade da mente diante do caos.

Embora exista um número significativo de pessoas empenhadas em produzir a vacina para cessar o contágio, além de outras medidas aptas a impedir a morte dos que foram afetados, antecipando o diagnóstico e abrandando o sofrimento gerado pelos sintomas, o que prepondera é uma gigantesca massa em busca de um bode expiatório para ser responsabilizado pela terrível tragédia humana. É o modismo do binômio culpabilidade e punibilidade.

Encontrar alguém para acusar passou a ser uma necessidade vital de uma geração bastante doente, imune ou não ao vírus. Na cruz digital das redes sociais que não têm hora para ser erguida, ou sob a fúria do chicote dos jornais de maior audiência, diariamente vê-se a face de um novo cordeiro arrebatado. Essas são as vias modernas para que multidões soltem o grito engasgado: culpado! Nos tempos de pandemia, a culpa por todos os males estão naqueles que saem de suas casas, que eventualmente descem a máscara à altura do pescoço, que lotam os transportes públicos, ou que se aguentam em pé nas filas infinitas.

Nota-se que na mesma proporção em que o vírus se alastra, a ignorância viraliza. Há quem ainda relute em compreender que nem todos possuem a estabilidade inerente aos cargos públicos, ou desfrutem do privilégio de ocupar uma posição de destaque em grandes empresas que lhes garantam a integralidade do salário, independentemente da dimensão da crise sanitária. Tais segmentos representam uma parcela muito pequena da sociedade. Por outro lado, autônomos e profissionais liberais, entre os quais uma grande parte sequer faz jus aos subsídios do governo federal, e que dependem da labuta diária para a mínima subsistência, sofrem verdadeiro linchamento em praça pública. Para estes indivíduos, os *slogans* que orientam o confinamento soam como uma sentença condenatória à pena capital. De onde viria o pão de cada dia?

A máxima jurídica sobre tratar os desiguais de forma desigual para se fazer justiça parece que foi esquecida. E o que mais causa espanto é que sua inobservância tenha ocorrido em uma época de total dedicação dos meios de comunicação em incutir a ideia de que uma sociedade civilizada deve conviver harmonicamente com as diversidades. Todavia, diante de inúmeras demonstrações de total ausência de

sensibilidade quanto à capacidade humana de ser variado, talvez o tão almejado respeito pelas diferenças que nos cercam esteja circunscrito às questões de natureza sexual.

Dentre tantos que se lançam às ruas para cruzar o caminho do vírus, não há somente alienados irresponsáveis ou delinquentes indiferentes quanto a um suposto enquadramento jurídico-penal de suas condutas no âmbito dos crimes contra a saúde pública. Nesse grupo, em sua maioria, estão os arrimos de família, heróis de guerra contra um inimigo invisível, que arriscam a própria vida em troca do sustento de seus entes queridos. Incluem-se ainda os produtores, transportadores, vendedores, em incessante deslocamento para que todos tenham o que comprar por intermédio do telefone enquanto ficam em casa. Em menor grau encontram-se ainda os que sofrem de depressão, e, sob tal condição, necessitam de outros ares, mesmo que impuros, como forma de resistir ao desejo de autodestruição; os que padecem de outras enfermidades e cumprem determinação médica de realizar frequentes caminhadas pelas praias ou praças; os que por sérias e fundadas razões tenham encontrado dificuldades no convívio com aqueles que coabitam; os que precisam de oração, ou de qualquer outro auxílio para a cura dos males da alma.

O isolamento social é um remédio, mas quando ministrado aos contraindicados ou em doses indevidas pode causar a morte. E se o desejo de salvar vidas no período de surto da doença seja para submeter os sobreviventes ao flagelo em momento posterior, por intermédio de cortes do fornecimento de luz, água, telefone, cumuladas com ações judiciais de despejo, execução fiscal, além de demandas criminais envolvendo os delitos de sonegação, então a aparente compaixão se revelará, em breve, como sadismo.

Cada indivíduo pode carregar consigo argumentos justos e toleráveis para enfrentar um problema universal dentro dos limites de suas particularidades. Apenas para o vírus, as diferenças entre os seres humanos, nos quais se hospeda para promover a falência dos sistemas de vida, não têm qualquer relevância.

NOTAS:

[1] *O Desembargador **Henrique Nelson Calandra** é especialista em Direito Empresarial, Presidente da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil nos anos de 2011-2013; Ex-presidente da APAMAGIS - Associação Paulista de Magistrados, professor emérito da Escola Paulista da Magistratura, e-mail: juizcalandra@gmail.com; **Sergio Ricardo do Amaral Gurgel** é sócio em COSTA, MELO & GURGEL Advogados, autor da Editora Impetus, professor de Direito Penal e Processo Penal, e-mail: contato@sergiogurgel.com*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LOCAL DO CRIME E A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DAS PROVAS

RODRIGO RIBEIRO ALMEIDA:
Estudante no Último Período do Curso de Direito do Centro Universtário Luterana de Manaus - ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA
(orientador)[1]

RESUMO: Em nosso ordenamento jurídico, quanto o tema é "preservação das provas em locais de crime", pode-se observar na literatura consultada para a produção desse estudo, a carência bibliográfica com abordagem, tanto no âmbito policial quanto no âmbito geral. Dentro desse contexto, esse estudo tem como objetivo de fazer um levantamento via autores sobre a importância da preservação e isolamento do local do crime, destacando a ação profissional do Perito Forense, que associado ao cuidado nas ações iniciais pode ser considerado como um ator primordial para a admissibilidade das evidências, tanto para fins judiciais como para eventuais investigações, no local do crime. O método adotado para a efetivação desta pesquisa foi o dedutivo. A tipologia da pesquisa adotada abrangeu três aspectos: quanto aos objetivos tratou-se de uma pesquisa exploratória; quanto à abordagem do problema, foi qualitativa; quanto aos procedimentos técnicos, foi bibliográfica. A realidade atual demonstrou, numa dimensão nacional, que um dos graves problemas das perícias em locais onde ocorrem crimes é, exatamente, a quase inexistente preocupação das autoridades policiais com o isolamento e a preservação desses sítios, segundo critérios técnicos recomendados, o que compromete, na maioria das vezes, as condições materiais e de segurança necessárias à realização de um exame pericial criterioso.

Palavras-Chaves: Crime; Gestão, Treinamento. Provas.

ABSTRACT: In our legal system, as the theme is "preservation of evidence in crime scenes", we can observe in the literature consulted for the production of this study, the lack of bibliographic approach, both in the police and the general scope. Within this context, this study aims to make a survey via authors on the importance of preserving and isolating the crime scene, highlighting the professional action of the Forensic Expert, which associated with the care in the initial actions can be considered as a prime actor for the admissibility of evidence, both for judicial purposes and for

1 Professor orientador do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – Advogado.

possible investigations, at the crime scene. The method adopted for the accomplishment of this research was the deductive one. The typology of the adopted research covered three aspects: as for the objectives it was an exploratory research; The approach to the problem was qualitative; as for the technical procedures, it was bibliographic. The current reality has shown, in a national dimension, that one of the serious problems of forensic investigations in areas where crimes occur is exactly the almost nonexistent concern of police authorities with the isolation and preservation of these sites, according to recommended technical criteria, which compromises, most of the time, the material and safety conditions necessary for a thorough expert examination.

Keywords: Crime; Management, Training. Evidences.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 DO LOCAL DO CRIME; 2.1 Lugar de crime; 2.2 Da preservação do Local do Crime; 3 DOS VESTÍGIOS, EVIDÊNCIAS E INDÍCIOS; 3.1 Das Provas; 4 INVESTIGAÇÃO INICIAL; 5 PRESERVAÇÃO E ISOLAMENTO DO LOCAL DO CRIME; 6. CONCLUSÃO; 7. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Esse estudo inicia-se comentando que, quando ocorre uma infração de natureza criminosa acidental ou até mesmo proposital, o local da ocorrência abrigará materiais o suficiente para o entendimento do fato ocorrido, nesse sentido torna-se altamente relevante a correta interpretação dos acontecimentos. Isso porque, existe uma fragilidade na evidência, já que as mesmas podem ser alteradas.

A esse respeito comenta-se que o local do fato ocorrido deve ser isolado e preservado de maneira apropriada, pois a pois a integridade de seus elementos seja mantida a fim de alcançar a obtenção do resultado buscado e a devida preservação do local. Dentro desse contexto emerge o problema a ser respondido, por essa pesquisa, que se pauta no seguinte questionamento: Qual a importância da preservação e isolamento do local do crime?

Para responder a esse questionamento esse estudo assume o objetivo de fazer um levantamento via autores sobre a importância da preservação e isolamento do local do crime, destacando a ação profissional do perito forense, que associado ao cuidado nas ações iniciais pode ser considerado como um ator primordial para a admissibilidade das evidências, tanto para fins judiciais como para eventuais investigações, no local do crime.

Dentro desse contexto destaca-se um trecho dos estudos de Baroni (2016) onde o autor salienta que A expressão “local do crime” é utilizada para demonstrar

qualquer lugar físico do incidente, onde tenha algum tipo de registro de ação anterior. O first responders (O termo first responders refere-se às primeiras pessoas (usualmente profissionais de segurança pública) que atendem ao local de crime. Optou-se, pela manutenção do termo original) ou mesmo outro profissional policial deverão manter o isolamento adequado quando se depararem com tal situação, compreendendo o interesse das suas ações. Por isso a colaboração do Encarregado da Aplicação da Lei (EAL) na preservação do ambiente a ser recepcionado é o instrumento para obtenção do sucesso da investigação criminal.

Para confirmar a questões norteadoras apresentadas no estudo desse tema, foram utilizados estudos acadêmicos prévios pertinentes à revisão bibliográfica onde Vergara (2009, p. 43) esclarece que: Pesquisa bibliográfica é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral. Fornece instrumental analítico para qualquer outro tipo de pesquisa, mas também pode esgotar-se em si mesma.

Com relação à descrição e análise dos dados, teve-se o cuidado com o tratamento dispensado aos dados coletados, onde Beuren (2004, p. 47) descreve: [...] na análise documental, evita o juízo de valor, inferências genéricas, ou enfocar aspectos que não contribuam para responder à pergunta de pesquisa. [...] também é preciso manter-se concentrado no rumo planejado, pois dispersões, além de desviar daquilo que fora programado inicialmente, podem tornar confusa a descrição e análise do objeto-alvo.

2 DO LOCAL DO CRIME

O local do crime constitui em uma investigação primordial no processo criminal, onde é essencial a preservação do local de crime para garantir a integridade para a relação de operações adquirir de vestígios que esclarecerão e auxiliarão no esclarecimento dos movimentos e as forças que provocam os fatos. O local do crime pode ser caracterizado geralmente, como a área aonde aconteceu o fato e que expõe características ou configuração de um crime.

Antes da definição do pressuposto existente sobre "local do crime" esse estudo destaca um trecho do livro de Capobianco e Santos (2014) onde os autores comentam que inicialmente, podemos dizer que crime é toda conduta humana, positiva ou negativa, que reproduz e se adéqua a um modelo definido em lei, de natureza antijurídica e penalmente reprovável. Conduta humana porque, na regra geral, quem comete crimes são pessoas físicas. Animais, seres inanimados, vegetais não podem nunca cometer crimes, podendo, no entanto, figurar como objeto ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

meio para a prática delituosa. Tomemos como exemplo o cão bravio que está solto e ataca uma criança, provocando-lhe lesões corporais ou até mesmo a morte. Não seria possível imputar a este animal uma conduta considerada criminosa, pois lhe falta racionalidade. O crime seria imputado a quem, na medida da responsabilidade objetiva, permitiu ou não adotou as cautelas necessárias para que o cão não atacasse a criança.

Os autores VELHO e GEISER, explicam o como podemos entender a respeito do local de crime:

> "Local de crime" ou simplesmente "local" que é definido como "toda área física ou virtual na qual tenha ocorrido um fato que possa assumir a configuração de infração penal, se estendendo ainda a qualquer local que possua vestígios relacionados à ação criminosa" (VELHO e GEISER, 2012, p.19)

De acordo com TAVERES (1991), o local de crime pode ser classificado, quanto a sua natureza do local, quanto ao tipo de crime, vejamos:

> Os locais de crime podem ser classificados segundo dois critérios: Quanto à natureza do local: a) interno – quando o delito tiver ocorrido no interior de uma casa, etc. b) externo – quando o delito tiver ocorrido em via pública. Quanto ao tipo de crime: a) Homicídio; b) Sequestro; c) Estupro; d) Roubo, etc. (Tavares Junior, 1991, p. 59)

No que se refere aos locais de crime de morte violenta, especificamente, afirma que para o cometimento de um delito há um "encadeamento de condições, sem as quais o crime não poderia ocorrer devendo-se fazer uma análise do Local Mediato, Imediato e Relacionado", sendo classificados como:

> **Local Mediato** – O ambiente merecedor de uma detalhada descrição devendo-se materializar o local mediato quanto ao nível social de seus habitantes e frequentadores; densidade demográfica; frequência de pessoas e veículos, tipo de urbanização e infraestrutura; eventuais condições de policiamento e vigilância, seu ambiente e ambiência (se área residencial, comercial, de meretrício, etc.).
>
> **Local Imediato** – é aquele que contém o palco principal do crime e onde se concentrou a maioria dos vestígios, sendo que nos casos de morte violenta, salvo raras exceções, é aquele que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> abrange o sítio de imobilização final do cadáver e suas imediações. (SILVA NETTO, 2011, p.55-58)

"Os locais de crimes são aqueles onde são praticados o crime, ou seja, onde dão início, dos atos preparatórios e dos atos posteriores, como também o ocultamento e simulação, ou aqueles locais que possuem vários resultados de vários crimes cometidos em sequência" (SILVA NETTO, 2011).

No Brasil, a infração penal comporta duas espécies: crime (ou delito) e contravenção penal. A diferença entre essas duas espécies não é qualitativa, ontológica ou de essências, pois ambas são espécies do mesmo gênero, mas sim quantitativa, ou seja, de pena, conforme preceitua o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914/1941).

> Art. 1.º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Portanto, o local do crime pode ser indicado como a área onde ocorreu o fato que apresentam características ou configuração de um crime. Ocorre que cada local de crime tem a sua característica, mas vale ressaltar que qualquer lugar pode ser um local de crime, ou seja, um local de ato criminoso. Exemplo: na rua, em um residência, supermercado, banco e etc... Quando ocorre um fato criminoso, o ambiente onde ocorreu é único e exige da perícia profissional diversos cuidados para a preservação do local daquele crime, buscando preservar a veracidade dos fatos. Durante o decorrer do exame pericial, os requisitos podem mudar conforme novos indícios sejam reconhecidos e o Perito Criminal terá que se adaptar ao novo cenário.

Com base na literatura consultada, observa-se que existe uma grande controvérsia com relação a classificação do local do crime, todavia, esse estudo destaca três modalidades: distribuição, consideração e manutenção. A doutrina majoritária aponta para uma classificação do local do crime conforme o ambiente da ação criminosa, podendo ser interna ou externa, sendo imediato ou mediato, locais relacionados, idôneos ou preservados, inidôneos ou violados, todavia esse estudo ressalta que essa classificação, assim como a supracitada não é unânime entre nossos juristas.

2.1 Lugar de crime

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O lugar do crime descrito no artigo 6º do Código Penal, que explica o seguinte: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado".

No Brasil, quanto ao momento do crime, são adotadas a teoria da atividade, que é considerado o lugar do crime onde o agente praticou a ação ou omissão, teoria do resultado, o crime é perpetrado no momento da produção do resultado, e teoria mista, sendo a junção das duas teorias supracitadas, tido como lugar do crime não só onde foi empregada a conduta, mas também onde foi dado o resultado desta. Esta definição é importante para o Direito Processual Penal, pois após ser manifesto o lugar do crime é que se definirá a jurisdição do caso.

2.2 Da preservação do Local do Crime

A preservação do local de crime mediante seu isolamento e demais cuidados com os vestígios é uma garantia de que o Perito encontrará a cena do crime condizente com o que ocorreu de fato, devido à ação do infrator, assim, como pela vítima, tendo com isso, a possibilidade de analisar todos os vestígios seguramente. Para que não seja prejudicado o inquérito policial, a preservação do local e vestígios por lá encontrados, deixados de maneira delituosa devem ser preservados para que não ocorra a alteração e não podem de lá ser retirados sem o profissional responsável, pois assim estará sendo corretamente coletados e desta forma garantindo a realização de justiça (BARONI, 2014).

É pela preservação que as atividades da perícia técnica poderão ser realizadas com o devido sucesso, é necessário que a colheita de provas seja perfeita e esteja em perfeito estado para que a realização da análise e interpretação tenha sucesso, falamos aqui da persecução criminal, da fase inquisitorial até a fase processual cujo prosseguimento depende de materialidade.

Objetivando a preservação do local de crime é necessária à atenção especial aos vestígios encontrados cuidando para que não sejam destruídos nem alterados as posições e localizações dos mesmos. Porém para que seja realizada uma correta preservação desse local, é preciso que o mesmo seja isolado. Faz parte do procedimento de preservação do local de crime a vigilância por partes das autoridades policiais a fim de impedir a entrada de pessoas no local e impedir que as ações de agentes naturais, como a chuva alterem o local.

De acordo com o artigo 6º, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, que determina sobre a preservação o seguinte:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Artigo 6º: I – se possível e conveniente, dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e conservação das coisas, enquanto necessário; I - dirigir-se ao local; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado" (BRASIL, 1941).

Já o artigo 169 também do Código de processo penal, alude sobre a preservação do local de crime, vejamos:

> "Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos. Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos" (BRASIL, 1941).

Portanto, é dever do Estado manter a integridade e perfeição dos locais de crime, uma vez que, sendo os locais de crimes preservados, terá uma maior facilidade para desvendar aquele crime e achar o culpado.

3 DOS VESTÍGIOS, EVIDÊNCIAS E INDÍCIOS

Como predomina o código de processo penal, no momento que a autoridade policial tem o conhecimento do crime, deverá aplicar diversas medidas para que seja mantida as peculiaridades originarias do crime, ou seja, o cenário do crime. Por conta disso, o primeiro que deve chegar no local de crime é a autoridade policial (delegado), e com ele ou logo depois deverá chegar o perito criminal, que é a peça fundamental pata analisar a cena de crime, vale ressaltar que, atualmente vários órgãos de segurança pública desempenham esta função.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para dar continuidade nesta pesquisa iremos abordar os conceitos de vestígios, evidência e indícios, vejamos eles:

Vestígios: a palavra vestígio (do latim *vestigium*), de acordo com o dicionário da língua portuguesa, possui as seguintes acepções: sinal deixado pela pisada ou passagem, tanto do homem como de qualquer outro animal; pegada; rastro; pista; pisada; pegada; indicação; marca (Garcia; Régis, 2015). De acordo com Almeida (2014) todo e qualquer sinal, marca, objeto, situação fática ou ente concreto sensível, potencialmente relacionado a uma pessoa ou a um evento de relevância penal, e/ou presente em um local de crime, seja este último mediato ou imediato, interno ou externo, direta ou indiretamente relacionado ao fato delituoso. A esse respeito, comenta-se que o vestígio pode ser considerado como um produto de um agente provocador.

- Evidências: pode ser compreendido como a qualidade daquilo que é evidente, que é incontestável, que todos veem ou podem ver e verificar; certeza manifesta; caráter do que é evidente, como, por exemplo, a evidência de uma prova, logo, tal expressão deve ser entendida como o vestígio que após análises periciais e de cunho objetivo, se mostrou inequivocamente atrelado com o evento delituoso investigado: Evidências são elementos exclusivamente materiais e, portanto, possuem natureza meramente objetiva (Garcia; Régis, 2015). Nessa esfera Capez (2015) a evidência é o vestígio que, mediante pormenorizados exames, análises e interpretações pertinentes, se enquadra inequívoca e objetivamente na circunscrição do fato delituoso. Ao mesmo tempo, infere-se que toda evidência é um indício, porém o contrário nem sempre é verdadeiro, pois o segundo incorpora, além do primeiro, elementos outros de ordem subjetiva.

-Indícios: são os elementos de extrema importância nos locais do acontecimento criminoso, pois desencadeiam a formação lógica do entendimento do que ocorreu naquele cenário encontrado pelo perito criminal. A preservação destes indícios é de extrema relevância para o Processo Penal (Garcia; Régis, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Almeida (2014) os indícios podem ser dimensionados e sua variação dependerá das peculiaridades do caso concreto, geralmente os indícios são sistematizados da seguinte maneira:

a) o cadáver: quanto a este indício analisa-se sua situação, posição, distâncias relativas, aspecto, condições externas, quer do conjunto do corpo, quer de cada segmento. A posição da mão que talvez tenha empunhado a arma do crime, a temperatura do corpo, a rigidez cadavérica, os livores, as lesões superficiais;

b) as vestes do cadáver: existentes ou não, o tipo, seu desalinho, a desordem, a queimadura nas roupas, as manchas, presença de terra, constituem elementos úteis na orientação da perícia médico-legal e das investigações em geral;

c) as armas: natureza, posição e distância em relação ao cadáver, bem como a munição, se está deflagrada ou intacta. A corda que enforcou, estrangulou (importante inclusive ressaltar que não se deve cortar ou desfazer o nó, pois este pode ser indicativo da profissão do agressor);

d) substâncias: restos de alimentos ou bebidas, tóxicos, medicamentos; vômitos; urina, terra, areia;

e) sangue: no cadáver, nas roupas, na parede, nas toalhas, na arma, no chão (quantidade, distribuição, estado físico, forma das manchas);

f) manchas de outras espécies, como as pesquisadas em todas as situações, por exemplo, de esperma, saliva, de leite, de urina, de matérias fecais, de mecônio, de substâncias nervosa;

g) pelos de animais ou humanos;

h) impressões digitais, palmares, plantares, dentárias; impressões produzidas pelos projéteis nas paredes, no teto, nas portas, etc.

i) sinais de luta manifestados no ambiente, a disposição dos móveis, se estão desarrumados, caídos, quebrados, se há a aparência de objeto projetados, vidraças partidas;

j) papéis (ainda que queimados); cadernos de notas, fotos;

k) vias de acesso: portas, janelas e outras aberturas; estado dos fechos, situação da chave, sinais de arrombamento, de escalada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com o artigo 239 do Código de Processo Penal, tem-se que: "indício é a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato principal (a ser provado), autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias", dessa maneira, pode pontuar nesse estudo que os indícios podem ser considerados meios de prova e, ao menos em tese, equiparam-se a perícia, a confissão, aos testemunhos e aos documentos.

Ainda dentro desse contexto, Barbosa (2011) descreve em seus estudos a existência do vestígio verdadeiro, ilusório e o forjado:

Vestígio verdadeiro é uma depuração total dos elementos encontrados no local do crime. Somente são verdadeiros aqueles produzidos diretamente pelos autores da infração.

Vestígio ilusório é todo elemento encontrado no local do crime que não esteja relacionado às ações dos atores da infração e desde que a sua produção não tenha ocorrido de maneira intencional. A produção de vestígio ilusório nos locais de crime é muito grande, tendo em vista a problemática da falta de isolamento e preservação de local. Este é o maior fator da sua produção, pois contribuem para isso desde os populares que transitam pela área de produção dos vestígios, até os próprios policiais pela sua falta de conhecimento das técnicas de preservação.

Vestígio forjado é todo elemento encontrado no local do crime, cujo autor teve a intenção de produzi-lo, com o objetivo de modificar o conjunto dos elementos originais produzidos pelos atores da infração. Um vestígio forjado poderá ser produzido por qualquer pessoa que tenha interesse em modificar a cena de um crime, por mais diversas razões.

Portanto, para montar e preservar o local de crime é necessário seguir tais requisitos descritos no artigo 239 do CPP, para melhor analise de provas.

3.1 Das Provas

O conceito de provas pode ser caracterizado como: "O conjunto de meios idôneos, visando a afirmação da existência positiva ou negativa de um fato, destinado à fornecer ao Juiz o conhecimento da verdade, a fim de gerar sua convicção quanto à existência ou inexistência dos fatos trazidos em juízo" (DOREA, 2012, p.73).

Portanto, prova seria o meio em que as partes apresentam ao juiz a verdade sobre o fato ocorrido. Sendo assim, todo material bruto encontrado e recolhido no local de determinado crime é considerado como vestígio, e logo após a análise será

revelado a ligação com o crime (evidencia), e no inquérito, revelará os indícios de materialidade que poderá deflagrar a ação penal, se apresentados juízo denominar-se-ão provas.

4 INVESTIGAÇÃO INICIAL

Após a chegada ao local e preocupações iniciais com a sua segurança pessoal, a primeira providência é verificar se há vítimas no local e se estão ainda com vida. Assim, a primeira autoridade, ao chegar ao local, sempre com agilidade e determinação, deve verificar a possibilidade de alguma vítima ainda estar com vida e priorizar o respectivo socorro, sem ter, apenas neste momento, grandes preocupações com vestígios do local, uma vez que a vida é mais importante do que qualquer outra coisa (GARCIA; RÉGIS, 2015).

Faz parte do procedimento de preservação do local de crime a vigilância por partes das autoridades policiais a fim de impedir a entrada de pessoas no local e impedir que as ações de agentes naturais, como a chuva alterem o local.

A norma que rege o artigo 6º, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, que determina:

> Artigo 6º: I – se possível e conveniente, dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e conservação das coisas, enquanto necessário; I - dirigir-se ao local II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado.

O Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 6º, que prevê a atribuição ao responsável pela investigação/inquérito. Esse tipo de entendimento está gerando atualmente uma grande divergência entre a polícia civil e militar, devido a Resolução SSP 57/15 PC/PM que dispõe sobre o atendimento e o registro de ocorrências e dá outras providências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Artigo 1º – Os policiais militares e civis de serviço terão atendimento preferencial em todas as ocorrências criminais apresentadas à Polícia Civil, devendo ainda ser observado:

I – No acionamento de policial militar para comparecimento em hospitais, prontos socorros ou congêneres relacionados à entrada de vítimas de crimes diversos e, verificando não haver campo para ações da Polícia Militar ou pessoas a serem presas e não estando o ofendido com alta médica, deverá ser elaborado o BO/PM e informado à Polícia Civil;

II – Em caso de flagrante delito, deverão ser adotadas posturas para a rápida liberação dos policiais militares, previamente lavrando-se as peças complementares que dependam de suas assinaturas, buscando a pronta liberação da guarnição após as suas oitivas e a entrega do recibo de preso;

III – Nas ocorrências de constatação de morte natural, ou seja, não havendo indícios da prática de crime, o policial militar deverá realizar o registro do BO/PM, comunicar o distrito policial com circunscrição local e retornar ao policiamento preventivo. Parágrafo único – Nas situações previstas nos incisos I e III deste artigo, o BO/PM será enviado ao órgão da Polícia Civil com atribuição para os atos de polícia judiciária, sem prejuízo da prévia comunicação do fato pelo COPOM para o CEPOL ou centro de comunicação equivalente.

Artigo 2º – Nas ocorrências criminais de mera transmissão de dados, a Polícia Militar deverá tão somente elaborar BO/ PM, devendo encaminhar cópia ao órgão da Polícia Civil, com atribuição do local dos fatos.

Parágrafo único – Nessas hipóteses, o policial militar notificará as pessoas envolvidas na ocorrência para que compareçam àquele órgão ou, por questões de segurança, prestará o apoio para que isso ocorra, devendo retornar, em ambos os casos, imediatamente ao policiamento preventivo.

A partir do momento da entrada, precisa-se que o policial ande em linha reta, tomando cuidado para não danificar os vestígios e deixar novos vestígios no local. Memorizar o percurso feito dentro da cena do crime será de extrema importância para avisar os peritos da trajetória percorrida e os possíveis danos no local do crime

e sua preservação. Está o policial que violar local de crime responsável por qualquer dano causado a esse.

Para entrar no local e comprometer o mínimo possível no trajeto que fizer, deverá seguir alguns procedimentos básicos, conforme a seguir discriminados:

1º) se entrar no local, deverá deslocar-se pelo mesmo trajeto que fez o primeiro profissional de segurança pública e, também, observar possíveis alterações 21 de vestígios que esteja produzindo, a fim de informar aos peritos criminais;

2º) constatando que a vítima está viva, todas as prioridades devem ser dadas no socorro àquela vida, sem se preocupar com a modificação de algum vestígio. O bem maior é a vida e, portanto, deve se sobrepor a qualquer outra ação naquele momento;

3º) verificado que a vítima está morta, a autoridade de polícia judiciária deverá permanecer parada junto ao cadáver e fazer uma acurada inspeção visual, tentando extrair o máximo de informações sobre o fato, visando colher dados para a investigação criminal e para as providências de preservação dos vestígios;

4º) após isso, retornar pelo mesmo trajeto de entrada, de forma lenta, observando – visualmente – toda a área, sem tocar, mexer, movimentar, manusear ou recolher qualquer objeto, ainda que seja arma de fogo, até que tudo seja periciado;

Dentre outras providências que venha a desenvolver, recomenda-se que a autoridade policial providencie o seguinte:

- Após sair do interior da área, fazer deslocamento por fora da área delimitada e verificar a possível necessidade de ampliar a área isolada pelo primeiro profissional de segurança pública;

- Observar se viaturas estão em locais impróprios, especialmente se estiverem muito próximas dos vestígios;

- Conferir os aspectos de segurança do local, visando assegurar o desenvolvimento dos trabalhos necessários a partir daquele momento.

De acordo com Barbosa (2011) ao se aproximar de um local de crime, o profissional de segurança pública deverá observar os seguintes procedimentos:

a) observar toda a movimentação de pessoas e veículos antes de descer da viatura e quando estiver se aproximando do local;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

b) parar a viatura em ponto estratégico que facilite a proteção dos seus ocupantes e a uma distância razoável do foco central de atendimento, evitando maior aproximação para não destruir possíveis vestígios;

c) Descer da viatura utilizando as próprias portas como proteção inicial, enquanto procura visualizar mais de perto toda e qualquer movimentação de pessoas e veículos;

d) após descer da viatura e se posicionar em pontos mais seguros, iniciar os demais procedimentos de atendimento do local.

Ayres (2015) comenta ainda a necessidade preocupação também com a problemática do isolamento e da preservação do local do crime, em razão de diariamente vários órgãos de segurança pública são acionados para o local do crime e a partir da chegada no local a autoridade policial faz o contato com os peritos, requisitando-os, enquanto aguardam a chegada dos peritos, o policial tem um importante papel a desempenhar que é o de preservar devidamente o local, e isola-lo o mais breve possível.

5 PRESERVAÇÃO E ISOLAMENTO DO LOCAL DO CRIME

Para que possa acontecer a preservação do local do crime, a área primeira deve ser isolada. Todos os acontecimentos ocorridos em um crime deixam marcas e/ou sinais (vestígios), estes vestígios são de suma importância para investigação, por causa destes vestígios deixados na cena de crime deve-se realizar a preservação do local. Mas uma grande parte da população, pessoas leigas no assunto não entendem a importância desta preservação do local do crime, pois invadem por curiosidade e por fim alteram a cena do crime (BARBOSA, 2011)

Desta forma, Garcia; Régis (2015) tem como argumento o princípio de transferência, que exista uma ligação direta entre os elementos que são três: local, vítima e suspeito, onde podem ser distribuídos nos vértices de um polígono geométrico, conhecido como triângulo dos vestígios. Como mostra a Figura 1.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

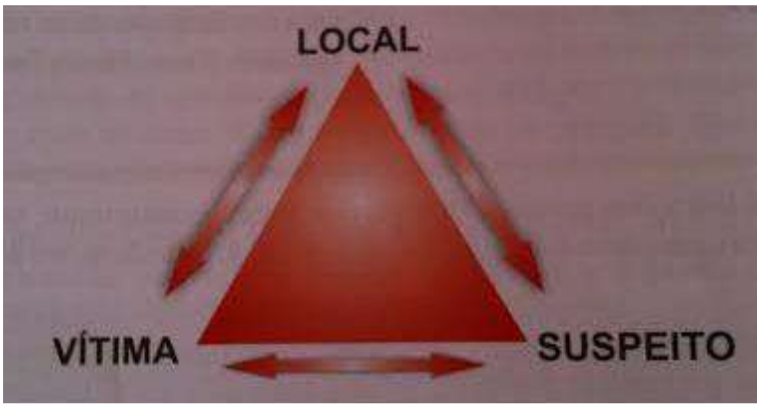


Figura 1. Triângulo dos Vestígios.

Fonte: Garcia e Régias (2015).

A esse respeito Ayres (2015) esclarece, que o triângulo dos vestígios, mostrado na figura acima, estabelece os três quesitos indispensáveis numa investigação que constituem um crime. Nem sempre esses três quesitos prevalecem numa investigação. Existem investigações de crimes que se tem o local, mas não se tem a vítima para poder chegar ao suspeito; caso que se tem o local e o suspeito, mas não se tem a vítima; casos que se tem a vítima e o suspeito, mas o local foi diferente, o crime aconteceu em vários tipos de locais.

De acordo com Capez (2012, p, 292), ensina que:

> Existem infrações que não deixam vestígios, como nos crimes contra a honra praticados oralmente, no desacato etc. Mas, por outro lado, existem as infrações que deixam vestígios materiais como o homicídio, o estupro, a falsificação etc. Neste caso, é necessária a realização de um exame de corpo de delito, ou seja, a comprovação dos vestígios materiais deixados. O exame de corpo de delito é um auto em que os peritos descrevem suas observações e se destina a comprovar a existência do delito (CP, art. 13, Caput): o corpo de delito é o próprio crime em sua tipicidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Na ocorrência de crimes onde é verificada que a vítima está viva, o caso fica de mais provável elucidação, onde a vítima pode relatar o que aconteceu e assim chegar a alguma conclusão. Nos casos em que ocorre o óbito da vítima a análise do legista é de fundamental importância para concretização dos fatos ocorridos. Devido a estes fatores: vestígios, vítima e vítima não encontrada, a cena de um crime deve ser preservada, para que curiosos e/ou pessoas leigas não venham contaminar a cena e que a investigação venha ser bem realizada (BARBOSA, 2011).

De acordo com Ayres (2015) A preservação nada mais é do que a garantia da integridade dos vestígios e dos locais do crime, garantindo que ninguém adentre no local, consistindo no procedimento de manter o local rigorosamente no estado em que o criminoso o deixou, para que possa ser analisado pelos peritos criminais. A preservação do local de crime é realizada com uma fita descartável, conhecida como fita zebrada, nas cores amarela e preta. Na maioria das vezes esta preservação do local é descrita como a Figura 2 abaixo.

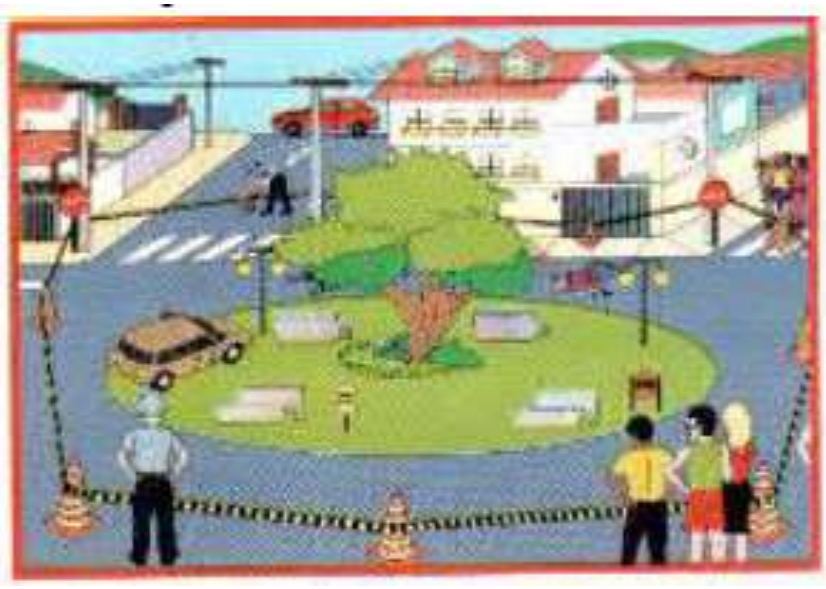


Figura 2. Preservação do local do crime.

Fonte: Garcia e Régias (2015).

Feito o isolamento, somente a autoridade policial e os peritos são autorizados a adentrarem o local; a partir desse momento, até os próprios policiais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que isolaram a cena devem evitar a entrada. Em algumas situações, no entanto, podem ocorrer invasões; caso ocorra, tal fato deve ser noticiado à autoridade policial e peritos, fazendo-se consignar onde ocorreram as alterações. Assim, evita-se prováveis erros na análise pericial, propagados pela adulteração decorrente da invasão. Em referência à preservação e isolamento do local do crime, o CPP, em seus artigos 6º e 169, dispõe:

> Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
>
> I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
>
> Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Com relação a rotina para a preservação do local do crime Barbosa (2011) elucida que o policial, conforme mencionado no artigo 6º do CPP, comparecerá ao local do delito caso seja noticiado do crime. Caso seja o primeiro na cena, sugere-se tomar as seguintes providências:

> 1.Penetrar no local do crime e dirigir-se ao corpo de delito (cadáver, vítima, veículos colididos e poças de sangue por exemplo), percorrendo, se possível, o menor caminho e em linha reta;
>
> 2.Constatado o delito, retornar à origem percorrendo a mesma trajetória da ida, fazendo-se consignar o trajeto ao perito que irá proceder ao exame pericial posterior;
>
> 3.Identificar, ao longo do trajeto, os vestígios do delito; essa ação delimitará o local imediato;
>
> 4.Isolar o local imediato e parte do local mediato, de forma a preservar o corpo de delito, os vestígios visíveis pelo policial e, porventura, àqueles não captados por esse profissional não especializado – o isolamento deve ser efetuado por meio de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> fitas de zebradas e/ou cones, de forma a evitar a circulação de populares;
>
> 5.Acionar a equipe de peritos e, se houver, a autoridade policial;
>
> 6.Aguardar os especialistas, sempre efetuando a segurança do local, de forma a impedir quaisquer adulterações ou invasão de populares.

A hermenêutica no direito penal está pautada na interpretação e integração, é necessária, pois nenhum ordenamento é capaz de suprir todas as lacunas existentes na sociedade. O direito penal não consegue atingir todas as ações humanas, por isso a integração é inevitável a fim de suprir as lacunas, contudo para atingir a integração se faz necessário que ocorra a interpretação. A interpretação é importantíssima para o direito penal, pois ele não completa todas as lacunas e nem prevê todos os crimes e formas que o crime pode ocorrer, assim a interpretação é de suma utilidade, pois aprimora o que já existe na lei.

A interpretação pode ser objetiva, quando faz uma interpretação literal do texto da lei ou subjetiva, quando busca entender a intenção, relaciona-se com o interprete da lei. O sujeito que interpreta a lei pode ser autêntico, quando analisa friamente a norma, não analisa outros fatos, analisa somente a norma. A histórica busca analisar os antecedentes e também busca encontrar uma resposta. No que concerne aos resultados, pode ser declaratória quando apresenta os fatos, lei e os responsáveis, exclusivamente. Pode também ser restritiva quando não existe interpretação além do texto legal.

A interpretação analógica é um meio de integração, onde buscam fatos semelhantes quando a conduta não é tipificada. A interpretação analógica só pode ser feita *in bona* partem, ou seja, em favor do réu, é o único momento que a analogia é possível, visto que a interpretação do direito penal é restritiva.

A interpretação extensiva não é admitida na lei penal, pois essa tem analise restritiva, ou seja, não é permita na lei penal, só há a exceção quando a lei dispuser. Já a interpretação conforme a Constituição é a interpretação encontrada na Constituição Federal, entende-se assim que a norma tem que ser constitucional.

De acordo com Neto (2009, p. 13);

> Existem três teorias que tratam dessa questão, a teoria da atividade, teoria do resultado e teoria da ubiquidade. Essas teorias são métodos lógicos interpretativos para o tempo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> lugar do crime. Nesse sentido pontua-se crime virtual como sendo algo culpável antiético, cometido com a utilização de utilização de *softwares*[2] e *hardwares*[3], para transmissão de dados através da Internet, com o intuito de copiar dados sem autorização, prejudicar outrem, atentar contra a liberdade individual, à privacidade, à honra, entre outros.

Complementa-se nesse contexto um trecho dos estudos de Miranda (*apud* Neto, 2009, p. 19) onde este leciona que:

> O perfil dos criminosos digitais normalmente é: jovens, entre 15 e 32 anos, do sexo masculino, com inteligência acima da média, educados, audaciosos e aventureiros, sempre alegam o desconhecimento da ilegalidade cometido movido pelo anonimato oferecido pelo Internet, têm preferência por ficção científica, música, xadrez, jogos de guerra e não gostam de esportes de impacto. Como o criminoso virtual é aquele que não se apresenta fisicamente e pode agir de qualquer parte do planeta, levam os criminosos a acreditarem que estão imunes às leis.

Após, a interpretação desse trecho, destaca-se que a perícia criminal é de suma importância, pois irá esclarecer o fato em si, por meio do competente laudo, no qual serão apresentadas todas as percepções do ato delituoso, levando em consideração toda e qualquer evidência, vestígios e demais elementos que possibilitem acrescentar informações que contribuam na resolução do ato criminoso.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a importância da análise do local do crime, apresentando de forma objetiva seus preceitos e características. Trazendo conceitos sobre a área que equivale ao local do crime, o procedimento de perícia e as qualificações dos representantes da segurança pública.

Nesse sentido, não se chega ao esclarecimento do crime sem a participação efetiva e o envolvimento de vários segmentos da segurança pública, caso contrário, se não houver a realização correta dos procedimentos por parte do primeiro

2 é o nome dado aos programas de um computador, ou seja, o conjunto ordenado de instruções, expresso em linguagens especiais e compreensíveis para a máquina, para que ela possa executar as operações que desejamos.
3 é o nome dado ao conjunto de dispositivos (componente físicos) que formam o computador, é a máquina propriamente dita.

profissional ao chegar ao local do crime, e depois da autoridade policial e posteriormente dos peritos, o resultado da investigação pode ser comprometido. Quanto mais o primeiro policial estiver ciente das providências e tarefas a serem realizadas, melhor e mais seguro o resultado da investigação como um todo, pois a tomada de providências adequadas garante mais segurança ao próprio policial, as vítimas e a investigação.

Assim, depois de realizados todos os exames, analisados todos os vestígios e resultados laboratoriais, os peritos terão condições de formar a sua convicção sobre como ocorreu aquele delito, ou seja, terão informações técnicas suficientes para restabelecer a cena do crime. Para que a perícia criminal surta seu principal efeito, qual seja, manter preservado o local do crime é essencial que os policiais diligenciem no sentido de preservar todos os vestígios até que os peritos possam fazer o levantamento dos elementos materiais que auxiliem na elucidação dos fatos, de forma que possibilite esclarecer qualquer dúvida que apareça perante o judiciário.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lucas Manzoli de. **Estudo do local do crime na Criminalística**. Jus navigandi, Teresina, 2014. Disponível em: <http://jus.com.br>. Acessado em: 21.AGOS.2020.

AYRES, N.R. **A preservação do local do crime e a atuação dos órgãos de Segurança Pública no Distrito Federal: um estudo de caso.** [Monografia]. Distrito Federal: UNICEUB, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. Ed. São Paulo: 2014. Saraiva.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 6º ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPOBIANCO, R.J.; SANTOS. V.R. **Como se preparar para o exame de Ordem**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BARBOSA, Richard Marques. **Local do crime: isolamento e preservação**. [Artigo]. Teresina: CEUT, 2011.

BARONI, Jorge. **Local do crime: a importância da preservação e do isolamento**. 2016. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br>. Acessado em: AGOSTO de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DIAS, Fábio Coelho. **Preservação do local de crime**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII,n.80,set2010.Disponívelem: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8451>. Acesso em agosto 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCIA, T.M.; RÉGIAS, J.C. **Local do crime: a preservação e o isolamento e seus reflexos na persecução criminal.** [Artigo]: Rio Grande do Sul: UNIVALI, 2015.

LIMA, Giovanna Pires e PAULA, Claudia Telles de. **O Papel da Perícia Criminal na Busca da Verdade Real**, Revista Científica Eletrônica FAEF, julho de 2014, 6ª edição.

NETO, Lindolfo Pires. **Crimes cibernéticos: necessidade de uma legislação específica no Brasil.** [Monografia]. João Pessoa: FESP, 2009.

NUCCI, Guilherme de S. **Código de processo penal comentado. 6. ed. rev., atual. e ampliada.** 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZARZUELA, José Lopes. **A Prova Pericial no Foro Penal, Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 90. 1995.

www.conteudojuridico.com.br

A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E DIREITO TRIBUTÁRIO

ROSICLERK OTTILO CAVASSANI NETO:
Graduado em Direito pelo IBMEC e pós graduado em Direito Constitucional

Resumo: O assunto, proteção ao meio ambiente, vem sendo tratado, seja onde for e a cada dia com mais espaço, tanto na mídia como também nos debates políticos. Isso ocorre em face da maior conscientização acerca de sua importância. O presente artigo tem como objetivo, tratar sobre o direito tributário associado á proteção do meio ambiente. Observou-se que, por um lado, pode-se dizer que, a constitucionalização do meio ambiente, trazida pela constituição de 1988 conseguiu modificar a visão do tratamento do meio ambiente no Brasil. Na evolução da proteção do meio ambiente no Brasil, pode-se dizer que um fator de primordial importância foi a sua ascensão à bem de uso comum do povo, ou seja, a sua elevação à bem jurídico. Constatou-se ainda que, o Direito Tributário, pode atuar com instrumentos importantes, antes da ocorrência dos danos ao meio ambiente, agindo como uma ação preventiva, no processo de proteção ambiental. Conclui-se que, a extrafiscalidade, que é avaliada como sendo uma forma de desoneração fiscal, ocorre para que seja possível induzir a conduta dos contribuintes a utilizar produtos, maquinários ecologicamente corretos e assim torna-se possível impedir que aconteça a degradação ambiental.

Palavras Chave: Degradação Ambiental. Direito Tributário. Proteção Ambiental.

Abstract: The issue, protection of the environment, has been dealt with wherever and whenever there is more space, both in the media and in political debates. This is due to the increased awareness of its importance. This article aims to deal with the tax law associated with the protection of the environment. On the one hand, it can be said that the constitutionalization of the environment, brought by the 1988 constitution, was able to change the view of environmental treatment in Brazil. In the evolution of environmental protection in Brazil, it can be said that a factor of prime importance was its rise to the common good of the people, ie its elevation to the legal good. It was also found that the Tax Law can act with important instruments, before the damage to the environment, acting as a preventive action, in the process of environmental protection. It is concluded that extrafiscality, which is assessed as a form of tax exemption, occurs so that it is possible to induce the taxpayers' conduct to use products, ecologically correct machinery and thus make it possible to prevent environmental degradation from happening.

Keywords: Environmental Degradation. Tax law. Environmental Protection.

Sumário: Introdução.1. Proteção Constitucional do Meio Ambiente. 1.1O Direito Tributário em defesa do meio ambiente. 1.2 A efetividade das normas ambientais e o Direito Tributário. 1.3 A Extrafiscalidade Ambiental. Conclusão. Referências.

Introdução

Pode-se dizer que, entre tantas outras preocupações, os desastres, os conflitos, as destruições que envolvem o meio ambiente vêm se tornando cada vez mais frequentes nas presentes pautas das reuniões políticas, econômicas e sociais ao redor do mundo.

A exploração desmedida que acontece, por muitas vezes, com os recursos naturais constitui com certeza um dos mais graves problemas do mundo moderno, posto que, em muitos casos, provoquem intensas mudanças nos ecossistemas e, às vezes, sua inteira destruição. O homem sempre desempenhou uma influência devastadora sobre as comunidades naturais, submetendo-as a sua autoridade, de forma a atender suas necessidades e ainda seus caprichos.

Torna-se importante destacar que o tema meio ambiente, seja onde for a cada dia ganha mais espaço tanto na mídia como também nos debates políticos. Isso ocorre em face da maior conscientização acerca de sua importância, assim como, infelizmente, em razão dos problemas ambientais que são bem evidentes a cada dia que passa, e que crescem em quantidade e em potencialidade.

O Direito Ambiental tem a característica fundamental da transversalidade, a qual consegue proteger o meio ambiente através do Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Civil e também de um modo especial o Direito Tributário.

O presente artigo tem como objetivo, tratar sobre o direito tributário associado á proteção do meio ambiente, tendo como base diversas teorias, princípios e entendimentos de diferentes autores, além de analisar a legislação que versa sobre o assunto.

Justifica-se o tema em questão, pois se entende ser importante mostrar que os tributos quando bem utilizados, chegam à contemporaneidade como um dos pilares do conhecido desenvolvimento sustentável.

O presente estudo se apresenta, através de uma pesquisa bibliográfica tendo como base de dados artigos, teses, dissertações, livros e revistas, informações estas colhidas em trabalhos já produzidos sobre o tema por diferentes autores.

1. Proteção Constitucional do Meio Ambiente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A obrigação de proteção ambiental nem sempre foi abordada no Brasil do modo que deveria ser, entretanto acompanha-se que muito embora esse procedimento tenha sido feito de forma insatisfatória, sempre se articulou nessa matéria.

A legislação com abordagem direcionada ao meio ambiente apresentou início com a publicação da Lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio ambiente), onde foi formada uma Política Nacional para assistência do Meio ambiente, com a invenção do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e a concepção do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), seguida da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e, bem mais atualmente, da Lei 9605/98, que, em anexo, desenvolvem o tripé de manutenção do atual sistema nacional de proteção do ambiente, relacionado ao artigo 225 da CRFB de 1988 (CARLI, 2012).

Extensa foi à caminhada cursada até a obtenção do conhecimento atual de que a proteção ambiental é e sempre será indispensável como uma forma de abrigo do homem, sendo este recentemente o centro das atenções quanto a esse tópico.

Procedidos mais de vinte anos da publicação da carta magna, apresenta-se que o tema ambiental no Brasil ainda é algo deixado para segundo plano. Foram requisitadas diversas leis integradas sobre o assunto, numa tentativa de coagir a preservação ambiental, mas apenas a Lei de Crimes Ambientais alcançou algum efeito, mesmo assim, infame. Isso porque as leis estabelecem exclusivamente um instrumento, se não possuir empenho por parte da sociedade e do poder público, elas se tornam impotentes (SILVA, 2004).

Segundo a avaliação de Coelho (2009, p. 1422):

> [...] o problema ecológico passou a ser *questão de consciência* para a grande parte dos habitantes do planeta Terra, muitos dos quais se transformaram em apóstolos da razão ambientalista, tanto mais imprescindíveis quanto se pode saber que ainda são muitos os que, por responsabilidade ou culpa, atacam a Natureza sem se darem conta das implicações desse ato irregular.

Na legislação constitucional há uma série de cláusulas quanto à tutela ambiental, seja de formato fragmentado, onde se localizam múltiplos dispositivos, ou em um Tópico característico ao meio ambiente.

A Constituição Federal ocorreu com algumas modificações, em relação às Constituições brasileiras antecedentes: a primeira foi à invenção de um capítulo

próprio em relação ao meio ambiente, Capítulo VI do Título VIII; e, a mais importante das modificações, o resultado de um meio ambiente saudável e ecologicamente tranquilo a um direito constitucional, prolongando-o a um direito particular da personalidade e designando dessa forma um espaço para a edificação de um sistema de garantias da qualidade de vida dos cidadãos (CARLI, 2012).

Por sua vez, Benjamin (2009) enfatiza, que uma das vantagens da constitucionalização para o meio ambiente é a sua proteção como direito fundamental. Por meio da via constitucional, o meio ambiente é levantado ao ponto máximo do ordenamento, passando a apresentar *status* de direito fundamental e, por conseguinte, suas normas se caracterizam como de aplicabilidade imediata, nos termos do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição da República de 1988.

Na definição de direito fundamental, a proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, tende a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana (SILVA, 2013).

Com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, esta tem direito a uma vida digna. Afinal, não basta manter-se vivo, é preciso que se habite com qualidade, o que sugere o encontro de fatores como saúde, educação e produto interno bruto, segundo padrões organizados pela Organização das Nações Unidas (MACHADO, 2016).

Pode-se dizer que, essa constitucionalização que envolve a proteção ambiental ocorre em pleno momento de desenvolvimento do próprio Direito Ambiental, como diz Benjamim (2009) e com baseamentos sólidos, pois apresenta, na redação do art. 225, o princípio fundamental ao direito a um "ambiente ecologicamente equilibrado". Mostra ainda que o ambiente é um "bem de uso comum" e "essencial à sadia qualidade de vida" e invoca o princípio da solidariedade para a sua proteção, quando diz que compete ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo, visando, igualmente, às futuras gerações.

Coelho (2009) argumenta que, a avaliação da dimensão e repercussão dos impactos ambientais causados pela ação da sociedade humana não é uma tarefa fácil, visto que estas não decorrem de apenas uma determinada ação realizada sobre o ambiente, mas decorrem de uma complexa dinâmica de mudanças sociais, que são ao mesmo tempo condicionadas e condicionadoras de intrincadas relações ecológicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O grande número de eventos ocorrendo em todo o mundo acabou por um lado tornando as comunidades mais sensíveis aos problemas ambientais por meio de seminários, congressos e conferências sobre meio ambiente e desenvolvimento sustentável. As populações estão se conscientizando de que os recursos naturais são finitos e que sua não preservação ameaça o amanhã das novas gerações. Nos dias contemporâneos, para uma grande parcela da sociedade mundial, tornou-se certo a noção de que uma quantidade enorme de recursos ambientais é imprescindível para mantermos funcionando o aparato científico-tecnológico que dá suporte ao estilo de vida da mesma (PHILIPPI JÚNIOR; PELICIONI, 2014).

Sendo assim mediante um desequilíbrio ambiental e suas possíveis consequências calamitosas ao meio ambiente, nasce á precisão de implantação de medidas mitigadoras de proteção e preparação de ação voltada para pontos ambientais. *"...* devido ao crescente avanço da conscientização ambiental, as empresas vêm despertando para as precisões de métodos sustentáveis, objetivando uma adequação à nova cultura social, fundamentada na ética ambiental" (GONÇALVES, 2004).

A Constituição Federal de 1988, que abordou sobre o meio ambiente, foi fruto da evolução das discussões sobre a questão ambiental. O capítulo referente ao meio ambiente apresenta, no *caput* do artigo 225, uma norma-princípio, enunciativa do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para a efetividade desse direito, a Constituição, além de impor de forma genérica o dever tanto da coletividade quanto do Poder Público de preservar o meio ambiente, marcou alguns deveres a este último (MACHADO, 2016).

Silva (2013, p.349) por sua vez entende que é muito importante que a sociedade veja o meio ambiente como sendo fundamental para preservar o direito a vida, e assim ele acaba dispondo sua percepção nos seguinte marcos:

> "É direito de todos e bem de uso comum do povo e fundamental à qualidade de vida, protegendo-se a qualidade da vida humana, para garantir a saúde, o bem-estar do homem e as qualidades de seu desenvolvimento". "E garantir o direito fundamental à vida".

A preservação dos recursos naturais converteu-se em uma questão premente na geopolítica mundial, ainda mais se for considerado que as reservas naturais inexploradas tendem a diminuir de maneira drástica nos últimos anos, restando-nos a Antártida, o fundo dos mares e a Amazônia. Portanto torna-se relevante considerar que neste contexto á água desponta como sendo o fator fundamental para a

geopolítica dos recursos naturais, neste sentido já se acham em curso nas mais diferentes partes do mundo, tumultos, batalhas e disputas territoriais relacionadas ao controle das reservas hídricas, além das disputas por petróleo, gás natural e outras (PEDRÃO, 2002).

Vale considerar que por um lado a devastação que foi acontecendo nas florestas em um passado recente, para que fosse possível á obtenção de madeira e ampliação das lavouras, em regra isso responde por parte dos prolongados períodos de seca. Mas não se pode esquecer que existem outros motivos avaliados como sendo responsável por esse cenário que é o aquecimento global, que por sua vez é resultado direto da poluição atmosférica e uso intensivo de combustíveis fósseis (CAMPOS, 2012).

Na evolução da proteção do meio ambiente no Brasil, pode-se dizer que um fator de primordial importância foi a sua ascensão à bem de uso comum do povo, ou seja: a sua elevação à bem jurídico. E, mais que isso, o tratamento que recebeu da Constituição da República como sendo um bem de interesse difuso.

1.1 O Direito Tributário em defesa do meio ambiente

A apreensão mundial em relação ao futuro do meio ambiente, face ao crescimento tecnológico e populacional, acaba por acarretar o surgimento de leis, políticas ambientais e outros elementos em prol da defesa desse interesse difuso. A não observância de certas regras e condutas ocasiona, muitas vezes, prejuízo ao meio ambiente e, consequentemente, afeta a coletividade.

O Direito Tributário é avaliado como sendo, ramo de Direito particularmente criado para conduzir o sistema de arrecadação de receita derivada de soberania, e não fazem parte dele as demais formas de receita do Estado. Pode-se, por conseguinte, definir Direito Tributário, como o conjunto de princípios e normas jurídicas que administram as relações jurídicas entre Estado e Particular, relativas à instituição e arrecadação dos tributos (HARADA, 2017).

Nos termos de Torres (2010), o poder fiscal compõe a faculdade que o Estado tem para instituir tributos e exigi-los das pessoas que se acham dentro do campo de sua soberania territorial, para acolher às necessidades públicas, sendo a exteriorização da soberania territorial, que acontece da soberania política do Estado. Essa faculdade, trazida pelo autor como indefinida, há, entretanto de subordinar-se aos princípios constitucionais, salientando-se o princípio da legalidade que acopla a obrigação tributária à lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não se pode esquecer, que os princípios do direito tributário que são a legalidade, irretroatividade, igualdade, direito a proteção jurisdicional, direito penal tributário e por ultimo da informidade, são princípios respeitáveis. Sendo o central o de legalidade, pois qualquer tributo pode ser estabelecido sem que houvesse na previsão em lei e na constituição (CARREZA, 2017).

O Direito Tributário é uma barreira contra o arbítrio, que poderia ser demandado pelos governantes, na ânsia de querer usurpar toda e qualquer riqueza natural do indivíduo e/ou da sociedade de forma ditatorial, vingativa, sem critérios, pois, somente por meio da lei e de nenhuma outra fonte formal é que se pode criar ou aumentar impostos de forma racional, visto que o Estado tem a obrigação de prever os seus gastos e a forma de financiá-los (ICHIHARA, 2009).

Pode-se dizer que a tributação ambiental já existe no Brasil, como o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e o Imposto sobre a Propriedade Predial Territorial Urbana (IPTU). Isso porque o conceito de Meio Ambiente não envolve apenas o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente artificial e cultural como as edificações, patrimônio histórico artístico e paisagístico (CAMPOS, et. al. 2008).

Pode-se dizer que, por um lado, os instrumentos do Direito Tributário podem de certa maneira, conseguir atuar antes da ocorrência dos danos, agindo como um coadjuvante no processo de proteção ambiental.

1.2 A efetividade das normas ambientais e o Direito Tributário

Pode-se dizer que, para se obter uma grande eficácia das medidas que objetivam a preservação do meio ambiente no que se refere à sociedade de risco que se tem presentemente, por muitas vezes se depende da aplicação de alguns princípios que são fundamentalmente articulados com o Direito Ambiental.

Conforme, visão de Rezek (2011, p.78) a Constituição Federal conserva e preserva a autoridade da lei fundamental do Estado, quando se trata de direito tributário e tratados, isto é, mesmo que um ente político pratique um ato ilícito, sendo ele de âmbito externo, responderá este pelo ato. "a constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico" (REZEK, 2011, p.78).

O poder de tributar aplicado ao meio ambiente se dará através da internalização compulsória dos custos ambientais que não tenham, necessariamente, vinculação à determinada atividade de produção ou, em última análise, a

determinado produto, a partir do princípio do poluidor-pagador, conforme explica Modé (2005, p.71):

> A internalização dos custos ambientais (externalidades negativas), embora se apresente, à primeira análise como estritamente economicista, não pode deixar de ser analisada sob a ótica da realização da justiça. Através da internalização compulsória dos custos ambientais, busca-se impedir que um determinado agente econômico (poluidor) imponha, de maneira unilateral, a toda a coletividade, o ônus de suportar tal deseconomia. O ideal de justiça igualmente é verificado quando se possibilita mediante a internalização dos custos ambientais não incorporados aos produtos ou aos processos de produção, que a igualdade de condições entre as diversas empresas se recomponha. [...]. Ao não se atuar, pela via tributária, na internalização compulsória dos custos ambientais, está-se ratificando situação de total ineficiência sob o aspecto da defesa do meio ambiente.

Os agentes econômicos devem, por entendimento do princípio poluidor-pagador, contabilizar o custo social da poluição por eles provocada, admitindo os ônus decorrentes dessa poluição.

O princípio do poluidor-pagador, ultimamente, vem sofrendo cada vez mais controle da formulação da política econômica, seja ela interna, seja de fora. Nessa acepção, Wold (2003) aduz que:

> Há muitos países que sempre defenderam a precisão de se estabelecer tarifas especiais e outras confirmações econômicas a produtos que são lançados de forma ambientalmente imprópria, as normas da OMC vetam os países de discriminar produtos em função da maneira pela qual são lançados, pois, em seu acordo, forma pressuposto de um regime de comércio internacional justo a probabilidade de os países virem a resolver, em concordância com sua legislação doméstica, qual o grau de proteção do meio ambiente que necessita ser empregado como parâmetro de definição dos custos ambientais introduzidos nos produtos por eles lançados. (WOLD, 2003, p. 82).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O princípio do usuário-pagador não é uma penalidade, pois, mesmo não existindo nenhuma ilegalidade no procedimento do pagador, ele pode ser implementado. Desse modo, para tornar imprescindível o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua poluição, não é necessário ser comprovado que o usuário e o poluidor estão cometendo falhas ou violações. O órgão que deseje ganhar o pagamento necessita demonstrar o efetivo uso do recurso ambiental ou a sua poluição. A experiência de autorização administrativa para poluir, segundo as normas de emissão regularmente fixadas, não desobriga o poluidor de pagar pela poluição por ele realizada (MACHADO, 2016).

Segundo ensina Corrêa (2008):

> *Ainda que não tenha sido acertado em nosso ordenamento jurídico com a intensidade e significação desejadas, não há equívoco de que o princípio do* poluidor-pagador, *ou usuário-pagador, como elege a melhor doutrina, tem a conveniência de sugerir com maior perfeição e de forma categórica que toda atividade econômica é, em sua procedência,* poluidora, *e que os agentes responsáveis por ela precisam enfrentar os custos sociais que são conduzidos, com particular destaque, à prevenção do dano ambiental, retirando, com isso, da sociedade, a empreitada de subvencionar os* poluidores, *como soeu acontecer durante largo tempo por conta de políticas públicas torpes e equivocadas. (*CORRÊA, 2008, p. 97).

A tributação ambiental como meio de consecução do princípio do poluidor pagador também foi ressaltada por Oliveira, (2007) para quem o princípio, se analisado de uma perspectiva fiscal, significa "o dever estatal de cobrar do poluidor (no caso, tributar) contribuições públicas em função de sua atividade poluidora", de modo que ele arque com os custos "dos serviços públicos gerais ou específicos necessários à preservação e recuperação ambientais ou à fiscalização e ao monitoramento ambientais" (OLIVEIRA, 2007 p. 42).

1.3 A Extrafiscalidade Ambiental

Perante a ameaça de danos sérios ao ambiente, a primeira ideia a ser assentada assevera que, ainda que não se tenha provas científicas que formem um nexo causal entre uma atividade e os seus efeitos, necessitam ser tomadas as medidas imprescindíveis para evitar a sua ocorrência.

A chegada das preocupações ambientais ao cerne do direito tributário, como resultado da tomada de consciência acerca da degradação ambiental pela ação dos indivíduos e do próprio Estado foi constatada por Nabais (2008, p.254) que referiu que "a primeira constatação a fazer acerca dos tributos com fins ambientais, [...] tem a ver com a introdução no direito tributário da preocupação ambiental, ou seja, da preocupação com a proteção ou tutela do meio ambiente".

Lobato; Almeida (2005, p.254) afirmam que, no quanto pertinente ao meio ambiente, a utilização do tributo como ferramenta de proteção está vinculada à adoção da extrafiscalidade tributária:

> Dessa forma, o emprego dos tributos com fins extrafiscais ou regulatórios constitui importante instrumento para a proteção e preservação do meio ambiente. Pode-se dizer que a presença de normas viabilizadoras de um equilíbrio ecológico encontra nas normas constitucionais de natureza extrafiscal a possibilidade de consolidarem um desenvolvimento sustentável. Importante ressaltar que a tributação ambiental não visa a criar um adicional à carga tributária já existente. Ela deve orientar-se pela diminuição e ou substituição dos impostos vigentes. A internalização do custo social, seja para o produtor, para o comerciante, ou para o consumidor, deve significar a diminuição ou supressão de outros impostos, procurando uma aplicação mais finalística da tributação.

Por sua vez, Gouveia (2006), portanto define a extrafiscalidade:

> A extrafiscalidade é um princípio ontológico da tributação e epistemológico do Direito Tributário, que justifica juridicamente a atividade tributante do Estado e a impele, com vistas à realização dos fins estatais e dos valores constitucionais, conforme as políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, delimitada (a atividade estatal) pelos princípios que revelam as garantias fundamentais do contribuinte.

Uma das maneiras de expressar a extrafiscalidade é a concessão de incentivos fiscais. Como exemplo, raro, de incentivo fiscal que se volta especificamente aos cuidados com o meio ambiente, registra-se a Lei n. 5.106/1966, contemporânea do Código Tributário Nacional. A vetusta Lei prevê em seu artigo inaugural:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art 1º – As importâncias empregadas em florestamento e reflorestamento poderão ser abatidas ou descontadas nas declarações de rendimento das pessoas físicas e jurídicas, residentes ou domiciliados no Brasil, atendidas as condições estabelecidas na presente lei.
>
> § 1º – As pessoas físicas poderão abater da renda bruta as importâncias comprovadamente aplicadas em florestamento ou reflorestamento e relativas ao ano-base do exercício financeiro em que o imposto for devido, observado o disposto no art. 9º da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964. (sic).
>
> § 2º – No cálculo do rendimento tributável previsto no art. 53 da Lei número 4.504, de 30 de novembro de 1964, não se computará o valor das reservas florestais, não exploradas ou em formação.
>
> § 3º – As pessoas jurídicas poderão descontar do imposto de renda que devam pagar, até 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, as importâncias comprovadamente aplicadas em florestamento ou reflorestamento, que poderá ser feito com essências florestais, árvores frutíferas, árvores de grande porte e relativas ao ano-base do exercício financeiro em que o imposto for devido. (sic.).
>
> § 4º – O estímulo fiscal previsto no parágrafo anterior poderá ser concedido, cumulativamente, com os de que tratam as Leis nºs 4.216, de 6 de maio de 1963, e 4.869, de 1 de dezembro de 1965, desde que não ultrapasse, em conjunto, o limite de 50% (cinquenta por cento) do imposto de renda devido. (sic.) (COSTA; AMARAL, 2014).

A extrafiscalidade pode ser apresentada, como um instrumento para intervir em uma política ambiental, estimulando não só o particular, mas também o ente federativo a utilizar políticas ecologicamente corretas.

O meio ambiente, e as políticas a ele afeitas, estão ao amparo da extrafiscalidade que, como anotou Ribas (2005, p.692) "é um eficiente instrumento na prevenção e combate à poluição", eis que, através dela, o Estado pode estimular a adoção de práticas visando à adoção de práticas que sejam menos poluentes e, ao mesmo tempo, inibir a atividade com maior potencial poluidor, tributando mais ou menos, de acordo com o respectivo potencial ofensivo.

Deste modo, torna-se importante, o entendimento de Wekerma (2010, p.100), que em um de seus trabalhos deixou claro que, através da extrafiscalidade com fundamento ambiental, os agentes econômicos privados serão "estimulados a adotar condutas condizentes com a preservação ambiental caso tenham algum tipo de incentivo fiscal para este comportamento, ou recebam algum gravame tributário mais intenso em função de uma conduta predatória" (WEKERMA, 2010, p.100).

Conclusão

Com a presente pesquisa, verificou-se que meio ambiente na atualidade vem sendo estudado não apenas com a conotação meramente ecológica, ligada, claro, ao chamado ambiente natural, mas igualmente como um conjunto de outras questões e preocupações, que envolvem aspectos físicos, artificiais, urbanísticos, históricos, paisagísticos e outros talvez ainda nem explorados, por serem importantes e essenciais à sobrevivência do homem.

A efetivação do direito ao meio ambiente equilibrado pressupõe a harmonia entre o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente. Para que essa junção se concretize são necessários novos instrumentos econômicos que incentivem as atividades de proteção ambiental, ao mesmo tempo, que inibam atividades nocivas ao meio ambiente.

Constatou-se que, cada vez mais, torna-se preciso encontrar formas de limitar atitudes que ameacem o direito do homem de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Deste modo, notou-se que, o Direito Tributário pode ser considerado, como uma esperança de grandes resultados, pois possui instrumentos adequados para a efetividade dessa proteção.

Conclui-se que, a extrafiscalidade, que é avaliada como sendo uma forma de desoneração fiscal, ocorre para que seja possível induzir a conduta dos contribuintes a utilizar produtos, maquinários ecologicamente corretos e assim torna-se possível impedir que aconteça a degradação ambiental. Logo, entende-se que, a extrafiscalidade pode agir de maneira preventiva.

Referências:

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS, Fabrício Rocha; Santos, Cristiano de Barros; Silva, André Santos; Pinheiro, Ana Cláudia Duarte; Somma Rafaela Mattioli. Tributação ambiental: os tributos sob a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ótica do direito ambiental e tributário e seus efeitos. **Revista de Direito Público,** Londrina, V. 3, N. 2, p. 229-234, mai/ago. 2008.

CAMPOS, Gabriel Moreira. **Principais fatores do estado contínuo e da sustentabilidade de empresas atuantes no Brasil**. 2012. 219p. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis) - Departamento de Contabilidade e Atuária da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-02052013-200427/pt-br.php Acesso em: 24/08/2020.

CARREZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31ª edição, São Paulo, Saraiva, 2017.

CARLI, Vilma Maria. **A obrigação legal de preservar o meio ambiente**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, M. de A. **Geografia da Brasil**. São Paulo: Moderna, 2009.

CORRÊA, Jacson. ***Proteção ambiental e atividade minerária***. Imprenta: Curitiba, Juruá, 2008.

COSTA, Beatriz Souza; Amaral, Paulo Adyr Dias do. P**roteção ambiental: desafios para o direito tributário em uma nova ordem constitucional**. RFPTD, v. 2, n.2, 2014.

GONÇALVES, Luiz Cláudio. **Gestão Ambiental em Meios de Hospedagem**. São Paulo: Aleph, 2004.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 26ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário na nova Constituição**, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobato; ALMEIDA, Gilson César Borges de. **Tributação ambiental**: uma contribuição ao desenvolvimento sustentável. Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 632.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, *24ª Ed. 2016* p. 1407.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2005, p. 71.

NABAIS, José Casalta. Tributos com fins ambientais. Revista tributária e de finanças públicas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 80, maio – jun. 2008, p. 254.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente**: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. 3ed. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 42.

PEDRÃO, F. "A sustentabilidade social e ambiental". **Revista de Desenvolvimento Econômico.** Salvador – Ano IV nº, julho de 2002.

PHILIPPI JÚNIOR A, PELICIONI MCF. Educação ambiental e sustentabilidade. In: **Educação ambiental e sustentabilidade**. Barueri: Manole; 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar; 13ª Ed.rev. aumen. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Defesa ambiental**: utilização de instrumentos ambientais. Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 692.

SILVA, Vicente Gomes. **Legislação Ambiental Comentada**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013 p.374.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume II: O Orçamento na Constituição. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

WERKEMA, Maurício Sirihal. Dedutibilidade das despesas relacionadas com o cumprimento de termos de ajustamento de conduta e de compensações ambientais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 182, nov. 2010, p. 100.

WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003**.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO E A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS

THIAGO ALEXANDRE DA SILVA DE OLIVEIRA:
Graduado Bacharel em Direito pela Luterana de Manaus - ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: O artigo abordará a viabilidade de imputar civilmente o pai que abandona afetivamente um filho e está sendo um destaque fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro tenha um posicionamento. O trabalho visará ocorrência do dever de indenizar por danos morais as situações onde o abandono afetivo for caracterizado. Serão vistos casos iniciais da responsabilidade civil e uma análise histórica da estrutura familiar às transformações ocorridas ao transcorrer dos anos, desde desprendimento do pátrio poder até ao nascimento de uma família igualitária. Em seguida, estará sendo estudado acerca do abandono afetivo. Com base, no dano moral, acerca da indenização ou não em decorrência do abandono afetivo filial, em face das doutrinarias e decisões jurisprudenciais brasileiras.

Palavras-chave: Abandono Afetivo Paterno Filial. Dano moral. Transformação da família. Princípios. Origem do abandono afetivo. Doutrinadores e jurisprudências.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 3 OS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS, A OBRIGAÇÃO DE CUIDADO COM OS FILHOS. 4. O ABANDONO AFETIVO NO BRASIL E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO. 4.1 Decisões e posições doutrinárias a respeito do abandono afetivo. 5 INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo institucional a elaboração de um artigo cientifico para obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Luterana de Manaus – ULBRA e sua devida publicação. Portanto, será apresentado com o objetivo explanatório, as peculiaridades do abandono afetivo, assim como a responsabilidade civil do mesmo e a possibilidade de compensação por danos morais em uma possível açãopor dano moral nos Tribunais Brasileiros.

A família é a principal responsável pela formação dos nossos indivíduos e não pode ser deixada em segundo plano. O Estado, por outro lado, é o responsável

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

solidário, não age sozinho em casos de omissão da família, tendo além do dever de educar o menor, o dever de punir àqueles que venham a praticar atos contrários à moral e aos bons costumes para com eles.O Poder familiar é de responsabilidade de ambos os pais que terão o dever de sustentar os filhos e de dar toda a assistência que necessitarem, seja ela: material, emocional ou educacional.

No entanto, os pais na velhice também precisam de amparo, sustento material e emocional. E os filhos no desenvolvimento social, necessitam de direcionamento dos pais. Mesmo isso sendo um clichê na sociedade, ainda existem muitos casos de abandono afetivo parental e inverso. De que maneira ocorrerá a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo? Qual é o papel da família na sociedade?

A responsabilidade civil nada mais é do que a imposição de uma reparação pecuniária em favor da pessoa que sofreu determinado dano moral, físico ou psíquico. Sua finalidade é precisamente compelir os homens a observarem e respeitarem as regras de convivência, que lhes são impostas pelo Direito.

Este artigo cientifico pretende analisar a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo. Utilizar-se-á o procedimento técnico e com o método de abordamento dedutivo, visto que o assunto em pauta se trata de direito fundamental previsto no Estatuto da Criança, no Código Civil e na Constituição Federal de 1988, haja vista que a falta dos familiares no desenvolvimento da criança e do adolescente e no amparo aos pais na velhice fere os princípios elencados nesses Estatutos.

Ademais, como forma de perquirir o resultado almejado, será feito revisão em artigos, periódicos e livros de vários doutrinadores, entre estes, a obra de Maria Berenice Dias, que aborda que a indenização no caso de abandono afetivo serve para mostrar a sociedade que a negligência dos pais aos filhos não ficará impune.

O objetivo deste artigo é abordar o tema e discutir sobre a possibilidade de responsabilização civil do abandono afetivo e uma possível indenização por danos morais. Onde será analisado os diplomas legais e trazer o entendimento dos tribunais acerca do assunto mencionando as dificuldades que é enfrentado ao entrarcom uma possível condenação de natureza indenizatória.

A metodologia utilizada foi à revisão bibliográfica e jurisprudências, têm-se uma perspectiva relevante, totalmente conforme o que pretendo trabalhar, pois fala-se sobre o papel da família na sociedade e o conceito de poder familiar, além de abordar a responsabilidade civil no direito das obrigações e no direito de família. Com o fruto da presente pesquisa vislumbrou-se também uma breve análise sobre a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

responsabilidade civil decorrente ao abandono afetivo parental e o abandono afetivo inverso e a forma que ocorrerá a indenização.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O direito de exigir algo ou alguma coisa de alguém decorre de um vínculo jurídico que garante o cumprimento de determinada obrigação. A responsabilidade surge imediatamente quando não se cumpre tal obrigação, ou seja, é a consequência jurídica do descumprimento da relação obrigacional.

A responsabilidade civil é um meio ou uma obrigação de indenizar ou de responsabilizar aquele que por ação ou omissão gera um ato lesivo, podendo ser de cunho patrimonial ou moral. Silvio de Salvo Venosa ensina que, em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo geral responsabilidade ou dever de indenizar (VENOSA, 2014).

Tem-se por responsabilidade civil o dano que o indivíduo causou a outrem, no momento em que violou uma norma, cometendo ato ilícito, devendo então de alguma forma reparar este dano, tem se então a noção de responsabilidade civil do autor do dano.

Preceitua ainda Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas(FILHO, 2013, p. 25)

A responsabilidade civil decorre da existência do cometimento do ato ilícito, assinala Cavalieri Filho (2011, p. 35), que se trata de uma "conquista do direito moderno, quando o código alemão criou a parte geral do código civil, abandonou a classificação delito e quase delito, tradicionais das leis romanas, unificando o conceito de ato ilícito". Logo, de acordo com as palavras do doutrinador Venosa (2014), "O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgrede um dever".

Com a chegada do Código Civil de 2012, abrangeu-se o ato ilícito também na esfera moral, preceituado seus art. 186:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Portanto, o dano é um prejuízo no qual o agente sofreu por alguma ação ou omissão de outro. E é com base neste dano que o agente vai ser ressarcido, ou seja, indenização será equivalente ao dano sofrido. Então, "assim surge a responsabilidade civil, sem a ocorrência deste elemento, qual seja o dano, não haveria o que indenizar, e sendo assim, consequentemente a responsabilidade" (GAGLIANO, 2013).

Esclarece ainda Cavalieri Filho (2011), que a Responsabilidade Civil tem por finalidade principal o restabelecimento do status anterior ao dano, como forma de distribuição do infortúnio, alguns aspectos lhe são característicos: este restabelecimento pode se dar, a princípio, de duas formas diversas, quais sejam a reintegração específica e a indenização. A reintegração específica se dá pela reparação dos danos in natura. Na hipótese de não se poder restituir in natura, tem cabimento a conversão desta por uma indenização.

Assim explana Cavalieri que:

> Indenização sem danos importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinadamente do dever de indenizar. [...] conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (CAVALIERI, 2011, p. 96):

O resultado da responsabilidade civil é que o agente deve reparar o dano causado a outrem, gerando assim uma punição ao causador do dano e uma compensação ao indivíduo lesado, visando ressarcir o dano sofrido por este. O dano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

causado pelo abandono afetivo está intrinsecamente ligado à personalidade do indivíduo. Esta se forma principalmente no seio familiar, onde a criança desenvolve sentimentos primordiais para seu crescimento como um ser capaz de viver em sociedade.

A ausência injustificada do pai acaba por gerar a falta de afeto, proteção e cuidado, trazendo danos à afetividade da criança, o que pode vir a ocasionar, na vida adulta, um trauma afetivo. Aqui cabe ressaltar ainda, o abandono afetivo em caso de pais separados, quando a criança convive com os pais e passa a ter de conviver sem um deles.

No diploma legal civil a Responsabilidade Civil Objetiva tem sua previsão no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil[1], o qual alude que:

> Art. 927. aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem.

Vale mencionar, que o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) adota a teoria subjetiva como principal regra, tendo como fundamento para a reparação do dano, a comprovação do dolo ou da culpa, como prevê o artigo 186 já mencionado acima, portanto, não sofre prejuízo a adoção da responsabilidade objetiva, que vem sendo aplicada com maior frequência nos Tribunais Superiores do Brasil.

Com efeito, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação do abandono foi nociva à criança. Esta prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão. (HIRONAKA, 2013).

Sendo assim, para que haja a responsabilidade civil e sua efetiva reparação, é necessário que seja preenchido certos requisitos, no qual deverá estar presente a ação ou omissão voluntária, a relação de causalidade ou nexo causal, o dano e, principalmente a culpa, que em certos momentos pode esta ser dispensada, surgindo à noção de culpa presumida.Pode–se dizer que em alguns casos, a compensação pecuniária não restabeleça o status quo, ou seja, fazer o bem agredido voltar ao estado anterior, porém será uma forma de cobrar e punir o autor do ato ilícito.

3 OS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS, A OBRIGAÇÃO DE CUIDADO COM OS FILHOS

A Lei menciona que os pais são responsáveis integralmente pela assistência aos filhos assim bem como o Estado e a sociedade são partes que também integram na ausência do primeiro, assim a família torna-se o primeiro vínculo que a criança molda a personalidade e caráter que farão parte de uma sociedade.

Portanto, as obrigações dos pais com os filhos estão elencadas na Constituição Federal e no artigo 1634 do Código Civil de 2002, ditando que independentemente da situação conjugal os pais, ou qual o tipo de família os mesmos devem cuidar dos filhos. Na ausência desse cumprimento legal do dever dos pais, sendo assim o Estado pode intervir protegendo os interesses dos filhos, fazendo com que os pais entendam o dever em assistir o desenvolvimento dos filhos independentemente se são adotivos ou não.

Em nossa legislação pátria o dever de cuidar dos filhos é responsabilidades de ambos os genitores, e não apenas de um deles, mesmo com a dissolução da união estável, divorciados ou separados judicialmente, somente no caso onde houver impedimento daquele, o outro o exercerá com exclusividade.

Esse dever contempla não apenas a obrigação de dar alimentos, mas também o de assegurar a educação, proteção e a criação necessárias para seu pleno desenvolvimento, conforme preconiza o art. 1.634 do Código Civil de 2002.

Esclarece também o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º:

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

Sendo assim, a proteção e cuidados dedicados à criança devem ser realizados de forma ampla, por ambos os genitores, atendendo suas reais necessidades de modo a permitir sua inclusão na sociedade.

Segundo FARIAS (2010) preleciona que:

> Não raro, entrementes, os alimentos podem continuar sendo devidos, quando o filho precise da participação material dois

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> pais para a sua mantença. É o caso do filho maior que não trabalha, ainda estando em período de formação intelectual, frequentando curso de ensino superior. Em casos assim há uma transmudação da natureza dos alimentos: deixam de ser devidos como expressão do poder familiar, passando a se submeter ás regras de parentesco (FARIAS, 2010, p. 66)

Dessa maneira, além de ser necessário o amparo material, vai muito a mais de somente comprar uma cesta básica de alimentos para garantir o sustento físico da criança ou adolescente, abrange também o apoio intelectual ao permitir possiblidades para sua formação profissional e pessoal, além de o afeto.

4 O ABANDONO AFETIVO NO BRASIL E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Com advento da Constituição de 1988 o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 as características de família anterior foram alteradas, isso devido ao comportamento social e cultural que foi exigido uma alteração em lei. Assim, outras formas de constituir família têm por base na afetividade como filhos fora do casamento, união estável, adoção, ou seja, o afeto tornou o pilar da formação e convivência familiar atual.

Tal afirmação é semelhante com a posição doutrinária de Maria Berenice Dias (2016), ao afirmar que o princípio norteador do direito de família e o princípio da afetividade, ou seja, agora o afeto derivado da vontade faz parte para da estrutura familiar brasileira caracterizado pelo cuidado que um ente da família tem com outro integrante indo de encontro com princípio da solidariedade familiar.

Abandono afetivo ganhou destaque no Brasil porque nos últimos anos o Judiciário está sendo provocado para resolver situações referentes ao tema quando marcado pelo descumprimento do dever dos pais de educar e cuidar dos filhos.Nesse sentido, o autorLôboaduz que:

> "A questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas" (LÔBO, 2010, p.311).

Vale ressaltar, que o diploma civil também menciona a respeito do abandono afetivo. Segundo estabelecem que o art. 226 Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988:

> Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> § 8º 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 (BRASIL, 1989, p165)

Ressalta-se que, a família tem a proteção especial do Estado e é formada pela vontade das partes para estruturar uma família, então indiretamente a lei atraiu para ela a proteção do afeto.Na visão da Berenice (2016), afirma o conceito atual de família: "O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade" (DIAS, 2016, p.100).

É importante ressaltar que o Lôbo (2010) preceitua que:

> Quando as divergências se tornam inconciliáveis, recorre-se ao juiz, que, quase sempre, não é a melhor solução. A vitória de um dos pais sobre o outro não encerrará o clima de conflito, que poderá se aguçar com riscos de implosão da união familiar. Sempre que possível, deve o juiz estimular a tentativa prévia de mediação familiar, que tem por característica a ausência de julgamento e de ganho de um contra o outro, mas a gestão confidencial e imparcial da resolução conjunta do problema, induzida pelo mediador, mediante acordo durável e mutuamente aceitável, com espírito de corresponsabilidade parental, podendo ser concluída com homologação judicial. (LÔBO, 2010, p.301).

Sendo assim, que o descumprimento desta obrigação que tem uma natureza objetiva leva a possibilidade de condenação aquele que abandona tanto materialmente quanto afetivamente o filho estando sujeito ao pagamento indenizatório para reconhecimento que ocorreu a culpa.

Portanto, no âmbito jurídico brasileiro amoldado nos parâmetros de transformações o abandono afetivo se dá quando a vítima, fica excluída da vida daquele que tinha o deve se cuidar certamente se teve toda uma forma de aproximação não havendo. Consequentemente, o judiciário é invocado para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

solucionar tal conflito, visando o afeto no sentido do cuidado da assistência, excluindo a obrigação de amar alguém, até pelo fato de amor ser uma questão inatingível pelo direito.

4.1 Decisões e posições doutrinárias a respeito do abandono afetivo

No que tange os posicionamentos das decisões em face do afeto no sentido de assistência e cuidado, contrário de majorar o amor, questão alheio e subjetivo, inerente ao Direito, porque ninguém é obrigado a amar ninguém. Para tanto, que o Brasil é um estado laico, mas, por se tratar de uma questão surgida com base nas transformações sociais.

Verifica-se que o Judiciário está tendo cautela quando as questões são levadas ao judiciário, contudo, se observa que as decisões são proferidas sempre com base na parte vulnerável em consoante com a norma.Desta forma as decisões referentes ao abandono afetivo não estão elencadas neste termo no ordenamento jurídico. Assim as decisões estão embasadas em face do entendimento dos julgadores (magistrados, desembargadores, etc).

No entanto o dever que emerge da Constituição no artigo 227, ECA e do Código Civil atual já remete aos cuidados prioritários que se deva existir dentro do poder familiar o qual não se limitam em apenas direitos, mas em deveres onde os pais para com os filhos. E é dentro destes moldes que o Judiciário analisa e julga casos familiares contemporâneos relativos aos princípios que sopram para o abandono afetivo.

Conforme a decisão proferida em 24 de abril de 2012, sendo inédita pela 3ª Tribunal de Justiça de São Paulo, in verbis:

> ACORDÃO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, ressurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.159.242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Desta maneira o julgado mencionado acima trata-se de um recurso a qual a autora obteve reconhecimento da existência da ilicitude quanto ao abandono afetivo durante a infância e adolescência. Em 2005 o juiz da primeira instância de Minas Gerais julgou improcedente o pedido, mas autora recorreu e o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença.

Em tal julgado cabe destacar um grande passo e pôr fim a irresponsabilidade parental, explanando que:

> Os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligencia paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará ad perpetua, é perfeitamente apreensível e exsurgem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in reipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente a compensação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, a Ministra relatora Nancy Andrighi, da terceira turma entendeu que é possível exigir uma reparação na forma de indenização por dano moral uma vez que ocorreu a inobservância da função do pai caracterizando o abandono afetivo.

Acerca da decisão proferida pelo STJ, convém destacar, por oportuno, importante lição de Maria Berenice Dias (2009):

> Profunda foi à reviravolta que produziu, não só na justiça, mas nas próprias relações entre pais e filhos, a nova tendência da jurisprudência, que passou a impor ao pai o dever de pagar indenização, a título de danos morais, ao filho pela falta de convívio, mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia. A decisão da justiça de Minas Gerais, apesar de ter sido reformada pelo STJ, continua aplaudida pela doutrina e vem sendo amplamente referendada por outros julgados. Imperioso reconhecer o caráter didático dessa nova orientação, despertando a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. Mesmo que os genitores estejam separados, a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado. (DIAS, 2009, p.417).

Portanto, é crível através dos julgados dos magistrados que o abandono afetivo traz consequências graves para a criança e adolescentes, pois a falta do amor dado por um dos seus genitores, causa sentimento de abandono e rejeição, sendo que a moral também escoa para o campo da dignidade da pessoa humana e que os filhos são totalmente dependentes de seus pais devendo estar protegidos e amparados pela família.

5 INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

A ação de indenização por abandono afetivo é uma ação cível assim como a ação de reparação de danos por ato ilícito. O ato ilícito, no caso, será o descumprimento do poder familiar em proporcionar o devido amparo emocional, afetivo e psicológico na criança ou adolescente.

Vale ressaltar que essa ação de indenização, no caso da criança e do adolescente, somente recairá quando ocorre divórcio ou separação dos cônjuges, pois se entende que se este mora na mesma casa que a pessoa que sofre o abandono afetivo a comprovação deste delito se torna mais difícil.

Insta salientar, que somente ocorrerá o dano moral na criança, se a figura ativa do abandono afetivo não tiver sido substituída na ausência do mesmo, pelo

qual se existir uma pessoa que faça o papel daquele que abandonou que supra essa necessidade de direção, acompanhamento do desenvolvimento da personalidade, psíquico e emocional, o dano não estará configurado.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5°, incisos V e X, trata sobre a obrigação de indenizar em casos de danos materiais, morais ou à imagem, assegurando o direito à indenização, quando ocorrer danos.

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

De acordo com Dias (2009, p. 416):

> A indenização no caso de abandono afetivo serve para mostrar a sociedade que a negligência dos pais aos filhos não ficar impune, e serve de alerta para outros pais que pensam em abandonar a sua prole, a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, privando seu filho do convívio paterno, pode produzir danos emocionais merecedores de reparação.

A possibilidade de indenização pelo abandono afetivo vem expresso no parágrafo único do artigo 5º do Projeto de Lei do Senado (PLS 700/2007) aprovado no dia 9 de setembro de 2015, pela Comissão de Direitos Humanos (CDH), nos seguintes termos:

> Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

Portanto, é direito do menor ter uma boa convivência com os pais e uma obrigação dos pais fazer com que esse direito seja respeitado da melhor maneira possível para que não seja configurado o abandono afetivo.

A prova do dano relacionado ao abandono afetivo deve ser feito por profissionais, através de laudos de psiquiatras e de psicólogos habilitados para isso. Já o crime de abandono afetivo será disciplinado pelo artigo 232-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 232 – A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando lhe o desenvolvimento psicológico e social.
>
> Pena – detenção, de um a seis meses.

Importante observar à jurisprudência do Recurso Especial n.º 1.159.242 – SP sobre a indenização por abandono afetivo que causou muita discussão e tramitou há 12 anos, que foi o caso onde o pai teve que indenizar a filha no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) pelo abandono afetivo:

> **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE**.
>
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
>
> 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.7. Recurso especial parcialmente provido. REsp nº 1.159.242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/4/2012, DJe 10/5/2012).

A Ministra Nancy Andrighi (2012, p. 9), colocou as questões de maneira adequada ao colocar o fundamento da ação no sentido de abandono moral, material e afetivo, que diz respeito aos deveres dos pais para com os filhos. Ela afirmou em seu Voto que:

> Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos (...). Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Ficou estabelecido o valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por entender que houve uma ausência quase que completa de contato do pai com a filha, em descompasso com o tratamento dispensado a outros herdeiros. Lembrando que essa jurisprudência não é vinculante, pois cabe ao juiz decidir usá-la ou não em casos semelhantes.

Logo, a compensação de danos morais para o abandono afetivo vem se tornando comum, pois o papel de pai ou mãe não é só suprir as necessidades materiais e econômicas, o papel dos genitores vai muito além do dinheiro, ele

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

abrande o emocional, o psicológico e o físico dos filhos. A falta de afeto acarreta em consequências na vida adulta, visto que na atualidade vemos com mais frequência jovens e adultos com doenças depressivas, ansiedade e etc.... Por este motivo, nada mais é justo que tenha implicações para os genitores que abandonam afetivamente seus filhos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a exposição do presente artigo cientifico pode-se concluir a relevância desse assunto muito discutido atualmente, porém para descrevê-lo faz-se necessário uma análise aprofundada de diversos casos sobre o abandono afetivo.

A família é o princípio da vida em sociedade, é uma instituição de ensinamentos dos valores morais e éticos, onde os pais transmitem para os filhos os padrões vigentes no grupo social. O gerenciamento dos pais nas decisões a serem tomadas pelos filhos é a forma deles estarem respeitando o poder familiar e cumprindo com suas obrigações para com eles. A falta de gerência e de cuidados faz com que a responsabilidade civil recaia sobre eles, pois a formação psíquica do filho deve ser dada através dos pais.

A responsabilidade civil é vinculada ao artigo 186 do Novo Código Civil onde dispõe que, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Porém, o dano psíquico só ocorre quando além do abandono afetivo por parte do pai, existe uma ausência de uma figura paterna para substituí-lo.

O abandono afetivo prejudica psicologicamente o filho de tal forma que ele pode adquirir ressentimentos que levarão ao ódio e rancor, dificultando a liberação de perdão e causando excessos de personalidades múltiplas, violando o direito de personalidade da criança e do adolescente. O rompimento do relacionamento com a família é extremamente danoso, quase impossível de ser reparado. A ausência afetiva gera carência. Essa carência é a base da distorção do desenvolvimento humano, permitindo que ocorra vários transtornos que podem comprometer a personalidade do mesmo.

O abandono afetivo pode trazer danos irreversíveis, pois a família é à base do desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. Portanto, a análise dos resultados encontrados na pesquisa ajudará muitas pessoas que sofrem com o abandono afetivo a conhecerem os seus direitos e havendo a eficácia do Direito de Família e o preenchimento dos pressupostos para a aplicação das sanções, fará com que a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo seja realizada

da melhor maneira possível para que não ocorram danos mais graves no desenvolvimento dos afetados.

Para tanto, no que tange a responsabilidade civil pelo abando afetivo, não é a substituição do desamor pelo dinheiro, mas sim, é uma forma de reconhecer o dano promovido decorrente ao abandono afetivo sofrido, que pode levar ao prejuízo irreparável na formação da personalidade da criança ou do adolescente. Assim o abandono afetivo faz parte de uma evolução na busca de direito dentro do judiciário e os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, afirma-se que a família tem proteção especial e que o integrante vulnerável tem absoluta prioridade no desenvolvimento sadio e que não falta os responsáveis no caso os pais estão sujeitos ao enquadramento constitucional, ou seja, aqueles que não querem estar passivos de abandono afetivo que cumpram com deveres assistindo aos filhos ou que não tenham filhos.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http//http://www.planalto.gov.br/constituicao/constituicaocom pilado.htm: Acesso em:agosto de 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/L8069.ht m>. Acesso em: agosto de 2020.

BRASIL, **Projeto de Lei Nº 3.212, de 2015. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/ 1401242.pdf>. Acesso em: agosto de 2020.

BRASIL, **Relatório e Voto da Ministra Nancy Andrighi, Recurso Especial n.º 1.159.242 – SP (2009/0193701-9)**. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/re vista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=14828610&num_registr o =200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: agosto de 2020.

CAVALERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7ª ed. v.6. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Aspectos jurídicos da relação paterno-filial.** Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, março de 2005.

LEITE.Rodrigo.**stj-condena-pai-a-indenizar-filha-por-abandono-afetivo**. Disponível em: https://ibdfam.jusbrasil.com.bnotr/icias/3106388/. Acesso em: agosto de 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres parentais e responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese. V.7. N.31. Ago/set, 2005.

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, AC 2011.073787-1 Apelante: V.J.P.F. Apelado: V.J.P - de Tubarão; Quarta Câmara de Direito Cível;** Relator: Jorge Luis da Costa Beber; Julg02/08/2012.Disponívelem:http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPequisa=NUMPROC&Pesquisar=20110737871. Acesso em: agosto de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

NOTAS:

[1]Professor e orientador do Curso de Direito na Universidade Luterana de Manaus (ULBRA)– Advogado. E-mail: rubens.silva@ulbra.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: MOTIVOS QUE LEVAM AS VÍTIMAS EM NÃO PROCESSAR SEUS AGRESSORES.

FLAVIA RAFAELE GUABIRABA DA SILVA:
Acadêmica pela Universidade Luterana Do Brasil-ULBRA

Me. **RUBENS ALVES DA SILVA**[1]

RESUMO: O artigo cientifico exposto abordará os aspectos inerentes a violência contra as mulheres, assim com aspectos da Lei nº 11.340/06 intitulada como Lei Maria da Penha. O enfoque principal do artigo é a pesquisa bibliográfica realizada nas no estudo da violência contra as mulheres e os motivos que levam as vítimas em não denunciar seus agressores, a fim de traçar um perfil do agressor e das vítimas que demonstrarão com melhor amplitude as questões sociais e comportamentais, bem como os aspectos inerentes as características das partes.

Palavra-chave: violência doméstica, agressor, não denúncia.

ABSTRACT: The scientific article exposed will deal with the inherent aspects of violence against women, as well as aspects of Law No. 11.340 / 06 entitled as Maria da Penha Law. The main focus of the article is the bibliographic research conducted in the study of violence against women and the reasons that lead victims not to report their aggressors, in order to draw a profile of the aggressor and victims who will better demonstrate social issues. and behavioral aspects, as well as the aspects inherent in the characteristics of the parts.

Keyword: domestic violence, aggressor, do not report.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A EVOLUÇÃO JURIDICAS DAS CONQUISTAS DAS MULHERES; 2.1. Lei n° 11.340 de 2006, um marco jurídico para proteção da mulher. 2.2. Dos direitos fundamentais e proteção da mulher; 3. CARACTERÍSTICAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER; 3.1. Formas de violência contra a mulher; 4. VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES: motivos que levam as vítimas em não denunciarem seus agressores; 4.1. Descrédito; 4.2. Perfil público do autor das agressões; 4.3. Vínculo; 4.4. Vergonha da exposição; 4.5. Machismo; 4.6. Promessa de mudança; 4.7. Dependência financeira e emocional (domínio do agressor sobre a vítima); 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

No presente artigo, estão sendo abordadas questões referentes à Lei Maria da Penha e os motivos que levam a vítima á não processar seu agressor. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

problemática desse estudo baseia-se na Lei n° 11.340/2006, que elimina a violência contra a mulher, mesmo partindo a violência doméstica e familiar, possibilitando maior segurança, passando a reconhecer que principalmente a violência contra mulher deve ser banida de forma mais específica, mais protetora e mais prudente, ou seja, de forma a acabar com a impunidade e igualar os sexos, pois apesar de estar enfaticamente no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 2008, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição", é gritante a descriminação sofrida pela mulher, e a posição de inferioridade e subordinação na qual é submetida em relação ao homem.

A hipótese da pesquisa, fundamenta-se na consideração a Lei n° 11.340/06, conhecida como "Maria da Penha", proporciona mecanismos necessários à punição do agressor no ambiente familiar e doméstico. Diante exposto, justifica-se a realização de estudo dessa natureza em função da contemporaneidade temática, que trate de tal questão, sob a ótica de novos olhares e reflexões acerca de tema, que embora possua literatura a respeito, necessita de permanente atualização. Assim, interessa tanto aos estudantes como aos profissionais já atuantes neste setor que pesquisas nesse sentido sejam realizadas.

Desse modo, o estudo sobre o tema violência doméstica neste artigo apresenta como objetivo geral levar ao leitor um resumo sobre um tema que tem sido muito discutido no nosso dia a dia, por se tratar de um fenômeno que esta afligindo muitas famílias. Pois, mesmo com a evolução e conquista dos direitos das mulheres, muitas ainda sofrem na mão do machista e doutrinação patriarcal, e que mesmo com a inovação da Lei maria da Penha, muitas mulheres vítimas de violência doméstica, ainda não denunciam seus agressores, e essa falta de busca estatal muitas das vezes as leva até a morte, sendo vítima da violência de gênero. O presente artigo irá demonstrar quais são os motivadores deste mal.

2.A EVOLUÇÃO JURIDICAS DAS CONQUISTAS DAS MULHERES

Ao longo da história da mulher brasileira a mulher veio conquistando seu espaço aos poucos, lutando com determinação para que sua voz fosse ouvida, para que seus anseios e angústias fossem respeitados, para que não fosse utilizada apenas como objeto sexual, de cunho reprodutor.

Por anos, as mulheres lutaram em manifestações feministas e muitas mulheres morreram em prol da independência feminina, do respeito aos seus ideais e a liberdade de expressão, da liberdade em si. Os movimentos sociais foram importantíssimos para que a mulher pudesse adquirir seu espaço, afinal o histórico

do desenvolvimento social da mulher no Brasil, foi marcado por muita repressão, preconceito e misoginia.

O Brasil foi aos poucos foi se desenvolvendo, segundo CAMPOS e CORRÊA (2007) "as mulheres, que enfrentaram as represálias sociais por longo período, dando início em 1850 a sua luta pelo direito a instrução e ao voto, sendo que, apenas no ano de 1932, com o novo Código Eleitoral pelo Decreto nº 21.076, vieram adquirir este direito."

No entanto, mesmo tendo a mulher conquistado um espaço, ao chegar ao século XXI, visto por muitos como "um século de mudanças", desenvolvimento, a mulher continuava sendo banalizada e inferiorizada, pois, como se observa CAMPOS E CORREA (2007) "claramente, na nossa sociedade que os produtos culturais destinados ao público feminino desenham, com habilidade impar ao inconsciente coletivo, o perfil de suas receptoras em torno de assuntos relacionados à sua esfera especifica: sedução, família, casamento, maternidade e futilidades, praticamente inexistindo, para tal público, um debate político, assuntos de economia mundial, estratégias e objetivos sociais, questões jurídicas, filosóficas e opinativas ao desenvolvimento de suas habilidades e capacidade de discussão e criação. O feminino, assim, externa-se como expressão das ideias de pacificação e resignação a um papel predeterminado."

Dessa forma, mesmo que as mulheres tenham conquistado direitos e espaço em uma sociedade machista e sexista, e mesmo hoje assumindo papeis de suma importância no desenvolvimento do brasil, ainda sofre preconceito, ainda é vista como "objeto sexual", sendo que, a predominância das desigualdades de gênero é grande e "[...] são resultados de uma construção sociocultural secular, não encontrando respaldo nas diferenças biológicas da natureza. Assim, num sistema de sujeição, dominação e de poder, passa-se a considerar natural a desigualdade construída socialmente". (CAMPOS e CORREA, 2007, p. 113).

Por consequência, ao logo dos tempos as mulheres tiveram que se unir, em apoio umas às outras, em união e sororidade, surgiu os movimentos feministas e a mulher veio conquistando seu espaço dando início "[...] as primeiras manifestações de quebra dessa hegemonia, produzindo-se discursos no "sentido de desconstruírem o assim chamado imperativo biológico que postulava a diferença entre os sexos. " (ABRAMOWICZ, 2010, p.66)

Apesar de toda conquista até o presente momento, a mulher brasileira permanece na incessante busca pela igualdade, erradicação do preconceito e do machismo de uma sociedade patriarcal, que mesmo evoluída, ainda ignorante. Pois,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mesmo a Constituição Federal de 2008, em seu artigo 5º, inciso I, já tenha abarcado os direitos humanos fundamentais, no entanto, voltados a qualquer pessoa, não exclusivamente ao sexo feminino, vejamos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...]

Portanto, a luta é árdua, vem de muito antes da Carta Magna, a violência contra o gênero feminino é antiga, vem de muito antes ser considerada violência, mas mulheres tiverem que lutar veemente para hoje serem respeitadas como ser humano. Mas apesar de toda luta e conquista, não fora suficiente para eximir o preconceito de gênero, a dependência emocional e violência sofridas pela mulher.

2.1 Lei n° 11.340 de 2006, um marco jurídico para proteção da mulher

Como fora mencionado no capitulo I, no decorrer das décadas a mulher brasileira vem carregando em si o sentimento de inferioridade, insubordinação, ao ser taxada como "sexo frágil", tudo isso reflexo de uma cultura machista que a trata como objeto sexual de cunho reprodutor, comercial e submisso, sem levar em conta seus sentimentos, ideologias, objetivos e escolhas.

Mas não posso deixar de mencionar, que toda essa ideologia patriarcal, vem sendo rotulada ao longo dos anos, refletindo apenas textos de um livro religioso que trata a mulher com uma companheira submissa ao homem.

Nesse sentido leciona Hermann a respeito do assunto: A mulher foi condicionada a exercer sua sexualidade em prol da reprodução. Desejo, prazer e gozo femininos foram considerados, por muitos anos, sensações pecaminosas e condenáveis, proibidas às esposas e donzelas, próprias de mulheres promíscuas (prostitutas, amantes, cortesãs), excluídas da sociedade respeitável. (HERMANN, 2008, pg.27)

Desta forma, por serem consideradas objetos sexuais, reprodutores e sem opinião, por uma boa parte da sociedade que é machista e preconceituosa, sofriam violências múltiplas, não possuindo uma lei que as protegesse de maneira mais objetiva, célere e efetivamente aplicável à época.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Até que então, no ano de 2006 surgiu a Lei n° 11.340, considerada como um marco na história da mulher brasileira, pois trouxe consigo mecanismos capazes de punir os agressores, bem como, proteger e resguardar os direitos da mulher que sofre violência doméstica e familiar, em sentindo amplo, ou seja, abarca em seus artigos a proteção da mulher no âmbito não só físico, mas psicológico e patrimonial também**.**

Sendo assim, a Lei n° 11.340, foi nomeada com o nome de "Lei Maria da Penha", de acordo Maria Berenice Dias (2008) "em detrimento da triste história de violência doméstica e temor, sofrida pela farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes", que fora uma mulher sofrida e violentada ao manter uma relação agitada com seu marido o professor universitário e economista Marco Antônio Heredia Viveiros, ao longo dos anos de convivência conjugal Maria foi submetida à violência física que quase à levou a morte, por duas vezes, a primeira à deixou paraplégica, dias depois, quase morreu novamente em detrimento de descarga elétrica, também causada por seu marido, enquanto ela tomava banho.

Apesar da triste realidade que Maria da Penha sofria, a mesma achou que finalmente obteria justiça, mas apesar, de o Ministério Público no ano de 1984 oferecer denúncia contra Marco Antônio Heredia Viveiros, sendo ele condenado no ano de 1991, a oito anos de prisão, recorreu em liberdade e, e ainda teve seu julgamento anulado um ano após a sentença. E em 1996, após a realização de novo júri, foi condenado a 10 anos e seis meses de reclusão, recorrendo mais uma vez em liberdade novamente.

Maria da Penha inconformada e com sentimento de impunidade, no ano de 2001, denunciou o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos, que publicou um relatório, ressaltando:

> [...] dentre as diversas conclusões, ressaltou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que "a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso [pelo Brasil] de reagir adequadamente ante a violência doméstica. (CUNHA e PINTO, 2007, p. 13)

Portanto, no ano de 2002, cerca 19 anos e seis meses após o cometimento do crime, Marco Antônio cumpriu a pena de dois anos de prisão. "Após o ocorrido, o Brasil, iniciou um projeto, elaborado conjuntamente por 15 ONG's que realizavam trabalhos relacionados à violência doméstica, e deu início a um Grupo de Trabalho Interministerial, que surgiu através do Decreto 5.030/2004, sob coordenação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Secretaria Especial de Políticas para as mulheres", segundo Maria Berenice Dias (2008).

Sendo que em novembro do mesmo ano, foi enviado o projeto ao Congresso Nacional, e entregue a Deputada Jandira Feghali (Projeto de Lei n° 4.559/2004). Após realizar diversas audiências públicas nos Estados brasileiros, elaborou alterações no projeto, sendo levadas a efeito pelo Senado Federal (PLC 37/2006), e sancionada a lei, pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 7 de agosto de 2006, entrando em vigor no dia 22 de setembro de 2006.

Apesar de todo o exposto, foi preciso que uma mulher tenha sofrido todos os tipos de abuso moral, físico e sexual para que o Brasil a amparasse nos casos de violência doméstica, e mesmo com todo o ocorrido a Maria da Penha, a impunidade falou mais alto, e seu agressor não teve nem um terço da pena que merecia. Maria da Penha foi torturada, abusada e violentada. E apesar de a lei ter sido sancionada, homens ainda se acham do direito de violentar as mulheres.

2.2 Dos direitos fundamentais e proteção da mulher

"Inicialmente os direitos fundamentais procuram garantir a liberdade do indivíduo, a partir da estipulação da esfera do inelidível. Tarefa esta que, todavia, somente será exitosa no contexto de uma sociedade livre, entendida como aquela que pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade." Assentadas dessa forma, a estrutura e função dos direitos fundamentais asseguram tantos direitos subjetivos, como também os princípios objetivos da ordem constitucional democrática (SOUZA, 2008).

Em tal contexto, incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas de parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares. Os modos de realização dessa proteção são variados, podendo ser por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos (SARLET, 2001, pg. 185).

Por outro lado, quanto ao direito de prestação, segundo BONAVIDES (2000, pg. 32-33):

> [...] os direitos fundamentais da segunda geração são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Isto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> posto, os direitos da referida segunda geração estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, bem como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho. Pressuposto isto, passam estes direitos a exercer uma liberdade social.

A Lei n° 11.340/06 é o tipo normativo que reconhece a violência doméstica e familiar contra a mulher como impeditivo ao exercício efetivo, dentre outros, dos direitos à vida, à segurança, ao acesso à justiça, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. A partir deste reconhecimento, prevê a criação de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, assim como a instalação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, como já mencionado anteriormente.

Do mesmo modo, até este momento, é de ver-se que a Lei Maria da Penha, não gratuitamente, avança ao dispor que, em sua interpretação, "serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".

3.CARACTERÍSTICAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

"A violência doméstica é um abuso psicológico que se caracteriza por comportamentos persistentes que seguem um certo padrão típico, objetivando possuir, manter e exercer controle sobre a mulher." (MILLER, 1999) tem início com brigas normais dos relacionamentos, provocadas pelos empregos, preocupação com a situação financeira, hábitos que irritam o parceiro ou até meras opiniões que não são compatíveis. Ocorre que nesta espécie de relacionamento brigas que antes eram resolvidas com conversas, passam a chegar em brigas mais graves e com mais frequência, começando uma serie de agressões psicológicas, até chegar as vidas de fato.

Segundo o autor (Azevedo, 1985) menciona que existe duas características responsáveis para que ocorra a violência de fato: constituem o primeiro os fatores condicionantes, "que se referem à opressão perpetrada pelo sistema capitalista, pelo machismo e pela educação diferenciada"; "o segundo fator é formado pelos precipitantes como álcool e drogas ingeridos pelos agentes nos episódios de violência, além do estresse e cansaço, que podem desencadear o descontrole emocional e os atos agressivos. " (Azevedo, 1985)

Porém, para Miller (1999), mesmo que a sociedade desde sempre taxou o homem agressivo: "como rude, de classe social inferior, grosseiro, valentão na aparência e nas atitudes, não há um perfil único. " Portanto, um homem que não tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

essas características em sociedade visíveis, pode, muito bem, ser um agressor na relação conjugal.

Segundo o autor Miller (1999) menciona em sua obra uma lista de características que os especificam, elaborada pelos autores Boyd e Klingbeil, que incluem dentre outras:

> "Pessoas com fraco controle do impulso, apresentando necessidade de satisfação imediata e insaciáveis necessidades do ego; dependência emocional; frequentes quadros de estresse, mas, geralmente, bem dissimulados; baixa autoestima; ciúmes excessivos, que os levam a uma vigilância demasiada da parceira e repetidas promessas de mudança. "

"Estas constantes promessas de mudança dão à violência um caráter cíclico, traduzido por momentos intercalados de agressões e amor, fato que contribui para que a mulher permaneça durante anos vivenciando uma relação violenta." Por este motivo, é importante que a mulher conheça as especificidades do ciclo em que está envolvida, a fim de encontrar meios de sair da situação (MILLER, 1999). De acordo com o autor Leonore Walker, a violência doméstica possui três fases que são distintas, estas são integrantes do ciclo da violência, que variam conforme o passar do tempo, começando do nível mais leve ao nível mais grave, vejamos quais são:

> "A primeira fase é de construção, em que ocorrem incidentes verbais e espancamentos em menor escala, como chutes e empurrões. Nesse momento, as vítimas, usualmente, tentam acalmar o agressor, aceitando a responsabilidade pelos problemas dele, esperando, com isso, ganhar algum controle sobre a situação e mudar seu comportamento. A segunda fase é caracterizada por uma incontrolável descarga de tensão, sendo a mulher espancada, independentemente de seu comportamento diante do homem, que utiliza armas e objetos para agredi-la. Já a terceira fase corresponde a uma temporária reconciliação, que é marcada por um extremo amor e comportamento gentil do agressor, que tem consciência de ter exagerado em suas ações e, subsumindo-se no arrependimento, pede perdão, prometendo controlar sua raiva e não feri-la novamente." (Walker 1979)

Sendo assim, a violência doméstica inicia-se por etapas, sendo a primeira a violência verbal, com pequenas menções de violência física, já na segunda fase a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

violência vai aumentando em uma escala maior, iniciando espancamento com armas e objetos, já a terceira caracteriza-se pelo arrependimento do agressor, que tenta a todo custo redimir seus erros e reconquistar a vítima.

3.1 Formas de violência contra a mulher

Quando se pergunta, quais as formas de violência contra mulher? Podemos caracterizar diversas formas de violência doméstica, sendo a mais comum a física, que é aquela que provoca lesões corporais que são fáceis de diagnosticar, que deixam arranhões, hematomas, mordidas, queimaduras e etc....

Não podemos deixar de mencionar, outra forma de violência praticada contra mulher é a sexual, que se relaciona a qualquer forma de atividade e pratica sexual sem seu consentimento, com uso de força, intimidações, chantagens emocionais, ameaças, manipulações, que obrigam a vítima a manter relações sexuais com o agressor sem sua vontade.

Outra forma de violência é a emocional ou psicológica que se caracteriza pela destruição do emocional da mulher, que nada mais é na tentativa do agressor em controlar a mulher, controlar suas ações, crenças ou decisões, por meio de intimação, ameaças, manipulação com ameaças aos filhos ou familiares, isolamento, humilhação, exploração e agressão verbal, na tentativa de ferir a vítima em seu estado emocional e autoestima.

Desta forma, é apontado como violento todo forma que cause danos à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal, como por exemplo, negar carinho, impedi-la de trabalhar, ter amizades ou sair de casa, autoimagem e no auto estima feminina. São atos de hostilidade e agressividade que podem influenciar na motivação da vítima.

Mais um tipo de violência é a patrimonial, que tem a finalidade em causar danos, subtração, perdas ou posse de objetos da vítima, por exemplo: documentos pessoais, valores ou bens da mulher. Este tipo de violência pode também acontecer com destruição de objetos pessoais da vítima, como celular, moveis ou eletrodoméstico e etc...

No que tange a violência psicológica, deixar a vítima em isolamento é uma das principais formas de demonstração. Neste tipo de violência, o homem busca, através de ações que enfraquece o relacionamento com outras pessoas e afasta a mulher do convívio social, ou seja, a mulher vítima não tem mais amigos, pois, o agressor a proibir de manter relacionamentos com familiares e amigos, a proíbe de trabalhar ou estudar. O objetivo primário do isolamento social é o controle absoluto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da mulher, já que, ao restringir seu contato com o mundo externo, ela dependerá ainda mais de seu parceiro, tornando-se submissa a ele.

A violência contra mulher dar-se início na tentativa do agressor em isolar a vítima de sua vida social, com ciúmes excessivos de parentes, amigos, tentando impedi-la de ir em reuniões familiares ou de amigos, acusando a vítima de ser relaxada, ou que não cuida dos filhos e da casa direito, fazendo com que a mulher se sinta culpada, dando ordens expressas do que ela deve ou não fazer e, por fim, apela para a intimidação, ameaçando espancá-la, quebrar seus pertences ou matá-la.

Ocorre, no entanto, que quando há uma dependência financeira da mulher em relação ao homem, seja as vezes pelo fato de o mesmo á ter proibido de trabalhar, ou pela dificuldade de conseguir emprego, ou até mesmo a impossibilidade por causa dos filhos, a mulher torna-se obrigada a buscar recursos ao marido, ou seja, toda vez que precisa de dinheiro tem que pedir ao marido, situação essa que favorece para mais diversas violências contra mulher, e será o tema a ser discutido no próximo capitulo. Afirma o jurista baiano Gomes (1981, p.9): "Enquanto a mulher permaneceu sob a total dependência do homem, aceitou sua dominação absoluta.

No próximo capitulo iremos entender por quê as mulheres se submetem a viver em relacionamentos abusivos, e não denunciam ou processam seus agressores.

4. VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES: motivos que levam as vítimas em não denunciarem seus agressores

Os números de casos de violência doméstica registrados em Manaus apresentam aumento de 73% em janeiro de 2019 na comparação com o mesmo período de 2018. Conforme dados da secretaria de segurança pública (SSP-AM), o primeiro mês deste ano teve 1.270 casos de violência registrados, enquanto em 208 foram 734 registros.

Segundo a reportagem abordada pelo portal G1, a titular da DECCM do parque Dez, Debora Mafra, explicou que, apesar do crescimento nos números de casos de violência doméstica. Para Debora essa é uma informação considerada positiva, pois mais mulheres estão denunciando, e lembrou também a importância da denúncia para enfrentar a mazela da violência contra a mulher e punir os agressores.

Mais apesar de o número de denúncias aumentar, também aumentou o número de mulheres vítimas de violência doméstica, e as ocorrências registradas pelas delegacias, não refletem a real realidade de muitas mulheres que se omitem em denunciar maridos covardes e agressores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Muitos motivos levam a mulher decidir não denunciar seu marido que a espanca, a mulher, a maltrata. Segundo a pesquisa feita pelo portal G1, que conversou com uma promotora de justiça. De acordo com Silva Chakian (2018), integrante do Grupo de atuação especial de enfrentamento a violência doméstica do Ministério Público de São Paulo, explicam melhor os motivos que as mulheres deixam de denunciar seus agressores, vejamos.

4.1 – Descrédito

Segundo CHAKIAN (2018) "um dos motivos é o medo de que, na hora da denúncia, a mulher será desacreditada, pois a reprodução de comportamentos machista afasta a vítima para denunciar."

A promotora entende que quando à vítima vai denunciar as agressões ela sofre violência em dobro, pois, à mulher acredita que será julgada pela sua vestimenta, seu vocabulário, sua conduta. Como profissional na área de segurança pública e experiência em delegacias, já me deparei com colegas questionando à vítima mulher se a mesma realmente queria denunciar seu agressor, visto que poderia haver uma possibilidade de reconciliação. O atendimento muitas das vezes machista, reflete o medo que às mulheres vítimas de violência doméstica têm em denunciar as agressões e abusos sofridos.

4.2 – Perfil público do autor das agressões

Outro ponto problemático enfrentado pela mulher é como o autor é visto por outras pessoas que conhecem o casal. Para CHAKIAN (2018) "muitas vezes o autor é visto para amigos e famílias como uma pessoa de "boa índole", um "bom amigo." O que faz as pessoas desacreditarem que a mulher sofre violência. Ressalta ainda, CHAKIAN (2018) "as pessoas acreditam que um agressor precisa ter cara de agressor, que tem que se parecer com um criminoso, que precisa possuir antecedentes. Mas não é assim. O agressor é aguem de boa reputação."

4.3 – Vínculo

Sabemos que quando se trata de violência doméstica, a decisão de denunciar o marido agressor é extremamente difícil, visto que a vítima mulher tem normalmente um vínculo não somente financeiro, mas como também emocional como agressor. Conforme a promotora CHAKIAN (2018) "apesar dos avanços da Lei Maria da Penha, muitas mulheres sequer se compreendem vítimas. Mulheres confundem relacionamentos abusivos com zelo." Portanto, o vínculo amoroso com o agressor faz com que a mulher agredida não reconheça a violência, a faz acreditar que o ciúme excessivo e doentio, seja excesso de amor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.4 – Vergonha da exposição

Apesar de estamos em um século considerado avançado, moderno e liberal, a sociedade ainda vê o casamento como um elo inquebrável e uma vida de sucesso. O medo de ser só ou de não "encontrar alguém melhor" faz com que as mulheres paguem o preço de manter um casamento apenas por vergonha de expor as agressões para a sociedade. Segundo CHAKIAN (2018), relata que: "Muita mulher tem dificuldade em falar sobre o que estão vivendo por medo dessa exposição, do que os outros vão pensar. A mulher tem aquele ideal do casamento para a vida toda, não quer criar os filhos longe do pai, então acabam sustentando uma situação de violência por mais tempo" (Fonte: Portal G1)

4.5 – Machismo

Apesar de eu escritor deste artigo ser homem, eu não posso negar que sou um privilegiado apenas por ser homem. Também não posso negar que o machismo não existe. O machismo é cultural e faz parte da sociedade brasileira. Mas infelizmente, não é apenas nós homens que repetimos padrões machistas, mas existe ainda em nossa sociedade mulheres que são doutrinadas a serem machistas, repetindo comportamentos que denigrem a mulher, colaboram para a violência de gênero e tornam aceitáveis agressões e assédios.

Eu penso, que não é a mulher que tem que mudar suas vestimentas, mas sim, o homem que tem respeita-la de todas as formas. Nas palavras de CHAKIAN (2018), mais uma vez alude que a denúncia, o processo, são importantes, mas a mudança deve ser social: "Na nossa sociedade, o comportamento machista é aprendido desde a infância. Desconstruir essa forma de lidar com a mulher é muito importante. Ao mesmo tempo, a gente não pode esperar a sociedade melhorar. A justiça precisa agir agora. Quando uma mulher denuncia, diz que está sendo ameaçada, a gente tem que agir hoje, porque se não, ela volta para casa, e ela morre. Ela, as filhas dela. Então, nós Estado, precisamos de uma efetivação da Lei Maria da Penha." (Fonte: Portal G1)

4.6 – Promessa de mudança

Muitas mulheres até sentem vontade de denunciar, mas logo após as cenas de violência sofrida por elas, o agressor muitas das vezes cai em si, e, é tomado pelo arrependimento. Neste momento, ajoelha-se, implora o perdão da vítima, e faz promessa que nunca mais irá cometer as agressões a ela novamente. Como à vítima tem vínculo amoroso com o agressor, ela o perdoa. Realmente, o agressor tem vestígios de mudança por alguns dias, semana ou até meses, mas logo, retorna a violentar à companheira. Pois, à violência é um vício, assim como o álcool, como à droga.

4.7 – Dependência financeira e emocional (domínio do agressor sobre a vítima)

Este é o tópico mais importante deste artigo, pois, apesar de os tópicos anteriores estarem ligados uns aos outros, este é o que mais pesa, uma vez que o principal motivo das mulheres vítimas de violência doméstica não denunciarem seus agressores, é a sua dependência financeira e emocional. Quase toda mulher agredida tem filhos com seu agressor, e o extinto materno às faz suportar todas as humilhações, abusos e espancamentos. Pois, muitas não trabalham, são apenas donas de casa, e dependem financeiramente do companheiro. Mas por que muitas mulheres ainda são dependentes financeiramente de seus parceiros? A resposta é mais simples do que imaginamos, "DOUTRINAÇÃO MACHISTA E MISÓGNA", em razão de que, em vários lares brasileiros ainda há aquela segregação de que mulher "nasceu" para ser dona lar, recatada e gerar filhos, que uma mulher com mais de 30 anos e se ela não estiver casada, será a "tia dos gatos", ou se é casada com essa idade e não tem filhos? Quem vai cuidar dela na velhice? São dogmas que corroboram com o machismo brasileiro. Apesar de toda evolução moderna, e principalmente na conquista de direitos das mulheres, ainda falta um empoderamento feminino nos lares, e por causa dessa doutrinação retro citada, muitas mulheres ainda "se metem" em maus relacionamentos, onde infelizmente deixam de estudar, trabalhar, e passam a viver em submissão ao marido.

Sendo assim, suportam relacionamentos abusivos e violentos, em razão que não tem estabilidade financeira para sustentar os filhos sozinha, estudo e muito menos estabilidade emocional. E por fim, quando denunciam e por sorte conseguem se reerguer e obter justiça. Mas, muitas viram estatística do feminicidio, uma vez que passam por todo sofrimento caladas, sendo oprimidas por todos os itens citados no decorrer do capitulo 4.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode observar, a Lei n°. 11.340/06 surgiu justamente para proteger, auxiliar e garantir segurança a mulher, que por muito tempo veio sofrendo por diversos tipos de violência. Foi um marco, uma conquista no combate a violência doméstica e familiar, fazendo com que a mulher pudesse se sentir mais protegida e segura para requerer os seus direitos e denunciar o seu algoz. A proteção da família também foi abarcada pela lei, e mecanismos de proteção integrada entre Municípios, Estados e União foram primordiais para a aplicabilidade e garantia dos direitos da mulher. A pesquisa bibliográfica comprovou-se com a pesquisa que nos relacionamentos de longos anos também existe a violência doméstica e familiar, demonstrando inclusive que a quantidade de filhos não é necessariamente um dos motivos que fazem com que a mulher permaneça no relacionamento. Demonstrou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que, o nível de escolaridade tem muito a ver com o ciclo de violência e a dependência de álcool e drogas também é um fator que enseja e agrava os conflitos conjugais e dificulta a decisão imediata da mulher em denunciar o agressor, justamente em detrimento de "culpar" a dependência do homem, tentando eximi-lo de sua culpabilidade.

6.REFERÊNCIAS

AMARANTE, Ana Maria. Lei Maria da Penha pode ser aplicada em casos de violência doméstica contra homens. Conselho Nacional de Justiça, mai. 2014;

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial. Ed. 4°. São Paulo: Editora Saraiva, 2008;

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Direitos Humanos das Mulheres. Ed. 1°. Curitiba: Editora Jaruá, 2007;

CUNHA Rogério Sanches e PINTO Ronaldo Batista. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentado artigo por artigo. Ed. 1°. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar. Ed. 2°. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

SOUZA, Sergio Ricardo. 2008. Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: 2ª ed., Curitiba, Juruá, pg. 186.

NOTAS:

[1]Professor e orientador do Curso de Direito na Universidade Luterana de Manaus (ULBRA)– Advogado. E-mail: rubens.silva@ulbra.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ABORDAGEM TEÓRICA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOÃO PAULO MONTEIRO DE LIMA: Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público. Oficial de Justiça Federal (TRF1). Pós-graduando em Direito Constitucional e em Direito da Seguridade Social.

RESUMO*:* Atualmente, considerando os casos de corrupção que assolam o país, o tema Improbidade Administrativa tem ganhado bastante relevância nos debates acadêmicos e sociais. Neste trabalho objetiva-se abordar, detalhadamente, o assunto proposto com especial enfoque à jurisprudência dos tribunais.

Palavras-chave*:* improbidade - administrativa - jurisprudência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de improbidade administrativa. 3. Competência legislativa. 4. Sujeito ativo e passivo. 5. Atos de improbidade. 6. Sanções. 7. Conclusão. Referências

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o Brasil vem demonstrando maior preocupação com o combate à corrupção que assola o país. Grande parte da sociedade e do poder público se monstra sensível a tal questão, buscando medidas que visam efetivar o republicanismo e o Estado de Direito.

A corrupção é conhecida como "uma forma particular de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima[1]". Seu combate se dá mediante transformações culturais e institucionais.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/1992) o Brasil já assinalava atenção ao tema, destacando-se as Leis 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha), que estabelecia ser sujeito a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido (artigo 1º), e a Lei 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), que regulamentou o procedimento de sequestro e perda de bens baseado na Lei 3.164.

As supramencionadas leis somente foram revogadas pela Lei de Improbidade Administrativa, que assim dispôs expressamente em seu artigo 25.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com efeito, o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, a quem compete a aplicação da lei aos casos concretos, em cumprimento às leis 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), à Constituição Federal e demais diplomas normativos, se deparou com diversos debates judiciais relativos à improbidade administrativa e, a partir disso, tem criado valorosa jurisprudência sobre o tema, o que será observado neste trabalho.

2. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINSTRATIVA

O vocábulo improbidade vem do latim *improbitate*, isto é, imoralidade ou desonestidade. O dicionário brasileiro da língua portuguesa conceitua improbidade como "falta de probidade; desonestidade, fraude, imoralidade[2]".

A Constituição da República, em seu artigo 37, §4º, não conceitua improbidade administrativa, mas apenas prevê as sanções que serão aplicadas no caso de cometimento de um ato de improbidade, a saber: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O professor Luiz Flávio Gomes***[3]*** conceitua improbidade como "o designativo técnico para conceituar corrupção administrativa, ou seja, o que é contrário à honestidade, à boa-fé, à honradez, à correção de atitude".

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.558.038-PE[4], asseverou que "somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros".

Tratando-se de um direito sancionador, o conceito de improbidade administrativa não é daqueles que a doutrina chama de elástico, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição (STJ, RESP n. 1558038/PE).

Por fim, com base no *caput* dos artigos 9º, 10º, 10-A e 11, todos da Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/1992), podemos concluir o seguinte: é o ato praticado por agente público ou por terceiro (particular) em concurso com agente público, que gere enriquecimento ilícito, lesão ao erário, implique concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relacionado ao ISS ou viole princípios da Administração Pública**.**

3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Questão de grande importância diz respeito à competência legislativa em matéria de improbidade.

É sabido que a Constituição da República garantiu competências privativas à União, residuais aos estados-membros e concorrentes entre União, Estados e Municípios, sem delimitar expressamente no tocante à competência para legislar sobre improbidade administrativa.

A doutrina, então, tratou de debater sobre a matéria, concluindo o seguinte:

> [...] se trata de impor sanções aos funcionários e agentes da Administração, a matéria cai inteiramente na competência legislativa em tema de Direito Administrativo, e, portanto, na competência privativa de cada ente político. Em suma, se o funcionário é federal, somente lei federal pode impor-lhe sanções pelo seu comportamento irregular; se o funcionário é municipal, somente lei administrativa do Município ao qual está ligado por impor-lhe sanções[5].

A rigor, a Lei federal n. 8.429 (LIA) possui caráter de lei nacional, estabelecendo normas de natureza processual e sanções de natureza cível e política, temas de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição. Excepcionalmente, possui matérias de natureza eminentemente administrativa, que possuem caráter de lei federal, sendo aplicadas, apenas, à União, visto que, em se tratando de matéria administrativa a competência legislativa é comum a todos os entes federativos, de modo que Estados e Municípios também possuem competência para tanto.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da Lei 8.492/1992, conforme julgamento da ADI 2.182[6], cujo acórdão foi assim ementado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA.
>
> 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma.
>
> 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República.
>
> O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão.
>
> 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

Quanto à aplicação da Lei 8.492/92, a Lei de Improbidade é datada de 02/06/1992, publicada no DOU de 03/06/1992. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, manifestada no Recurso Especial n. 1129121-GO[7], a LIA somente se aplica a fatos ocorridos após a sua entrada em vigor. Vejamos a ementa do referido julgado:

> ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA A FATOS POSTERIORES À EDIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE. 1**. A Lei de Improbidade Administrativa não pode ser aplicada retroativamente para alcançar fatos anteriores a sua vigência, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988**. 2. A observância da garantia constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa, esteio da segurança jurídica e das garantias do cidadão, não impede a reparação do dano ao erário, tendo em vista que, de há muito, o princípio da responsabilidade subjetiva se acha incrustado em nosso sistema jurídico. 3. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a condenação do Parquet ao pagamento de honorários advocatícios no âmbito de ação civil pública está condicionada à demonstração de inequívoca má-fé, o que não ocorreu no caso. 4. Recurso especial provido em parte, apenas para afastar a condenação do recorrente em honorários advocatícios. (STJ, DJ 15/03/2013).

Logo, é possível concluir-se que a lei não possui eficácia retroativa.

4. SUJEITO ATIVO E PASSIVO

O sujeito ativo da improbidade administrativa, à luz da Lei 8.492, pode ser tanto o agente público quanto terceiros. A LIA, ao destacar a legitimidade de todos os agentes públicos, impõe a responsabilidade sobre todas as pessoas físicas que exercem funções estatais.

Diz, ainda, a referida legislação:

> Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Ou seja, considera-se sujeito ativo, de igual sorte, o agente que exerça transitoriamente ou sem remuneração mandato, cargo, emprego ou função.

É importante salientar que são considerados agentes públicos: os agentes políticos, os servidores públicos (estatutários, celetistas e temporários) e os particulares em colaboração com o estado, todos identificados como "agentes públicos de direito". Reputa-se agente público, também, mas na categoria "agentes de fato", os putativos e necessários. A Lei 8.492 atinge a todos os agentes públicos ora mencionados.

A LIA, em seu artigo 8º, também prevê expressamente que o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações da lei até o limite do valor da herança.

A Lei 8.492 estabelece em seu artigo 1º quem é considerado sujeito passivo, ou melhor, quem são as pessoas jurídicas que poderão sofrer o ato de improbidade. Observemos:

> Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.
>
> Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Do texto legal podemos extrair que são sujeitos passivos da ação de improbidade: I – Entes da Administração Pública Direta e Indireta; II – Empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual; III - Entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público; IV – Entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% por cento do patrimônio ou da receita anual.

A esse respeito, ressalva-se a lição do professor José dos Santos Carvalho Filho[8] que, em que pese às empresas incorporadas ao patrimônio público, afirma: "[...] *não são sujeitos passivos da improbidade, mas, sim as pessoas administrativas incorporadoras*". Tal conclusão se dá tendo em vista que tais empresas são extintas e absorvidas por pessoa jurídica de direito público ou privado da Administração Pública.

Ultrapassado o debate sobre quem pode ser sujeito ativo e passivo na ação de improbidade administrativa, impende registrar alguns pontos de extremada relevância abordados pela jurisprudência sobre este tema.

Inicialmente, faz-se o seguinte questionamento: é possível o ajuizamento da ação exclusivamente em face de terceiro, sem inclusão do agente público?

A resposta é negativa. Como visto, o sujeito ativo da improbidade administrativa, à luz da Lei 8.492, pode ser tanto o agente público quanto terceiros.

Todavia, a jurisprudência do STJ, manifestada, entre outros, no Recurso Especial 1.171.017-PA[9], de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, é pacífica no sentido de não ser possível o ajuizamento de ação de improbidade exclusivamente em face de terceiros, melhor dizendo, sem a presença concomitante do agente público:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROPOSITURA EXCLUSIVAMENTE CONTRA PARTICULARES. EQUIPARAÇÃO A AGENTES PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. EMBARGOS REJEITADOS.
>
> [...]
>
> 4. Inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

A conclusão do entendimento adotado pelo STJ se dá, pois, uma vez que para responder por improbidade administrativa o particular deva induzir, concorrer ou se beneficiar do ato (art. 3º da Lei LIA), deve-se concluir que deve haver atuação concomitante do agente público a ser induzido, a concorrer ou a praticar o ato de improbidade do qual o terceiro se beneficie.

Outro ponto de destaque pela jurisprudência é sobre a desnecessidade de inclusão da pessoa física no polo passivo da ação de improbidade. Sobre o assunto, sustenta o Superior Tribunal de Justiça[10]:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. (...) 2. Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios. (RESP 970.393-CE. Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 21/06/2012).

Logo, é possível o manejo de ação de improbidade administrativa exclusivamente em desfavor da pessoa jurídica, ou seja, desacompanhada de seus sócios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também a respeito dos sujeitos da ação objeto deste estudo, pode-se afirmar que não há litisconsórcio passivo necessário.

O Código de Processo Civil estabelece que o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes (artigo 114). De acordo com a jurisprudência do STJ, inexiste litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e o terceiro beneficiado com o ato ímprobo:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 47 DO CPC E ART. 3º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.
>
> [...] 2. Não há falar em formação de litisconsórcio passivo necessário entre eventuais réus e as pessoas participantes ou beneficiárias das supostas fraudes e irregularidades nas ações civis públicas movidas para o fim de apurar e punir atos de improbidade administrativa, pois não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda. (STJ, AgRg no RESP 1421144, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 26/05/2015)[11].

A ausência de previsão legal afasta eventual reconhecimento de litisconsórcio passivo necessário entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, não estando obrigado o Magistrado, ainda, a decidir a relação jurídica de modo uniforme (dessa maneira, também não havendo litisconsórcio unitário).

Outro ponto de relevância diz respeito ao estagiário como sujeito ativo. O Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência, reconhece ser o estagiário sujeito ativo do ato de improbidade.

Nesse diapasão, a Corte Superior, ao julgar o Recurso Especial 1.149.493-BA[12], em 22/11/2016, reconheceu que uma estagiária da Caixa Econômica Federal possuía vínculo - ainda que transitório e de caráter educativo - com a Empresa

Pública Federal, tendo se utilizado de tal condição para auferir vantagem econômica, por meio da realização de saques irregulares de contas de clientes da instituição financeira, reconhecendo-se, assim, sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Convém mencionar, ainda:

> [...] o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão "agente público" possui expressivo elastério, o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público (STJ, REsp 1081098-DF, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 03/09/2009).

Por derradeiro, questão que já causou diversos debates jurisprudenciais diz respeito à aplicabilidade da Lei 8.492 aos agentes políticos, à exceção do Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal possuía jurisprudência no sentido de não admitir a ocorrência de dois regimes de responsabilidade político-administrativas para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º, da Constituição da República, este regulado pela Lei n° 8.429/1992, e o regime fixado no art. 102, I, "c", este disciplinado pela Lei n° 1.079/1950 (que define os crimes de responsabilidade). Nesse sentido:

> RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.
>
> I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.
>
> [...]
>
> II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n° 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.
>
> II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n° 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei n° 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição.
>
> II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei n° 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n° 8.429/1992).
>
> III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
>
> (STF, Rcl 2138, Relator Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, DJ 13/06/2007)[13].

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, nos autos do processo de Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.032044-7, ao enfrentar a matéria, amparado no até então entendimento da Suprema Corte, afastou a imposição da Lei de Improbidade administrativa aos agentes políticos, por entender aplicável, a esses, os ditames do crime de responsabilidade. O mencionado Acórdão foi assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. INAPLICABILIDADE
>
> A Lei nº 8.429/92, que regula a ação de improbidade administrativa, não se aplica aos agentes políticos que, nesta condição, não respondem por improbidade administrativa, mas, apenas, por crime de responsabilidade. (TRF4, AI 2009.04.00.032044-7, Rel. Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, DJ 14/10/2009)[14].

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.216.168-RS, oriundo do AI 2009.04.00.032044-7, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acima mencionado, reformou o entendimento consignado pelo TRF4, asseverando pelo cabimento do ajuizamento de ação de improbidade em face dos agentes políticos. Vejamos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
>
> [...]
>
> 4. A jurisprudência desta Corte, ao contrário do que decidiu o acórdão recorrido, firmou-se no sentido da "possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado ratione personae na Constituição da República vigente" (REsp 1282046/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16.2.2012, DJe 27.2.2012). [...] (STJ, EDcl no AgRg no RESP n. 1.216.168-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 24/09/2013)[15].

O Supremo Tribunal Federal também reviu seu entendimento e, atualmente, estabelece que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, sujeito, por força da própria Constituição, a regime especial, não há norma constitucional que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF. Nesse contexto:

> IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO. COMPORTAMENTO ALEGADAMENTE OCORRIDO NO EXERCÍCIO DE MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO. POSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO A DUPLO REGIME JURÍDICO: (1) RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA, MEDIANTE "IMPEACHMENT"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(LEI Nº 1.079/50), DESDE QUE AINDA TITULAR DE REFERIDO MANDATO ELETIVO E (2) RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92). EXTINÇÃO SUBSEQUENTE DO MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO. EXCLUSÃO DO REGIME FUNDADO NA LEI Nº 1.079/50 (ART.76, PARÁGRAFO ÚNICO). PLEITO RECURSAL QUE OBJETIVA EXTINGUIR PROCESSO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DE, À ÉPOCA DOS FATOS, A RECORRENTE (Yeda Crusius) OSTENTAR A QUALIDADE DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL. APLICABILIDADE, CONTUDO, A EX-GOVERNADOR DE ESTADO, DO REGIME JURÍDICO FUNDADO NA LEI Nº 8.429/92. DOUTRINA. PRECEDENTES. REGIME DE PLENA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ESTATAIS, INCLUSIVE DOS AGENTES POLÍTICOS, COMO EXPRESSÃO NECESSÁRIA DO PRIMADO DA IDEIA REPUBLICANA. O RESPEITO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRESSUPOSTO LEGITIMADOR DOS ATOS GOVERNAMENTAIS. PRETENSÃO QUE, SE ACOLHIDA, TRANSGREDIRIA O DOGMA REPUBLICANO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEDUZIDO POR YEDA RORATO CRUSIUS. DECISÃO QUE NEGA PROVIMENTO A ESSE APELO EXTREMO, PREJUDICADO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. (STF, RE 803.297-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/02/2017)[16].

Em relação aos prefeitos, o STJ já se pronunciou expressamente concluindo que eles podem responder de forma concomitante por ato de improbidade, isto é, pela Lei 8.429/1992, e por crime de responsabilidade, regulamentado pelo Decreto-Lei n. 201/67 (Nesse sentido, entre outros: processo n. 1.066.772/MS e AgRg no REsp 1425191/CE).

Portanto, *não há impedimento à coexistência entre esses dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado* (STF, Pet 3.923-QO/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

5. ATOS DE IMPROBIDADE

Atualmente são 4 (quatro) as espécies de atos de improbidade administrativa previstos na Lei Federal n. 8.429/92, isto é:

> Atos que improbidade que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º).
>
> Atos de improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário (artigo 10).
>
> Atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relativo ao ISS (artigo 10-A)
>
> Atos de improbidade que atentam contra princípios da Administração Pública (artigo 11).

Salienta-se que os artigos 9, 10 e 11 da LIA apresentam rol exemplificativo de condutas que podem ocasionar a responsabilização por ato de improbidade administrativa, não impedindo a existência de outras situações além daquelas previstas no texto normativo.

Ato que improbidade que importe enriquecimento ilícito consiste em uma conduta dolosa de recebimento de vantagem patrimonial indevida, sendo desnecessária a existência de prejuízo ao erário.

Por sua vez, quanto aos atos de improbidade que causem prejuízo ao erário, a lei exige três requisitos, quais sejam: dano ao erário, conduta dolosa ou culposa e nexo de causalidade entre ação ou omissão e prejuízo ao erário.

Frisa-se que há distinção entre as expressões "erário" e "patrimônio público". Enquanto a primeira diz respeito aos recursos financeiros provenientes dos cofres públicos, a segunda tem sentido mais amplo e abarca, além dos bens e interesses econômicos, os interesses não econômicos. A título exemplificativo, a Lei da Ação Popular (lei n. 4.717/65) considera patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Conquanto as expressões "erário" e "patrimônio público" não se confundam, reputa-se ato de improbidade toda lesão ao patrimônio público. Isso se dá por uma interpretação sistemática da Lei de Improbidade, que, apesar de prever eu seu artigo 10 a expressão "lesão ao erário", em diversos dispositivos vale-se da expressão "patrimônio público", o que se observa de uma leitura de seus artigos 7º e 8º, por exemplo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O artigo 10-A da Lei de Improbidade, introduzido pela Lei Complementar 157/2016, inseriu entre os atos ímprobos a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relativo ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). De acordo com a Norma, em resumo, a concessão de benefícios tributários que diminuam a alíquota de ISS abaixo de 2% - alíquota mínima estabelecida pelo artigo 8-A da Lei Complementar 116/2003, configura ato de improbidade. Exige-se, para tipificação do ato, que a conduta do agente seja dolosa.

Por derradeiro, quanto à violação de princípios da Administração Pública, trata-se de condutas omissivas ou comissivas, dolosas, realizadas em desconformidade com os deveres de honestidade, lealdade, legalidade ou imparcialidade. Cabe ao administrador não apenas observar os princípios explícitos previstos no artigo 37 da Carta Maior (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), mas também aqueles implicitamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico, em síntese: razoabilidade, proporcionalidade, autotutela, segurança jurídica, boa-fé, entre outros.

6. SANÇÕES

A Constituição da República, em seu artigo 37, §4º, estabelece:

> Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível[17].

A Lei 8.429/92 ampliou o rol de sanções aplicáveis ao cometimento de atos ímprobos, incluindo a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A seguir apresenta-se um quadro exemplificando as sanções aplicáveis a cada ato de improbidade administrativa:

Sanções para o enriquecimento ilícito	Sanções para a lesão ao erário	Sanções para a concessão indevida de benefício financeiro ou tributário	Sanções para a violação a princípios administrativos

Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio	Ressarcimento integral do dano	Perda da função pública	Ressarcimento integral do dano, se houver
Ressarcimento integral do dano, quando houver	Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância	Suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e multa civil de até três vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido	Perda da função pública,
Perda da função pública	Perda da função pública,		Suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos,
Suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos	Suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos		Pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente
Pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial	Pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano		Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
Proibição de contratar com o	Proibição de contratar com o		

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos	Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos		

Merece destaque que na fixação das penas o juiz deve levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.492).

De igual sorte, o magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas acima apontadas (todas previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429), podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, entendimento este fixado pelo Superior Tribunal de Justiça (Tese n. 11, edição 40: improbidade administrativa II, da ferramenta "Jurisprudência em Teses", STJ).

Passa-se, agora, a tecer alguns comentários jurisprudenciais relativos às sanções impostas pela Lei de Improbidade.

O primeiro ponto relevante diz respeito à efetiva demonstração do dano ao patrimônio público para fins de condenação por dano ao erário.

Malgrado a legislação pareça clara acerca da necessidade de demonstração do efetivo dano ao patrimônio público, no que toca ao ato de improbidade administrativa ensejador de dano ao erário, intensos debates foram levados ao Superior Tribunal de Justiça, fazendo com que a Corte Superior firmasse jurisprudência pacificada no sentido de exigir, para responsabilização por ato de improbidade administrativa que importe prejuízo ao erário, a existência de efetiva lesão:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DANO EFETIVO NÃO

> DEMONSTRADO. COMPRAS REVERTIDAS EM PROVEITO DA COLETIVIDADE. ATO DE IMPROBIDADE NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES STJ. AUSÊNCIA DE DOLO. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. É pacífico no âmbito deste Superior Tribunal o entendimento de que, para a condenação por ato de improbidade administrativa que importe prejuízo ao erário, é imprescindível a demonstração de efetivo dano ao patrimônio público, o que não se verificou em relação às condutas do ex-alcaide impugnadas pelo Ministério Público.
>
> (STJ, AgRg no AREsp 18.317-MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJ 05/06/2014)[18]

Pode-se afirmar que a carência de comprovação do efetivo dano ao patrimônio público conduz a ausência do elemento subjetivo ensejador da incidência da responsabilidade por ato de improbidade.

Ainda no debate jurisprudencial relativo às sanções, afigura-se necessário mencionar a respeito da dispensa de licitação. Sobre isso, de acordo com o STJ, *a indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema (*REsp 817.9210-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 27/11/2012)[19].

Outrossim, quanto ao afastamento cautelar do agente público, baseado na literalidade da lei 8.429, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 20).

Porém, a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (artigo 20, parágrafo único, da Lei 8.429).

Não havendo, na legislação, qualquer referência acerca do prazo máximo para o afastamento cautelar do agente público, coube à jurisprudência preencher tal lacuna e concluir pela possibilidade de afastamento pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias. Vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. AFASTAMENTO CAUTELAR DE AGENTE POLÍTICO. DECISÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> QUE IDENTIFICOU RISCO À INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA.
>
> [...]
>
> II - A prorrogação não pode representar uma interferência indevida no mandato eletivo. Limitação dos efeitos da decisão pelo prazo de 180 dias contados da data em que prolatada (1º de outubro de 2014) ou até o término da instrução processual - o que ocorrer antes.
>
> (STJ, AgRg na SLS 1957-PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJ 17/12/2014)[20].

Findo este prazo deve o servidor voltar ao desempenho de suas atividades.

Quanto à indisponibilidade de bens, é desnecessária prova do *periculum in mora*.

Com o escopo de evitar a dilapidação do patrimônio do sujeito que comete ato de improbidade administrativa, quer dizer, objetivando a reposição de valores aos cofres públicos, a Lei 8.429 diz que: *quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado* (artigo 7º). Em seguida complementa: *a indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito* (artigo 7º, parágrafo único).

No passado, sustentava-se que para a concessão da medida constritiva de bens e direitos em ações de improbidade administrativa fazia-se necessária a presença simultânea de indícios veementes da prática de atos de improbidade administrativa - *fumus boni juris*, além da comprovação de que o réu intencionava desfazer do seu patrimônio com o fim de frustrar o cumprimento de eventual condenação - *periculum in mora* (TRF1, AIS 0013090-32.2008.4.01.0000-DF, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, DJ 11/02/2011)[21].

Entretanto, atualmente sustenta-se que para decretação da indisponibilidade de bens faz-se necessário, somente, a demonstração do *fumus boni iuris*, que, no caso, se revela com a prova de fundados indícios de cometimento de ato de improbidade administrativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, de acordo com a jurisprudência o *periculum in mora* é presumido, de modo que não se faz imprescindível a demonstração de que o réu está dilapidando seu patrimônio ou prestes a fazê-lo:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDA PRIMEIRA SEÇÃO.
>
> 3. [...] no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92.
>
> 5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> administrativa. (STJ, REsp 1366721-BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJ 26/02/2014)[22].

À vista disso, fica superado o entendimento anterior e autoriza-se a decretação da indisponibilidade de bens ainda que o réu não esteja dilapidando seu patrimônio, podendo ser concedida, inclusive, sem ouvir o réu (*inaudita altera pars*) e antes mesmo do recebimento da petição inicial (Precedente: STJ, AgRg no REsp 1317653-SP).

Coube à jurisprudência, também, responder a seguinte pergunta: é possível aplicar a pena de demissão em processo administrativo disciplinar?

Em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da pena de demissão do servidor não é de exclusividade do Poder Judiciário, possibilitando sua aplicação em sede de processo administrativo disciplinar.

De acordo com o Voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, nos autos do Mandado de Segurança n. 17537-DF: "[...] *a improbidade administrativa pode ser evocada pela Administração Pública Federal como fundamento para aplicar a pena de demissão, não se exigindo que o Poder Judiciário se pronuncie previamente sobre a sua caracterização"*.

Por fim, destaca-se que, no Brasil, existe um duplo regime sancionatório aplicado aos agentes políticos.

Ressalvado o Presidente da República, os agentes políticos submetem-se ao duplo regime sancionatório. Em outras palavras, poderão ser responsabilizados tanto na esfera civil quanto político-administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, assim decidiu:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. SUJEIÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS A DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade

> administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. (STF, Pet 3240, Relator: Min. Teori Zavascki, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJ 10/05/2018).[23]

Em que pese aos prefeitos, respondem de forma concomitante por ato de improbidade e por crime de responsabilidade (Decreto-Lei n. 201/67) (STJ, REsp 1066772-MS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 09/10/2019)[24].

Com amparo no apresentado, resta superado o entendimento de que os agentes políticos têm uma normatividade própria e que, por isso, não deveriam submeter-se à Lei Federal n. 8.429.

7. CONCLUSÃO

Diante do apresentado, podemos concluir que nos últimos anos o Brasil vem demonstrando maior preocupação com o combate à corrupção, mediante transformações culturais e institucionais. A lei n. 8.429/1992, que dispõe sobre os atos de improbidade e sanções aplicáveis aos agentes públicos e particulares, revela-se como grande mecanismo de proteção à moralidade administrativa e, dessa forma, atenta aos anseios da sociedade que aspira pelo respeito ao erário.

Nossos Tribunais têm realizado papel de extrema relevância na interpretação da Lei de Improbidade Administrativa, reconhecendo, dentre outros, a legitimidade do estagiário como réu da ação de improbidade, a inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e o particular que participe do ato ímprobo e a aplicação da LIA aos agentes políticos.

No que tange às sanções, a jurisprudência reconheceu que na condenação por dano ao erário faz-se necessária a efetiva demonstração do dano ao patrimônio público, que a dispensa de licitação ocasiona dano ao erário presumido, assim como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que o prazo para o afastamento cautelar do agente público é de, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias, entre outros.

Assim, no presente estudo debateu-se sobre os principais pontos previstos na legislação e, com enfoque especial, ao posicionamento de nossos Tribunais sobre questões polêmicas e fundamentais acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.492/1992** (Lei de improbidade administrativa). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Lei Complementar 116/2003**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm.

BRASIL. **Portal de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/.

BRASIL. **Portal de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/.

BRASIL. **Portal de Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.** Disponível em https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/.

BRASIL. **Portal de Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.** Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: *Lumem juris*, 2011.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. ***Vade Mecum* de jurisprudência.** 7 ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

Dicionário Michaelis online. Disponível em http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=improbidade.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por improbidade administrativa?** Disponível em https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1066009/o-que-se-entende-por-improbidade-administrativa.

PASQUINO, Gianfranco. **Corrupção**. *In*: Bobbio, Norberto. Dicionário de política. v.1. 7 ed. Brasília: UNB, 1995.

NOTAS:

[1] PASQUINO, Gianfranco. **Corrupção**. In: Bobbio, Norberto. Dicionário de política. v. 1. 7 ed. Brasília: UNB, 1995. p. 291/292.

[2] Dicionário Michaelis online. Disponível em http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=improbidade. Acesso em: 30 set. 2019.

[3] GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por improbidade administrativa?** Disponível em https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1066009/o-que-se-entende-por-improbidade-administrativa. Acesso em: 30 set. 2019.

[4] Superior Tribunal de Justiça. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53466136&num_registro=201500141108&data=20151109&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 set. 2019.

[5] MUKAI, Toshio. **A inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa** - Lei Federal n. 8.429/92. Boletim de Direito Administrativo, NDJ, ano XV, n. 11. Novembro de 1999.

[6] Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1815370. Acesso em: 30 set. 2019.

[7] Superior Tribunal de Justiça. Disponível em https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2012-05-03;1129121-1254670. Acesso em: 01 out. 2019.

[8] **Manual de direito administrativo.** 24 ed. Rio de Janeiro: *Lumem juris*, 2011. p. 987.

[9] STJ. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50948279&num_registro=200902427331&data=20151110&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 out. 2019.

[10] Recurso Especial 970.393-CE. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

&sequencial=23105822&num_registro=200701585914&data=20120629&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 03 out. 2019.

[11] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48335940&num_registro=201303828521&data=20150610&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 03 out. 2019.

[12] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1549428&num_registro=200901361947&data=20161206&formato=PDF. Acesso em: 03 out. 2019.

[13] Ementa do Acórdão extraída do Voto proferido no seguinte processo, com supressão de informações que não tratam do tema em estudo: https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3078901&hash=f2e5796abda598d0aaf875a27b79f6df. Acesso em: 15 out. 2019.

[14] Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3078901&hash=f2e5796abda598d0aaf875a27b79f6df. Acesso em: 15 out. 2019.

[15] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31483772&num_registro=201001893049&data=20131004&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 out. 2019.

[16] Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo853.htm. Acesso em: 15 out. 2019

[17] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 mar. 2020.

[18] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100749107&dt_publicacao=27/08/2014. Acesso em: 09 mar. 2020.

[19] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600265900&dt_publicacao=06/12/2012. Acesso em: 09 mar. 2020.

[20] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44384952&num_registro=201403099357&data=20150309&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 mar. 2020

[21] Disponível em https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21613195/agravo-de-instrumento-ag-65151-ba-0065151-59201140100000-trf1. Acesso em: 16 mar. 2020.

[22] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=32546332&tipo=51&nreg=201300295483&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140919&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 10 mar. 2020.

[23] Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2250863. Acesso em: 10 mar. 2020.

[24] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6101974&num_registro=200801298061&data=20090903&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 16 mar. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

CONDOMÍNIOS EM MULTIPROPRIEDADES – TIME SHARING

NATHALIA CHAMAS DOS SANTOS: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof. Dr. Thalita Toffoli Paéz.

RESUMO: Neste trabalho foi estudado o contrato de time sharing, também chamado de multipropriedade, observa-se que este contrato surgiu para alcançar o público alvo que há interesse em celebrar contratos de venda e compra de bens móveis e imóveis, mas com um custo-benefício mais acessível, permitindo assim o adquirente passar períodos ou temporadas em locais de reconhecido potencial turístico, como praias e regiões de serra. A problemática é por possuir legislação recente, o que traz grandes dificuldades e incertezas aos coproprietários e corretores, por se tratar de um título pouco falado nas regiões interioranas. Foi analisado os benefícios da aquisição ao consumidor da multipropriedade, sua legislação, pontos de vistas doutrinários, responsabilidades e obrigações, e chega-se à conclusão que em razão desse negócio jurídico já ser regulamentado e respeitado pelo Judiciário, necessita de maior popularização entre adquirentes de propriedades e bens móveis, e certamente assim a multipropriedade poderá fazer o seu papel e ajudar no crescimento de nossa economia.

Palavras-Chave: 1. Time-Sharing. 2. Aquisição. 3. Custo-benefício. 4. Contrato 5. Coproprietário.

ABSTRACT: In this work we studied the team contract sharing , also called timeshares , it is observed that this contract came to reach the public target that there is interest in entering into contracts d and sale and purchase of movable and immovable property , but at a cost-effective more accessible , thus allowing the buyer to spend periods or seasons in places of recognized tourist potential, such as beaches and mountain regions. The problem is due to recent legislation , which brings great difficulties and uncertainties to co-owners and brokers , as it is a title that is little talked about in the interior regions. Fo i analisad the benefits of the acquisition to the consumer of timeshares , their laws, points of doctrinal views, responsibilities and obligations, and one comes to the conclusion that because of this business legal

longer be regulated and respected by the judiciary , needs further popularization of purchasers of property and movable property , and c ertamente theso multiproperty can play its part and help our economy grow.

Keyword: 1. Time-Sharing. 2. Acquisition. 3. Cost-benefit 4. Contract 5. Co-owner.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Condomínio. 2. Multipropriedade ou Time-Sharing. 2.1. A Multipropriedade no Brasil. 2.2. Espécies. 3. Especificidades Legais. 4. Proteção ao Consumidor no Sistema de Multipropriedade. 5. Deveres dos multiproprietários. 6. Responsabilidade dos multiproprietários nas obrigações propter rem. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Multipropriedade ou time-sharing é um imóvel com diversos coproprietários, onde cada um pode usufruir ou gozar por determinados períodos ou temporadas sobre o bem, cada condômino paga sobre uma fração do valor total do imóvel, qualquer um dos titulares possui pleno direito de gozar do bem, e também obter proveito econômico sobre o mesmo. A multipropriedade é regulamentada pela Lei 13.777/2018, que acrescentou ao Código Civil os artigos 1358 alínea b e seguintes, e alterou também a redação dos artigos 176 e 178 da Lei de Registros Públicos da Lei 6.015/73, esses artigos cuidam apenas da multipropriedade de imóveis, sobre os bens móveis permanece sem regulamentação específica, sendo usado em casos necessários a analogia a normativa da multipropriedade imobiliária.

A multipropriedade possui diversos benefícios aos seus proprietários, pois é uma forma socioeconômica a acesso de bens a valor muito inacessível, possui divisão proporcional de custos e despesas, vem se tornando um modelo de negócio muito utilizado por empresas de construção civil, as multipropriedades tem sido uma realidade cada vez mais comum no segmento hoteleiro.

Neste artigo iremos abordar e compreender, a chegada do novo direito imobiliário no Brasil, os benefícios de se adquirir um imóvel e/ou móvel em condomínio de multipropriedade e como também o bloqueio de bens e alienações da cota parte dos condôminos.

Esta pesquisa se faz necessária por se tratar de um tema recente em nosso ordenamento jurídico e que vem tomando grandes proporções no regime imobiliário, devidos a tantos benefícios, e levar aos interessados informações de suma importância na aquisição de seu bem imobiliário.

1.Condomínio

Condomínio é a copropriedade, em regra, existem diversos tipos de condomínio, a legislação traz duas espécies, qual seja, Condomínio Geral e Edilício, Carlos Roberto Gonçalves nos diz que,

> "O Código Civil disciplina o condomínio geral (tradicional ou comum), que pode ser voluntário (arts. 1.314 e s.) e necessário ou legal (arts. 1.327 e s.), e o condomínio edilício ou em edificações (arts. 1.331 e s.)"

Sendo assim, indispensável fazer uma diferenciação entre essas duas espécies de condomínio, pois na primeira,

> "os poderes inerentes ao domínio são titulados por duas ou mais pessoas, ou seja, a propriedade é dividida entre dois ou mais condôminos, que são proprietários de uma fração ideal do todo e, por tal razão, passam a ser denominados comproprietários, coproprietários ou, simplesmente, condôminos."

Condomínio Edilício é aquele formado por unidades autônomas e partes comum, (áreas de propriedade em comum), são coletivos de pessoas no mesmo espaço, cada proprietário detém uma unidade privativa, e tratando-se de áreas comum, os condôminos possuem o mesmo direito e dever.

A lei 4.591/64 (popular como lei dos condomínios), quando ocorre conflito, predomina o CC, ele diferencia essencialmente a parte comum e privativa, como também nos traz sobre multas, destituição do síndico, como formar uma convenção, entre outras, o que não abrange no Código Civil permanece na vigência da lei 4.591/64.

Em regra, condomínio é a copropriedade e existem diversos tipos, a legislação traz duas espécies, qual seja, Condomínio Geral e Edilício, que Carlos Roberto Gonçalves nos diz que,

> "O Código Civil disciplina o condomínio geral (tradicional ou comum), que pode ser voluntário (arts. 1.314 e s.) e necessário ou legal (arts. 1.327 e s.), e o condomínio edilício ou em edificações (arts. 1.331 e s.)"

Sendo assim, indispensável fazer uma diferenciação entre essas duas espécies de condomínio, pois na primeira,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "os poderes inerentes ao domínio são titulados por duas ou mais pessoas, ou seja, a propriedade é dividida entre dois ou mais condôminos, que são proprietários de uma fração ideal do todo e, por tal razão, passam a ser denominados comproprietários, coproprietários ou, simplesmente, condôminos."

E o condomínio edilício, que de acordo com Scavone,

> "o condomínio edilício, por outro lado, é aquele existente em edificações compostas por unidades autônomas que, juntas, formam uma edificação maior e, nessa medida, participam com frações ideais do todo."

A natureza jurídica do condomínio edilício deu origem a diversas teorias que tentavam explicar a junção entre propriedade privada e a coletiva, conforme o entendimento do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, a primeira teoria compreende o condômino igual a uma comunhão de bens, toda via para a maior parte dos doutrinadores esta teoria esta longínqua pois cada condômino é titular de uma unidade autônoma, e consequentemente usa áreas em comum a outros condôminos.

A segunda teoria não muito condescendente pela maior parte dos doutrinadores é que diz respeito ao condomínio ser uma sociedade imobiliária. Assim sendo a terceira teoria não muito aceita, entende condomínio da mesma forma que servidão, a teoria da personalização do patrimônio comum também é insubsistente, da causa que não existe uma pessoa jurídica titular das unidades autônomas e das partes comum do edifício.

Toda via Caio Mário da Silva Pereira condena essas teorias sustentando que

> "É despiciendo mobilizar todos esses velhos conceitos para a caracterização do condomínio edilício. É ele um fenômeno econômico e jurídico moderno não se compraz com os institutos invocados para a sua explicação, nem deles necessita."

Predomina a percepção de que o condomínio não tem personalidade jurídica, entretanto está outorgado a atuar em juízo ativa e passivamente, representado pelo síndico, de acordo com o artigo 12, inciso XI do CPC, em situação parecido a do espólio e da massa falida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A teoria mais aceita é a que considera o condômino edilício com uma combinação de propriedade individual e de condomínio, ocasiona um misto de propriedade plena com a propriedade de uso comum, isto entende-se juridicamente pela aplicação de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condômino de partes do edifício, forçadamente comum. (art 1.331, CC)

2.Multipropriedade ou Time-Sharing

O sistema time-sharing da propriedade faz-se uma nova espécie de condomínio, o coproprietário torna-se titular de um imóvel, podendo usar e gozar da coisa em determinado período do ano, a multipropriedade surge inicialmente na Europa, e atualmente é muito usado por empresários conectados ao turismo.

Gustavo Te-pedino conceitua

> "Multipropriedade de forma genérica é a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua."

O sistema usado para os imóveis é conhecido como time-sharing nos países de língua inglesa, a multipropriedade na França, na Espanha e na Itália, é também como "*proprietà spa-zio-temporale*", e em Portugal como direito real de habitação periódica, a doutrina Argentina refere-se a propriedade de tempo compartilhado, todas as denominações dão ideia sobre o uso compartilhado do bem.

A lei 13.777, de 20 de dezembro de 2018, veio normatizar a multipropriedade, incluindo os arts. 1.358-B a 1.358-U no Código Civil. A doutrina tenta explicá-lo como uma propriedade periódica, propriedade sazonal, propriedade a tempo parcial ou a tempo repartido. Dando a entender que se adpatará com o tempo o vocábulo inglês time-sharing ou timeshare no meio turístico, mesmo que nossa lei tenha escolhido "multipropriedade."

Até na comunidade européia se confronta ideias sobre a existência de um direito obrigacional ou um direito real. Está entre nós agora o instituto como direito real, introduzido no Código Civil, art. 1.358-C assim define o instituto:

> "Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com

> exclusividade, da propriedade imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada."

Refere-se desse modo mais um direito real limitado, assim reconhecido por lei, a multipropriedade nasceu da demanda da classe média por uma residência de férias na praia ou na montanha.

Os empresários decidiram por um sistema que favorecesse o acesso a essas propriedades a grupos sociais ao qual não convém ou não pode manter vários imóveis simultaneamente, busca-se com o time-sharing a democratização do imóvel de férias. A oportunidade se estende tanto a unidades em apartamentos, como em imóveis como construções térreas, casas em vilas, fazendas ou assemelhados.

2.1A Multipropriedade no Brasil

Na data 20/12/2018, foi promulgada a Lei 13.777, que normatizou a multipropriedade imobiliária e estabeleceu os artigos 1.358 B a 1.358 U no Código Civil, e os artigos 176 e 178 da Lei 6.015/73 Lei de Registros Públicos.

Todavia, essa forma de uso de bens originou-se na França no ano de 1967, percorrendo por toda a Europa e Estados Unidos, por interferência dos empreendedores.

Vale ressaltar, que tanto na Europa como nos Estados Unidos, o instituto abrange também os bens móveis mais notadamente como aviões, helicópteros e barcos.

Dessa maneira, com a segmentação da utilização do bem imóvel por temporada, vários proprietários vão fazendo uso de maneira revezada, cada qual no seu período.

Portanto, o sistema de multipropriedade imobiliária, despertou oportunidade a pessoas que procuravam conquistar uma casa de veraneio exclusivamente em período de férias a preços mais razoáveis abaixando consideravelmente as despesas e outros infortúnios com a conservação de um imóvel adquirido de forma convencional.

2.2 Espécies

a) Multipropriedade Acionária

Nessa espécie de multipropriedade, o princípio utilizado na Itália, é formada uma sociedade anônima, que será proprietária do imóvel no qual será compartilhada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a utilização, tornando-se peça principal dessa espécie é a criação de ações específicas representativas da fração de tempo que o possuidor poderá desfruir do imóvel. Nota-se que não existe direito real algum e a natureza jurídica tem consequência na dependência do multiproprietário a condução social da empresa e a seu estatuto. Nessa espécie de multipropriedade, o acionista sujeita-se, principalmente, aos destinos da sociedade.

b) Multipropriedade Imobiliária ou Real

A multipropriedade imobiliária ou real, padrão cuja utilização baseia-se na possibilidade de outorga de direito real pleno ou limitado ao titular ou coproprietário. Basicamente, destaca-se em duas espécies: a primeira consiste em outorgar um direito real limitado a título de habitação, usufruto ou a criação própria de uma associação, possibilita o compartilhamento da propriedade. A segunda está relacionada na possibilidade de outorgar direito real de propriedade, mas conservando o uso ou, ainda, pensando a representatividade dos direitos como condomínio civil ou ordinário de fração de tempo.

c) Multipropriedade Hoteleira

Gustavo Te-pedino nos leciona que a modalidade denominada como hoteleira não compõe por si só uma espécie de multipropriedade. A constância, trata-se da conjugação do sistema multiproprietário, existente ora mediante a modalidade imobiliária, ora através da fórmula societária, com os serviços de hotelaria desenvolvidos por empresa do ramo hoteleiro.

d) Multipropriedade Obrigacional

Apesar de não ser espécie de multipropriedade citada pela doutrina, a jurisprudência pátria mais reacionária relaciona os contratos de aproveitamento por tempo, como um direito obrigacional, alguns estabelecendo o instituto como arrendamento.

3.Especificidades Legais

Para regulamentar a multipropriedade foi introduzido no Código Civil os artigos 1.358 - B e seguintes. Evidenciaremos a seguir alguns aspectos de suma relevância.

Refere o art.1.358 – B que de forma subsidiária o sistema de multipropriedade será regulamentado pela Lei 4.591/64 que se relaciona sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, assim como pelo Código de Defesa do Consumidor.

O art. 1358 – D aborda sobre a indivisibilidade dessa espécie de condomínio, não se vinculando a ação de divisão ou de extinção.

Vale salientar, que constitui seu objeto mobílias, instalações e apetrechos destinados ao uso e gozo do bem imóvel.

A instituição de multipropriedade é muito semelhante com a de um hotel, o tempo mínimo de uso do bem é de 7 dias conforme previsto no CC.

Contudo, a Lei 13.777/2018, prevê que um dos proprietários pode adquirir mais frações de tempo para usufruir o bem com exclusividade por mais tempo no decorrer do ano. É importante dizer que, o ato de instituição ou a convenção de multipropriedade delimita a quantidade de frações de tempo que poderão ser utilizadas pela mesma pessoa.

Outro ponto que deve ser frisado é a possibilidade de o titular de uma fração de tempo emprestar ou alugar o seu direito de uso do bem a um terceiro, é possível inclusive, alienar o direito de uso do bem com exclusividade, sem que seja preciso a autorização dos demais multiproprietários do imóvel.

É considerável entender que a alienação não é do bem em si mesmo, mas sim do direito de uso do bem por tempo determinado. Esse caráter de exclusividade foi o que respaldou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que não é possível a penhora da totalidade do bem em regime de multipropriedade, isso porque se julga que o proprietário é titular apenas de uma fração ideal de tempo e não da totalidade do imóvel.

Uma observação necessária e que deve ser destacada é quanto à administração da multipropriedade descrita no art. 1.358 – M, o responsável também denominado *trustee*, refere-se sobre uma pessoa indicada que constará na convenção de condomínio na ausência de um administrador, a escolha será feita pela assembleia geral dos condôminos, quanto ao registro imobiliário, temos a alteração da Lei de Registros Públicos pelo texto legal, entretanto, destacamos a possibilidade da inscrição imobiliária de cada fração de tempo de forma individualizada.

4.Proteção ao Consumidor no Sistema de Multipropriedade

A Lei n. 13.786, regulamenta o conteúdo dos contratos de aquisição de terrenos e unidades em edifícios ou condomínios de lotes, conferindo o direito de arrependimento na aquisição do imóvel em até sete dias a contar da data da assinatura do contrato, tanto no estande de vendas quanto fora da sede do incorporador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esta lei isenta de multa o incorporador imobiliário em caso de mora de até cento e oitenta dias a contar da data da entrega do imóvel, utilizando-se entendimento jurisprudencial fixado no Recurso Especial n. 1.582.318-RJ do Superior Tribunal de Justiça, além de estabelecer o valor a ser restituído em caso de distrato ou inadimplemento contratual o qual pode chegar a até 50% do que foi devidamente pago quando a extinção desse contrato ocorrer ainda na fase de construção do edifício.

No Brasil concentra-se ao instituto da multipropriedade o CDC, visto que se verifica de modo claro a realidade de vínculo entre o consumo, o multiproprietário e os fornecedores de produtos e serviços, desde o incorporador e corretor que institui o condomínio e vende a unidade aos prestadores de serviços que trabalham na administração de rede hoteleira e de lazer.

Deste modo, com a constituição da multipropriedade constata-se que o consumidor adquirente de sua fração de tempo está em posição de vulnerabilidade.

De acordo com o art. 46 do CDC diz que,

> "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance."

Observamos que o consumidor multiproprietário tem o direito de compreender, assim como deve ser informado a respeito do conteúdo do contrato que deve ser lavrado em português, enquanto o art. 49 do mesmo diploma legal diz,

> "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio."

Lhe atribui o direito de arrependimento sobre as vendas que ocorrerem fora do estabelecimento.

5.Deveres dos multiproprietários

Os deveres e os direitos caminham sempre juntos, pois ambos são indispensáveis para possibilitar a instituição da Multipropriedade imobiliária. Segundo o entendimento de Rizzardo, *mutatis mutandis*,

> "Os direitos trazem, em contrapartida, deveres, de obrigatório atendimento para viabilizar a própria instituição do condomínio, exigidos indistintamente de qualquer pessoa que reside, ou se encontre estabelecida, ou mesmo frequente o condomínio."

Denota que esse entendimento é impecavelmente aplicado ao instituto da Multipropriedade imobiliária, como não há legislação a respeito dos deveres dos multiproprietários, a divisão das despesas será feita por meio da autonomia das partes.

Entretanto, o mais ponderado seria seguir a mesma linha dos deveres dos condôminos previstos no artigo 1.336 do CC. Assim sendo, é obrigação de cada multiproprietário concorrer para as despesas da Multipropriedade imobiliária na proporção do seu espaço-tempo. Divide-se, pois, a quantidade total das despesas com o imóvel pelo número de multiproprietários, nesse contexto, Monteiro e Malu tem o seguinte entendimento,

> "as despesas de conservação aproveitam a todos, e, por isso, todos devem suportá-las, proporcionalmente ao valor de seus quinhões. Incivil seria que apenas um ou alguns viessem a sofrer tais gastos locupletando-se assim ilicitamente os demais."

Nota-se que as despesas são correspondente a cada multiproprietário, tendo em consideração que todos se beneficiam do imóvel, também é dever dos multiproprietários não fazer obras que modifiquem o imóvel sem a deliberação dos demais, este é um dever importante para o instituto, pois gera segurança jurídica para os demais multiproprietários, pois ao adquirirem o imóvel, este permanecerá no mesmo estado de quando foi comprado, é dever do multiproprietário não modificar a forma e a cor da fachada das paredes e esquadrias externas sem o consentimento de todos os outros. Isso também visa a dar maior segurança ao adquirente que, ao adquirir o imóvel, sabe que este, futuramente, não será modificado por outro multiproprietário de forma unilateral.

Pode ser colocado como um adendo o dever dos multiproprietários a obrigatoriedade da contratação de um seguro contra risco de incêndio e destruição total ou parcial do imóvel. Essa regra já está em vigor para o condomínio edilício e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

está prevista no artigo 1.346 do CC. Seguindo a mesma regra do condomínio edilício, na hipótese de descumprimento da contratação do seguro, o administrador assumirá a responsabilidade e arcará com os danos advindos.

Art. 1.346, do CC:

> É obrigatório o seguro de toda a edificação contra o risco de incêndio ou destruição, total ou parcial."

O artigo 1.316 do CC, determina que pode o condômino desobrigar-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal. Nota-se que não é possível, no instituto da multipropriedade imobiliária, deixar de cumprir o pagamento fracional das despesas, pois não há possibilidade de renúncia do espaço-temporal. O multiproprietário não pode renunciar o seu direito em face de outro multiproprietário, pois não há condomínio entre eles. Cada um é titular de sua fração-tempo. O que poderá ser realizado é a disposição do espaço-tempo, como, por exemplo, a alienação de sua parte. Deste modo, percebe-se que essa diferença só comprova a tese de que o instituto da Multipropriedade imobiliária não é uma espécie de condomínio, mas um instituto autônomo. O multiproprietário não é só responsável pelo seu próprio dano, mas também por aquele causado por qualquer pessoa que esteja no usufruto do imóvel.

Essa é uma espécie de responsabilidade *in vigilando*, que significa culpa na supervisão ou fiscalização, ao comprar um imóvel com o instituto da multipropriedade imobiliária, algumas prescrições devem ser estabelecidas previamente, pois, só desta forma, o adquirente terá a convicção de que seus direitos serão resguardados. Um ponto importante que deve ser observado diz respeito as penalidades aplicadas, caso dos condôminos desrespeitem as regras estabelecidas. Em relação às penalidades do condomínio, Rizzardo nos traz que,

> "Revela-se profundamente tímida a lei no reprimir as transgressões e em permitir medidas fortes contra o condômino ou morador desajustado e de mau procedimento."

O que se analisa é que as penalidades para os descumprimentos dos deveres dos condôminos, as quais podem ser aplicadas aos coproprietários, são de valor econômico. Elas poderão ser identificadas no artigo 1.336 do CC. O inciso §1º do artigo 1.336 do CC estabelece uma penalidade para o caso de um condômino não pagar as despesas do condomínio, regra esta que pode ser aplicada perfeitamente aos multiproprietários. A penalidade estabelece juros moratórios convencionados ou de 1% (um por cento) ao mês e, na falta de predição, multa de 2%. Já o §2º do artigo 1.336 do CC, designa que haverá uma penalidade que corresponde ao pagamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de uma multa, que pode estar expressa no ato constitutivo ou convenção e não pode ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais. No caso de não estar indicada, competirá a assembleia determinar sobre a multa, desde que alcance o quórum pré-estabelecido. Essa multa será devida se o condômino (podendo ser postulada ao multiproprietário) praticar obras que prejudique a segurança da edificação, alteração da forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; der as suas partes a mesma destinação que tem a edificação; e utilizá-las de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Além disso existe penalidade que condiz ao pagamento de até o quíntuplo da contribuição mensal em caso de descumprimento reiterado dos deveres e ao pagamento do décuplo da contribuição, no caso de comportamento antissocial reiterado, conforme disposto no artigo 1.337, caput e parágrafo único do CC. Como se compreende, essas penalidades previstas para o condomínio poderão ser aplicadas à multipropriedade imobiliária. Essa é a posição da doutrina majoritária, a qual aprovou o Enunciado 508 da V do CJF, que dispõe:

> "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) fundamentam a exclusão do condômino antissocial, desde que a assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil determine a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias intrínsecas ao devido processo legal."

Importante que esse enunciado, verifica-se que são necessários os seguintes requisitos para a exclusão do condômino antissocial: ineficácia das penas pecuniárias, ou seja, a pena de exclusão é residual ou subsidiária, devendo ser aplicada como última medida; determinado na assembleia sobre o ajuizamento da ação de exclusão; e, por último, a observância das garantias inerentes ao devido processo legal, nenhum dos Projetos de Lei trazem essa hipótese de exclusão do multiproprietário, não fazem nenhuma menção a respeito desse tema. Forçando reconhecer que esse enunciado seja cabível na hipótese de multipropriedade imobiliária, uma vez que, ao limitar o direito de propriedade, deve ser interpretado restritivamente.

Deve se frisar que, na jurisprudência, há discordância se é possível a exclusão do condômino antissocial. Logo, essa controvérsia também acaba sendo trazida para o instituto da Multipropriedade imobiliária, devido à ausência normativa. Cumpre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

destacar que existe um Projeto de Lei alterando o CC para abranger a possibilidade de exclusão do condômino antissocial. Dessarte que, mesmo diante da controvérsia sobre a possibilidade ou não da exclusão do condômino ou do multiproprietário, é importante frisar que deve ser assegurado a eles o direito à ampla defesa e ao contraditório. Esta obrigação decorre da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, estes não se aplicam exclusivamente entre o cidadão e o Estado (eficácia vertical), mas também deve aplicado ser nas relações entres particulares (eficácia horizontal).

6.Responsabilidade dos multiproprietários nas obrigações propter rem

A falta de cumprimento dos deveres e direitos pode provocar responsabilidade para o seu proprietário, inclusive, em alguns casos, para o futuro adquirente. O proprietário do imóvel é o responsável pelas obrigações *propter rem*, a qual significa "por causa da coisa". Entende-se que esta segue a coisa onde quer que ela esteja. Nas palavras de Farias e Rosenvald,

> "As obrigações propter rem são prestações impostas ao titular de determinado direito real, pelo simples fato de assumir tal condição."

Vale ressaltar que o proprietário é obrigado ao pagamento de determinadas obrigações por, simplesmente, ser o titular do direito real. As obrigações resultantes de cotas condominiais e tributos inerentes ao imóvel são exemplos de obrigações *propter rem*, os quais devem ser pagos pelo proprietário atual, independentemente de quando tenha ocorrido a dívida. No entendimento de Farias e Rosenvand,

> "Qualificam-se como propter rem as obrigações dos condôminos de contribuir para a conservação da coisa comum e adimplir os impostos alusivos à propriedade."

Entretanto, qualquer pessoa que adquirir o imóvel, ficará responsável pela dívida, independentemente de ela ter sido anterior à aquisição. O imóvel, instituído pela Multipropriedade imobiliária, também não foge a essa regra, quer dizer, existindo dívida do imóvel, o atual proprietário é o responsável por ela. Todavia, esse instituto traz vários proprietários e, como a solidariedade não se presume (ocorre da lei ou da vontade das partes, caso o contrato não prenuncie a solidariedade), acontecerá um desmembramento do pagamento da obrigação *propter rem*. Não se pode ponderar que todo multiproprietário responderá como os proprietários de um condomínio ordinário.

Na propriedade condominial, a obrigação de cada coproprietário é indivisível e solidária, isto é, o credor poderá cobrar o todo de apenas um coproprietário, o qual poderá ajuizar ação de regresso contra dos demais. Isso dado que, na propriedade condominial, analisa-se apenas um direito de propriedade repartido entre vários coproprietários. Já na Multipropriedade imobiliária, notam-se tantos direitos de propriedades quantos forem os multiproprietários. Não há condomínio entre eles. A responsabilidade de cada um é limitada à sua propriedade no espaço-tempo, analisando-se, com isso, a segurança jurídica de todo multiproprietário.

Essa indagação confirma, outra vez, para diferenciar o condomínio do instituto da Multipropriedade imobiliária, porque cada multiproprietário possui sua obrigação *propter rem* já determinada no contrato, melhor dizendo, a obrigação correspondente ao seu turno por aproveitamento já será previamente ajustada.

Em relação à obrigação *propter rem* na propriedade condominial, cada coproprietário tem o bem em todo o tempo do ano, por isso a responsabilidade é solidária. A jurisprudência limitou a penhora do imóvel de um multiproprietário a seu espaço-tempo sob o fundamento de que, independentemente de a Multipropriedade imobiliária não estar manifesta no ordenamento pátrio, ela possui natureza jurídica de direito real. Além do mais, cada multiproprietários possuem as faculdades de uso, gozo e disposição sobre a fração ideal do bem, mesmo que o objeto de compartilhamento deles seja por espaço e turnos fixos de tempos.

Por esse motivo, a penhora do imóvel não pode ser consubstanciada na totalidade do imóvel subjugado ao regime de Multipropriedade imobiliária, mas apenas na fração-tempo do multiproprietário devedor. O STJ, no Recurso Especial, não admitiu que a penhora recaísse na totalidade do imóvel, mas apenas na fração ideal de espaço-tempo, independente que na escritura conste como proprietário apenas o nome do empreendedor que representa, concede e organiza o uso periódico do bem, nota-se, com isso, uma inovação na cobrança de obrigações *propter rem* para o instituto da Multipropriedade imobiliária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como o condomínio em multipropriedade pode ser uma ótima opção para pessoas que tem vontade de adquirir imóveis ou móveis de alto valor em comunhão com vários coproprietários. Além disso facilitar para o adquirente, resulta em economia de gastos com despesas, benfeitorias, manutenção de obras etc.

Ao decorrer do trabalho quando se verifica a eficácia na lei e a segurança jurídica que traz a multipropriedade, o quanto sua prática tem se tornado cada vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mais comum em regiões metropolitanas e de elevado turismo, o seu uso em outros países, permite que os objetivos propostos neste trabalho foram realmente alcançados.

Dada à importância do assunto, torna-se necessário o desenvolvimento deste artigo pois a Constituição Federal e o Código Civil, ao inserir a indispensabilidade da propriedade de exercer funções sociais e econômica, robustece para a adoção da multipropriedade imobiliária condominial no Brasil, o que configura exemplo concreto de conciliação entre desenvolvimento econômico e finalidade social.

Nesse sentido, o conhecimento adquirido oriundo deste trabalho foi de suma importância para o aprofundamento no tema, uma vez que, foi permitido compreender melhor pensamentos de alguns doutrinadores, além de levar o autor a se aprofundar em revisar literaturas e comunicação da informação.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva. V.5. p. 371.

RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio edilício e incorporação imobiliária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 123.

SCAVONE, Luiz Antônio. Direito Imobiliário: Teoria e Prática, 2014, p. 881).

EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA, Carlos. Considerações sobre a recente Lei da Multipropriedade. Disponível em:

<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/661740743/consideracoes-sobre-a-recente-lei-da-multipropriedade.>. Acessado em 20 de maio de 2020.

EMIDIO DE PAIVA, Moises. Multipropriedade: conceito, dinâmica e funcionamento. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/76557/multipropriedade-conceito-dinamica-e-funcionamento.>. Acessado em 15 de maio de 2020.

MENDONÇA, Marcos. Multipropriedade e a revolução no mercado imobiliário. Disponível em:

< https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11441/Multipropriedade-e-a-revolucao-no-mercado-imobiliario.>. Acessado em 23 de junho de 2020.

MENDONÇA, Marcos. Multipropriedade e a revolução no mercado imobiliário. Disponível em:

< https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11441/Multipropriedade-e-a-revolucao-no-mercado-imobiliario.>. Acessado em 23 de junho de 2020.

MELO, Marcelo. Multipropriedade imobiliária time sharing. Disponível em: <https://marcelommmelo.com/2016/09/22/multipropriedade-imobiliaria-time-sharing/.>. Acessado em 12 de abril de 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993, p.19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/jose-fonseca-contrato-trabalho-sistema-time-sharing.>. Acessado em 09 de maio de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PARQUES URBANOS COMO CENTROS DA RELAÇÃO ENTRE BIODIVERSIDADE E HUMANIDADE: HISTÓRIA, DISCURSOS E REDESCOBERTA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E DO ENSINO INTERDISCIPLINAR DE SOCIEDADE E NATUREZA NA CIDADE DE BELO HORIZONTE – MG

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitordo XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

RESUMO: O presente trabalho centra-se em discussões sobre os parques urbanos apontando desafios e inovações de ensino e aprendizagem contemporânea, a partir das análises de concepções em construção, reconstrução e desconstrução na Grande BH, apresentando dados referentes às realidades e potencialidades educativas dos parques. Fundamenta-se em apresentar as possibilidades técnicas pedagógicas no âmbito de formação de estudantes tecendo o parque como recorte educativo interdisciplinar. Teve como recorte teórico à docência integrada em Sociedade e Ecologia. Destaca eventos, avanços ou retrocessos no contexto de uma educação ambiental enquanto elemento emancipatório, em contrapartida ao modelo pedagógico tradicional e tecnicista. Foram pesquisados parques nas 09 áreas regionais da cidade de Belo Horizonte. Nesta pesquisa houve coleta de dados na seguinte ordem de etapas: primeira fase destinada a destacar a importância dos parques na cidade, a segunda fase dedicou-se a apresentá-los enquanto espaços educativos e a terceira fase apresentou dados espacializados pelas nove regionais da cidade de Belo Horizonte. Verificou-se a aplicação de elementos sociais, culturais e ecológicos dos parques se enquadram nas técnicas construtivistas, reafirmando a dialética no ato de educar e resignificando a prática educativa com vistas à transformação da ordem socioambiental vigente.

PALAVRAS CHAVE: Aprendizagem, Construtivismo, Ensino, Metodologia, Técnicas.

ABSTRACT: The present work focuses on discussions about urban parks pointing to challenges and innovations of contemporary teaching and learning, from the analysis of conceptions under construction, reconstruction and deconstruction in the Great Belo Horizonte, presenting data regarding the realities and educational potential of

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

the parks. It is based on presenting the pedagogical technical possibilities in the field of student formation weaving the park as an interdisciplinary educational clipping. It had as theoretical approach to the integrated teaching in Society and Ecology. It highlights events, advances or setbacks in the context of environmental education as an emancipatory element, in contrast to the traditional and technical pedagogical model. Parks were searched in the 09 regional areas of the city of Belo Horizonte. In this research data were collected in the following order of stages: first phase aimed at highlighting the importance of parks in the city, the second phase was dedicated to presenting them as educational spaces and the third phase presented specialized data by the nine regional cities of Belo Horizonte. It was verified the application of social, cultural and ecological elements of the parks fit the constructivist techniques, reaffirming the dialectic in the act of educating and reframing the educational practice with a view to the transformation of the current social and environmental order.

KEY WORDS: Learning, Constructivism, Teaching, Methodology, Techniques.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os vários parques urbanos e áreas verdes existentes em cada uma das nove regionais administrativas de Belo Horizonte constituem-se, portanto, como uma das mais relevantes atividades de melhoria na qualidade de vida local promovida pela gestão urbana, e, portanto, fazendo parte dos planejamentos, projetos e programas urbanísticos da Prefeitura Municipal. Paralelo a isto, a arborização caracteriza-se principalmente pelo plantio de árvores de porte tecnicamente adequado em alamedas, calçadas laterais a vias públicas, canteiros centrais, jardins, praças e rotatórias complementam as funções essenciais à manutenção da qualidade de vida urbana. As ações de planejamento urbanístico do poder público voltadas à preservação destes espaços se caracterizam como essencial à cidade por agregarem funções sociais importantíssimas, principalmente nesta onda de alterações climáticas, seus impactos e projeções. De acordo com Andrade (2007) dentre os principais benefícios, que melhoram a qualidade de vida local listam-se:

- Áreas naturais remanescentes ajudam na diminuição dos efeitos da poluição sonora;
- Áreas verdes e parques contribuem para o balanço hídrico, através da evapotranspiração e da infiltração das águas;

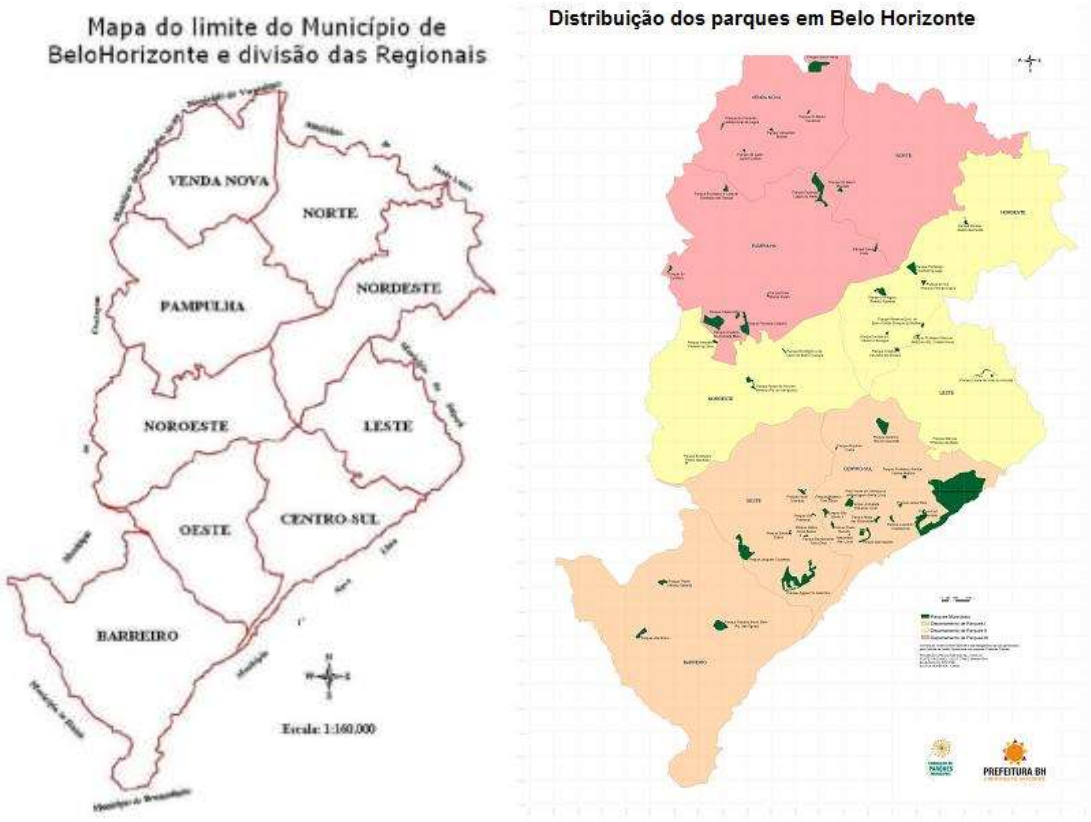
- As árvores apresentam efeitos minimizadores do impacto das tempestades e proteção contra ventanias;
- Espaços naturais preservados atuam no controle dos poluentes atmosféricos, contribuindo para relativa purificação do ar;
- Espaços verdes favorecem a ambientação de espécies da avifauna que atuarão no controle biológico de pragas e vetores;
- Indivíduos arbóreos absorvem potencialmente parte dos raios solares ocasionando consequente sombreamento;
- Parques e jardins apresentam relevante fator estético e paisagístico, tornando o espaço urbano mais agradável;
- Por último, estas áreas caracterizam-se pelo potencial educativo no que se refere a atividades de sensibilização e conscientização socioambiental.

Assim pretende-se diagnosticar a importância destas áreas como ícones de Biodiversidade e Humanidade na cidade de Belo Horizonte (Figura 01), entendendo-os como elementos de redescoberta da natureza pela população da cidade, principalmente numa perspectiva educativa, a partir dos noves recortes regionais (Centralidades) da cidade. A Prefeitura (2008, p. 155) evidencia que:

> c) Centros e centralidades regionais: espaços de apoio a outras atividades urbanas, caracterizados como típico centro de hierarquia superior de cidade com toda a diversificação possível, coerente com o mercado para o qual é oferecido, com freqüência de demanda muito menor, rara e até esporádica (freqüência semestral, anual ou até maior). São, ainda, locais que congregam equipamentos ligados a lazer e cultura de massa e atendem uma demanda mais ampla e complexa. Nesses locais reúnem-se estabelecimentos com atividades ligadas a lojas que vendem artigos de cama e mesa, concessionárias ou oficinas de automóveis, de equi1pamentos para indústria, comércio atacadista, aparatos para a realização de outras atividades de comércio e serviços, teatros, conjuntos

de salas de cinema, grandes espaços religiosos, parques urbanos, entre outros. “Esses centros, ao lado da expressiva concentração de serviços, reúnem um grande número de espaços de sociabilidade e referências históricas e culturais que viabilizam a permanência e o encontro de pessoas” (PBH, 1995, p. 118) e, normalmente, correspondem a locais consolidados pela tradição.

Figura 01 – Distribuição dos parques no território municipal de Belo Horizonte



Fonte: http://lagoadonado.blogspot.com/

Reconhecer o parque enquanto recorte educativo é pensar em novas metodologias que enriqueçam o contexto da educação básica. Os vários objetivos de um parque, enquanto espaço público para os munícipes belorizontinos e metropolitanos, o tornam um recorte de ensino e aprendizagem. Em termos pedagógicos dos currículos que associam sociedade e ecologia, o objetivo geral dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mais de sessenta parques urbanos existentes no município de Belo Horizonte é apresentar reflexões sobre a relação entre homem e natureza. Os objetivos específicos da educação ambiental, no que se refere a estes espaços:

- Ampliar discussões pedagógicos sobre parques urbanos, enquanto relevantes opções de lazer e preservação ambiental na RMBH;
- Entender processos educativos de urbanidade que promovam mudanças significativas nas relações entre homem e natureza;
- Investigar as inúmeras potencialidades dos parques urbanos para o planejamento e execução de ações de educação e interpretação ambiental;
- Resgatar estudos e históricos mobilizações em prol do resgate das áreas nas quais alguns parques projetados não foram implantados.

A metodologia a ser adotada neste artigo, consiste basicamente em inventariar a situação dos Parques Urbanos localizados na cidade de Belo Horizonte, por áreas regionais, discutindo basicamente sua inserção/apropriação como meio de urbanidade e consecutivamente de qualidade de vida. Num primeiro momento, discutir-se-á partir de referencial teórico, o processo de criação e consolidação da região metropolitana nos últimos quarenta anos, evidenciando os processos de conurbação, urbanização desenfreada e gradativa degradação de áreas verdes e fragmentação dos espaços naturais. Na sequência, analisar-se-á o parque urbano como um recorte espacial onde Biodiversidade e Humanidade dialogam e como eles se materializam como elemento de descoberta e (re)descoberta da sociedade e da natureza na cidade, e por último começar-se-á uma breve análise acerca dos parques urbanos: denominação oficial, localização regional, bairro(s) abrangentes e/ou circundantes, área perimetral em hectares, instrumento legal e data de criação. O Cronograma encontra-se detalhado no quadro I.

Quadro I – Cronograma detalhado da pesquisa executada

ATIVIDADES PREVISTAS	**MESES –1ª semestre de 2019**				
	JAN	**FEV**	**MAR**	**ABR**	**MAI**
Pesquisa Bibliográfica	**XX**				
Levantamentos – Venda Nova	**XX**				
Levantamentos – Norte	**XX**				
Levantamentos – Nordeste	**XX**	**XX**			
Levantamentos – Leste		**XX**			
Levantamentos – Centro-Sul		**XX**	**XX**		

Levantamentos – Oeste			XX	XX	
Levantamentos – Barreiro			XX	XX	XX
Levantamentos – Noroeste				XX	XX
Levantamentos – Pampulha					XX
Leitura aprofundada do material selecionado	XX	XX	XX	XX	XX
Orientação de conteúdo		XX			
Orientação de estrutura		XX			
Fechamento de dados			XX		

CIDADE DE BELO HORIZONTE - MG: centros, cursos e parques urbanos

Em 08 de junho de 1973 foi criada através da Lei Complementar Federal nº 14, a RMBH, Região Metropolitana de Belo Horizonte constituindo-se de treze municípios no entorno da capital mineira: Betim, Caeté, Contagem, Ibirité, Lagoa Santa, Nova Lima, Pedro Leopoldo, Raposos, Ribeirão das Neves, Rio Acima, Sabará, Santa Luzia e Vespasiano. Visando ordenar o processo de gestão metropolitana, foi criado posteriormente o PLAMBEL. A capital cresceu e se conectou às urbes vizinhas. Esse fenômeno ocasionou a descaraterização total ou parcial de paisagens naturais e rurais. O parcelamento urbano traz como principal consequência a fragmentação dos ecossistemas com graves consequências para as populações e comunidades biológicas. Em Belo Horizonte o índice de área urbana corresponde a 80% da área territorial, aproximadamente. O quadro II compara o percentual populacional da capital, sempre em crescimento se contrapondo às áreas naturais ou áreas vegetadas, que decrescem. Assim, o Poder Público em suas diferentes esferas, deve preservar os ambientes da urbanização desenfreada e da especulação imobiliária. As prefeituras criam unidades de conservação embora isso seja ainda um aspecto tímido, e o PLAMBEL deliberaria sobre as grandes áreas verdes intermunicipais. Dentre as várias temáticas urbana e de gestão metropolitana, esse órgão estadual tinha a função de criar parques. A prefeitura em seus Estudos Urbanos (PBH, 2008, p. 12) averba que:

> Hoje, dentre os diversos aspectos da dinâmica urbana, "os espaços verdes têm um papel fundamental na qualidade do espaço urbano. Os ecossistemas naturais, paisagens implantadas com fins de lazer e recreação e outras modalidades de espaços verdes possuem funções complementares na manutenção do equilíbrio ambiental urbano" (PBH, 1995). A partir desses pressupostos, o Plano Diretor de Belo Horizonte, na sua elaboração, considerou as áreas de preservação e de proteção sob dois aspectos básicos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

um visando a conservação dos recursos naturais; e outro a fim de promover o equilíbrio ambiental urbano.

No primeiro caso, foram incluídas as áreas de remanescentes de vegetação nativa, unidades de conservação, equipamentos urbanos como o zoológico, parques e outros, áreas de risco geológico e outras áreas de preservação permanente.

No segundo tipo, procurou-se a compatibilização da ocupação urbana com a conservação dos recursos naturais, por meio de zoneamentos com parâmetros restritivos e um sobrezoneamento, denominado Áreas de Diretrizes Especiais (ADE), sendo chamado, nesse caso específico, de ADE de Interesse Ambiental.

Partindo-se dessa perspectiva, o Plano Diretor de Belo Horizonte e a Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo (LPOUS) – Leis 7165/1996 e 7166/1996, respectivamente, alteradas pela Lei 8137/00 – definiram as zonas de preservação e de proteção no Município, descritas no Capítulo II (Do Zoneamento) da LPOUS (BELO HORIZONTE, 1996).

Quadro II – Quadro comparativo entre população e vegetação por regionais

Regional	**Área km²**	**Popula-ção/habitantes**	**Densidade hab/km²**	**Área Vegetada - Percentual**			**Área Verde - Percentual**			**Áreas Públi-cas**
				km²	%	m/hab	km²	%	m/hab	
Barreiro	53,51	282.552	4.889,9	20,55	38,43	72,73	16,53	30,92	58,52	17
Centro sul	32,88	272.285	8.207,6	8,31	25,27	30,52	6,29	19,12	23,29	40
Leste	28,52	256.311	8.987,1	6,33	22,96	25,39	3,06	11,11	12,28	18
Nordeste	39,59	291.110	6.922,5	9,38	23,79	32,22	2,97	7,52	10,19	20
Noroeste	38,16	337.351	8.840,4	2,42	6,45	7,30	0,68	1,80	2,04	23
Norte	33.60	212.953	5.844,6	12,84	38,21	60,29	4,69	13,97	22,04	12
Oeste	33,39	286.118	8.030,1	5,27	16,37	18,42	3,39	10,52	11,84	16
Pampulha	47,13	187.315	3.082,2	13,71	29,60	73,19	3,87	8,35	20,64	29
Venda Nova	28,20	262.183	8.717,3	4,16	14,75	15,87	1,80	6,39	6,68	20
Total	331,19	2.452.317	7.410,8	82,97	25,05	34,93	43,28	13,07	18,22	195

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica

Visando amortecer a expansão da zona urbana foi concebido há quatro décadas atrás, pelo PLAMBEL em 1979, o Plano Metropolitano de Parques Urbanos, que definiu na RMBH, a necessidade de implantação de quatorzes parques4 metropolitanos totalizando mais de quatro mil hectares de preservação ambiental: Cachoeira com área de 205 hectares, General Carneiro com área de 200 hectares, Fernão Dias, Hugo Werneck com área de 925 hectares, Jardim Canadá com área de 705 hectares, Lagoa do Nado, Lagoa Ibirité com área de 195 hectares, Mangabeiras com área de 236 hectares, Pampulha Norte, Ressaca, Santa Luzia , Serra Verde com área de 235 hectares, Trevo BR 040 com área de 108 hectares, Várzea das Flores com área de 1.150 hectares. Da proposta inicial foram implantados ao longo das décadas de 1980 e 1990 pelo Poder Público, apenas cincos Parques Urbanos, sendo dois estaduais: Fernão Dias e Serra Verde, e os outros três, Lagoa do Nado, Mangabeiras, Ressaca, vinculados à municipalidade (Figura 02). Em Belo Horizonte houve um mapeamento detalhado neste sentido, segundo o documento da PBH-Programa BH Verde (2003, p.):

> Belo Horizonte, instalada em uma região de constituição física e relevo excepcionalmente variados, apresenta grande parte dos 330,23 km^2 de seu território ocupada por atividades urbanas, sendo alvo constante, no entanto, principalmente desde o início da última década, de grandes esforços, tanto por parte da Prefeitura, como de sua sociedade, para a preservação e proteção de suas áreas de interesse ambiental. Esses esforços tiveram reflexos, entre outras ações, na criação de legislações específicas, na definição de zoneamentos e áreas de preservação e proteção ambiental, na implantação de novos parques e praças, no aprimoramento da arborização urbana e

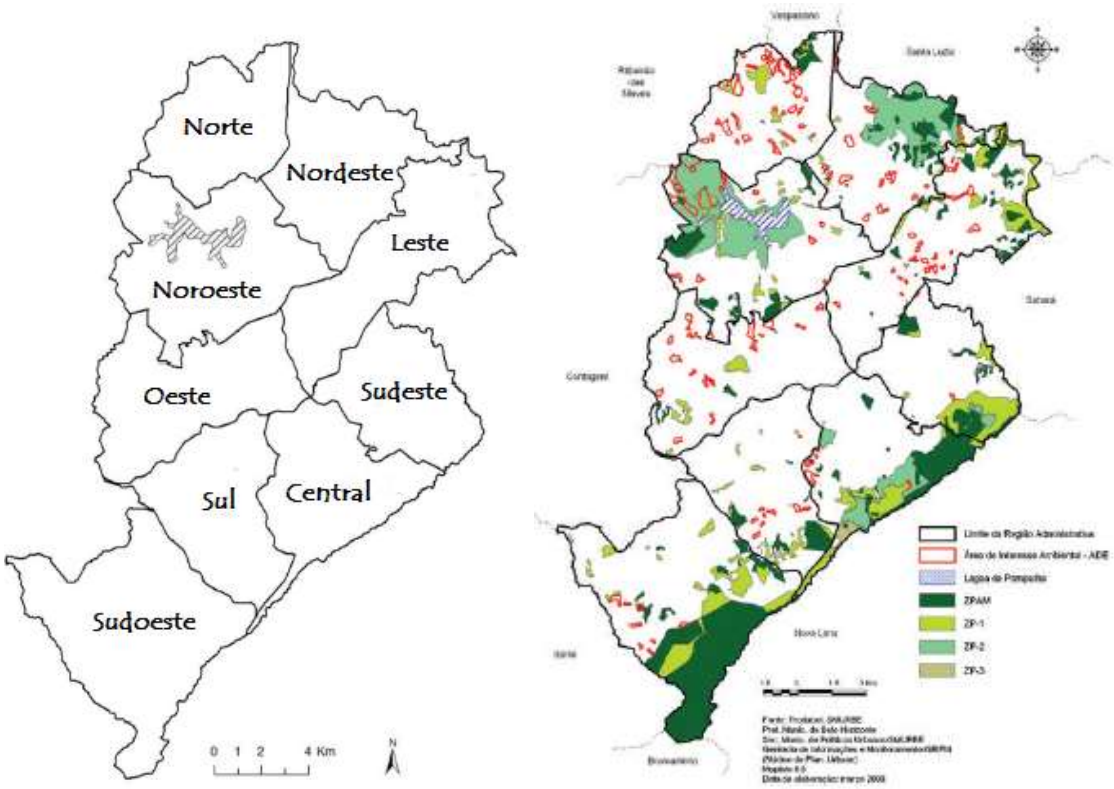
4 Consideram-se como de interesse ambiental do Município, todas e quaisquer áreas sobre as quais recaia qualquer tipo de interesse pela proteção e preservação de suas características ambientais. Genericamente, subdividem-se em dois grandes grupos: as áreas definidas através de prévios zoneamentos ambientais, geralmente estabelecidos através de legislações específicas, e as áreas simplesmente conhecidas como “áreas verdes”, sejam públicas ou privadas (PBH-PROGRAMA BH VERDE, 2003).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

na implementação de uma ampla política de parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, e têm sido visíveis os resultados. Até 1993 haviam apenas oito parques implantados e, hoje, Belo Horizonte possui 42, distribuídos pelas nove regiões do Município, sendo que mais outros nove se encontram em fase de implantação.

Figura 02 - Mapa com zonas de preservação e de proteção ambiental e áreas de interesse ambiental do município segundo a



Fonte: Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo de Belo Horizonte

Alguns destes foram implantados, sobretudo, na cidade, que apresenta uma relevante ampliação de parques urbanos na década de 1990. Na década de 2000, porém por iniciativa do poder público municipal ampliam-se o número de grandes parques municipais, localizados em áreas estratégicas e bem próximos da concepção original do Plano Metropolitano de Parques Urbanos, do PLAMBEL em 1979, o Ageo Pio Sobrinho, o Américo René Giannetti, o Fazenda Lagoa do Nado, Francisco Lins

do Rego, Guilherme de Azevedo Laje, o Oceanógrafo Jacques Cousteau, o Sargento Silvio Holembach (Fundação Zoobotânica) e o Ursulina de Andrade Melo que somados aos parques estaduais: Bandeirante Fernão Dias, Fazenda Serra Verde, Presidente Wenceslau Braz (Serra do Curral/Mangabeiras/Mata da Baleia), Serra do Rola Moça, Serra do Sobrado, Vale do Sumidouro formam um montante de 14 parques à disposição da população metropolitana. Porém outros não foram implantados, depois de 35 anos: Cachoeira, General Carneiro, Hugo Werneck, Lagoa Ibirité, Santa Luzia, Trevo BR 040 e Várzea das Flores. O documento da PBH-Programa BH Verde (2003, p.) declara que:

> Fazendo parte do primeiro grupo, citam-se as zonas de interesse ambiental definidas pela legislação urbanística municipal, ou seja, as Zonas de Preservação Ambiental (ZPAMs) e as Zonas de Proteção (ZPs), que buscam entre outras finalidades, através da definição de parâmetros específicos para sua ocupação e uso, garantir a preservação e proteção do patrimônio ambiental do Município presentes em macrorregiões, e as Áreas de Diretrizes Especiais (ADEs) de Interesse Ambiental, que objetivam a preservação de características naturais de maior relevância, quando mais pontualmente localizadas. Nesse grupo ressaltam-se, ainda, a área referente a Serra do Curral, marco geográfico do Município, com grande valor paisagístico, ambiental e simbólico para a população, cujo perímetro e diretrizes de proteção, definidos inicialmente em 1996, encontram-se hoje sendo revisados, as duas Áreas de Proteção Ambiental (APAs) definidas por legislações estaduais – as APAS SUL – RMBH e Fazenda Capitão Eduardo - e a Área de Proteção Especial (APE) Cercadinho. Esta última, assim como a APA Sul-RMBH, tem como objetivo principal a proteção a mananciais de abastecimento de água de Belo Horizonte. E existe, ainda, a área de proteção da bacia da Barragem Santa Lúcia, instituída pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente (COMAM), voltada para a preservação e proteção das características ambientais e paisagísticas da região.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

HISTÓRIA AMBIENTAL, EDUCAÇÃO E ENSINO: diferentes domínios da sociedade e da natureza

A história da educação ambiental (Quadro III) e do ensino da sociedade e natureza se conecta às discussões preservacionistas. Assim ampliar o número de áreas oficialmente protegidas é muito mais que uma simples justificativa ao que estabelece a Constituição em seu art. 225, pois acima de tudo deixa-se um legado. Pesquisar a temática dos parques urbanos é talvez hoje uma das mais relevantes discussões no âmbito do Planejamento Urbano e das Políticas Públicas Municipais. Visando amortecer a expansão da zona urbana, Parques Urbanos são áreas naturais remanescentes da cidade inseridos em áreas de pressão urbana, e têm como finalidade principal oferecer opções de entretenimento e contemplação à população local. Os Parques Urbanos são grandes espaços verdes localizados de uso público em áreas urbanizadas, com o intuito de agregarem entretenimento e recreação, aos seus visitantes. Além de serem espaços de educação ambiental, são áreas potencializadoras do turismo e lazer. O site Consultoria Socioambiental Dr. Evandro Sathler (on line, 2019) declara que:

> A unidade agregará um imenso valor à região, impactando de forma altamente positiva a economia e o turismo ao oferecer um produto diferenciado com infra-estrutura, permitindo atrair mais turistas na baixa temporada. Fatos que fortalecem a necessidade de se criar a unidade:
>
> - Em 2001 os parques nacionais dos EUA foram poderosos instrumentos que ajudaram a provocar um aquecimento na economia do país. As pessoas que visitam os parques gastam em média US$ 10,6 bilhões por ano, gerando 212 mil empregos em empresas, restaurantes, hotéis, agências de turismo, milhares de trabalhadores e cofres de Prefeituras e Governos Estaduais na forma de impostos.
>
> - Na Austrália, estudos mostram que para cada dólar investido em parques cerca de 40 dólares retornam para a comunidade do entorno, por meio de empregos ou serviços;
>
> - No Canada, a agência federal Parks Canada gasta C$ 332 milhões por ano para operar seus Parks. Por seu turno, os visitantes gastam C$1,5 bilhão. Ou seja, 5 vezes mais recursos

são gastos nas comunidades pelos visitantes. Cerca de 38 mil empregos são criados;

- Estudo realizado na província canadense da Colúmbia Britânica atestou que em 1999 os visitantes gastaram C$ 533 milhões e que para cada dólar investido pelo Governo no sistema de Parques, os visitantes gastaram 10. Parques geram C$219 milhões em impostos federais e estaduais;

- No Estado de Nova Yorque, os Parques Estaduais e os Sítios Históricos geram US$ 500 milhões em vendas, favorecendo os comércios locais;

Cabe assinalar que entende-se por turismo o ato das pessoas viajarem para fora de suas casas com a finalidade de descanso, recreação, passeio, negócio, tratamento médico, compras e visitas à parentes, dentre outros. A chamada indústria turística é formada por cinco componentes: atrações, serviços, infra-estrutura, hospitalidade e promoções. O turismo pode favorecer as comunidades através de gastos diretos dos visitantes, geração de impostos, geração de empregos e da divulgação.

Quadro III- História da Educação Ambiental Brasileira a partir dos eventos mundiais

Data	Localidade	Ação/desdobramentos
1948	Paris	Encontro da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN)
1970	Brasil	Persistente movimento conservacionista
1972	Estocolmo	Conferência onde se atribui a inserção da temática da Educação Ambiental na agenda internacional
1973	Brasil	Criação da Secretaria Especial do Meio Ambiente (Sema), vinculada à Presidência da República
1975	Belgrado, Iugoslávia	Programa Internacional de Educação Ambiental, no qual são definidos os princípios e orientações para o futuro
1977	Tbilisi, Geórgia	Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental
1981	Brasil	Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA) que estabeleceu, no âmbito legislativo, a necessidade de inclusão da Educação Ambiental em todos os níveis de ensino, incluindo a educação da comunidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1988	Brasil	Constituição Federal, estabeleceu, no inciso VI do artigo 225, a necessidade de "promover a Educação Ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente".
1991	Brasil	A Comissão Interministerial institui Grupo de Trabalho de Educação Ambiental do MEC para a preparação da Rio 92
1992	Rio	Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global elaborado pela sociedade civil planetária no Fórum Global, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento
1992	Rio	Participação do MEC, e produção da Carta Brasileira para Educação Ambiental
1993	Brasil	Coordenação-Geral de Educação Ambiental (Coea/MEC), e a Divisão de Educação Ambiental do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama)
1994	Brasil	Criação Ministério do Meio Ambiente (MMA)
1994	Brasil	Em função da Constituição Federal de 1988 e dos compromissos internacionais assumidos durante a Rio 92, foi criado, pela Presidência da República, o Programa Nacional de Educação Ambiental (PRONEA), compartilhado pelo então Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e pelo Ministério da Educação e do Desporto, com as parcerias do Ministério da Cultura e do Ministério da Ciência e Tecnologia.
1995	Brasil	Criada a Câmara Técnica Temporária de Educação Ambiental no Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama)..
1996	Brasil	Criado, no âmbito do MMA, o Grupo de Trabalho de Educação Ambiental
1997	Tessaloniki	Conferência Internacional sobre Meio Ambiente e Sociedade: Educação e Consciência Pública para a Sustentabilidade
1997	Brasil	Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) foram aprovados pelo Conselho Nacional de Educação
1999	Brasil	Aprovada a Lei n° 9.795, que dispõe sobre a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA, anexo), com a criação da Coordenação-Geral de Educação Ambiental (CGEA) no MEC e da Diretoria de Educação Ambiental (DEA) no MMA.

2000	Brasil	Plano Plurianual (2000-2003), agora na dimensão de um Programa, identificado como 0052 – Educação Ambiental, e institucionalmente vinculado ao Ministério do Meio Ambiente.
2002	Brasil	A Lei n° 9.795/99 foi regulamentada pelo Decreto n° 4.281
2004	Brasil	Programa Nacional de Educação Ambiental (ProNEA) teve a sua terceira versão submetida a um processo de Consulta Pública, realizada em parceria com as Comissões Interinstitucionais Estaduais de Educação Ambiental (CIEAs) e as Redes de Educação Ambiental, envolvendo cerca de 800 educadores ambientais de 22 unidades federativas do país.
2004	Brasil	Criação da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (Secad) e a transferência da CGEA para esta secretaria, permitiu um maior enraizamento da EA no MEC e junto às redes estaduais e municipais de ensino, passando a atuar de forma integrada à áreas de Diversidade, Educação Escolar Indígena e Educação no Campo, conferindo assim maior visibilidade à Educação Ambiental e destacando sua vocação de transversalidade.
2004	Brasil	Iniciou-se um novo Plano Plurianual, o PPA 2004-2007. Em função das novas diretrizes e sintonizado com o ProNEA, o Programa 0052 é reformulado e passa a ser intitulado Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis.
2005-2014	Mundo	Nações Unidas implementa a Década da Educação para o Desenvolvimento Sustentável

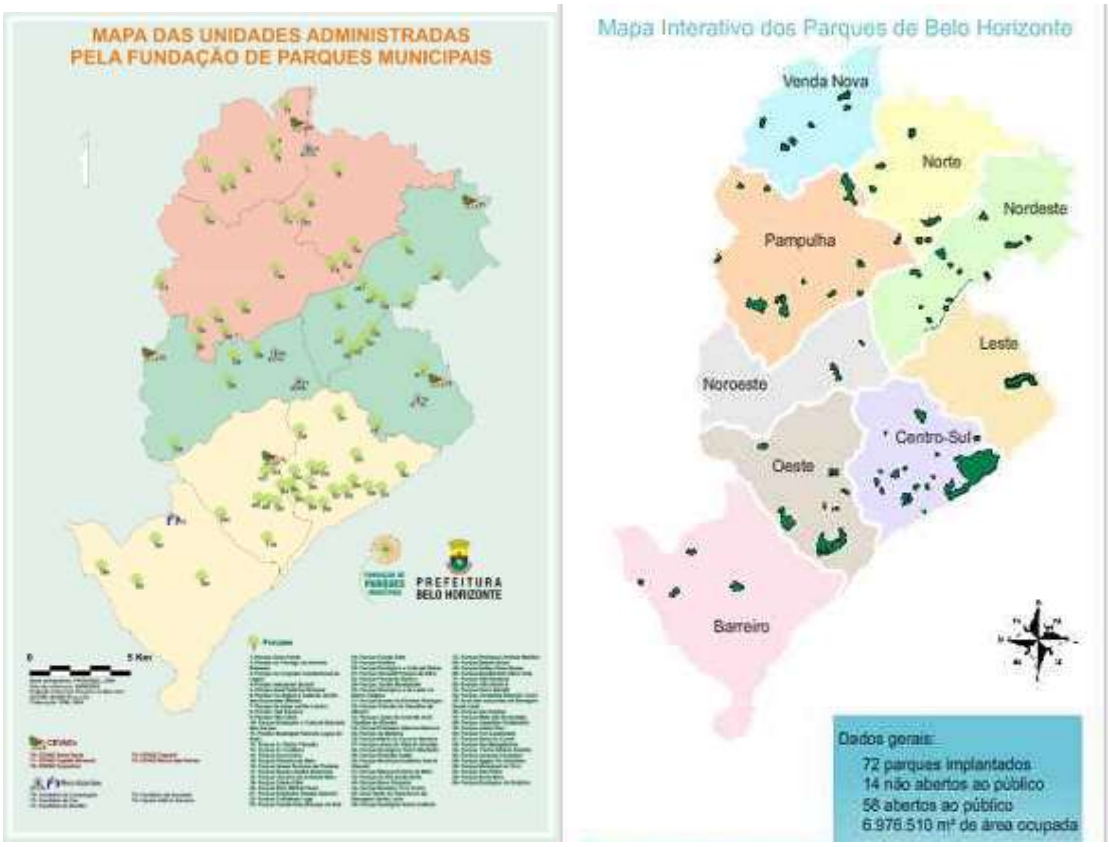
Fonte: https://portalresiduossolidos.com/historia-da-educacao-ambiental-brasil-e-mundo/

Como notado no quadro acima, a história da Educação Ambiental é um contexto complexo com seus principais aspectos diluídos entre as esferas municipais, estaduais, nacionais e internacionais. Neste contexto, com o ensino da Sociedade e Natureza, não seria diferente. A história do ensino e da aprendizagem no país tem várias tessituras com permanências e rupturas nos tempos atuais, a partir das relações interdisciplinares entre Ecologia, Geografia e História, a Educação Ambiental e ensino da Sociedade e Natureza se conectam propondo novos caminhos. Há conexões, interlocuções e interfaces bastante relevantes em construção desde a década de 1990 (Figura 03).

Figura 03 – Mapa dos parques municipais de Belo Horizonte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica

A Educação Ambiental em Belo Horizonte não se limita apenas a prática da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e nem o ensino da Sociedade e Natureza na cidade, se consolida como uma prática exclusiva da Secretaria Municipal de Educação (Quadro IV). O destaque é para o CEA Municipal (GEED/SMMA/PBH) que há duas décadas forma agentes ambientais através do curso de extensão BH Itinerante. Belo Horizonte tem nas regionais vários centros, cursos e parques urbanos, espaços públicos que permitem a reapropriação e a (re)descoberta interdisciplinar da relação entre Biodiversidade e Humanidade de maneira que poderiam ser considerados Centros de Humanidade e Biodiversidade, Cursos de Biodiversidade e Humanidade e Parques de Humanidade e Biodiversidade (Figura 04).

Figura 04-

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica

Quadro IV –Escolas públicas da Cidade de Belo Horizonte

Regionais	Escolas municipais de educação infantil	Escolas municipais de ensino fundamental	Total
Barreiro	20 Unidades	29 Unidades	49 Unidades
Centro-Sul	11 Unidades	15 Unidades	26 Unidades
Leste	9 Unidades	14 Unidades	23 Unidades
Nordeste	24 Unidades	27 Unidades	51 Unidades
Noroeste	16 Unidades	16 Unidades	32 Unidades
Norte	20 Unidades	20 Unidades	40 Unidades
Oeste	12 Unidades	14 Unidades	26 Unidades
Pampulha	16 Unidades	14 Unidades	30 Unidades
Venda Nova	17 Unidades	29 Unidades	46 Unidades
TOTAL	**145 UNIDADES**	**178 UNIDADES**	**323 UNIDADES**

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/educacao/rede-municipal-de-educacao-de-belo-horizonte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

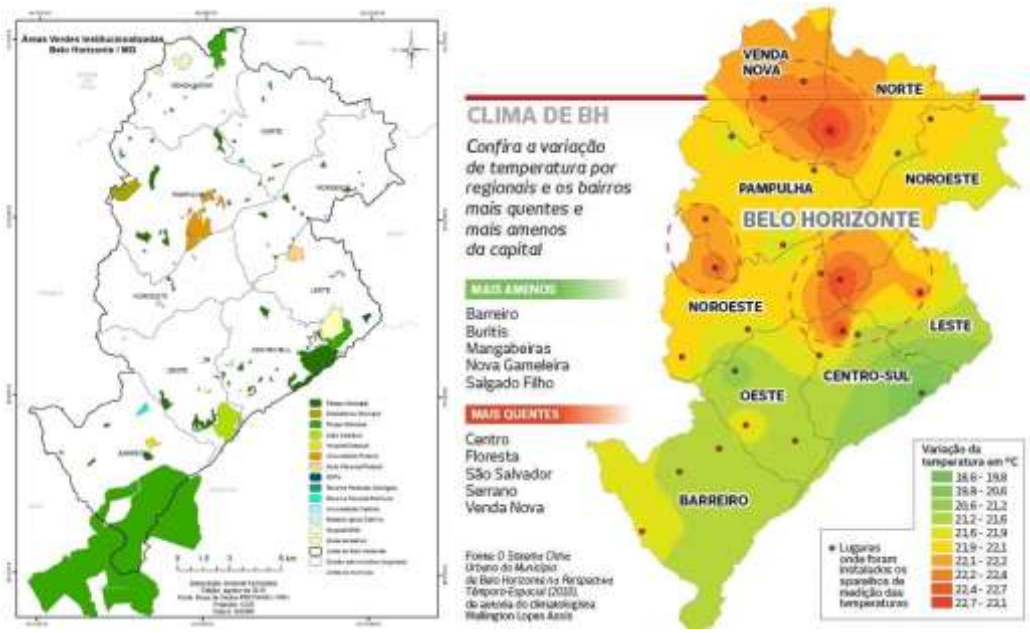
Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em suma oferecem benesses á urbe, em termos de qualidade de vida e melhoria do clima urbano, diminuindo as ilhas de calor (Figura 05). Em, sua maioria, oferecem também serviços culturais e educativos, bem como atividades esportivas, com seus campos de várzea, ciclovias, quadras etc. A grande vantagem dos parques urbanos é propor à população urbana a opção de visitar áreas verdes, onde poderão haver paisagens naturais, com fauna e flora, sem a necessidade de percorrer grandes distâncias. É neles que grande parte dos moradores de metrópoles desenvolve uma relação de proximidade com a natureza, o que faz deles uma importante ferramenta para a sensibilização e a conscientização ambiental. O site Consultoria Socioambiental Dr. Evandro Sathler (on line, 2019) alega que:

> Em linhas gerais, pode-se definir um Parque como uma área terrestre, de água doce ou marinha de domínio público, criada por Decreto, com limites precisos, onde a natureza, a paisagem e as construções ou fatos históricos são excepcionais, de tal forma que;
>
> - Tem por função preservar a natureza e oferecer oportunidades de visitação, aprendizagem, interpretação, educação, pesquisa, recreação, inspiração, relaxamento e atividades espirituais ambientalmente compatíveis, assim como incrementar o turismo;
> - Provê serviços ambientais como água limpa, redução da erosão, amenização do clima;
> - Local onde é proibida a exploração de recursos naturais (solos, recursos minerais, águas, animais selvagens, madeira, plantas ornamentais);
> - Uma propriedade e um patrimônio público inalienável;
> - Um bem de uso comum do povo (artigo 99 da Lei nº 10.406 de 10.01.2002 - Código Civil);
> - Uma unidade administrativa do Governo do Estado do Rio de Janeiro com administrador nomeado, pessoal, infra-estrutura, veículos, equipamentos e orçamento próprio;
> - Administrado com base em Plano de Manejo, leis e regulamentos gerais, bem como por manuais de

procedimentos elaborados pelo órgão central;

Figura 05 – Fragmentação da natureza e ilhas de calor na capital mineira



Fonte:

A regional Venda Nova (Zona Geográfica Norte) apresenta 12 parques urbanos: CEVAE Serra Verde, Parque Alexander Brandt, Parque Bacia de Retenção Córrego Vilarinho, Parque de Lazer Jardim Leblon, Parque do Conjunto Habitacional Lagoa, Parque José Dazinho (Parque do Cenáculo), Parque José Lopes dos Reis, Parque Linear do Córrego Floresta, Parque Serra Verde, Parque Telê Santana. A área regional tem área territorial de 29,27 km^2 e uma população de 262.183 habitantes.

Quadro IV – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Venda Nova

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro(s) de localização
Parque Alexander Brandt	1996	12.500 m^2	Visconde do Rio Branco
Parque de Lazer Jardim Leblon	2001	10.000 m^2	Jardim Leblon
Parque José Dazinho (Cenáculo)	2004	11.000 m^2	Parque do Cenáculo
Parque José Lopes dos Reis	2008	14.000 m^2	Jardim Europa
Parque Telê Santana	2008	30.600 m^2	Sinimbu
Parque Serra Verde	2010	102.000 m^2	Serra Verde
Parque do Lagoa (COHALA)	Não	16.100 m^2	Conjunto Habitacional Lagoa

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro(s) de localização
	implantado		
Bacia de Retenção Vilarinho	Sem dados	Sem dados	Paraúna
CEA Regional Venda Nova	Sem dados	Sem dados	Candelária
CEVAE Serra Verde	Sem dados	Sem dados	Serra Verde
Parque Córrego Avenida Liége	Sem dados	Sem dados	Jardim dos Comerciários
Parque Linear do Córrego Floresta	Sem dados	Sem dados	Serra Verde

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/vendanova

A regional Norte (Zona Geográfica Nordeste) apresenta 10 parques urbanos: Parque da Granja Werneck, Parque 1º de Maio, Parque do Bairro Planalto, Parque Escola Cariúnas, Parque Nossa Senhora da Piedade, Parque Vila Clóris. A área regional tem área territorial de 32,67 km^2, e uma população de 212.055 habitantes.

Quadro V – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Norte

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro(s) de localização
CEA Regional Norte	Sem dados	Sem dados	Aarão Reis
Parque Escola Cariúnas	Sem dados	Sem dados	Planalto
Parque Cemitério da Consolação	1979	69.000 m^2	Frei Leopoldo
Parque do Planalto	1996	26.000 m^2	Bairro Planalto
Parque Bico de Lacre	2008	9.000 m^2	Vila Clóris
Parque Jardim das Nascentes	2008	29.000 m^2	Parque Madrid
Parque Nossa Senhora da Piedade	2008	58.000 m^2	Aarão Reis
Parque Primeiro de Maio	2008	33.700 m^2	1º de Maio
Parque Granja Werneck – Setor Leste	2010	2.300.000 m^2	Monte Azul
Parque Granja Werneck – Setor Oeste	2010	500.000 m^2	Etelvina carneiro

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/norte

A regional Pampulha (Zona Geográfica Noroeste) apresenta 19 parques urbanos: Fundação Zoo-Botânica de Belo Horizonte, Parque Cássia Eller, Parque da Lagoa, Parque do Bairro Sarandi, Parque do Bairro Trevo, Parque do Bairro Universitário, Parque do Brejinho, Parque Engenho Nogueira, Parque do Confisco, Parque Dona Clara, Parque Ecológico do Campus da Pampulha, Parque Ecológico e Cultural Enseada das Garças, Parque Ecológico Promotor Francisco Lins do Rego, Parque Elias Michel Farah, Parque Fazenda da Serra, Parque Fernando Sabino, Parque

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Maria Stella Nogueira, Parque Municipal Fazenda Lagoa do Nado, Parque Municipal Ursulina de Andrade Mello. A área regional tem área territorial de 51,21 km², e uma população de 148.370 habitantes.

Quadro VI – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Pampulha

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro(s) de localização
CEA Regional Pampulha (PROPAM)	Sem dados		Castelo
Parque da Lagoa	Sem dados		Santa Terezinha
Parque do Campus da Pampulha	Sem dados		Cidade Universitária
Parque do Sarandi	Sem dados		Bairro Sarandi
Parque Engenho Nogueira	Sem dados		Engenho Nogueira
Parque Fernando Sabino (Fazenda da Serra)	Sem dados	186.000 m²	Engenho Nogueira
Parque Maria Stella Nogueira	Sem dados		Castelo
Fundação Zoo-Botânica de Belo Horizonte	1959	1.750.000 m²	Pampulha
Parque Fazenda Lagoa do Nado	1994	311.000 m²	Itapoá
Parque Ursulina de Andrade Mello	1996	312.000 m²	Castelo
Parque Elias Michel Farah	1998	6.300 m²	Ouro Preto
Parque Municipal Dona Clara	1998	29.300 m²	Dona Clara
Parque Municipal do Confisco	1999	28.000 m²	Confisco
Parque Cássia Eller	2000	28.000 m²	Fazenda da Serra, Paquetá
Parque Enseada das Garças	2003	33.500 m²	Garças
Parque Promotor Francisco Lins do Rego	2004	300.000 m²	Pampulha
Parque Ecológico do Brejinho	2007	57.600 m²	Liberdade
Parque Ecológico do Universitário	2012	30.840 m²	Bairro Universitário
Parque Ecológico e Cultural do Trevo	2012	23.940 m²	Bairro Trevo

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/pampulha

A regional Noroeste (Zona Geográfica Oeste) apresenta 10 parques urbanos: CEVAE Coqueiros, Jardim Montanhês, Parque do Aterro Sanitário, Parque Ecológico de Lazer do Bairro Caiçara, Parque Maria do Socorro Moreira, Parque Pedro Machado, Parque Vencesli Firmino da Silva. A área regional tem área territorial de 30,17 km², e uma população de 268.038 habitantes.

Quadro VII – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Noroeste

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro (s) de localização
Parque Cemitério do Bonfim	1897	160.000 m²	Bonfim
Parque Cemitério da Paz	1967	289.000 m²	Aparecida
Parque Vencesli Firmino da Silva	1995	20.200 m²	Alípio de Melo
Parque Ecológico de Lazer do Caiçara	1996	11.500 m²	Bairro Caiçara

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro (s) de localização
Parque Maria do Socorro Moreira	2000	97.600 m²	Progresso
Parque Jardim Montanhês	2006	10.000 m²	Jardim Montanhês
Parque Pedro Machado	2006	5.800 m²	Santa Maria
CEA Regional Noroeste	Sem dados	Sem dados	Inexistente
CEVAE Coqueiros	Sem dados	Sem dados	Coqueiros
Parque do Aterro Sanitário	Sem dados	Sem dados	Jardim Filadélfia

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/noroeste

A regional Nordeste (Zona Geográfica Leste) apresenta 19 parques urbanos: CEVAE Capitão Eduardo, Parque Ecológico e Cultural Goiânia, Parque Ecológico e Cultural Prof. Marcos Mazzoni, Parque Ecológico e Cultural Vitória, Parque Ecológico Renato Azeredo, Parque Escola Jardim Belmonte, Parque Fernão Dias I, Parque Fernão Dias II, Parque Hugo Furquim Werneck, Parque Ismael de Oliveira Fábregas, Parque Linear José Cândido da Silveira, Parque Municipal da Reserva Ecológica do Bairro União, Parque Orlando de Carvalho Silveira, Parque Professor Guilherme Laje, Parque Ribeiro de Abreu. A área regional tem área territorial de 39,46 km², e uma população de 274.060 habitantes.

Quadro VIII – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Nordeste

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro (s) de localização
Parque Ribeiro de Abreu	Sem dados	Sem dados	Ribeiro de Abreu
CEA Regional Nordeste	Sem dados	Sem dados	São Paulo
CEVAE Capitão Eduardo	Sem dados	Sem dados	Capitão Eduardo
Parque Municipal do Goiânia	Sem dados	13.700 m²	Goiânia
Parque Professor Guilherme Lage	1982	120.000 m²	São Paulo
Parque Prof. Marcos Mazzoni	1990	14.100 m²	Cidade Nova
Parque União (Parque da Mantinha)	1991	15.700 m²	Bairro da União, Dom Joaquim
Parque Escola Jardim Belmonte	1996	64.763 m²	Jardim Belmonte
Parque Orlando de Carvalho Silveira	1996	26.900 m²	Cidade Nova, Silveira
Parque Ecológico Renato Azeredo	1996	92.700 m²	Palmares
Parque Ismael de Oliveira Fábregas	1999	10.200 m²	Nova Floresta
Parque Ecológico e Cultural Fernão Dias I	2002	26.000 m²	Fernão Dias, Penha
Parque Fernando Roquete Reis	2005	101.000 m²	Novo Vitória
Parque Linear José Cândido da Silveira	2006	51.500 m²	Parque da Cidade Nova
Parque Ecológico e Cultural Fernão Dias II	2009	27.000 m²	Fernão Dias, São Marcos
Parque Hugo Furquim Werneck	2010	13.240 m²	Jardim Vitória
Parque Tião dos Santos	2010	7.700 m²	São Gabriel
Parque Ecológico e Cultural Vitória	2017	9.885 m²	Bairro Vitória
Parque Real	2019	73.000 m²	Paulo VI

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/index.php/nordeste

A regional Leste (Zona Geográfica Sudeste) apresenta 12 parques urbanos: CEVAE Taquaril, Parque da 1ª Água, Parque da 2ª Água, Parque da 3ª Água, Parque do Cardoso, Parque do Pocinho, Parque Estadual da Baleia, Parque Linear do Vale do Arrudas, Parque Marcus Pereira de Melo, Parque Mariano de Abreu. A área regional tem área territorial de 27,98 km^2, e uma população de 238.539 habitantes.

Quadro IX – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Leste

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro (s) de localização
CEA Regional Leste	Sem dados	Sem dados	Inexistente
CEVAE Taquaril	Sem dados	Sem dados	Granja de Freitas
Parque do Mariano de Abreu	Sem dados	Sem dados	Caetano Furquim/Mariano de Abreu
Parque Linear do Cardoso	Sem dados	Sem dados	Vila Adutora
Parque da 3ª Água	Sem dados	Sem dados	Vila Cafezal
Parque da 1ª Água	Sem dados	Sem dados	Vila Fátima
Parque do Vale do Pocinho	Sem dados	Sem dados	Vila Marçola
Parque da 2ª Água	Sem dados	Sem dados	Vila Santana
Parque Estadual da Baleia	1932	1.020.000 m^2	Fazenda Baleia
Parque Cemitério da Saudade	1942	188.000 m^2	Saudade
Parque Marcus Pereira de Melo	1996	3.900 m^2	São Lucas
Parque Arrudas (Parque do Centenário)	2000	41.000 m^2	Abadia. Vera Cruz, Esplanada,

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/index.php/leste

A regional Centro-Sul (Zona Geográfica Central) apresenta 21 parques urbanos: Parque Amílcar Viana Martins, Parque Belvedere, Parque Bosque São Bento, Parque das Nações, Parque Forte Lauderdale, Parque Jornalista Eduardo Couri, Parque Julien Rien, Parque Mata das Borboletas, Parque Municipal Américo René Giannetti, Parque Municipal das Mangabeiras, Parque Municipal Juscelino Kubitscheck, Parque Nascentes da Barragem Santa Lúcia, Parque Paredão da Serra do Curral, Parque Paulo Beirutti, Parque Rosinha Cadar, Parque Tom Jobim, Parque

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vertedouro Barragem Santa Lúcia, . A área regional tem área territorial de 31,85 km^2, e uma população de 283.776 habitantes.

Quadro X – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Centro-Sul

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro (s) de localização
Parque Belvedere	Sem dados	Sem dados	Belvedere III
CEA Regional Centro-Sul	Sem dados	Sem dados	Centro
Parque Municipal Américo Renné Giannetti	1897	182.000 m^2	Centro
Mirante das Mangabeiras	1976	35.400 m^2	Mangabeiras
Parque Julien Rien	1978	14.400 m^2	Anchieta
Parque Municipal das Mangabeiras	1982	2.400.000 m^2	Mangabeiras
CEA Municipal (GEEDA/SMMA/PBH)	1990	Sem dados	Cruzeiro
Parque Juscelino Kubitscheck (Parque do Acaba Mundo)	1990	28.000 m^2	Acaba Mundo
Parque Rosinha Cadar	1994	6.900 m^2	Santo Agostinho
Parque Mata das Borboletas	1995	35.500 m^2	Sion
Parque Jornalista Eduardo Couri (Parque da Barragem)	1996	86.000 m^2	Santa Lúcia
Parque Nascentes da Barragem Santa Lúcia	1997	4.000 m^2	Alto Santa Lúcia
Parque Paulo Beirutti	1998	29.000 m^2	São Bento
Parque Amílcar Viana Martins	2000	18.000 m^2	Cruzeiro
Parque Vertedouro Santa Lúcia (Bosque dos Colibris)	2000	8.000 m^2	Santa Lúcia
Parque Tom Jobim	2001	6.400 m^2	Luxemburgo
Parque Municipal das Nações	2002	110.000 m^2	Santa Lúcia
Parque Forte Lauderdale	2003	170.000 m^2	Comiteco
Parque Altamira Costa Nogueira	2008	18.000 m^2	Santo Antônio
Parque Olinto Marinho Couto (Bosque São Bento)	2010	44.000 m^2	São Bento
Parque Paredão da Serra do Curral	2012	400.000 m^2	Mangabeiras

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/centro-sul

A regional Oeste (Zona Geográfica Sul) apresenta 13 parques urbanos: CEVAE Morro das Pedras, Parque Aggeo Pio Sobrinho, Parque Bandeirante Silva Ortiz, Parque Estrela Dalva, Parque Halley Alves Bessa, Parque Jacques Cousteau, Parque Nova Granada, Parque da Vila Pantanal e. A área regional tem área territorial de 36,06 km^2, uma população de 268.124 habitantes. Na Serra da Água Quente, encontra-se a Estação Ecológica do Córrego Cercadinho, um importante manancial público para a capital e entorno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quadro XI – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Oeste

Denominação oficial	Data de criação		Área total e Bairro(s) de localização
CEA Regional Oeste	Sem dados	Sem dados	Estrela do Oriente
CEVAE Morro das Pedras	Sem dados	Sem dados	Nova Granada
Parque Aggeo Pio Sobrinho (Pq Buritis)	1996	600.000 m²	Buritis
Parque Halley Alves Bessa (Praça Márcio A Menin)	1998	3.100 m²	Havaí
Parque Nova Granada	1998	43.000 m²	Morro das Pedras
Parque Jacques Cousteau	1999	335.000 m²	Estrela do Oriente
Parque da Vila Pantanal	2000	10.000 m²	Vila Pantanal
Parque Bandeirante Silva Ortiz	2002	9.800 m²	Estoril
Parque do Estrela Dalva	2002	12.000 m²	Estrela Dalva
Estação Ecológica do Cercadinho	2006	2.240.000 m²	Buritis
Parque Santa Sofia	2008	5.500 m²	Vila Santa Sofia
Reserva Ecológica Estoril	2012	15.340 m²	Estoril
Parque Ecológico do Havaí	2014	11.992 m²	Havaí
Parque Regional Oeste	2017	Sem dados	Conjunto Betânia

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/barreiro

A regional Barreiro (Zona Geográfica Sudoeste) apresenta 10 parques urbanos: Parque Agroecológico Vila Independência, Parque Agroecológico Vila Jatobá, Parque Águas Claras, Parque Ecológico Carlos F. Tavares, Parque Estadual da Serra do Rola-Moça Parque Padre Alfredo Sabetta, Parque Roberto Burle Marx, Parque Vida e Esperança. A área regional tem área territorial de 53,6 km², uma população de 300.000 habitantes.

Quadro XII – Relação de Unidades de Conservação localizadas na Regional Barreiro

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro (s) de localização
CEA Regional Barreiro	Sem dados	Sem dados	**Flávio Marques Lisboa**
Parque Agroecológico Vale do Jatobá I	1992	10.653,93m²	Independência/Vale do Jatobá
Parque Agroecológico Vale do Jatobá II Parque Carlos F. Tavares (Pq. da Vila Pinho)	1992/2000	77.068,46m²	Independência/Vale do Jatobá
Parque Agroecológico Vale do Jatobá III	1992	207.415,36 m²	Independência/Vale do Jatobá
Parque Agroecológico Vale do Jatobá IV	1992	94.144,36m²	Independência/Vale do Jatobá
Parque Agroecológico Vale do Jatobá V	1992	53.625,40m²	Independência/Vale do Jatobá
Parque Agroecológico Vale do Jatobá VI	1992	14.880,00m²	Independência/Vale do Jatobá
Parque Águas Claras	Sem dados	Sem dados	Conjunto Águas Claras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Denominação oficial	Data de criação	Área total	Bairro (s) de localização
Parque Ecológico Padre Alfredo Sabetta	**1999**	**53.900 m²**	**Teixeira Dias**
Parque Estadual da Serra do Rola-Moça	1994	1.356.020 m²	Serra do Jatobá
Parque Roberto Burle Marx (Parque das Águas)	1994	176.000 m²	Flávio Marques Lisboa Serra do José Vieira
Parque Vida e Esperança (Pq. Novo Tirol)	2008	27.000 m²	Novo Tirol

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/barreiro

Por último, destaca-se a Reserva Particular Ecológica, uma condição especial de preservação de ecossistemas que apresenta no município um total de dez unidades legalizadas: Usina Barreiro, Bairro Braúnas I, Bairro Braúnas II, Bairro Caiçaras, Bairro Candelária, Venda Nova, Bairro Jaqueline, Engenho Nogueira, Monsenhor Messias, São Bernardo e São João Batista. Todas apresentam atos regulatórios no quadro XIII.

Quadro XIII – Detalhamento técnico das Reservas Particulares Ecológicas

Ano	Marco legal	Área Regional	Localização
1994	Decreto Municipal nº 8163	Pampulha	Bairro Braúnas
1994	Decreto Municipal nº 8162	Noroeste	Bairro Caiçaras
1994	Decreto Municipal nº 8161	Noroeste	Bairro Monsenhor Messias
1994	Decreto Municipal nº 7808	Barreiro	Usina Mannesmann Barreiro
1997	Decreto Municipal nº 9204	Pampulha	Bairro Engenho Nogueira
1999	Decreto Municipal nº 9953	Venda Nova	Bairro Candelária
2003	Decreto Municipal nº 11449	Norte	Bairro São Bernardo
2006	Decreto Municipal nº 12424	Venda Nova	Bairro São João Batista
2006	Decreto Municipal nº 12423	Norte	Bairro Jaqueline

2013	Decreto Municipal nº 15212	Pampulha	Bairro Braúnas

Fonte: https://leismunicipais.com.br/legislacao-municipal/1530/leis-de-Belo-Horizonte/?q=%22reserva+particular%22

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando o trabalho, buscar-se-á propor ao poder público, a reorganização destes parques em três categorias de manejo, determinadas pelo tamanho de cada área e sua apropriação local: se 01 hectare equivale a 10.000 quadrados, até 1 hectare denominar-se-á "Praça Ecológica", de 01 hectare a 05 hectares denominar-se-á "Mini-Parque" e acima de 05 hectares denominar-se-á "Parque Urbano". Essa proposta baseia-se na necessidade de definir critérios para reconhecer e gerir as áreas verdes e parques urbanos, uma vez que na capital mineira há mais de 90 parques, sendo alguns menores que praças (Parque Rosinha Cadar) e praças maiores que parques (Boa Viagem, Carlos Chagas, Floriano Peixoto, Liberdade) ficando confuso o reconhecimento por parte da população destas importantes áreas da municipalidade. Para ampliar o número de parques, o executivo chegou até transformar praças em parques (Ismael de Oliveira Fábregas e Tião dos Santos) sendo indispensável um projeto de lei junto ao Legislativo e ao Executivo que discipline esta importante demanda coletiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vagner Luciano de. **A ARBORIZAÇÃO URBANA NA PERCEPÇÃO DOS MORADORES DA REGIÃO DO BARREIRO: Proposta de mobilização socioambiental.** Belo Horizonte: PBH/SARMU-B/GERJAV-B, novembro de 2006. 18 p.

ANDRADE, Vagner Luciano de. **A ARBORIZAÇÃO URBANA NA PERCEPÇÃO DOS MORADORES DA REGIÃO DO BARREIRO: relatório 2ª fase.** Belo Horizonte: PBH/SARMU-B/GERJAV-B, março de 2007. 13 p.

ANDRADE, Vagner Luciano de. **Proposta de realização de visitas técnicas orientadas na região do Barreiro.** *In:* Boletim Interno Barreiro da Gente. Belo Horizonte: PBH/SARMU-B, nº. 220, 09 a 22 de setembro de 2008. 02 p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ANDRADE, Vagner Luciano de. **Proposta de realização de visitas técnicas orientadas na região do Barreiro, Belo Horizonte, MG .** Belo Horizonte: PBH/SARMU-B/GERJAV-B, setembro de 2007. 18 p.

ANDRADE, Vagner Luciano de. **Relatório técnico – O PROCESSO DE MOBILIZAÇÃO SOCIAL NA AMPLIAÇÃO DOS ÍNDICES DE ARBORIZAÇÃO URBANA: relato de caso da Regional Barreiro, Belo Horizonte – MG.** Belo Horizonte: PBH/SARMU-B/GERJAV-B, 2007. 19 p.

ANDRADE. Vagner Luciano de. MIRANDA, Maria Márcia. **Proposta de travessia urbana com percepção ambiental na área do Parque Municipal Roberto Burle Marx, região do Barreiro, Belo Horizonte – MG**. Belo Horizonte: PBH/SMAMA/GEEDA, maio de 2008. 04 p.

AYER, Flávia. **Matéria: Lições da natureza.** Caderno Minas Gerais, Jornal Estado de Minas. 11 de março de 2009.

AZEVEDO, Genoveva Chagas. **Uso de jornais e revistas na perspectiva de representação social de meio ambiente.** In: REIGOTA, Marcos (org.). *Verde Cotidiano: o meio ambiente em discussão.* 2º ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

BARBIERI, J.T. **Desenvolvimento de meio ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21**. 2. ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 1998.

BARBOSA, Livio. **Matéria: Passeio do Parque Ursulina ganha marcação para auxiliar treinamento de atletas.** Caderno Mensal, Jornal do Castelo. Abril de 2009.

CÂMARA, Margarida Drummond. **As Representações Sociais do Meio Ambiente e da Educação Ambiental.** 2007. 3 f. Texto apresentado em sala de aula na Faculdade Estácio de Sá de BH, Disciplina de Educação Ambiental. Belo Horizonte, 2007.

CAMARGOS, Regina M.F. de. **Unidades de Conservação em Minas Gerais: levantamento e discussão.** Belo Horizonte: Biodiversitas, 2000.

COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS. **Manual de Arborização**. Belo Horizonte: CEMIG, 1997. 40 p.

CORREIO BARREIRENSE. **Prefeitura arboriza Barreiro**. Ano XI – Edição 114. Mai/2007. p. 08

COSTA, Patrícia Cortês. **Unidades de conservação: Matéria prima do ecoturismo**. São Paulo: Aleph, 2002.

CVRD, Companhia Vale do Rio Doce. **Parque Municipal: Crônica de um século**. Belo Horizonte: CVRD, 1992.

DIÁRIO OFICIAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. **Prefeitura estimula plantio de árvores no Barreiro**. Ano XIII – nº. 2.862. 09. Jun. 2007. p. 4

EMBRATUR, Instituto Brasileiro de Turismo e MMA, Ministério do Turismo. **Estudo sobre o turismo praticado em ambientes naturais conservados**. Relatório final. São Paulo, 2002.

EMPRESA MUNICIPAL DE TURISMO DE BELO HORIZONTE. **Guia turístico de Belo Horizonte**. novembro de 2008, p. 62

EPONINE, Cássia. **Projeto tenta salvar nascedouro do Arrudas.** In: Jornal Hoje em Dia, Belo Horizonte, terça-feira, 12/02/2002 – Caderno MINAS – p. 14.

FUNDAÇÃO DE PARQUES MUNICIPAIS. Site oficial da PBH - Prefeitura de Belo Horizonte. Disponível em www.pbh.gov.br, acessado: 29 de agosto de 2019.

GOMES, Ivair. **Sistemas naturais em áreas urbanas: estudo da regional Barreiro, Belo Horizonte (MG)**. Caminhos de Geografia – Revista *On line* da Universidade Federal de Uberlândia, disponível em http://www.ig.ufu.br/revista/volume14/artigo13_vol14.pdf, acessado em 25.ago. 2019

GUZZO, Perci. **Informações técnicas sobre Arborização Urbana e seus benefícios,** disponíveis no site http://educar.sc.usp.br/biologia/prociencias/arboriz.html. Acessado em 25. ago. 2019

INSTITUTO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO, INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SOCIAL. **Apostila do Curso: Agentes Sociais Ambientais**. Belo Horizonte: IBEIDS. 2002.

LAPERTOSA, Anselma. **Caracterização da vegetação que recobre quatro áreas verdes da região administrativa Barreiro, Belo Horizonte – MG**. Belo Horizonte: V & M do Brasil, 2007. 32 p.

LORENZI, Harri. **Árvores brasileiras: manual de identificação e cultivo de plantas arbóreas nativas do Brasil** . Nova Odessa: Plantarum, 1992. 352 p.

LORENZI, Harri. *et al.* **Árvores exóticas no Brasil: madeireiras, ornamentais e aromáticas.** Nova Odessa: Instituto Plantarum, 2003. 414 p.

LUIZ, Fátima Cristina Sampaio. **Redescobrindo a natureza na cidade.** Belo Horizonte, PBH/SMAMA/GEEDA: 2009.

MANSOLDO, Ana. **Árvores: um presente para o futuro**. *In:* Revista Ecologia Integral. Ano 3 – nº. 16. set/out.-2003. p. 24

MASCARÓ, Lucia A. Raffo. **Ambiência urbana - *Urban environment*.** 2ª edição. Porto Alegre: +4 Editora, 2004. 197 p

MEDINA, Nana M. **Educação Ambiental: uma metodologia participativa de formação.** Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 1998.

MURTA, Estela Maris; ALBANO, Celina. **Interpretar o patrimônio: um exercício do olhar.** Belo Horizonte: Ed. UFMG: Território Brasilis, 2002.

NAHAS, Maria Inês Pedrosa. **O Índice de Qualidade de Vida Urbana de Belo Horizonte: experiência de construção e perspectivas de aplicabilidade de um instrumento urbanístico, na gestão da cidade.** *In:* Curso de Gestão Urbana e de Cidades. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho –. Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro. Mar/2000, disponível para consulta no site http://www.eg.fjp.mg.gov.br/gestaourbana/arquivos/modulo06/mod6arq5.html. Acesso em 16.ago. 2019

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de (Org.). **Constituição Federal – Artigo 225.** 6ª edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2000. p. 158-159

PLAMBEL. **Plano Metropolitano de Parques Urbanos.** Belo Horizonte: PLAMBEL, 1979

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. Informações técnicas sobre **Arborização Urbana** e seus benefícios, disponíveis no site http://portal1.pbh.gov.br/pbh/index.html?id_conteudo=4527&id_nivel1=-1. Acessado em 25. ago. 2019

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Estudos urbanos: Belo Horizonte 2008:** transformações recentes na estrutura urbana/Coordenação: Maria Fernandes Caldas, Jupira Gomes de Mendonça, Lélio Nogueira do Carmo. – Belo Horizonte: Prefeitura de Belo Horizonte, 2008. 513 p.; 27,5 cm.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Parques de Belo Horizonte.** Secretaria Municipal de Meio Ambiente/Departamento de Parques e Jardins. Julho de 1998. Páginas 87-90.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Programa BH Verde: Parques de Belo Horizonte**. Fundação de Parques Municipais. Julho de 2012.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei de Crimes Ambientais**, disponível no site http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm. Acessado em 26. ago. 2019

PROJETO DOCES MATAS, Grupo Temático de Interpretação Ambiental. **Manual de Introdução à Interpretação Ambiental.** MG - Belo Horizonte, 2002. IEF, IBAMA, Fundação Biodiversitas, GTZ. Outubro de 2002

RAMOS, Silvana Pirillo. **Sociologia do Esporte e do Lazer: Turismo Sustentável e Cidadania - Entrelinhas de um discurso.** XIII Congresso Brasileiro de Sociologia. Recife/PE: UFPE, 2007.

REIGOTA, Marcos (org.). **Verde Cotidiano: o meio ambiente em discussão.** 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

REIGOTA, Marcos. **Meio ambiente e representação social.** São Paulo: Cortez, 2001.

RIBEIRO, Maurício Andrés. **Ecologizar: Pensando o ambiente humano.** Brasília: Universa, 2005.

TEIXEIRA, Inara Lúcia. FIGUEIREDO, Marielle Patrícia Brasil. **Mini-curso: Trilhas Interpretativas.** *In:* II Seminário Cláudio Peres de Práticas de Ensino em Geografia. Belo Horizonte, 15 de maio de 2004. ICH/PUC-Minas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES FRENTE À ABUSIVIDADE DA NÃO OFERTA DE PLANOS INDIVIDUAIS PELAS EMPRESAS QUE ATUAM NO SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR

GABRIELLY RAMOS MACEDO: Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia, atualmente no 7° semestre. Membro da Associação Baiana de Defesa do Consumidor. Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

LUCAS DA SILVA SÃO THIAGO[1]

(coautor)

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto de estudo a não oferta de planos individuais pelas empresas que atuam no setor de saúde suplementar, salientando a necessidade de proteção dos consumidores nestas contratações. Neste sentido, tem-se como objetivo sustentar o argumento de que a não oferta de planos privados de assistência à saúde, na modalidade individual, consiste em uma prática abusiva por parte das operadoras que atuam no setor. Por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, bibliográfico e documental, o conceito e a caracterização das espécies de planos de saúde foram explorados, críticas ao posicionamento adotado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) quanto à temática foram tecidas, bem como considerações acerca da vulnerabilidade do consumidor nestas relações. Considera-se necessária proteção do cidadão perante o ordenamento jurídico pátrio, a partir da análise das disposições presentes na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e na Lei n. 9.656/98, que versa sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Palavras-chave: código de defesa do consumidor; planos de saúde; abusividade.

ABSTRACT: This project has as object of study the non provision of individual plans by the companies that work in the supplementary health sector, stressing the need to protect consumers in these hirings. In this sense, the objective is to support the argument that the non-provision of private healthcare plans, in the individual modality, is an abusive practice on the part of the companies that work in the sector. Through the use of the hypothetical-deductive, bibliographic and documentary, the concept and characterization of the health plan species were explored, critical to the position adopted by the National Agency of Supplementary Health (Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS) regarding the subject matter, as well as considerations about the vulnerability of the consumer in these relations, and the

necessary protection of the citizen before the legal order of the mother country, based on the analysis of the provisions of the *Contituição Federal de 1988 - Brazilian Federal Constitution*, the *Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90) - Brazilian Consumer's Law* and *Law n° 9.656/98,* which deals with private healthcare plans and insurance.

Key-words: código de defesa do consumidor. Health plans. Abusivity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Planos de assistência privada à saúde. 2.1. Principais características dos contratos de assistência suplementar à saúde. 2.2. Planos individuais e coletivos. 3. A ilegalidade da não oferta de planos de saúde individuais. 3.1. A inércia da agência nacional de saúde (ans). 3.2. O surgimento dos chamados "falsos planos coletivos". 4. Práticas abusivas nas relações de consumo diante do vertente problema. 5. A necessária proteção do consumidor. 5.1. O direito constitucional à saúde. 5.2. Da vulnerabilidade do consumidor diante das práticas abusivas. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental do cidadão, previsto no artigo 6° da Constituição Federal, sendo dever do Estado garantir, por meio de políticas públicas, o acesso universal e igualitário de todos, conforme o artigo 196 da Carta Magna. A falta de estrutura do sistema público de saúde e incapacidade para atender a todas as demandas possibilitou que pessoas jurídicas de direito privado exercessem tal atividade, ofertando planos de assistência à saúde.

Os planos privados de assistência à saúde, conforme o artigo 1°, inciso I, da Lei n° 9.656/98, configuram como uma "prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais [...], por prazo indeterminado", sem limitação financeira, com o objetivo de assegurar "a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, [...] visando a assistência médica, hospitalar e odontológica".

No que tange ao regime de contratação, de acordo com a Resolução Normativa n. 195/2009, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), os planos de saúde classificam-se em individual ou familiar, e coletivo empresarial ou coletivo por adesão. O primeiro é aquele celebrado entre um indivíduo e a empresa do setor de saúde suplementar, tendo como finalidade a prestação de serviços médicos ao titular e aos seus dependentes. Ao passo que o segundo é relativo à contratação feita entre as operadoras e um determinado grupo de pessoas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A questão é que a ANS é omissa em relação a pontos cruciais dos contratos coletivos, que influenciam diretamente na continuidade da prestação do serviço, quais sejam: o reajuste a rescisão unilateral do contrato. Isso porque a Lei 9.656/98 prevê, expressamente, a impossibilidade de rescisão unilateral dos contratos individuais, sem fazer menção aos coletivos, além de que as regras de reajuste são diferenciadas para estes serviços. Dessa forma, o maior rigor da legislação em relação aos planos individuais faz com que se torne mais vantajoso para as empresas ofertarem, somente ou em maior quantidade, os planos coletivos. Contudo, os contratos de prestação de serviço de assistência privada tendem a perdurar por um longo período de tempo, uma vez que não é interessante para o consumidor firmar um acordo que finde brevemente, sendo o plano de saúde um exemplo do que se denomina "contratos cativos de longa duração".

A não oferta dos planos individuais se enquadra, portanto, como uma prática abusiva por parte das operadoras, quando não possibilita o direito de escolha do consumidor que, por vezes, é obrigado a formalizar um contrato de prestação mais caro e que não deseja. Ademais, essa indisponibilidade está fazendo surgir no mercado um fenômeno denominado de "falsa coletivização dos planos", visto que os consumidores são estimulados, sob a ilusão de terem um custo menor com os planos, a ingressar em associações ou sindicatos, ou a utilizarem um CNPJ para conseguir firmar um contrato coletivo.

Tendo em vista este contexto, o presente trabalho, a partir da utilização do método hipotético-dedutivo, bem como da análise bibliográfica e documental, visa apresentar o porquê da não oferta de planos individuais se concretiza como sendo uma prática abusiva, bem como elucidar o fato do CDC não conseguir, de maneira eficaz, proteger o consumidor frente a não oferta de planos individuais por parte das operadoras de saúde.

2 PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

Os planos de assistência à saúde suplementar são regulados pela Lei n° 9.656/98 e, conforme disposição no artigo 1°, estão inseridas nesta categoria as pessoas jurídicas de direito privado que atuam no ramo da efetivação de atividades relativas ao assessoramento da saúde dos cidadãos consumidores[2]. Neste sentido, as operadoras de planos e seguros de saúde devem ser constituídas sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato referente à assistência privada aos beneficiários[3].

2.1 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE

Os contratos celebrados entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores possuem algumas características específicas que merecem ser expostas e analisadas, uma vez que os contratos de seguro, em geral, "tem uma clara dimensão social, em especial às suas modalidade ligadas ao direito à saúde"[4]. Os contratos de assistência suplementar são tidos como formais, isto é, aqueles cuja validade depende da forma prescrita em lei[5], dessa forma, tem-se que o parágrafo único do artigo 16 da Lei 9.656/98[6], "obriga as operadoras a entregarem ao consumidor cópia do respectivo instrumento, do regulamento ou das condições gerais do plano"[7]. Estes são onerosos pelo fato das empresas exigirem do consumidor, ou de alguém, o pagamento pelos serviços prestados.

Segundo Orlando Gomes, "sob o ponto de vista da formação, negócio jurídico unilateral é o que decorre fundamentalmente da declaração da vontade de uma só pessoa, e bilateral o que se constitui mediante concurso de vontades"[8]. Neste tocante, afirma Joseane Suzart Lopes da Silva: "a bilateralidade e a reciprocidade estão sempre presentes nos contratos de plano de saúde"[9], visto que há para os consumidores a procura pelo atendimento de suas necessidades, enquanto os fornecedores buscam o ganho oriundo do pagamento das mensalidades por parte dos usuários destes serviços.

Outra característica fundamental, é que tais contratos são ditos "de adesão", já que suas "cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito"[10]. Por fim, cabe destacar a espécie de contrato denominado por Cláudia Lima Marques como sendo "cativo de longa duração", ou seja, contratos que criam relações jurídicas complexas, de longa duração e que apresentam uma relação de dependência estabelecida[11].

2.2 PLANOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

A Resolução Normativa n° 195, de 14 de julho de 2009, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde. As empresas que atuam no setor, via de regra, oferecem, ao mercado, dois tipos de planos, no que tange ao regime de contratação, quais sejam: individual ou coletivo.

Nos moldes do artigo 3°, tem-se que o plano individual figura como "aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pessoas naturais, com ou sem grupo familiar". Importante salientar que, na vertente que engloba o grupo familiar, "a rescisão por parte do titular não extingue o contrato, assegurando-se aos dependentes, já inscritos, o direito à manutenção das mesmas condições contratuais"[12].

Os planos privados na modalidade coletiva podem ser de duas espécies, quais sejam: empresarial e por adesão, dispostos nos artigos 5° e 9° da referida Resolução, respectivamente. A contratação coletiva empresarial caracteriza-se pela oferta de cobertura assistencial para um grupo delimitado e vinculado à uma pessoa jurídica por meio de uma relação jurídica estatutária ou celetista. Sendo possível a inclusão dos familiares do consumidor titular, até terceiro grau de parentesco consanguíneo ou segundo grau por afinidade na abrangência da assistência do plano.

Ao passo que a modalidade coletiva por adesão é relativa à oferta de cobertura assistencial para a população que mantenha vínculo jurídico com conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão, sindicatos, centrais sindicais, associações profissionais, cooperativas regulamentadas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões, e entidades estudantis, de nível médio ou superior[13].

Dessa forma, nota-se que o contrato individual é celebrado entre um sujeito e a empresa do setor de saúde suplementar; enquanto que a contratação coletiva só pode ser configurada se houver um vínculo contratual prévio entre o titular e uma pessoa jurídica (empresarial) ou entre o titular e uma das entidades listadas no rol presente na Resolução da ANS (por adesão). Tendo ambas como finalidade a prestação de serviços médicos ao titular e, se for o caso, aos seus dependentes.

3 A ILEGALIDADE DA NÃO OFERTA DE PLANOS DE SAÚDE INDIVIDUAIS

A não oferta de planos de saúde individual é uma situação que já perdura (e se agrava) por muito tempo no Brasil. Conforme pesquisa realizada, em 2015, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), verificou-se que das 27 das capitais brasileiras, em cinco não havia qualquer opção de plano individual, sendo a capital baiana uma delas. E que, "em outras 11 capitais (48%), somente uma operadora [...] comercializava o tipo de plano de saúde em questão, o que caracteriza monopólio nessas localidades"[14]. Tal fato demonstra duas realidades, quais sejam: que contratar planos de saúde individual, no país, está cada vez mais difícil, e que a Agência Nacional de Saúde Suplementar não tem se mostrado disposta a buscar soluções para a questão.

3.1 A INÉRCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vinculada ao Ministério da Saúde, "é uma autarquia especial com autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos"[15]. Criada por meio da Medida Provisória nº 1.928 de 1999 e, posteriormente, convertida em Lei de nº 9.961 de 2000, tem como função promover a defesa do interesse público, bem como "normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantem a assistência suplementar à saúde"[16].

Entretanto, o que se percebe é a completa inércia da ANS no que tange à situação da não oferta de planos individuais, fato este denunciado pelo IDEC, em artigo intitulado "Saúde não é o que interessa"[17], no qual é dito que a inexistência de obrigação das operadoras em ofertar a modalidade faz surgir uma verdadeira "Lei da Selva", na qual a determinação que vigeria seria a própria lei do mercado. O artigo ainda faz menção à manifestação do presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar à época, André Longo, que, frente a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados questionou "por que a operadora não quer vender o plano individual? porque no longo prazo as carteiras individuais tendem ao prejuízo".

Esse prejuízo, expresso acima, refere-se principalmente ao custo que os planos individuais apresentam pela adesão dos consumidores mais idosos, visto que estes, de acordo com Bruno Miragem, apresentam "necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo"[18], fato este que acaba por fazer com que tal classe tenha uma maior dependência em relação aos serviços médicos e hospitalares fornecidos pelas operadoras.

O mais importante de ser frisado, é que tal artigo foi publicado em 2013, ou seja, perpassados cerca de 6 anos e nada ainda foi feito, mesmo frente às várias manifestações de descontentamento e denúncias. Outro fator determinante para a não adoção dos planos individuais, por parte dos fornecedores, ocorre pela existência da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde. Este diploma normativo contempla diversas disposições favoráveis ao consumidor, em especial, em seu artigo 13, parágrafo único, inciso II[19], que veda a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo em situações de fraude ou não pagamento de mensalidade por período superior a sessenta dias.

Neste sentido, tem-se outra omissão da ANS, visto que, apesar de dispor sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde na Resolução Normativa de nº 195 de 2009, deixa importantes pontos omissos quanto à contratação coletiva, já que pouco dispõe acerca da rescisão unilateral do contrato,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que pode se dar simplesmente após 12 meses de contratação e mediante aviso prévio de sessenta dias. Além disso, permite taxas de reajuste extremamente onerosas, já que não estabelece um teto para este, pois estabelece que "o reajuste dos planos coletivos não é definido pela Agência, uma vez que o índice é determinado a partir da negociação entre a pessoa jurídica contratante e a operadora de plano de saúde"[20].

Posto isto, Georges Ripert dispõe que "a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores, cabendo ao Estado intervir para proteger os fracos"[21]. Entretanto, o que se observa aqui é que o ente criado para a proteção não opera da maneira devida, permitindo assim a ocorrência de arbitrariedades por parte das operadoras desse setor.

3.2 O SURGIMENTO DOS CHAMADOS "FALSOS PLANOS COLETIVOS"

A partir do momento em que as empresas que atuam no setor de assistência privada à saúde optam por ofertar os planos coletivos em maior quantidade quando posto em comparação aos individuais, os consumidores, que não preenchem os requisitos dispostos para a modalidade de contratação coletiva, restam prejudicados, uma vez que não desejam estar dependentes do Sistema Único de Saúde (SUS), disponibilizado pelo Estado, e possuem interesse em contratar o serviço particular. Faz-se necessário salientar que tal postura, por parte dos fornecedores, constitui uma violação à função social do contrato, visto que é preciso que as partes contratantes atuem com boa-fé e, além disso, que haja "uma preocupação séria com os impactos que a má condução da relação contratual possa gerar"[22]

Nesse ínterim, sob o pretexto de pagarem mais barato em seus planos e obterem as mesmas vantagens da oferta, os consumidores "são estimulados a ingressarem em determinada associação ou sindicato, ou a utilizarem qualquer CNPJ para conseguir um contrato coletivo"[23]. A essa prática dá-se o nome de falsa coletivização dos planos, sendo esta a forma encontrada para que as operadoras pudessem fugir da fiscalização e das normas imposta pela ANS e continuar a lucrar com o regime de contratação coletivo.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), os principais motivos[24] para que isto ocorra está relacionado ao fato de que, na modalidade coletiva, as empresas possuem maior liberdade para efetivar reajustes contratuais; nestes não há a obrigação da cobertura de doenças profissionais e acidentes de trabalho. Além disso, a legislação vigente não proíbe expressamente a rescisão unilateral dos contratos coletivos, ponto em que há a específica negativa no que tange aos individuais[25].

Desse modo, os cidadãos, que já figuram como o polo mais fraco da relação consumerista, se tornam ainda mais vulneráveis frente às operadoras, visto que são induzidos a se associar a uma entidade ou criar uma pessoa jurídica somente para conseguir formalizar a contratação, ou precisam se submeter às condições menos vantajosas presentes nas operações de cunho individual.

4 PRÁTICAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DIANTE DO VERTENTE PROBLEMA

De acordo com Antonio Herman V. Benjamin, prática abusiva "é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor"[26] ou ainda que atentem contra a dignidade humana. De forma complementar, essas condutas podem ser tidas como uma forma de abuso de direito, ou seja, de adoção de atos, por parte do fornecedor, de modo a prejudicar ou tornar ainda mais vulnerável o consumidor[27]. Nessa senda, deve-se recordar que a vedação ao abuso de direito é firmado no artigo 187 do Código Civil de 2002[28], que, sendo lei de caráter geral e posterior ao CDC, demonstra um posicionamento do legislador em reafirmar o entendimento acerca do caráter ilícito desta conduta.

Findada tal discussão, antes de proceder para a análise dos tipos de práticas abusivas elencadas no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, cabe salientar o apontamento de Antonio Herman V. Benjamin acerca da impossibilidade, por parte do legislador, de listar todos os tipos de abusividades existentes e que, por isso, o artigo 39 do CDC deve ser interpretado de forma exemplificativa, como uma forma de orientação ao intérprete. A Lei nº 8.078/90 traz, em seu artigo 39, um rol de condutas tidas como abusivas e, consequentemente, vedadas pelo ordenamento consumerista, entretanto, muitas outras também podem ser enquadradas neste contexto, a exemplo do artigo 37, do CDC[29], que trata da publicidade enganosa.

Neste sentido, o direito de ser protegido contra as práticas abusivas se encontra elencado como direito básico do consumidor, visto que está positivado no artigo 6º, inciso IV, do CDC[30]. Dentre as abusividades perpetradas pelas operadoras de planos de saúde no mercado de consumo, destaca-se, inicialmente, a prevista no artigo 39, inciso II[31], que veda, por parte do fornecedor de produtos ou serviços, a recusa no atendimento às demandas dos consumidores, "na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes".

Diante da questão, a não oferta de planos de saúde individual se mostra igualmente como uma prática abusiva. A opção por deixar de apresentar esse tipo de serviço, no mercado, se dá justamente pelo desinteresse dos fornecedores nesta modalidade de contratação, já que ela apresenta mais vantagens ao consumidor e, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

longo prazo, torna-se financeiramente menos atrativa, tendo em vista dois fatores. O primeiro é que, via de regra, o envelhecimento traz uma maior utilização do plano; o segundo se dá pela limitação das taxas de reajustes impostas pela Lei 9.656/98, que é mais onerosa às empresas que atuam no setor.

Logo, tem-se um claro abuso de direito por parte dos fornecedores, que se utilizam da facultação ao oferecimento de planos individuais, da existência de lacunas legislativas e do silêncio da ANS para ofertar planos que lhe concedem benefícios a partir da prática e adoção de condutas abusivas. Cabe, entretanto, salientar que, não se defende a inexistência de reajustes, e sim que estes sejam guiados pela boa-fé, pautados em critérios objetivos, compreensíveis e acessíveis ao consumidor, não podendo se fundar, por exemplo, em questão de caráter temporário e genérico, como a "situação do país", fato este muitas vezes arguido pelas operadoras.

Posto isto, aduz Sérgio Cavalieri Filho que "o abuso de direito nada tem a ver com o momento da constituição do direito, nem com o seu conteúdo. Ocorre em momento posterior, quando do seu exercício"[32]; logo, observa-se a violação da boa-fé objetiva, princípio basilar do direito brasileiro[33], e que igualmente se mostra positivado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III[34] e 51, inciso IV[35], que versam, respectivamente, acerca da obrigatoriedade de se atuar com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores e da abusividade cláusulas que sejam incompatíveis com o referido princípio, mostrando uma clara preocupação do legislador quanto a este disposto.

Neste tocante, o artigo 170, inciso V da Constituição vigente dispõe: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor". Bruno Miragem esclarece que a defesa do consumidor não é incompatível com a livre iniciativa e com o crescimento econômico, mas que cabe ao empresário assegurar que o exercício da atividade econômica deve respeitar e assegurar os direitos do polo vulnerável da relação consumerista[36], fato este que não ocorre nas situações aqui em analisadas.

5 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A partir do momento em que o consumidor não possui total liberdade para escolher qual regime de contratação deseja formalizar o contrato de prestação de serviço, e que a ANS, agência reguladora responsável por fiscalizar o setor em questão, se mostra omissa quanto às suas atribuições, faz-se necessária a efetiva proteção do cidadão na relação consumerista tratada.

5.1 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

A saúde, de acordo com a Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, "é um estado de completo bem-estar físico, mental e social"[37], não consistindo apenas em ausência de doenças e enfermidades. Nesse sentido, Maurílio Casas Maia aduz que "essa grande amplitude do conceito de saúde, em verdade, é proposital e tem por escopo salvaguardar da melhor maneira a saúde e a dignidade da vida humana"[38].

A Constituição Federal de 1988 apresenta o direito à saúde como um preceito fundamental e da ordem econômica do Brasil, sendo o diploma normativo, dentre as demais Constituições, que foi mais abrangente em sua proteção, uma vez que este somente é efetivado "através da proteção do meio ambiente, da tutela jurídica do consumidor, enquanto direito fundamental, e do valor do direito-garantia à informação"[39].

Conforme o artigo 6° e 196 da Carta Magna, a saúde é um direito fundamental social do cidadão, sendo dever do Estado garantir, "mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Posto isto, cumpre salientar que a vida é o maior bem jurídico tutelado pelo direito, no entanto, a sua proteção somente será plena e efetiva se o direito à saúde do cidadão estiver salvaguardado[40].

A fim de executar as políticas públicas da área, foi instituído, pela Constituição, um Sistema Único de Saúde (SUS), que passou a compreender "todas as ações e serviços públicos de saúde numa rede regionalizada e hierarquizada"[41], sendo este organizado de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198.

Além disso, como uma forma de diminuir a demanda do SUS, a Constituição facultou a prestação de serviços de assistência à saúde a entes privados, conforme o artigo 199, de modo que estes possuem atuação complementar ao serviço ofertado pelo Poder Público, devendo, por consequência, respeitar os ditames estabelecidos por este.

5.2 DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR DIANTE DAS PRÁTICAS ABUSIVAS

A Política Nacional das Relações de Consumo objetiva suprir as necessidades dos cidadãos consumidores, garantindo o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, a transparência e a harmonização das relações consumeristas. Porquanto, o artigo 4° do Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar o princípio da transparência, traz para o âmbito do direito do consumidor a primordialidade de se ter "informações claras, corretas sobre o produto a ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fornecido, o serviço a ser prestado, o contrato a ser firmado - direitos, obrigações, restrições"[42].

Além disso, a seara consumerista tem a vulnerabilidade como princípio que, em linhas gerais, refere-se à condição de fragilidade de um indivíduo em relação a outro. O artigo 4°, inciso I, do CDC, ao estabelecer o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo", justifica a existência do direito das relações de consumo, pois "é esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor"[43].

Conforme assevera Paulo Valério Del Pai Moraes[44], sob o aspecto jurídico, a vulnerabilidade é o princípio pelo qual se reconhece o indivíduo em uma posição mais suscetível a ocorrência de danos na relação que figura com o fornecedor, seja por uma violação à sua integridade física, psíquica, moral ou ao aspecto econômico, técnico, funcional que lhe diz respeito. Importante salientar que a presunção absoluta de vulnerabilidade se aplica a todos os consumidores, no entanto, isso não significa que todos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor[45].

Em relação aos planos privados de assistência à saúde, pode-se observar que estes figuram como contratos de adesão e "cativos de longa duração"[46]. No que tange à contratação por adesão, tem-se que "as cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor) [...] sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito"[47]. Dessa forma, é notável a vulnerabilidade econômica, jurídica e fática do cidadão frente às operadoras de planos de saúde no setor, visto que estas possuem uma melhor condição financeira de arcar com os ônus contratuais, estabelecem as disposições presentes no acordo, bem como atuam no setor, tendo, portanto, um maior conhecimento acerca da temática.

No que tange à denominação de "contratos cativos de longa duração", Cláudia Lima Marques, aduz que "trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa [...] para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídica complexas de longa duração"[48]. Uma característica importante deste tipo de contrato é a relação de dependência estabelecida, sob a análise dos planos de saúde, vislumbra-se que o cidadão, via de regra, não busca uma cobertura assistencial temporária, o interesse é formalizar um acordo que o proteja em eventuais necessidades por um longo período de tempo.

A medida que as empresas que atuam no setor deixam de ofertar os planos na modalidade individual, o cidadão, visando suprir sua necessidade, busca aderir

aquilo que está ao seu alcance, isto é, ou este passa a ser usuário do SUS ou é estimulado a se associar ou fundar uma pessoa jurídica para que possa contratar um plano coletivo.

Posto isto, a configuração deste no polo mais frágil da relação jurídica estabelecida com as empresas é explícita, dessa forma, se faz necessária uma maior atuação por parte da ANS para regular a oferta de planos individuais e fiscalizar a aplicação da legislação vigente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O setor de planos de assistência privada regulados pela Lei nº 9.656/98, surge mediante uma necessidade estatal de se efetivar o disposto no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal brasileira no que tange à saúde, visto que esta, ao ser classificada como direito social, faz emanar para o Estado uma obrigação de garantir, aos indivíduos, o usufruto e exercício deste direito. Entretanto, o que tem se observado, no contexto pátrio, é a má prestação, por parte empresas que atuam no setor, do serviço o qual se propõem a realizar, fato este concretizado pelas inúmeras práticas abusivas perpetradas no mercado, como, por exemplo, a suspensão ou rescisão unilateral do contrato, os reajustes abusivos, a implementação de sistema de cotas para atendimento, triagem dos consumidores interessados em contratar, e, em especial, pela não disponibilização de planos individuais.

Este último, na maioria dos casos, não é ofertado no mercado de consumo, pois, além de possuir regulação específica e de forte caráter protetivo ao consumidor, acaba se mostrando, a longo prazo, oneroso para o fornecedor, já que com o envelhecimento da população tais planos acabam sendo mais demandados. Dessa forma, as operadoras preferem adotar a contratação coletiva, visto que esta apresenta vários benefícios ao fornecedor, vantagens estas oriundas de lacunas legislativas, que são utilizadas como justificativa para a realização das práticas arbitrárias, bem como para buscar o afastamento das cláusulas protetivas do CDC. Diante desta situação, recorre-se ao auxílio da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia competente e dotada de poderes para regular, fiscalizar e normatizar tais relações, mas que vem se portando, inexplicavelmente, de forma inerte, nada fazendo para trazer resoluções à situação.

É neste contexto que, visando serem atendidos, os consumidores, que têm esse serviço negado por conta de não preencherem os requisitos dispostos para a modalidade de contratação coletiva, acabam por procurar se juntar, através de associações, sindicatos, ou qualquer outro meio que permita a aquisição de um CNPJ,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para conseguirem firmar um contrato coletivo. A isto se dá a denominação de "falsos planos coletivos".

É a partir desta problemática que se observa que o consumidor está constantemente sendo violado em seus direitos e, dessa forma, faz-se essencial que a Agência reguladora, em questão, adote uma posição ativa, passando a regular as omissões existentes nos textos legais vigentes. Entende-se que, com esta postura, os planos individuais e coletivos deixariam de ser díspares quanto à função protetiva do consumidor, e que, assim, não haveria razão para existir uma maior oferta do segundo plano (coletivo) em face do primeiro (individual), possibilitando, então, que o consumidor possa, de forma efetiva, escolher qual serviço adotar, bem como resguardar os seus direitos, independente do plano de assistência à saúde escolhido.

7 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n° 195*, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília: DF, 14 de julho de 2009. Acesso em: 07 mai. 2019.

_____. *Nota de esclarecimentos sobre planos coletivos*. Disponível em: http://www.ans.gov.br/aans/salade-noticias-ans/consumidor/2151-nota-de-esclarecimento-sobreplanos-coletivos.

BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mário. *Planos e seguros de saúde*: o que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. rev., atual., e. ampl. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 mai. 2019.

_____. *Lei n° 9.656*, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 31 de mar. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 mai. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO; INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Os planos individuais irão desaparecer e os "falsos" planos coletivos são uma ameaça aos usuários. In: *Planos de Saúde*: nove anos após a Lei 9.656/98. jun. 2007. p. 7 – 14. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Revista-CREMESP-IDEC-Planos-Sa%C3%BAde-p%C3%A1g-7-14.pdf. Acesso em: 25 dez. 2018.

CRUZ, Joana. *A falsa coletivização de contratos nos planos de saúde*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Saúde. 09 de janeiro de 2012. Disponível em: https://idec.org.br/em-acao/artigo/a-falsa-coletivizaco-de-contratos-nos-planos-de-saude. Acesso em: 25 dez. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GARCIA, Leonardo Medeiros de. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado artigo por artigo. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *Ofício*, de 31 de janeiro de 2018. Dispõe sobre a Resolução Normativa que regulamenta a os planos de saúde para microempreendedores individuais. Disponível em: https://idec.org.br/sites/default/files/arquivos/oficio_idec_-_regulacao_ans.pdf. Acesso em: 11 mai. 2019.

_____. *Planos de Saúde Individuais:* espécie em extinção. São Paulo: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Saúde. 02 de dezembro de 2013. Disponível em: https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/planos-de-saude-individuais-especie-em-extinco. Acesso em: 25 dez. 2018.

_____. Saúde não é o que interessa. *Revista do IDEC*, Brasília, jun. 2013. Disponível em: https://idec.org.br/em-acao/revista/por-tras-dos-precos/materia/saude-no-e-o-que-interessa. Acesso em: 11 mai. 2019.

MAIA, Maurílio Casas. *O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 84. out/dez. 2012. pp. 198 – 222.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no novo código de defesa do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

_____. *Contratos no novo código de defesa do consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de direito da saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *Direito civil:* direito das obrigações. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

OLIVEIRA, Yuri Bezerra de. Da não oferta dos planos individuais no mercado do consumo: uma ofensa aos direitos dos consumidores. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; ARAÚJO, Ana Paula Russo de; BORGES, Lázaro Alves [orgs.]. *Planos de saúde e erro médico*: como o consumidor pode se proteger das práticas abusivas. Salvador: Editora Paginae, 2016, p. 293 – 317.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*, de 26 de julho de 1946. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html.

ORLANDO, Gomes. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Editora Saraiva, 1937.

SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de plano de saúde:* o regime jurídico e a proteção do sujeito mais fraco das relações e consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, José Luiz Toro da. *Manual de direito da saúde suplementar*: a iniciativa privada e os planos de saúde. São Paulo: Editora M.A. Pontes, 2005.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva*: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2.ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

_____. *Reajustes abusivos dos planos de saúde coletivos com base nos custos operacionais:* violação das normas constitucionais e consumeristas. *In:* XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, Belo Horizonte. [*Anais*] Tema: Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade. p. 331-362.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor:* direito material e processual. 6. ed. São Paulo: Editora Método. 2017.

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

NOTA:

[1] Acadêmico de Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Ex-Presidente do Conselho Diretor da Associação Baiana de Defesa do Consumidor (ABDECON). Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. E-mail: lucassaothiago@gmail.com.

[2] "Art. 1° Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas".

[3] SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva:* uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2.ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. p. 75.

[4] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 520.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[5] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* contratos. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 60.

[6] "Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1° do art. 1° desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza.

Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações"".

[7] SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de plano de saúde:* o regime jurídico e a proteção do sujeito mais fraco das relações e consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 226.

[8] ORLANDO, Gomes. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 84.

[9] SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Reajustes abusivos dos planos de saúde coletivos com base nos custos operacionais:* violação das normas constitucionais e consumeristas. *In:* XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, Belo Horizonte. [*Anais*] Tema: Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade. p. 331-362.

[10] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no novo código de defesa do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 78.

[11] Neste sentido, vide: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no novo código de defesa do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

[12] OLIVEIRA, Yuri Bezerra de. Da não oferta dos planos individuais no mercado do consumo: uma ofensa aos direitos dos consumidores. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; ARAÚJO, Ana Paula Russo de; BORGES, Lázaro Alves [orgs.]. *Planos de saúde e erro médico:* como o consumidor pode se proteger das práticas abusivas. Salvador: Editora Paginae, 2016, p. 296.

[13] SILVA, José Luiz Toro da. *Manual de direito da saúde suplementar*: a iniciativa privada e os planos de saúde. São Paulo: Editora M.A. Pontes, 2005, p. 104-105.

[14] INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *Ofício*, de 31 de janeiro de 2018. Dispõe sobre a Resolução Normativa que regulamenta a os planos de saúde para microempreendedores individuais. Disponível em:

https://idec.org.br/sites/default/files/arquivos/oficio_idec_-_regulacao_ans.pdf. Acesso em: 11 mai. 2019.

[15] BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mário. *Planos e seguros de saúde*: o que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil. São Paulo: Editora Unesp, 2010. p. 37.

[16] Ibidem. p. 37 e 38

[17] INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). Saúde não é o que interessa. *Revista do IDEC*, Brasília, jun. 2013. Disponível em: https://idec.org.br/em-acao/revista/por-tras-dos-precos/materia/saude-no-e-o-que-interessa. Acesso em: 11 mai. 2019.

[18] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 142.

[19] "Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o qüinquagésimo dia de inadimplência"".

[20] AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Nota de esclarecimentos sobre planos coletivos*. Disponível em: http://www.ans.gov.br/aans/salade-noticias-ans/consumidor/2151-nota-de-esclarecimento-sobreplanos-coletivos. Acesso em: 11 mai. 2019.

[21] Vide: RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Editora Saraiva, 1937. p. 133.

[22] Op. cit. p. 512.

[23] CRUZ, Joana. *A falsa coletivização de contratos nos planos de saúde*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Saúde. 09 de janeiro de 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Disponível em: https://idec.org.br/em-acao/artigo/a-falsa-coletivizaco-de-contratos-nos-planos-de-saude. Acesso em: 25 dez. 2018.

[24] Ibidem.

[25] Nesse sentido, vide: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO; INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Os planos individuais irão desaparecer e os "falsos" planos coletivos são uma ameaça aos usuários. In: *Planos de Saúde*: nove anos após a Lei 9.656/98. jun. 2007. p. 7 – 14. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Revista-CREMESP-IDEC-Planos-Sa%C3%BAde-p%C3%A1g-7-14.pdf. Acesso em: 25 dez. 2018.

[26] BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. rev., atual., e. ampl. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 323.

[27] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor:* direito material e processual. 6. ed. São Paulo: Editora Método. 2017.

[28] "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

[29] "Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva".

[30] "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços".

[31] "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes".

[32] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. ampl. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 203.

[33] Nesse sentido, vide: SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 35.

[34] "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

[35] "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade"".

[36] GARCIA, Leonardo Medeiros de. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado artigo por artigo. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 21.

[37] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*, de 26 de julho de 1946. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 09 mai. 2019.

[38] MAIA, Maurílio Casas. *O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 84. out/dez. 2012. p. 199.

[39] Ibdem. p. 198

[40] Neste sentido, vide: MENDES, Karyna Rocha. *Curso de direito da saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 22.

[41] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 611.

[42] MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 130.

[43] Op. cit. p. 43.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[44] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

[45] Op. cit. p. 137.

[46] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no novo código de defesa do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 544.

[47] Op. cit. p. 78.

[48] Ibidem. p. 98.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DO ENQUADRAMENTO DA COVID-19 COMO ACIDENTE DE TRABALHO

JAMES RICARDO FERREIRA PILOTO: Advogado, Especialização em Direito e Processo do Trabalho, Especialização em Ciências Políticas-Jurídicas , Mestre em Direito.

KAMILE JEANE SILVA NASCIMENTO***[1]***

(Coautora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discorrer acerca do enquadramento da Covid-19 como acidente de trabalho. A metodologia adotada no presente estudo foi fundamentada na investigação da legislação, da doutrina, das decisões judiciais e notícias sobre a Covid-19. No presente trabalho, busca-se responder ao questionamento: a Covid-19 pode ser considerada como doença ocupacional? Ao final conclui-se que por omissão legislativa, ainda há muitas dúvidas sobre a caracterização da Covd-19 como acidente laboral. Entretanto, no tocante ao enquadramento, dessa doença como acidente de trabalho, para os profissionais cujas atividades resultem na exposição ou contato direto com a Covid-19 o tema é menos controverso.

Palavras-chave: Acidente de Trabalho. Covid-19. Doença Ocupacional.

ABSTRACT: This article aims to discuss about the Covid-19 as work accident. A methodology adopted in the present study was based on the investigation of legislation, doctrine, judicial decisions and news about Covid-19. In the present research, we seek to answer the following questions: it is possible to consider a Covid-19 as an occupational disease? At the end it was concluded that due to legislative omission, there are still many doubts about the characterization of Covd-19 as an occupational accident, however, the characterization for professionals whose activities result in exposure or direct contact with covid-19 the theme is less controversial.

Keywords: Work-related injury. Covid-19, Occupational disease.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Surgimento do novo Coronavírus: 2. Conceito e Tipos de Acidentes do Trabalho; 2.1 Acidente Típico; 2.2 Doença Ocupacional; 2.3 Acidente por Equiparação. 3 A Covid-19 e o Acidente do Trabalho: 4. Considerações finais. 5. Referências.

1.Introdução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O surgimento e a proliferação de uma nova doença (Covid-19), altamente contagiosa que, até o momento, não possui vacina ou remédio para combatê-la, resultou em profundas mudanças na realidade mundial.

Essas mudanças impactaram inclusive no ambiente laboral fazendo com que muitas empresas implantassem o *home office*, para afastar os trabalhadores dos locais de trabalho temporariamente, ou adotassem novas medidas de proteção com o intuito de evitar a contaminação da mão de obra, por esse vírus, no local de trabalho.

Nesse contexto, o presente estudo possui como intento discorrer acerca do enquadramento da Covid-19 como acidente de trabalho. Para tanto, o início dar-se -á com um capítulo de contextualização do surgimento da Covid-19 no mundo e em particular no Brasil, mostrando quais são os sintomas da doença e as recomendações dos órgãos de saúde para evitar o contágio.

Na sequência, abordaremos o conceito legal de acidente do trabalho e suas espécies: acidente típico; doença ocupacional (doença profissional e doença do trabalho) e acidente por equiparação, destacando que, *a priori,* as doenças ocupacionais devem constar na lista elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, atual Ministério da Economia.

Finalizando o presente artigo, iremos verificar a legislação publicada relacionada à Covid-19 como acidente laboral, o posicionamento do STF em face de questionamentos acerca da Medida Provisória n.º 927 e a situação atual da legislação em relação a Covid-19 como acidente de trabalho.

O artigo adotou, como metodologia, a investigação da legislação, da doutrina, das decisões judiciais e notícias sobre a Covid-19. Desta maneira, busca-se contribuir para uma reflexão sobre a possibilidade do enquadramento da Covid-19 como acidente do trabalho.

2.Surgimento do novo Coronavírus

No final de 2019 fora noticiado que algumas pessoas tinham sido diagnosticadas com pneumonia de causa incerta na cidade Wuhan, pertencente a província de Hubei da República Popular da China. Aparentemente o surto inicial teve como origem o mercado de frutos do mar em Wuhan[2].

A comunidade cientifica ainda não tinha muitas informações acerca do novo coronavírus. Ficou-se então monitorando o seu comportamento e a sua

transmissibilidade. Em 11 de janeiro de 2020 foi notificada a primeira morte decorrente dessa nova enfermidade[3].

Em 07 de janeiro de 2020, o governo chinês informou que identificou e isolou o novo tipo de coronavírus. No dia 20 de janeiro de 2020 foram confirmados 282 casos em 04 países: China (278 casos), Tailândia (2 casos), Japão (1 caso) e a República da Coreia (01 caso)[4].

A partir de então, o novo coronavírus se espalhou pelo mundo, resultando em uma grave crise, de saúde e sanitária, internacional, inclusive, com fortes consequências socioeconômicas nos países. No dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou o cenário decorrente do novo tipo de coronavírus como sendo uma pandemia[5].

Identificou-se que essa enfermidade traz consequências mais gravosas para as pessoas classificadas como grupo de risco, que são "portadores de doenças crônicas, como diabetes e hipertensão, asma, doença pulmonar obstrutiva crônica, e indivíduos fumantes (que fazem uso de tabaco incluindo narguilé), acima de 60 anos, gestantes, puérperas e crianças menores de 5 anos"[6].

Esse novo vírus foi batizado Sars-Cov-2 e a doença causada por ele foi denominada de Covid-19. Os principais sintomas, segundo o Ministério da Saúde, são tosse, febre, coriza, dor de garganta, dificuldade para respirar, perda de olfato (anosmia), alteração do paladar (ageusia), distúrbios gastrintestinais (náuseas/vômitos/diarreia), cansaço (astenia), diminuição do apetite (hiporexia) e dispnéia (falta de ar)[7].

Ainda de acordo com o Ministério da Saúde, a transmissão da doença ocorre pelo toque (aperto de mão contaminada, etc.), gotículas de saliva (espirro, tosse, catarro), objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, talheres, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc.[8] No dia 20 de março de 2020, o Brasil por meio do Ministério da Saúde declarou a transmissão comunitária nacional do Covid-19 [9].

Conforme o site Worldometers, até o dia 02 de setembro de 2020, no Brasil já haviam 4.001.422 pessoas diagnosticadas com a Covid-19, dentre as quais 123.899 faleceram vitimadas por essa doença. Cabe destacar que a população do Brasil é de 212.817.864 habitantes[10].

Até o momento ainda não há vacina, ou medicamento comprovadamente eficaz, para o combate à Covid-19. Assim, as medidas de prevenção são as armas disponíveis para diminuir a taxa de contaminação das pessoas por essa doença.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo a OMS tais medidas consistem em higienizar constantemente as mãos com água e sabão, ou com álcool em gel 70%, usar máscaras, manter uma distância de pelo menos um metro de outras pessoas, evitar aglomerações e evitar levar a mão aos olhos, nariz e boca, etc.[11].

3.Conceito e Tipos de Acidentes do Trabalho

No Brasil o conceito de acidente de trabalho está contido na Lei n.º 8.213/1991. Essa legislação previdenciária define três espécies para o gênero acidente de trabalho. A primeira das espécies está presente no artigo 19 da aludida lei e é classificada como acidente típico. A segunda, contida no artigo 20, é denominada doença ocupacional e a terceira, chamada de acidentes por equiparação, conforme o artigo 11 da supramencionada lei.

Oswaldo Michel *apud* Brandão nos ensina "(...) o que qualifica, verdadeiramente, o acidente do trabalho é ser ele o resultado do nexo entre uma ocorrência (causa) e uma lesão corporal ou perturbação funcional (efeito), havendo, portanto, uma conexão indispensável entre o acidente e a vítima"[12]

Interessante destacar que o artigo 118 da Lei n.º 8.213/1991 estabelece que "o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente".

De acordo com a Súmula nº 378 do TST a estabilidade provisória do acidente do trabalho é somente para os casos de afastamento superior a 15 dias[13]. Dessa forma, caso o empregado venha a ser vitima de um acidente do trabalho com afastamento superior a 15 dias terá a garantia da manutenção do emprego por um período de um ano contado após o término da percepção do auxílio-doença acidentário.

O objetivo do legislador foi minimizar os impactos negativos do acidente na vida do trabalhador, haja vista que, além de sofrer o infortúnio laboral, o trabalhador ainda poderia ser demitido pelo empregador, após o retorno ao trabalho.

Nesse sentido, a empresa deve realizar a comunicação de acidente do trabalho (CAT) de seus empregados à Previdência Social, até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, de acordo com o artigo 22 da Lei n.º 8.213/1991. Assim, qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

acidente ocorrido no âmbito laboral, ainda que sem afastamento, deve ser comunicado à previdência social.

Na hipótese do empregador se recusar a emitir a CAT, o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública poderá emiti-la, conforme artigo 22, § 2º, Lei n.º 8.213/1991.

3.1 Acidente Típico

De acordo com o artigo 19 da Lei n.º 8.213/1991, o "acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa (...), provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho".

Assim, temos que o acidente típico é caracterizado pelo evento repentino, não planejando pelo acidentado, que tem como resultado de forma imediata um dano ao trabalhador, de tal sorte, que provoque, ainda que de forma temporária, a sua incapacidade para o desempenho de suas atividades.

Sebastiao de Oliveira leciona que "é da essência do conceito de acidente do trabalho que haja lesão corporal ou perturbação funcional. Quando ocorre um evento sem que haja lesão ou perturbação física ou mental do trabalhador, não haverá, tecnicamente, acidente do trabalho". É necessário ainda que esteja presente a incapacidade para o trabalho, mesmo que temporária. Como exemplo podemos citar uma parada nas atividades laborais para realizar um curativo necessário em função de uma pequena lesão[14].

Neste sentido, o trabalhador que quebra uma perna devido a uma queda ou que sofre queimaduras de 3º grau devido à explosão de um equipamento ou ainda contusão ou fratura em parte do corpo decorrente do uso inadequado de ferramentas será caracterizado como acidente do trabalho.

3.2 Doença Ocupacional

A doença ocupacional, prevista no artigo 20 da Lei n.º 8.213/1991, compreende tanto as doenças do trabalho como as doenças profissionais, conforme incisos I e II do citado artigo. O inciso I define doença profissional como sendo a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, atual Ministério da Economia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O inciso II estabelece que a doença do trabalho é aquela desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, atual Ministério da Economia.

As listas, com as doenças do trabalho e doenças profissionais, constam no anexo II do Decreto n.º 3.048 de 06 de maio de 1999. Em que pese ter havido algumas modificações oriundas de decretos supervenientes (Decreto nº 3.265, de 1999, Decreto nº 4.032, de 2001, Decreto nº 4.882, de 2003, Decreto nº 6.042, de 2007, Decreto nº 6.957, de 2009)[15] as referidas relações ainda estão em vigor.

Para que seja considerada como doença ocupacional, a moléstia, então, deve constar nas relações citadas. No entanto, o artigo 20, § 2º, da Lei n.º 8.213/91 informa que, em caso excepcional, constatando-se que a doença não está incluída na aludida relação e resultou das condições especiais em que o trabalho é executado, e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la como acidente do trabalho.

Assim, a doença ocupacional é espécie do gênero acidente do trabalho e as doenças do trabalho e as doenças profissionais são subespécies de doença ocupacional. Esta espécie de acidente de trabalho ocorre quando o organismo do trabalhador fica exposto constantemente a determinado agente agressivo que com o passar do tempo, de forma lenta e progressiva, desencadeia a referida doença[16].

A doença profissional, também denominada de “idiopatias”, "ergopatias" ou "tecnopatias", distingue-se da doença do trabalho na medida em que se refere às enfermidades desenvolvidas em função do exercício peculiar de determinada profissão. Assim, o soldador que adquire catarata terá caracterizado esta doença com sendo profissional.

A doença do trabalho, também chamada de mesopatias, doenças do meio, doenças das condições do trabalho, doenças indiretamente profissionais ou moléstias profissionais atípicas[17], estão relacionadas ao ambiente em que é desenvolvido o labor. Como exemplo, citamos a secretária que tem perda auditiva em função do ruído existente na marcenaria na qual trabalha.

Importante registrar que, na doença profissional, o nexo causal é presumido. Representa dizer que cabe ao empregador o ônus para demonstrar que a doença não ocorreu no ambiente laboral, afastando-se, assim, a caracterização como acidente de trabalho. No tocante à doença do trabalho, é imperioso demonstrar o nexo causal entre os riscos existentes no local de trabalho e a doença que o empregado adquiriu[18].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, o artigo 20, § 1º da Lei n.º 8.213/91 prescreve que não será considerada como doença ocupacional a doença degenerativa, a inerente a grupo etário, a que não produza incapacidade laborativa e a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

3.3 Acidente por equiparação

O artigo 21 Lei n.º 8.213/91 trouxe outras hipóteses de situações que serão consideradas como acidente do trabalho. Cabe ressaltar, dentre essas hipóteses, o acidente de trajeto contido na alínea "d" do inciso IV do referido artigo. Esse dispositivo estabelece que será considerado, como infortúnio, o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

O Manual de Acidente de Trabalho, publicado pela Previdência Social, esclarece que qualquer acidente que cause lesão ao trabalhador, no percurso residência para o trabalho ou vice-versa ou de um local de trabalho para outro da mesma empresa, bem como o deslocamento do local de refeição para o trabalho ou deste para aquele, independentemente do meio de locomoção, sem alteração ou interrupção do percurso por motivo pessoal será considerando como acidente de trajeto, desde que o tempo seja compatível com a distância percorrida e o meio de locomoção utilizado[19].

Relevante destacar que o governo federal por meio da Medida Provisória n.º 905/2019 revogou a equiparação do acidente de trajeto como sendo acidente do trabalho. **N**o entanto, essa Medida Provisória acabou por ser revogada pela MP n.º 955/2020[20]. Desta maneira, o acidente de trajeto voltou a ser enquadrado como acidente de trabalho.

4.A Covid-19 e o Acidente do Trabalho

No dia 22 de março de 2020, o governo federal publicou Medida Provisória n.º 927 que dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

O artigo 29 da citada Medida Provisória determinava que os casos de contaminação, pela Covid-19 ocorridos no ambiente laboral, não seriam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

considerados doença ocupacional, exceto se fosse comprovado o nexo causal entre as condições de trabalho e a doença.

Assim, o governo pretendeu delimitar a doença ocupacional somente aos profissionais que tenham tido contato com o novo coronavírus em seu ambiente laboral. A exemplo, os profissionais que laboram em ambientes hospitalares. Ainda assim, caberia a esses trabalhadores o ônus da prova.

Nesse sentido, na situação fática ficaria muito difícil para o trabalhador evidenciar a presença do nexo de causalidade, haja vista que a doença Covid-19 é facilmente transmissível e difícil de precisar onde e quando exatamente a pessoa a adquiriu.

Por essa questão polêmica o aludido artigo da Medida Provisória foi objeto de diversas Ações Diretas de Institucionalidade (ADI) promovidas pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342), pela Rede Sustentabilidade (ADI 6344), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI 6346), pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI 6348), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) conjuntamente (ADI 6349), pelo partido Solidariedade (ADI 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354).[21].

O STF, por maioria, suspendeu a eficácia desse artigo[22]. Entretanto, a decisão dessa corte, não se pronunciou acerca da caracterização da Covid-19 como doença ocupacional, de forma presumida, para todo e qualquer trabalhador afetado por essa moléstia. A análise, para caracterização do acidente de trabalho, assim, deverá ser feita caso a caso. De toda sorte, a Medida Provisória nº 927/2020 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020[23].

Importante mencionar que o Ministério da Saúde por meio Portaria nº 1.339, de 18 de novembro de 1999[24] publicou a lista de doenças relacionadas ao trabalho (LDRT) que deveria ser adotada como referência dos agravos originados no processo de trabalho no Sistema Único de Saúde.

Assim, a LDRT deveria ser utilizada no uso clínico e epidemiológico com o fito estudar a relação doença e trabalho para que houvesse um aprimoramento dos diagnósticos para o desenvolvimento de melhorias na saúde de forma individual e coletiva[25].

A Portaria n.º 1.339 teve seu teor, posteriormente, publicado na Portaria da Consolidação nº 5GM/MS, de 28 de setembro de 2017[26]. Assim, houve a

repetição da lista de doenças relacionadas ao trabalho para uso no Sistema Único de Saúde.

No dia 28 de agosto de 2020, o Ministério da Saúde publicou a Portaria n.º 2.309 que alterou a Portaria de Consolidação n.º 5/GM/MS/2017 e atualizou a Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho (LDRT). Essa alteração trouxe como novidade a inclusão da Covid-19 na Parte III que contempla os Agentes e/ou Fatores de Risco Biológicos e na lista B (Doenças Relacionadas ao Trabalho com respectivos Agentes e/ou Fatores de Risco).

No entanto, essa portaria provocou inúmeras polemicas e discussões, fazendo com que o Ministério da Saúde no dia 02 de setembro de 2020 publicasse a Portaria nº 2.345 tornando sem efeito a Portaria nº 2.309/2020.

Assim, atualmente há omissão legislativa para disciplinar o assunto. Alguns defendem o enquadramento da Covid-19 no artigo 20, § 1º, alínea d, da Lei n.º 8.213/91. Ou seja, essa doença seria considerada como doença endêmica e a caracterização do acidente laboral seria apenas para aqueles profissionais que tenham tido exposição, ou contato direto com o vírus, determinado pela natureza do trabalho.

Outra corrente advoga que ainda que a Covid-19 não esteja prevista na relação constante no anexo II do Decreto n.º 3.048 de 06 de maio de 1999, o artigo 20, § 2º da Lei n.º 8.213/91 deve prevalecer. Tal dispositivo preconiza que em caso excepcional, constatando-se que a doença resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

Assim, a questão está indefinida para enquadrar a Covid-19 como infortúnio laboral, devendo cada caso ser analisado de forma individual. As dúvidas são diversas, como exemplo, podemos citar que no início da pandemia, muitas empresas passaram a adotar o *home office* com o intuito de preservar a saúde de seus trabalhadores. Agora, caso a empresa decida retornar ao modo presencial e o trabalhador alegar que adquiriu a Covid-19 no transporte público, como afastar a caracterização de acidente de trajeto?

De toda sorte, para aquelas empresas que necessitam da presença física de seus trabalhadores nos locais de trabalho, é importante a adoção de rígidos protocolos de segurança e saúde no trabalho com o instituto de afastar o nexo causal e consequentemente a caracterização do acidente de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para melhor compreensão do tema, do enquadramento do acidente laboral relacionado à Covid-19, interessante citar a Nota Técnica Conjunta n.º 04 de 17 de março de 2020 do Ministério Público do Trabalho. O referido documento divulgou a classificação de graus de risco à exposição considerando as funções desempenhadas pelos trabalhadores, elaborada pela *Occupational Safety and Health* - OSHA, *in verbis* ***[27]***:

> i) Risco muito alto de exposição: aqueles com alto potencial de contato com casos confirmados ou suspeitos de COVID-19 durante procedimentos médicos, laboratoriais ou post-mortem, tais como: médicos, enfermeiras, dentistas, paramédicos, técnicos de enfermagem, profissionais que realizam exames ou coletam amostras e aqueles que realizam autopsias;
>
> (ii) Risco alto de exposição: profissionais que entram em contato com casos confirmados ou suspeitos de COVID19, tais como: fornecedores de insumos de saúde, e profissionais de apoio que entrem nos quartos ou ambientes onde estejam ou estiveram presentes pacientes confirmados ou suspeitos, profissionais que realizam o transporte de pacientes, como ambulâncias, profissionais que trabalham no preparo dos corpos para cremação ou enterro;
>
> (iii) Risco mediano de exposição: profissionais que demandam o contato próximo (menos de 2 metros) com pessoas que podem estar infectadas com o novo coronavírus (SARS-coV-2), mas que não são considerados casos suspeitos ou confirmados; que tem contato com viajantes que podem ter retornado de regiões de transmissão da doença (em áreas sem transmissão comunitária); que tem contato com o público em geral (escolas, ambientes de grande concentração de pessoas, grandes lojas de comércio varejista) (em áreas com transmissão comunitária);
>
> (iv) risco baixo de exposição: aqueles que não requerem contato com casos suspeitos, reconhecidos ou que poderiam vir a contrair o vírus, que não tem contato (a menos de 2 metros) com o público; profissionais com contato mínimo com o público em geral e outros trabalhadores.

A partir dessas informações, temos alguns parâmetros para caracterizar ou não a Covid-19 como acidente laboral. Esta análise deve levar em consideração outras variáveis, como os riscos presentes no ambiente laboral, a identificação se há outros trabalhadores com a Covid-19 no ambiente laboral, o conjunto de medidas de proteção que foram implantadas pelo empregador.

No dia 18 de junho de 2020, o Ministério da Economia, por meio da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, publicou a Portaria Conjunta nº 20 que estabelece as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da Covid-19 nos ambientes de trabalho, Assim, reproduzimos abaixo, as medidas gerais contidas no item 1 do Anexo I da referida portaria.

> Medidas de prevenção nos ambientes de trabalho, nas áreas comuns da organização, a exemplo de refeitórios, banheiros, vestiários, áreas de descanso, e no transporte de trabalhadores, quando fornecido pela organização; ações para identificação precoce e afastamento dos trabalhadores com sinais e sintomas compatíveis com a COVID-19; procedimentos para que os trabalhadores possam reportar à organização, inclusive de forma remota, sinais ou sintomas compatíveis com a COVID-19 ou contato com caso confirmado da COVID-19; e instruções sobre higiene das mãos e etiqueta respiratória. As orientações ou protocolos podem incluir a promoção de vacinação, buscando evitar outras síndromes gripais que possam ser confundidas com a COVID-19.A organização deve informar os trabalhadores sobre a COVID-19, incluindo formas de contágio, sinais e sintomas e cuidados necessários para redução da transmissão no ambiente de trabalho e na comunidade. A organização deve estender essas informações aos trabalhadores terceirizados e de outras organizações que adentrem o estabelecimento. As instruções aos trabalhadores podem ser transmitidas durante treinamentos ou por meio de diálogos de segurança, documento físico ou eletrônico (cartazes, normativos internos, entre outros), evitando o uso de panfletos[28].

Relevante então a adoção dessas medidas de controle, por parte das empresas, a fim de que se possam evitar a contaminação dos trabalhadores pelo novo coronavírus no ambiente laboral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vale lembrar que os empregados que sofrem acidentes de trabalho com afastamento superior a 15 dias têm direito à estabilidade provisória. Tal estabilidade adquirida em decorrência de adoecimento por Covid-19 poderia gerar um ônus adicional para as empresas, nesses tempos de crise.

5.Considerações finais

O aparecimento da Covid-19 e a sua disseminação pelo mundo fez com que houvesse a alteração no comportamento da sociedade como um todo. A doença de fácil contágio, e que em muitos casos pode resultar em óbitos, provocou severas alterações na rotina das pessoas.

No Brasil, aulas presenciais foram suspensas, bares fechados e shows foram proibidos de acontecer. Algumas empresas adotaram sistema de rodizio de trabalhadores para evitar aglomerações e outras empresas e alguns órgãos públicos optaram pelo trabalho remoto, com o intuito de proteger os trabalhadores do possível adoecimento no ambiente laboral.

Nesse cenário caótico algumas normas e recomendações surgiram com o intuito de disciplinar o tema Covid-19 no ambiente laboral. Dentre as quais damos destaque à MP n.º 927/2020 que dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do novo coronavírus.

O artigo 29 da referida Medida Provisória determinava que os casos de contaminação, pela Covid-19 ocorridos no ambiente laboral, não seriam considerados doença 0ocupacional, exceto se fosse comprovado o nexo causal entre as condições de trabalho e a doença.

Tal dispositivo gerou diversas discussões até que, após provocação advinda de inúmeras ADI propostas, o STF se pronunciou suspendendo o referido artigo, deixando a questão do acidente de trabalho oriundo da contaminação pela Covid-19 a cargo da legislação vigente.

De qualquer maneira a referida Medida Provisória perdeu sua vigência e o governo ou o congresso federal ainda não editaram legislação para tratar do tema. Tal ausência de regulamentação, portanto, trouxe um vazio legislativo.

Existem opiniões divergentes sobre a possibilidade de enquadramento do adoecimento do empregado pela Covid-19. Mas ainda não consenso para caracterizar a Covid-19 como acidente laboral para toda e qualquer atividade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Face ao exposto, conclui-se que embora ainda não exista legislação específica disciplinado esse tema, é imperioso que as empresas adotem rígidos protocolos de segurança com o intuito de preservar a saúde de seus trabalhadores e evitar a ocorrência de adoecimentos com possibilidade de enquadramento em acidente de trabalho.

REFERÊNCIAS

ANAMT. **Consulta Pública: Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho**. Associação Nacional de Medicina do Trabalho. 6 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/2019/12/06/consulta-publica-lista-de-doencas-relacionadas-ao-trabalho/> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

BBC News. **Coronavirus: What did China do about early outbreak?** BBC News, 09 de junho de 2020. Disponível em: < https://www.bbc.com/news/world-52573137>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. **ATO DECLARATÓRIO DO PRESIDENTE DA MESA DO CONGRESSO NACIONAL Nº 92**, 30 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Congresso/adc-92-mpv927.htm> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

BRASIL, **Medida Provisória nº 905**, de 11 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

BRASIL, **Medida Provisória nº 955**, de 20 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv955.htm>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

BRASIL, **Medida Provisória nº 927**, de 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213/91** de 24.07.1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acessado em: 31 de agosto de 2020.

BRASIL. **Portaria nº 1.339, de 18 de novembro de 1999**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1999/prt1339_18_11_1999.html> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

BRASIL. **REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**. **Anexo II** – Agentes Patogênicos Causadores de Doenças profissionais ou do trabalho, conforme previsto no art. 20 da Lei nº 8.213, DE 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048anexoii-iii-iv.htm> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

BVS Atenção Primária em Saúde. **Quais são os grupos de risco para agravamento da COVID-19?** 26 de agosto de 2020. Disponível em: <https://aps.bvs.br/aps/quais-sao-os-grupos-de-risco-para-agravamento-da-covid-19/> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL. **Manual de acidentes de trabalho**. Diretoria de Saúde do Trabalhador. Maio de 2016. p.13 Disponível em: <http://www.abramt.org.br/k/downloads/12141696.pdf>. Acessado em: 01 de setembro de 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA **PORTARIA CONJUNTA Nº 20, DE 18 DE JUNHO DE 2020**. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/PDF/COVID_-_SIT_-_Orienta%C3%A7%C3%B5es_Gerais.pdf> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença Covid-19**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde declara transmissão comunitária nacional**. 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46568-ministerio-da-saude-declara-transmissao-comunitaria-nacional>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PORTARIA DE CONSOLIDAÇÃO Nº 5**, DE 28 DE SETEMBRO DE 2017. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/marco/29/PRC-5-Portaria-de-Consolida----o-n---5--de-28-de-setembro-de-2017.pdf> Acessado em: 01 de setembro de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nota Técnica Conjunta 04/2020. PGT/COORDIGUALDADE/ CODEMAT/CONAETE/CONAFRET/CONAP. 17 de março de

2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-no-4-coronavirus.pdf> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade do empregador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6354**. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Redator do acórdão: MIN. ALEXANDRE DE MORAES (ADI-MC-Ref). Relator do último incidente: MIN. MARCO AURÉLIO (ADI-MC-Ref). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882545> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19.** Notícias STF, 29 de abril de 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

TAYLOR, Derrick Bryson. **A Timeline of the Coronavirus Pandemic.** The New York Times, 06 de agosto de 2020. Disponível em: < https://www.nytimes.com/article/coronavirus-timeline.html>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula nº 378 do TST** - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378> Acessado em 31 de agosto de 2020.

TUPONI JÚNIOR, Benedito Aparecido. **Responsabilidade civil objetiva no ato do trabalho e atividade empresarial de risco**. Curitiba: Juruá, 2010.

BBC News. **Coronavirus: What did China do about early outbreak?** BBC News, 09 de junho de 2020. Disponível em: < https://www.bbc.com/news/world-52573137>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

UNIVERSIDADE ABERTA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus**. UNA-SUS EM NÚMEROS. 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-

mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

WORDMETERS. **Pandemia de coronavírus COVID-19**. Última atualização em 02 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Conselhos sobre doença coronavírus (COVID-19) para o público**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> Acessado em: 01 de setembro de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Novel Coronavirus (2019-nCoV)**. Situation Report -1. 21 de janeiro de 2020. Disponível em: < https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

NOTAS:

[1] Graduada em Engenharia Civil e em Direito. Pós-graduada em Engenharia de Segurança do Trabalho. E-mail: kamilejeane@gmail.com.

[2] BBC News. **Coronavirus: What did China do about early outbreak?** BBC News, 09 de junho de 2020. Disponível em: < https://www.bbc.com/news/world-52573137>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[3] TAYLOR, Derrick Bryson. **A Timeline of the Coronavirus Pandemic.** The New York Times, 06 de agosto de 2020. Disponível em: < https://www.nytimes.com/article/coronavirus-timeline.html>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[4] WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Novel Coronavirus (2019-nCoV)**. Situation Report -1. 21 de janeiro de 2020. Disponível em: < https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[5] UNIVERSIDADE ABERTA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus**. UNA-SUS EM NÚMEROS. 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[6] BVS Atenção Primária em Saúde. **Quais são os grupos de risco para agravamento da COVID-19?** 26 de agosto de 2020. Disponível em: <https://aps.bvs.br/aps/quais-sao-os-grupos-de-risco-para-agravamento-da-covid-19/> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[7] MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença Covid-19**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

[8] MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença Covid-19**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

[9] MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde declara transmissão comunitária nacional**. 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46568-ministerio-da-saude-declara-transmissao-comunitaria-nacional>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

[10] WORDMETERS. **Pandemia de coronavírus COVID-19**. Última atualização em 02 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[11] WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Conselhos sobre doença coronavírus (COVID-19) para o público**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> Acessado em: 01 de setembro de 2020.

[12] BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 133.

[13] TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula nº 378 do TST** - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378> Acessado em 31 de agosto de 2020.

[14] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, p. 49.

[15] BRASIL. **REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**. **Anexo II** – Agentes Patogênicos Causadores de Doenças profissionais ou do trabalho, conforme previsto

no art. 20 da Lei nº 8.213, DE 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048anexoii-iii-iv.htm> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[16] TUPONI JÚNIOR, Benedito Aparecido. **Responsabilidade civil objetiva no ato do trabalho e atividade empresarial de risco**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 150.

[17] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade do empregador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.152.

[18] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, p. 51.

[19] INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL. **Manual de acidentes de trabalho**. Diretoria de Saúde do Trabalhador. Maio de 2016. p.13 Disponível em: <http://www.abramt.org.br/k/downloads/12141696.pdf>. Acessado em: 01 de setembro de 2020.

[20] BRASIL, **Medida Provisória nº 955**, de 20 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv955.htm>. Acessado em: 31 de agosto de 2020.

[21] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19.** Notícias STF, 29 de abril de 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[22] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6354**. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Redator do acórdão: MIN. ALEXANDRE DE MORAES (ADI-MC-Ref). Relator do último incidente: MIN. MARCO AURÉLIO (ADI-MC-Ref). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882545> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[23] BRASIL. **ATO DECLARATÓRIO DO PRESIDENTE DA MESA DO CONGRESSO NACIONAL Nº 92**, 30 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Congresso/adc-92-mpv927.htm> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[24] BRASIL. **Portaria nº 1.339, de 18 de novembro de 1999**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1999/prt1339_18_11_1999.html> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[25] ANAMT. **Consulta Pública: Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho**. Associação Nacional de Medicina do Trabalho. 6 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/2019/12/06/consulta-publica-lista-de-doencas-relacionadas-ao-trabalho/> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[26] MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PORTARIA DE CONSOLIDAÇÃO Nº 5**, DE 28 DE SETEMBRO DE 2017. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/marco/29/PRC-5-Portaria-de-Consolida----o-n---5--de-28-de-setembro-de-2017.pdf> Acessado em: 01 de setembro de 2020.

[27] MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota Técnica Conjunta 04/2020**. PGT/COORDIGUALDADE/ CODEMAT/CONAETE/CONAFRET/CONAP. 17 de março de 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-no-4-coronavirus.pdf> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

[28] MINISTÉRIO DA ECONOMIA **PORTARIA CONJUNTA Nº 20, DE 18 DE JUNHO DE 2020**. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/PDF/COVID_-_SIT_-_Orienta%C3%A7%C3%B5es_Gerais.pdf> Acessado em: 02 de setembro de 2020.

www.conteudojuridico.com.br

A PRISÃO PREVENTIVA EXCESSO DE PRAZO E AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

JACQUELINE BRITO DOS SANTOS: Acadêmica finalista do Curso de Direito;Ulbra-Manaus-Ceulm.

RUBENS ALVES DA SILVA **[1]**

(orientador)

RESUMO: O tema proposto pelo artigo cientifico foi; A Prisão Preventiva, seu Excesso de Prazo e Afronta a Princípios Constitucionais. Tendo objetivo de avaliar, verificar e discorrer sobre os principais assuntos que acerca esse instituto jurídico. Justifica-se por ser um tema atual e relevante. O problema está no conflito entre o instituto citado, sua falta de prazo e a CF/88. por tal prisão ser apenas ainda uma espécie de prisão cautelar, e ainda esse individuo nem sequer ainda fora condenado, mais pelo tempo que lá já está preso é como se condenado já estivesse ou seja como já fosse prisão com pena, passando por cima da razoável duração do processo e muitos outros princípios constitucionais basilares.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão preventiva, CF/88, Excesso de prazo, Código de Processo Penal.

SUMÁRIO: 1.Introdução – 2 Desenvolvimento - 2.1 Conceito de Princípios no Direito - 2.2 Conceito de Prisão Cautelar e Suas Modalidades - 2.3 A Prisão Preventiva, sua Duração e o Excesso de Prazo – 2.4 O Principio da Razoável Duração do Processo – 2.5 Principio do Contraditório e Ampla Defesa – 3 Metodologia – 4 Considerações Finais – 5 Referências.

1.INTRODUÇÃO

Sem sombra de dúvidas, é perceptível que a liberdade é uma das virtudes mais importante para o cidadão. Pois a regra é a liberdade, porem a prisão é a exceção.

Nesse sentido, no que diz respeito a prisão suas espécies de cautelares, tem-se três, quais são a prisão em flagrante delito, prisão temporária e a preventiva.

Comentando especificamente do instituto da preventiva, segundo o art.311 do CPP, aduz que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O tema proposto será; A Prisão Preventiva Excesso de Prazo e Afronta a Princípios Constitucionais. Sendo que a falta de prazo e excesso da duração desse tipo de prisão, frente ao princípios constitucionais da razoável duração do processo, bem como o contraditório e ampla defesa, proporcionalidade e outros tantos.

Tem como objetivo de avaliar, verificar e discorrer sobre os principais assuntos que acerca desse instituto jurídico. Justifica-se por ser um tema atual e relevante. O problema está no conflito entre o instituto citado, sua falta de prazo e a CF/88, que gera uma celeuma no direito.

Assim, irá ser discorrido sobre conceito e modalidades de prisão, além de debater sobre a preventiva e sua duração, avaliar os princípios disposto na CF/88, que tem a ver com tal questão e sua confrontação.

Há relevância, tanto para os operadores do direito, já que lhe dão com essa questão no dia-dia e verificam como inadequado o modo que é interpretado e compreendido tal medida excessiva por parte da justiça. Como também para a sociedade como um todo, uma vez que nem todos tem conhecimento desse tipo de prisão, além do mais, ressalta-se que os mesmos tão sujeitos a ela.

Ao longo do trabalho, no primeiro momento, será ressaltado sobre conceito e modalidades de prisão, por conseguinte, a preventiva e sua duração e por fim os princípios constitucionais afetados pela questão. O trabalho foi elaborado através de pesquisa bibliográfica, no qual fora utilizado, livros, artigos científicos, lei, doutrina e jurisprudência.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1CONCEITO DE PRINCIPIOS NO DIREITO

Os chamados princípios no direito, poder ser compreendido como início, um marco, parâmetros, onde se inicia e estabelece algo importante que deve ser seguido. No qual impõe regramento.

Para Mello (2011, apud, Vieira 2018), entende por princípio, um regramento e núcleo de um sistema, um vetor, que contem preceitos fundamentais que inicia e se espelha para as demais normas. Pois este marco, previsão de um padrão a ser seguido pelas demais arcabouço jurídico.

Já Reale (2003) compreende princípio como sendo, um verdadeiro juízo fundamental, servindo de parâmetro, na seara jurídica. São verdadeiros pilares de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

orientação na orbita jurídica, onde erradia as demais normas infraconstitucionais, devendo ser respeitadas.

No entendimento de (VIEIRA, 2018,p.4), quanto aos princípios:

Por ser a norma fundamental, deve ser interpretado de maneira harmonizada em conjunto com os demais normas, por se tratar de várias existente. Pois este juntos com os outros princípios são mandamento que dá influencia no ordenamento jurídico devendo ser seguido.

Pelo exposto, compreende-se princípio no direito brasileiro um regulamento inicial previsto na carta magna, no qual dar o alicerce e parâmetro, irradiando para as demais disciplinas do direito no qual deve ser respeitada e seguida.

2.2 CONCEITO DE PRISÃO CAUTELAR E SUAS MODALIDADES

Entende-se por prisão, o cerceamento ou restrição à liberdade de locomoção ao indivíduo. Nesse contexto, conceitua, Távora (2015) que prisão no mundo jurídico, é o encarceramento do indivíduo, quando a sua liberdade de ir e vir. No qual existindo duas espécie de prisão. Sendo ela a sem pena, sendo aquelas cautelares e também a prisão com pena, onde já há o transito em julgado no qual devendo cumpri-la e sendo considerado culpado.

Ainda sobre o conceito, afirma Capez (2015) que trata-se da restrição à liberdade de locomoção, já que é a resposta estatal pelo fato de supostamente ter cometido algum ilícito penal. Sendo que tal prisão tem previsão legal.

Nesse sentido, é possível esclarecer que existem três tipos de prisão previsto no Código de Processo Penal brasileiro. A **prisão em flagrante** no CPP. Vejamos:

> Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.
>
> Art. 302. Considera-se em 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 pessoa, 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.

No que diz respeito a essa espécie de prisão, é interessante notar que qualquer pessoa do povo, embora não seja policial, pode prender o indivíduo que esteja em flagrante, porem desde que faça com cautela a sua integridade.

O instituto da prisão em flagrante acontece quando o suspeito, encontra-se cometendo ilícito penal, que previsto como crime, neste momento, logo após e em seu encalço, como visto acima.

Ainda com relação ao deslinde da prisão e suas circunstância seguira os artigos seguintes do CPP.

> Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto
>
> § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.
>
> [...]

Já a **prisão temporária** tem previsão nos termos da lei n. 7.960 de 1989. Sendo cabível sua decretação nas hipóteses abaixo:

> Art. 1° Caberá prisão temporária:
>
> I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
>
> II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso.

b) seqüestro ou cárcere privado.

c) roubo.

d) extorsão.

e) extorsão mediante seqüestro;

f) estupro .

g) atentado violento ao pudor.

h) rapto violento.

i) epidemia com resultado de morte.

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte.

l) quadrilha ou bando.

m) genocídio.

n) tráfico de drogas

o) crimes contra o sistema financeiro.

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Devendo tal modalidade de prisão ser decretada pelo juiz a pedido da autoridade policial ou ministério público, verificado circunstancias do artigo.1. Da lei citada. Nessa questão o artigo.2, e seguintes dispõe que:

> Art. 2° A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

> § 1° Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.
>
> § 2° O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.
>
> § 3° O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.
>
> § 4° Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.
>
> § 5° A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.
>
> § 6° Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5° da Constituição Federal.
>
> § 7° Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.
>
> [...]

Ainda temos uma terceira modalidade de prisão, que trata-se da preventiva, que está fundamentada no Código de Processo Penal vigente, ao longo dos artigos.311 e seguintes desta norma. Porem será tratada em título especifico, já que o objetivo é aborda-la e discorrer sobre a mesma.

2.3 A PRISÃO PREVENTIVA, SUA DURAÇÃO E O EXCESSO DE PRAZO

A prisão preventiva pode ser compreendida como uma das formas de prisão cautelar e provisória. Onde tem o intuito de assegurar o andamento processual para que não haja interferência. Sendo que esta espécie de prisão é possível, seja em sede inquérito ou judicial. Pois encontra respaldo no Código de Processo Penal vigente.

Conceituando, sobre a prisão preventiva, (TOURINHO FILHO, 2010, apud ALMEIDA, 2012) que é:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Sobre a cautelar embasada dentro da prisão preventiva é inteligente o entendimento de (NUCCI, 2014), quando diz que:

> Embora todo acusado seja considerado inocente até o trânsito em julgado de decisão criminal condenatória, torna-se viável a ocorrência de sua **prisão cautelar**, **quando indispensável, dentre outros fatores, à garantia da ordem pública.** O direito à segurança não pode ser olvidado, unicamente pelo fato de haver sido previsto o direito à presunção de inocência. Pode-se, perfeitamente, compatibilizar os interesses. **Caso seja necessária a decretação da custódia cautelar** de um indiciado ou acusado, não se passa, em decorrência disso, a considerá-lo *culpado*. Continuará a ser tratado como pessoa *inocente*, ainda que esteja privado de sua liberdade. A origem e a fundamentação da segregação têm bases diversas, não dizendo respeito à culpa ou inocência, mas à necessidade de se prender aquele que, de outra forma, colocaria em risco o direito de outros indivíduos à segurança.O artigo 312 do Código de Processo Penal fornece os alicerces para a compreensão e para a utilização **da prisão cautelar**, de um modo geral. É fundamental existir prova da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria. Associado a ambos os requisitos, acrescenta-se mais um, pelo menos**: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal.**

Nesse sentido quanto a prisão preventiva o artigo.311 e seguintes desta norma, dispõe que:

> CPP(...)
>
> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz,

> de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Desse modo, como observado acima, percebe-se que a prisão preventiva pode ser decretada pelo Juiz de oficio, pelo Ministério Público quando requerer ou pela representação do delegado de polícia.

Quanto aos seus motivos ensejadores, de acordo com o Código de Processo Penal, prevê a existência de 3 principais, dos quais são:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Portanto, pode ser decretada, para garantir a ordem pública, econômica ou conveniência da instrução criminal. Porém, o que mais se ver na atualidade entre essas cautelares, é a preventiva, pela garantia da ordem pública.

Sobre um importante aspecto fundamental que deve ter a prisão preventiva, devendo ser observado, segundo, Capez (2015) que este tipo de prisão só poderá ser decretada, caso preencha os requisitos da fumaça do bom direito e o perigo da demora, já que deve de fato que esteja alicerçada do que prevê a lei. Caso desse modo não seja, além de ser desnecessária, seria a condenação do acusado antes mesmo de sua condenação, violando assim o princípio constitucional da presunção de inocência.

Quanto ao que tipo de crime e circunstancias que pode ser decretada, o Código de Processo Penal, aduz que:

> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva
>
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.
>
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no (...)
>
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência
>
> Parágrafo único. [...]

Capez (2015) ressalta que a prisão preventiva, deve ser decretada de acordo com os termos do artigo.312 do Código de Processo Penal, porem deve se valer do artigo.313, desta norma, onde diz em quais circunstancias e tipos de crimes.

Com relação a prazo, observando o referido Código de Processo Penal, é perceptível que o legislador foi omisso e não determinou um tempo limite em que o indivíduo poderá ficar preso, assim gerando divergência e celeuma na jurisprudência e doutrina, além disso, causa prejuízo ao acusado, pois ferindo alguns direitos constitucionais.

Nesse sentido, quanto a sua duração e prazo, Gomes (2009) afirma que não há na lei um prazo existente, quanto a esse tipo de prisão, já que vem da omissão legislativa. Assim dura até quando for preciso para os tribunais. Porem ressalta que deve observar os princípios, tanto da razoável duração do processo e proporcionalidade. Pois visto que a prisão tem o condão de resguardar o andamento da instrução criminal, no qual não pode se estender de maneira indefinida, já que caso ocorra, estarão cometendo constrangimento ilegal.

Afirma, (ALMEIDA, 2012) quanto a essa divergência que:

> Buscou-se a jurisprudência e a doutrina cominar um prazo eu entenderam razoável para duração da prisão preventiva, fixou o entendimento de que o prazo máximo de prisão processual durante a instrução é de 81 dias, isso claro, seria o razoável, através de todo procedimento e tramite previsto no CPP. sob pena de caracterizar constrangimento ilegal. Porém não abarcou completamente todas as vertentes do problema, pois não diferenciando esse tempo de acordo com crime imputado, podemos ter casos incoerentes em que um crime de maior complexidade tenha o mesmo prazo de um de menor ou maior. O ideal seria fazer essa diferenciação de acordo com a pena em abstrato prevista ao ilícito penal.

A doutrina de (PACELLI,2017,apud GOLVEIA LIMA e PORTO LIMA,2019) entende que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A contagem do prazo se inicia com a prisão do acusado, mesmo que decorrente de flagrante delito, convertida em preventiva. Logo, a partir da prisão, terá início a contagem de prazo para o encerramento do inquérito policial, que é de dez dias na Justiça Estadual e 15 dias prorrogáveis na Justiça Federal, seguindo-se os demais atos processuais, que são o oferecimento da denúncia e início da instrução criminal.

Com relação ao excesso de prazo e divergência, em sua crítica Avena (2017), ainda cita súmulas do STJ a respeito, onde acredita ser mais dificultoso para o réu. Que vale ressaltar o teor da sumula 21 do Superior Tribunal de Justiça, onde fala que quando pronuncia o réu, já se faz superada a alegação de que há excesso de prazo, além do constrangimento ilegal.

Ainda nesse mesmo sentido, dispõe (AVENA, 2017,p.192) que:

> [...] também o teor da 52 da corte, que preleciona que com quando encerra a instrução criminal, não há de se falar em constrangimento por excesso de prazo. Revela ainda que a sumula 64, da colenda corte, prevê que não há constrangimento ilegal em caso de excesso de prazo na instrução requerido pela defesa. Portanto isso ao meu ver é um erro da colenda corte, pois aqui já violou vários princípios, além do mais e como se fosse uma pena antecipada.

No ano de 2017, a colenda turma do Superior Tribunal de Justiça, julgou habeas corpus, sob alegação da defesa de excesso de prazo, no qual se tratava de uma prisão cautelar preventiva. No qual fora indeferida, entendendo por sua não concessão. Uma vez que deve de fato ser comprovado o excesso de prazo. (REVISTA CONJUR, 2017) Segue abaixo:

> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 88.324 - RJ (2017/0204688-1) RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO RECORRENTE : (PRESO) ADVOGADOS : UBIRATAN TIBURCIO GUEDES - RJ023674 CAROLINE FERREIRA DA SILVA - RJ170417 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DECISÃO Trata-se de recurso em habeas corpus no qual se busca a revogação da **prisão preventiva**, sob a alegativa de excesso de prazo para a formação da culpa penal e prolação de pronúncia ou impronúncia. No acórdão combatido do Tribunal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de origem foi denegada a ordem. (...). **Prisão preventiva**. Em que pese ser a constrição da liberdade a última ratio, deve ela ser conservada quando as medidas cautelares diversas da prisão não se mostrarem adequadas ou suficientes para coibir o cometimento de novos crimes ou para resguardar a aplicação da lei penal. **Afasta-se a alegação de excesso de prazo, considerando ser ilegal, quando resultante de negligência, displicência ou erro do juízo de piso, o que não se observa in casu. Inexistência de excesso de prazo imputável ao juízo. Feito aguardando diligência requerida pela defesa. Ausência do constrangimento ilegal apontado. Ordem denegada.**

DECIDO. A concessão de liminar em habeas corpus é medida excepcional, somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se, de plano, evidente constrangimento ilegal. Com relação aos prazos consignados na lei processual, deve atentar o julgador às peculiaridades de cada ação criminal. De efeito, uníssona é a jurisprudência no sentido de que o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada, impondo-se adoção de critérios de razoabilidade no exame da ocorrência de constrangimento ilegal. **Na hipótese, ao menos em cognição sumária, não se detecta manifesta ilegalidade apta a ensejar o deferimento da medida de urgência, pois, se faz necessário exame aprofundado da suficiência da cautelar atípica**. Assim, para garantir a eficácia plena das decisões dominantes na Turma, melhor o exame do recurso em habeas corpus por ocasião do julgamento definitivo de mérito. Ante o exposto, indefiro a liminar.

Portanto, embora os tribunais tenham decidido de forma diversa, sendo que muitas das vezes não entendendo como excesso de prazo ou não concessão do pedido alegado pela defesa, deve levar em conta e avaliar os preceitos constitucionais, para que o prazo seja razoável e não haja constrangimento ilegal.

2.4 O PRINCIPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Com o advento da emenda constitucional n.45, do ano de 2004, fora introduzida na constituição federal de 1988, em seu artigo.5, que trata dos direitos e

garantias fundamentais, o inciso LXXVIII, no qual este inciso diz justamente sobre a razoável duração do processo. Vejamos:

> Art.5.(...)
>
> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A respeito da razoável duração do processo, Távola e Alencar (2010), avalia que este instituto prima pela questão de que, seja em sede judicial ou administrativa, o processo não deve ser tão moroso, devendo em tempo razoável, dá uma resposta a quem de direito interessa.

Ainda, (TÁVOLA e ALENCAR, 2010,p.203) prevê ser prejudicial caso demore:

> Na seara penal, quanto a duração razoável, uma vez que há interesse de ambas as partes, tanto vitima como réu. O processo deve ocorrer de maneira mais breve possível, principalmente para o réu que está preso, já que a demora seria a verdadeira antecipação da pena. Estando sob fragrante ilegalidade.

Vieira (2018) entende que deve o processo, o mais célere e breve possível, para se obter um resultado satisfatório. Pois entende ser imprescindível para proteger o direito. Já que caso não seja razoável, o tempo desta demanda, as partes terá seus direitos violados, assim proporcionando injustiças.

Portanto analisando o inciso acima, da carta maior, embora tenha sido introduzido na lei, e perceptível que no Brasil não funciona. Uma vez que boa parte dos processos de diversas áreas do direito, são morosos e demoram anos. Principalmente não seara penal, observa-se muitos descasos nos casos de prisão preventiva, ocasionando e ferindo direitos e ficando sob ilegalidade.

2.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O contraditório e ampla defesa é um dos principais princípios basilares previsto na Carta Magna de 1988, no rol de direitos fundamentais do art.5. Prevendo que:

> Art.5. (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Como visto no inciso, dá para perceber que a CF/88, entende que mesmo sendo tanto na seara administrativa ou judicial é a segurado a oportunidade de defesa e podendo utilizar de todos os meios em direito admitidos.

Para Capez (2015) o instituto da ampla defesa e do contraditório, previsto na lei maior de 1988, prevê que o indivíduo deve ter o direito de se defender de tudo o que fora imputado a ele, garantindo todos os meios possíveis, devendo ser respeitado cada momento, principalmente em sede de processo, garantindo a devida citação, audiência, recursos e momento de manifestação. Não havendo tal possibilidade, estará confrontando com este princípio.

É inteligente, a colocação dos autores (THEODORO JUNIOR,2015, apud MIRANDA VIEIRA, 2019) quando descreve que:

> O contraditório e ampla defesa evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado.

Portanto e de suma importância a garantia do contraditório e ampla defesa, para que haja um julgamento justo e pleno. Aqui fala-se da morosidade da justiça em sede de prisão preventiva, já que não há prazo para soltura e ainda não sendo uma prisão com pena. Inviabiliza e afronta diretamente este instituto previsto na Carta Magna.

Conclui-se que não há um consenso a respeito do prazo de duração desse tipo de prisão, uma vez que legislador foi omisso nesse sentido. Daí gerando diversas celeuma tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

3.METODOLOGIA

O método de abordagem é dedutivo, porque éumprocesso de análise da informação que utiliza o raciocínio lógico e a dedução para obter uma conclusão a respeito de um determinado assunto.

Chizzotti, comenta que:

> No desenvolvimento da pesquisa, os dados colhidos em diversas etapas são constantemente analisados e avaliados. Os aspectos particulares novos descobertos no processo da análise são investigados para orientar uma ação que modifique as condições e as circunstâncias indesejadas (CHIZZOTTI, 2001, p.89).

A observação direta ou participante é obtida por meio do contato direto do pesquisador com o fenômeno observado, para recolher as ações dos atores em seu contexto natural, a partir de sua perspectiva e seus pontos de vista.

O tipo de pesquisa é qualitativa, por ser uma metodologia de caráter exploratório. Seu foco está no caráter subjetivo do objeto analisado.

Chizzotti, explica que:

> Busca compreender o comportamento, estudando as suas particularidades e experiências individuais, entre outros aspectos. (CHIZZOTTI, 2001, p.9).

Para esse presente artigo, fora utilizado a pesquisa de revisão bibliográfica. Deste modo, ao longo do trabalho utilizou-se de artigos científicos, livros doutrinários de direito penal e processual penal, e Constitucionais, além das leis e jurisprudência pertinente ao tema. Pesquisou-se bibliografias onde foi abordado de maneira contextualizada os conceitos de princípios constitucionais pertinente ao assunto e as afronta aos mesmo, bem como a respeito das prisões cautelares, principalmente a preventiva e seu excesso de prazo.

No que diz respeito ao conceito desse tipo de pesquisa, de acordo com Gil (2010) avalia que a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de levantamentos previamente feitos, nos quais já há pesquisa abordando o tema, seja através de livros, revistas, artigos, documentos e sites especializados.

4. CONSIDERAÇOES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O tema proposto pelo artigo cientifico foi; A Prisão Preventiva, seu Excesso de Prazo e Afronta a Princípios Constitucionais. Tendo objetivo de avaliar, verificar e discorrer sobre os principais assuntos que acerca esse instituto jurídico.

Ao longo do trabalho fora discorrido sobre o que uma prisão e suas espécies para o direito, no qual podem ser citadas as principais, quais seja a prisão em flagrante delito que ocorre nos termos do artigo.302 do CPP, onde a pessoa esta comentando a infração penal, acaba de comete-la e outros [..]

Já a prisão temporária está prevista na lei 7.960/89,artigo.1 e seguintes, sendo cabível quando for imprescindível a investigação, quando for fornecido endereço fixo ou elementos necessário ao esclarecimento ou quando houver fundadas razões para tal.

No que diz respeito à preventiva tem sua previsão de acordo com artigo. 311 ao 316 do Código de Processo Penal, revelando que em qualquer fase do inquérito ou processo e cabível, sendo decretada pelo juiz a pedido do Ministério Publico ou autoridade policial. O motivo ensejador pode ser por garantia da ordem publica econômica ou conveniência da instrução criminal.

Pois bem no que diz respeito a esse tipo de prisão o grande problema e debate constante no direito e que o legislador foi infeliz e deixou uma lacuna, onde não estabeleceu um prazo razoável a sua duração que pode demorar meses e ate anos, que neste ponto já entra em conflito com princípios constitucionais sagrados previstos na CF/88, além disso, tem-se também a questão de que tal prisão é apenas ainda uma espécie de prisão cautelar, e ainda esse individuo nem sequer ainda fora condenado, mais pelo tempo que lá já está preso é como se condenado já estivesse ou seja como já fosse prisão pena.

É sabido que esta espécie de prisão é imprevisível com relação ao tempo, porem é necessário observar que acima dela existem direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal vigente que deve ser respeito acima de qualquer outro fator, aqui podemos dizer que este individuo encarcerado teria direito ao devido processo legal ?, estão respeitando também a razoável duração do processo ?, indo além disso foi respeitado o principio da proporcionalidade ou ate mesmo a presunção de inocência ?

Hoje em dia vivemos em tempos estranhos, onde no brasil a fora em alguns tribunais tem-se visto interpretações escandalosas que vão contra ou interpretam de maneira distorcida e na respeitando a Constituição Federal.

5.REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cristiane soares de. Disponível em; https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29387/prisao-preventiva-e-seu-tempo-de-duracao .2012. Acesso em agosto de 2020.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em agosto de 2020.

CODIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em agosto de 2020.

CONJUR. Revista jurídica. Superior Tribunal de Justiça, informação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/excesso-prazo-prisao-aplica-demora.pdf 2017. Acesso em julho de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Saraiva, São Paulo. 2015.

GOMES, Luiz Flavio. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/936275/qual-e-o-prazo-de-duracao-da-prisao-preventiva. Ano de 2009. Acesso em julho de 2020.

CHIZZOTTI, Antonio. Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Cortez, 2001.

LIMA, Adriano Golveia e PORTO LIMA, Raissa. Disponível em : https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4707/a-analise-requisitos-prisao-preventiva-prazo-razoavel-duracao-processo . ano 2019. Acesso em agosto de 2020.

MIRANDA VIEIRA, Reginaldo. Artigo: **o tempo da razoável duração do processo e a prisão preventiva.** Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52632/tempo-duracao-razoavel-do-processo-e-prisao-preventiva ano de 2019. Acesso em julho 2020.

M.VIEIRA, Reginaldo. Artigo: **tempo, duração razoável do processo e a prisão preventiva.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72973/tempo-duracao-razoavel-do-processo-e-prisao-preventiva ano de 2019. Acesso em agosto de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão cautelar preventiva e a ordem pública**. Disponível em: http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-cautelar-e-garantia-da-ordem-publica ano de 2014. Acesso agosto de 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. Atlas, são Paulo. 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

REALE, Miguel. **Lições de direito**. Saraiva. São Paulo. 2003.

TÁVORA, Nestor, ANTONNI, Rosmar. **Curso de Processo Penal**. JusPODIVM, Salvador, Bahia. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** . São Paulo: Saraiva, 2010.

NOTAS:

[1] Professor Orientador Rubens Alves da Silva. Ulbra-Manaus-Ceulm. E-mail: rubensilvaadv@gmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFICÁCIA DA LEI Nº 12.764/12, QUE RESGUARDA OS DIREITOS DOS PORTADORES DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA, NO QUE TANGE A INCLUSÃO EM ESCOLAS DE ENSINO REGULAR

HÉVELIN CAROLINE MELO DE ALMEIDA: Acadêmica do Curso Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Amazonas, Estagiária do Tribunal de Justiça do Amazonas – Itacoatiara/AM

JANE SILVA DA SILVEIRA [1]

(orientadora)

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo questionar a efetiva aplicação da Lei que resguarda os direitos dos indivíduos diagnosticados com Transtorno do Espectro Autista no que tange a inclusão destes em escolas de ensino regular, tomando-se como base o Princípio da Igualdade bem como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, haja vista o grande preconceito existente por parte da sociedade em realizar a inclusão desses indivíduos seja em escolas regulares de ensino pública ou particular, assim como no meio social. Apesar de todos os avanços alcançados durante o decorrer dos anos, principalmente com a criação da Lei nº 12.764/12 que ampara expressamente os direitos que os indivíduos portadores do autismo no Brasil, independente de grau, esses direitos ainda são ignorados pela maioria da sociedade, causando assim a exclusão de forma desumana dessas pessoas. Os referidos fatos serão validados por meio de estudo bibliográfico, bem como a Lei nº 12.764/12 e os demais instrumentos normativos que regulamenta a referida matéria.

Palavras-chaves: Autismo. Inclusão. Igualdade. Dignidade.

Abstract: The present work aims to question the effective application of the Law that protects the rights of individuals diagnosed with Autism Spectrum Disorder with regard to their inclusion in regular schools, taking as a basis the Equality Principle as well as the Principle of the Dignity of the Human Person, given the great prejudice existing on the part of society in carrying out the inclusion of these individuals, whether in regular schools of public or private education, as well as in the social environment. Despite all the advances achieved over the years, mainly with the creation of Law 12.764 / 12 that expressly supports the rights that individuals with autism in Brazil, regardless of degree, these rights are still ignored by the majority of society, causing thus inhumanly excluding these people. These facts will be validated through a bibliographic study, as well as Law nº 12.764 / 12 and the other normative instruments that regulate the referred matter.

Keywords: Autism. Inclusion. Equality. Dignity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais. 2.1. Conceito de autismo e suas classificações. 3. O aumento dos casos e a necessidade de uma legislação. 3.1 A história da Lei nº 12.764/12. 3.1.1 A importância da regulamentação do direito à inclusão. 4. A educação como direito fundamental. 4.1 A aplicação da Lei nº 12.764/12 nos casos concretos em escolas de ensino regular. 4.2. As justificativas das escolas para rejeitarem as matriculas de autistas. 4.3. As penalidades previstas na Lei nº 12.764/12 no que tange a rejeição da matricula de portadores do transtorno do espectro autista. 4.4 A efetividade da Lei nº 12.764/12. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Organização Pan-Americana da Saúde veiculou em seu site que o diagnóstico de indivíduos com Transtorno do Espectro Autista vem aumentando significativamente em todo o mundo e com isso se faz necessário a criação de normas que regulem os direitos dessas pessoas[2]. É fato que no Brasil, a Lei nº 12.764/12 foi um grande avanço nesse quesito, devido estar expresso direitos fundamentais e básicos como o tratamento igualitário com os demais, a inclusão social com a possibilidade de frequentar o ensino escolar regular, a dignidade da pessoa humana, entre outros.

O Transtorno do Espectro Autista é uma doença que afeta o desenvolvimento neurológico fazendo com que, em muitos casos, haja o atraso cognitivo, a realização de movimentos repetitivos bem como a falta de interação social, as quais são as características mais presentes nos autistas. Impende destacar que o autismo possui classificações que determinam o grau que o transtorno afeta o indivíduo, os quais são: leve, moderado e severo e, dependendo do mesmo, se faz necessário um acompanhamento multidisciplinar.

Todavia, um questionamento essencial se faz presente: A Lei nº 12.764/12 é realmente eficaz no Brasil? Os inúmeros casos concretos de indivíduos com autismo que tem sua matricula rejeitada em escolas regulares de ensino, tanto nas públicas quanto nas privadas, embora esse direito se faça expresso na referida lei, se dão em função do preconceito que ainda é marcante na sociedade? Há uma justificativa que seja plausível para essa rejeição? Qual a penalidade mencionada na Lei atinge essas escolas? Qual a efetividade das penalidades previstas na Lei?

Por fim, apresenta-se propostas em relação ao que deveria ser modificado na Lei nº 12.764/12 bem como as adaptações necessárias que devem ser feitas pelas escolas de ensino regular no geral, tanto pública quanto privada, no que tange a estrutura física e a preparação profissional dos gestores e educadores que conviverão

com autistas dentro das salas de aulas, de forma que seja diminuído o preconceito que ainda há em relação a esses indivíduos.

2.ASPECTOS GERAIS

O termo "autismo" foi utilizado pelo psiquiatra Leo Kanner tendo este tomado como base a terminologia originalmente concebida por seu colega suíço Eugene Bleuler em 1911. Bleuler se valeu do termo "autismo" para então descrever o afastamento do mundo exterior observado em alguns adultos diagnosticados com esquizofrenia que tendiam a mergulhar em suas próprias fantasias e pensamentos.[3]

2.1CONCEITO DE AUTISMO E SUAS CLASSIFICAÇÕES

O autismo é um transtorno que afeta o neurodesenvolvimento dos seus acometidos e se manifesta geralmente antes dos 3 anos de idade, prolongando-se por toda a vida do indivíduo, uma vez que não possui cura, apenas tratamento para controle e melhoria de vida.

Conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), estima-se que atualmente existem 70 milhões de pessoas com autismo em todo o mundo, sendo que no Brasil os números chegam em torno de 2 milhões. Pesquisas relatam que este é predominante em crianças do sexo masculino.[4]

De acordo com o neurologista do Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira (IFF/Fiocruz) Adailton Pontes, a dificuldade no que tange a interação social, o atraso no desenvolvimento da fala e comportamento repetitivo são os principais sinais do Transtorno do Espectro Autista. Todavia, os sintomas variam de acordo com cada indivíduo e depende também do grau de autismo que este possui. [5]

Esses graus são classificados em leve, moderado e severo de acordo com as necessidades enfrentadas pelos autistas e o quanto é comprometido do seu desenvolvimento físico e mental. Conforme o grau aumenta, as dificuldades também são maiores, sendo fato que, na maioria dos casos moderados e severos os autistas são não verbais, possuem também cognição reduzida e, em qualquer dos graus, necessitam de uma equipe multidisciplinar para acompanhá-los diariamente como forma de controle e auxilio de desenvolvimento, formada por exemplo, por terapeuta, psicóloga, fonoaudióloga, fisioterapeuta, neurologista entre outros profissionais.

É importante mencionar que o Transtorno do Espectro Autista atinge todas as classes sociais, etnias e todas as partes do mundo. Assim, nem todas as famílias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

possuem condições financeiras de arcar o tratamento multidisciplinar de seus entes e nem todos os municípios possuem profissionais qualificados para ofertar o mesmo de forma gratuita, o que agrava os sintomas da doença consideravelmente.

As crianças portadoras do autismo não decidem se querem ficar sozinhas, mas a falta de habilidades sociais que elas possuem as mantém distantes das outras, de forma que passam a ficar entretidas no seu próprio mundo, sem demonstrar desconforto. Elas são bem diferentes de crianças consideradas de personalidade tímida, que não conseguem se entrosar ou permanecer em um grupo por sentir vergonha, mas observam de longe os outros, com visível vontade de serem incluídas e participarem das brincadeiras. Crianças com autismo, muitas vezes, até chegam a buscar contatos sociais, mas acabam se afastando por não terem o conhecimento exato de o que fazer para mantê-los.[6]

Vale ressaltar que o fechar o diagnóstico de autismo não é possível ainda por exame neurológico específico, mas sim baseando-se nos sinais e sintomas que o indivíduo apresenta, levando em conta os critérios estabelecidos por DSM-IV (Manual de Diagnóstico e Estatística da Sociedade Norte-Americana de Psiquiatria) e pelo CID-10 (Classificação Internacional de Doenças da OMS), além do histórico do paciente.[7]

3.O AUMENTO DOS CASOS E A NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO

Antes de 1978, a sociedade em geral era cercada de muitas dúvidas e questionamentos acerca dos comportamentos diferentes de indivíduos que se auto isolavam e possuíam certa necessidade de cuidados especiais para sobreviver.

Foi então que o psiquiatra Michael Rutter criou um marco na compreensão do transtorno, classificando o autismo como um distúrbio do desenvolvimento cognitivo, propondo uma definição baseando-se em quatro critérios: 1- Atraso e desvio sociais não apenas como deficiência intelectual; 2- problemas de comunicação não somente em função de deficiência intelectual associada; 3- comportamentos incomuns, tais como movimentos estereotipados e maneirismos e 4- início antes dos 30 meses de idade do indivíduo.[8]

Tomando como base essa definição criada pelo psiquiatra Michael Rutter, na década de 1980, o autismo foi pela primeira vez trazido como classificação psiquiátrica pela DSM-III, em razão das inúmeras áreas cerebrais que esse transtorno afeta. Todavia, apenas em 1993 a síndrome foi adicionada à Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, CID – F84.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É notório que nas décadas anteriores havia um número consideravelmente menor de indivíduos portadores de autismo no Brasil. Contudo, atualmente é crescente a quantidade de pessoas diagnosticadas e conforme divulgado pela Organização Mundial da Saúde, OMS, calcula-se que o autismo afeta uma em cada 160 crianças no mundo.[9]

Com esse aumento significativo de diagnósticos, se fez necessário a criação de uma legislação que resguardasse de maneira expressa os direitos desses indivíduos, tendo em vista que estes perante a lei eram como inexistentes, já que as normas até então presentes não enquadravam autistas nem como pessoas portadoras de deficiências e nem como pessoas sem deficiência, além do grande preconceito que paira perante a sociedade até mesmo nos dias atuais acerca da inclusão social dessas pessoas para que possam viver com dignidade que almejam. Por conta disso, foi criada a Lei nº 12.764/12.

3.1 A HISTÓRIA DA LEI Nº 12.764/12

Em dezembro de 2012 foi criada a Lei nº 12.764/12 instituindo a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Por trás da mesma, há uma história de luta e persistência de uma mãe de um menino portador de autismo diagnosticado, Berenice Piana, que se engajou e é ativista na luta pelos direitos dos autistas. Vale ressaltar que a mesma foi a única mulher que conseguiu a aprovação de uma lei por meio da legislação participativa.

Após obter o apoio de um grupo de pais, ela iniciou uma batalha diária para conseguir voltar a atenção dos políticos para si e para a necessidade da Lei que amparasse os portadores do Transtorno do Espectro Autista. Muitas das vezes foi ignorada por conta do preconceito bem como a falta de informações que paira na sociedade atual e até mesmo no âmbito político. Então, incentivada pelo seu pai e avô, ela passou a enviar e-mails para diversos deputados e senadores com o intuito de sensibilizá-los, todavia, não foi respondida.

Contudo, ela nunca desistiu e ao enviar um e-mail para o Senador Paulo Paim (PT/RS), este concordou com a necessidade da criação da lei e sugeriu que o projeto fosse uma iniciativa popular por meio de legislação participativa.[10]

Após muita luta e persistência, a Lei nº 12.764/12 foi promulgada instituindo assim a Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas portadoras do Transtorno do Espectro Autista, estabelecendo direitos como a integridade física e moral, a inclusão social, resguardando a igualdade e a dignidade da pessoa humana bem como o reconhecimento do autista como uma pessoa com deficiência, abarcando assim, todos os direitos legais previstos para as pessoas deficientes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.1.1 A IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À INCLUSÃO

Conforme preleciona Aristóteles deve-se "tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais na medida em que se desigualam".[11] O autista necessita de um tratamento diferenciado, para que possua uma vida digna e igualitária com os demais, direitos que qualquer indivíduo possui.

Grandes avanços ocorreram na proteção dos direitos dos autistas após a criação da referida lei. Um dos direitos mais notório da Lei nº 12.764/12 é o da inclusão dos autistas, que busca reconhecer e atender às necessidades educativas que estes alunos possuem, cada um com suas especificidades, em salas de aulas do ensino regular, com o objetivo de promover a igualdade e a aprendizagem de todos.

É fato que os deficientes, mais especificadamente os autistas, possuem a capacidade e o direito de ingressarem em uma escola de ensino regular. Para isso, é necessário que escolas, tanto privadas quanto públicas, realizem as adaptações necessárias para atender essas pessoas, como a preparação de professores, de maneira que esses sejam qualificados para conseguirem se relacionar, bem como ensinar efetivamente os portadores do Transtorno do Espectro Autista já que estes possuem, muitas das vezes, dificuldades de aprendizagem.

Se faz necessária mudança comportamental para acolhimento da criança autista por todos dentro do ambiente escolar, tendo em vista que há um certo preconceito quando se trata de integrar uma criança deficiente em uma escola de ensino regular. É de suma importância que estes entendam as necessidades que o autista possui, demandando muitas das vezes mais atenção do professor, uma explicação mais lenta, e também que o indivíduo portador do transtorno não deve ser excluído ou desprezado por ser diferente.

A inclusão é vista como um direito fundamental, os quais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão, ou de pessoa capaz de agir.[12]

Logo, os Direitos Fundamentais podem ser conceituados como normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.[13]

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso os princípios previstos na Carta Magna: "são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus

postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui." [14]

Tomando como base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana previsto na Constituição Federal de 1988, é de suma importância a inclusão dos portadores do Transtorno do Espectro Autista em escolas de ensino regular, para que estes tenham um contato maior com a sociedade, para que possuam uma vida digna, para que haja o respeito às diferenças que cada indivíduo possui.

Incluir não se faz apenas colocando um autista dentro de uma sala de aula onde há inexistência de conscientização de valores e preconceito com os que possuem alguma diferença. Mas sim aceitar de maneira integral todas as individualidades que cada um possui, proporcionando uma igualdade de direitos e oportunidade, sendo assim uma questão de aprender que todos possuem diferenças, conscientização e de tomadas de atitudes.

4.A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

José Afonso da Silva afirma que: "*Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas*".[15]

Já Luigi Ferrajoli predispõe: "[...] *são 'direitos fundamentais' todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por 'status' a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou* autor *dos atos que são exercício destas".* ***[16]***

Frisa-se que o direito a educação é um direito fundamental social contido no artigo sexto da Carta Magna, estando ligado firmemente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como forma de que o indivíduo possua condições, ainda que mínimas, de participar da vida social, tendo em vista que nas escolas há um convívio com outras pessoas que fazem parte da sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A educação é vista como um pré-requisito para alcançar outros direitos, como os civis e os sociais, sendo vista como um direito básico atribuído a cada cidadão. Segundo o artigo 205 da Constituição Federal, "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. "[17]

Impende destacar que cabe ao Estado, com implementação de políticas públicas, efetivar esse direito a educação, uma vez que este possui um dever perante a sociedade de ofertar a educação básica, principalmente a população carente.

4.1 A APLICAÇÃO DA LEI 12.764/12 NOS CASOS CONCRETOS EM ESCOLAS DE ENSINO REGULAR

A Lei nº 12.764/12 em seu artigo 3º, IV, a, prevê expressamente o direito aos portadores do Transtorno do Espectro Autista à educação e ao ensino profissionalizante. Todavia, nos casos concretos, esse direito é eficaz no Brasil?

O questionamento se dá em razão aos inúmeros relatos de pais que tem a matricula de seus filhos com Transtorno do Espectro Autista rejeitada nas escolas de ensino regular no Brasil. A inclusão de crianças e adolescentes neste âmbito não é um direito novo a ser conquistado, mas sim um direito garantido, o qual é diariamente ferido por escolas tanto públicas quanto privadas que insistem em rejeitar as matriculas de autistas com inúmeras alegações.

A exclusão escolar tem início muitas das vezes pelos próprios profissionais que trabalham no local. A rejeição de uma matricula apenas pelo fato de ser deficiente caracteriza um ato que fere os princípios da igualdade bem como da dignidade humana que são resguardados expressamente pela Constituição Federal do Brasil.

Cabe mencionar que uma parcela dos autistas possui dificuldade de aprendizagem, sendo fundamental que a igualdade seja respeitada, de maneira que as escolas adotem medidas que igualem a educação destinada tanto para os autistas quanto para os outros indivíduos deficientes.

No que tange a estrutura necessária para atender alunos com autismo, escolas regulares, sejam públicas ou privadas, são carentes, tendo em vista que as mesmas não investem financeiramente para modificar essa situação já que gerará um alto custo. Consequentemente, o que ocorre atualmente é a dificuldade de encontrar profissionais capacitados nas escolas que atinjam o objetivo de ensinar efetivamente essa parcela da população.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.2 AS JUSTIFICATIVAS DAS ESCOLAS PARA REJEITAREM AS MATRICULAS DE AUTISTAS.

É recorrente a prática ilegal de rejeição de matricula de alunos com transtorno do espectro autista, tendo em vista a visão retrograda que muitos possuem de que a deficiência sempre vem acompanhada da incapacidade.

Apesar de as escolas não estarem lotadas, inexplicavelmente não há vagas em algumas quando se trata de crianças com alguma deficiência. As instituições, principalmente particulares, afirmam por exemplo que possuem uma quantidade máxima de vagas para estudantes deficientes.

Em outras, chegam a afirmar que a criança ou o adolescente não seriam capaz de se adaptar e se adequar ao método de ensino aplicado pela instituição, mais uma vez demonstrando o preconceito acerca da inclusão de autistas em escolas de ensino regular.

É fato que grande parte das escolas não almejam se adaptar tanto estruturalmente quanto profissionalmente, alegando não possuir recursos para investir na qualificação de seu quadro de profissionais de forma que estes possuam técnicas para ensinar a todos, sejam autistas ou não.

Outro ponto importante, é que algumas escolas não rejeitam a matricula de autistas, mas acabam cobrando taxas excedentes para que seja pago um profissional que auxiliará a criança.

O artigo 3º, parágrafo único da Lei nº 12.764/12 resguarda o direito de um acompanhante especializado para pessoas portadoras do transtorno do espectro autista, desde que comprovada a necessidade. Todavia, impende destacar que esse custo será arcado pelo Estado quando a escola for pública e pela instituição privada quando for particular.

4.3 AS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI Nº 12.764/12 NO QUE TANGE A REJEIÇÃO DA MATRICULA DE PORTADORES DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

No artigo 7º da Lei nº 12.764/12 dispõe que, "O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos. "[18]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No §1º do referido artigo ainda é assegurado que, ocorrendo reincidência haverá perda do cargo, sendo o fato apurado por processo administrativo assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Mesmo estando expressa a penalidade para escolas que recusem a matricula de alunos com autismo, isso ainda ocorre com certa frequência, sendo recorrente as demandas no Poder Judiciário para reconhecimento do direito desses indivíduos.

A título exemplificativo, relatamos um caso que ocorreu no ano de 2019, na cidade de Manaus, a genitora do menor procurou a escola, onde o diretor e proprietário lhe atendeu e informou que havia vaga disponível. Foi quando a mesma comentou que seu filho era autista e que esta pretendia lhe matricular na referida escola.

Fato que, dias depois, quando a genitora retornou para efetivar a matricula, o então proprietário alegou que não havia mais vagas para a criança em nenhum dos turnos, nem no meio do ano e nem no início do ano seguinte.

Este ano, o juiz de direito lotado então na 8.ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho da Comarca de Manaus, condenou escola particular de educação infantil ao pagamento de R$ 20 mil reais pela recusa da matrícula, além de a indenização a título de reparação por danos morais será acrescida de juros de 1% ao mês, a contar da citação do requerido e atualização monetária, a partir do arbitramento.

A escola ainda deverá pagar as custas processuais e honorários de sucumbência segundo a decisão, sendo fixado em 15% sobre o valor corrigido da condenação. Ressalta-se que chegou a ser pautada audiência de conciliação, porém não houve acordo.[19]

Em Brasília, no ano de 2016, uma escola privada foi condenada a pagar R$20 mil reais em danos morais a uma criança com Transtorno do Espectro Autista depois de expulsá-la sob a alegação que ocorria insegurança no ambiente escolar.[20]

A realidade se mostra bastante diferente da prevista na Lei nº 12.764/12, uma vez que por mais que essa se mostre abrangente e clara, o desinteresse e o preconceito tanto das instituições públicas quanto das instituições privadas se fazem presente atualmente.

A inclusão não ocorre como se espera, mas sim há uma coerção por parte do Estado de forma que as escolas são obrigadas a aceitar os alunos que possuem deficiência, especialmente autistas, não lhes oferecendo a inclusão real, muito menos igualdade bem como estrutura necessária, gerando um total descaso social.

4.4 A EFETIVIDADE DA LEI Nº 12764/12

A penalidade prevista na referida Lei tem cunho meramente educacional, objetivando criar uma nova cultura de respeito e integração daqueles portadores de deficiência e limitações.

No âmbito educacional, é perceptível que as penalidades pecuniárias aplicadas a quem descumpre a Lei nº 12764/12 tem baixa efetividade, uma vez que as mesmas não afetam de forma significativa as escolas e seus gestores, fazendo com que os casos de descumprimento continuem a se repetir diariamente.

No que tange as escolas públicas, é cediço que o cenário nacional não é dos melhores, estando ausentes muitas vezes condições mínimas, e ao negar a matricula de alunos autistas bem como a possibilidade de ofertar qualquer qualidade educacional a estes, ocasiona um grande e verdadeiro descaso para com esses cidadãos. Ao aplicar penalidade pelo descumprimento o Estado pune a ele próprio pela sua ineficiência, um verdadeiro contrassenso, ferindo de forma mortal os princípios fundamentais que são predispostos na Constituição Federal.

Quanto as escolas particulares, as penalidades pecuniárias geram poucas modificações, pois em análise pragmática os valores das multas passam a ser economicamente mais viáveis se comparados com as contratações e as adaptações estruturais que deverão ser realizadas na escola durante o tempo estimado de vida escolar que o aluno autista passará na Instituição. E na maioria dos casos, elas possuem lastro financeiro que permite delegar a fundo perdido essa despesa, de forma que não há efetividade na aplicação da multa e ainda não atinge o fim educacional que a esta se propõe.

No caso de reincidência, a norma prevê apenas a perda do cargo, sendo apurado o caso através de processo administrativo e assegurado o contraditório e a ampla defesa. Essa penalidade é totalmente branda a quem se nega a matricular uma criança autista tomando como base o constrangimento que a referida atitude causa na família e no indivíduo, além das questões emocionais que afligem o autista, pois, apesar da doença, muitos destes tem a consciência de que estão sendo rejeitados em virtude de sua deficiência, questão que pode agravar ainda mais o relacionamento social dessas pessoas, o qual já é tão ínfimo e delimitado.

5.CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a criação de uma legislação específica foi um marco essencial na defesa dos direitos das pessoas portadoras do Transtorno do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Espectro Autista (TEA), principalmente no que tange a inclusão social e escolar de crianças e adolescentes em escolas regulares de ensino, porém não podemos parar.

Se faz necessário que haja uma constante busca pela concretização da dignidade dos autistas, principalmente no âmbito escolar, já que mesmo com os avanços da sociedade, a luta constante pela igualdade, estes são diariamente rejeitados e alvos de preconceitos devido à falta de conhecimento e de conscientização.

As penalidades que podem ser aplicadas as escolas que se negam a matricular alunos autistas ou que aceitam integrar estes indivíduos, mas não realizam uma conscientização dentro das salas de aula acerca de valores e preconceito com os que possuem diferenças físicas ou psicológicas, são bastante brandas, de maneira que muitos acabam agindo contra a Lei por não temer as consequências por ela imposta.

Noutro giro, se faz crucial a realização das adaptações necessárias em escolas de ensino regular, tanto pública quanto privada, no que tange a estrutura física e a preparação profissional dos gestores e educadores que conviverão com autistas dentro das salas de aulas.

Pois é sabido que a inclusão não se faz somente integrando um aluno deficiente em uma escola sem qualquer preparo. É importante que haja uma estrutura física adequada pois alguns possuem dificuldades, como de locomoção, assim como a conscientização de alunos e profissionais que fazem parte do ambiente é de suma importância, para que haja um acolhimento e a inclusão real desse indivíduo, o que ocasionará inúmeros pontos positivos na trajetória acadêmica e social do autista.

Entende-se que é imprescindível a atuação do Poder Judiciário, atue garantindo que os direitos dos portadores do Transtorno do Espectro Autista sejam concretizados diante de negativas das institucionais educacionais.

Compreende-se que se faz necessária alteração no artigo 7º da Lei nº 12764/12, que determina que o gestor escolar, ou autoridade competente. Ao recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, será punido com multa, o que conforme demonstrado ao norte não tem apresentado resultado esperado para a efetividade no cumprimento da Lei, de modo que a penalidade imposta as escolas, públicas e privadas deve ser mais severa.

Portanto, a título de contribuição, a proposta de alteração seria: além da multa, as escolas privadas terão que disponibilizar 5% (cinco per cento) do número de alunos matriculados na instituição de bolsas integrais contemplando a população

carente cadastrada em programas sociais governamentais e ainda em caso de reincidência esse percentual cresça no importe de 5% (cinco por cento) a cada recusa e ainda na reincidência os gestores sejam punidos não apenas com a perda do cargo mas também que respondam civil pelo fato.

E para as escolas públicas, além da multa o Estado deverá criar um sistema governamental juntamente com a Secretaria de Educação, onde todas as escolas teriam que possuir um cadastro atualizado informando em qual instituição possui o professor auxiliar bem como a quantidade disponível por turma, de maneira que, mesmo sendo de ensino regular e acomodando alunos sem deficiência, estas se tornariam referência na educação, integração e desenvolvimento de autistas.

Dessa forma, a punição prevista na referida Lei cumprirá seu objetivo fazendo valer os direitos que como cidadãos os portadores do Transtorno do Espectro Autista possuem e assim, o Estado estará cumprindo o preceito Constitucional.

É nosso dever como indivíduo e cidadão, conceder cidadania e dignidade a quem, até recentemente, não tinha perspectiva acerca de seus direitos e garantias.

6.REFERÊNCIAS

ARTIAGA. Larissa. BERENICE PIANA, A MÃE POR TRÁS DA LEI. UFG Jovens Jornalistas. 2016. Disponível em: https://webnoticias.fic.ufg.br/n/89459-berenice-piana-a-mae-por-tras-da-lei Acesso em: 24 jun. 2020.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004

BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. Mundo Singular. Rio de Janeiro: Fontanar. 2012, p. 12.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 147.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 12764 de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm Acesso em: 08 jul. 2020.

BRUNA, Maria Helena Varella. Dráuzio. Doenças e sintomas Transtorno do Espectro Autista. Disponível em: https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/transtorno-do-espectro-autista-tea/ Acesso em: 20 jun.2020.

ESPECIALISTAS DA ONU EM DIREITOS HUMANOS PEDEM FIM DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA PESSOAS COM AUTISMO. Nações Unidas Brasil. 2015. Disponível em: https://nacoesunidas.org/especialistas-em-direitos-humanos-da-onu-pedem-fim-da-discriminacao-contra-pessoas-com-autismo/ Acesso em: 15 jun.2020

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias: la ley del más débil. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibánez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004. p.37, tradução nossa para o português

FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.9.

FOLHA INFORMATIVA-TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. OPAS. 2017. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?Itemid=1098> Acesso em: 15 jun. 2020.

GÓMEZ e TERÁN, 2014, p. 447.

JUSTIÇA CONDENA ESCOLA INFANTIL POR NÃO ACEITAR MATRÍCULA DE ALUNO PORTADOR DE AUTISMO, EM MANAUS. G1 Amazonas. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/03/10/justica-condena-escola-infantil-por-nao-aceitar-matricula-de-aluno-portador-de-autismo-em-manaus.ghtml Acesso em: 10 jul. 2020.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2011, p.20

MARTINS, Luísa. ESCOLA EXPULSA CRIANÇA AUTISTA E É CONDENADA A PAGAR R$ 20 MIL NO DF. Estadão. 2016. Disponível em: https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,escola-expulsa-crianca-autista-e-e-condenada-a-pagar-r-20-mil-no-df,10000007274 Acesso em: 10 jul. 2020.

O QUE É O AUTISMO? MARCOS HISTÓRICOS. Autismo e Realidade. 2015. Disponível em: https://autismoerealidade.org.br/o-que-e-o-autismo/marcos-historicos/ Acesso em: 22 jun. 2020.

OMS AFIRMA QUE AUTISMO AFETA UMA EM CADA 160 CRIANÇAS NO MUNDO. ONU News. 2017. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2017/04/1581881-oms-afirma-que-autismo-afeta-uma-em-cada-160-criancas-no-mundo Acesso em: 22 jun. 2020.

SAVAGET, Daniela. Autismo afeta o desenvolvimento de crianças em três áreas: comunicação, socialização e comportamento. Agência Friocruz. 2013. Disponível em: https://agencia.fiocruz.br/autismo-afeta-o-desenvolvimento-de-crian%C3%A7as-em-tr%C3%AAs-%C3%A1reas-comunica%C3%A7%C3%A3o-socializa%C3%A7%C3%A3o-e-comportamento Acesso em: 17 jun. 2020

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 178.

NOTAS:

[1] Jane Silva da Silveira, Bacharel em Estatística, Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil, Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Amazonas, domiciliada no Município de Itacoatiara – Amazonas, Telefone: (92) 981373173, E-mail: janesilveira.adv@gmail.co

[2] FOLHA INFORMATIVA-TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. **OPAS.** 2017. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?Itemid=1098> Acesso em: 15 jun. 2020.

[3] GÓMEZ e TERÁN, 2014, p. 447.

[4] ESPECIALISTAS DA ONU EM DIREITOS HUMANOS PEDEM FIM DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA PESSOAS COM AUTISMO. **Nações Unidas Brasil**. 2015. Disponível em: https://nacoesunidas.org/especialistas-em-direitos-humanos-da-onu-pedem-fim-da-discriminacao-contra-pessoas-com-autismo/ Acesso em: 15 jun.2020

[5] SAVAGET, Daniela. Autismo afeta o desenvolvimento de crianças em três áreas: comunicação, socialização e comportamento. **Agência Friocruz**. 2013. Disponível em: https://agencia.fiocruz.br/autismo-afeta-o-desenvolvimento-de-crian%C3%A7as-em-tr%C3%AAs-%C3%A1reas-comunica%C3%A7%C3%A3o-socializa%C3%A7%C3%A3o-e-comportamento Acesso em: 17 jun. 2020

[6] BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. Mundo Singular. Rio de Janeiro: Fontanar. 2012, p. 12.

[7] BRUNA, Maria Helena Varella. **Dráuzio**. Doenças e sintomas Transtorno do Espectro Autista. Disponível em: https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/transtorno-do-espectro-autista-tea/ Acesso em: 20 jun.2020.

[8] O QUE É O AUTISMO? MARCOS HISTÓRICOS. **Autismo e Realidade**. 2015. Disponível em: https://autismoerealidade.org.br/o-que-e-o-autismo/marcos-historicos/ Acesso em: 22 jun. 2020.

[9] OMS AFIRMA QUE AUTISMO AFETA UMA EM CADA 160 CRIANÇAS NO MUNDO. **ONU News**. 2017. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2017/04/1581881-oms-afirma-que-autismo-afeta-uma-em-cada-160-criancas-no-mundo Acesso em: 22 jun. 2020.

[10] ARTIAGA. Larissa. BERENICE PIANA, A MÃE POR TRÁS DA LEI. **UFG Jovens Jornalistas.** 2016. Disponível em: https://webnoticias.fic.ufg.br/n/89459-berenice-piana-a-mae-por-tras-da-lei Acesso em: 24 jun. 2020.

[11] ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

[12] FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.9.

[13] MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2011, p.20

[14] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 147.

[15] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 178.

[16] FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias**: la ley del más débil. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibánez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004. p.37, tradução nossa para o português.

[17] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 03 jul. 2020.

[18] BRASIL. Lei nº 12764 de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm Acesso em: 08 jul. 2020.

[19] JUSTIÇA CONDENA ESCOLA INFANTIL POR NÃO ACEITAR MATRÍCULA DE ALUNO PORTADOR DE AUTISMO, EM MANAUS. **G1 Amazonas**. 2020. Disponível

em: https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/03/10/justica-condena-escola-infantil-por-nao-aceitar-matricula-de-aluno-portador-de-autismo-em-manaus.ghtml Acesso em: 10 jul. 2020.

[20] MARTINS, Luísa. ESCOLA EXPULSA CRIANÇA AUTISTA E É CONDENADA A PAGAR R$ 20 MIL NO DF. **Estadão**. 2016. Disponível em: https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,escola-expulsa-crianca-autista-e-e-condenada-a-pagar-r-20-mil-no-df,10000007274 Acesso em: 10 jul. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ADOÇÃO HOMOAFETIVA COMO DIREITO BASEADO NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

ELISSANDRA VALE

RESUMO: A questão da homossexualidade tem provocado grandes polêmicas ao longo da história da humanidade e, acaba envolvendo o encaminhamento de uma série de questões na sociedade já que se trata de um tema cheio de preconceitos, tabus e, mitos, já que, esta sociedade não costuma aceitar aquilo que não se encaixa nos padrões socioculturais aceitos. Mesmo, diante de tantos preconceitos a homossexualidade, atualmente já é vista com mais tolerância, embora ainda, cause enormes polêmicas, principalmente quando se discute as novas configurações da família no âmbito do ordenamento jurídico, como no caso brasileiro que, a partir da Constituição de 1988, passou a incorporar um conceito de entidade familiar com a junção de pessoas com os mesmos objetivos de convivência juntos. Desta forma este artigo tem por objetivo analisar a questão da adoção por casais homossexuais a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 que tratou a união homoafetiva no âmbito do Direito de Familia, além de identificar os principais preceitos emanados deste julgamento; as consequências da decisão na sociedade brasileira e, as características dessa união. O tema estudado neste artigo é de grande importância, tendo em vista que os conflitos que envolvem estas relações, em âmbito pessoal (social e psicológico) e patrimonial, têm aumentado muito. A idéia deste trabalho é expor a opinião de autores conforme revisão da literatura com objetivo, analisar as diferentes concepções sobre a questão no âmbito família. Sua metodologia utilizou a pesquisa bibliográfica com meios descritivos. Suas considerações são apresentadas de forma clara e didática com a finalidade de esclarecer as dúvidas surgidas na fase de projeto deste artigo.

Palavras-Chave: Homossexualidade; União Homoafetiva; Família; adoção

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe um estudo da nova configuração da família na contemporaneidade, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que teve seu conceito reformulado e ampliado com as mudanças de costumes, valores e ideias. Se contradizendo com as definições tradicionais e consagradas de família que se revelaram, ao longo da história da humanidade, na sociedade, principalmente, a sociedade ocidental, em função da estrutura e das funções da família, variar muito de uma sociedade para outra. A função que parece constante a todos os tipos de família, em todos os povos, é a de procriar e dar atendimento inicial às necessidades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos filhos. A Constituição Federal do Brasil de 1988 estende ao Estado a responsabilidade de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e a família, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Segundo a Constituição Federal de 1988, é papel da família proteger principalmente as crianças, os idosos e os deficientes, pois, estes são os que mais precisam ser acolhidos podendo encontrar o apoio necessário, o carinho suficiente e atenção fundamental, estabelecendo em seu art. 226, a nomenclatura de família, reconhecendo, oficialmente sua presença e sua importância.

Também, definiu uma série de direitos e deveres que foram regulamentados, em legislações complementares como o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar aos seus membros, 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, passando a estabelecer o entendimento de que é papel da família resguardar os interesses e objetivos dos integrantes dela, considerados tanto na forma global quanto individualmente, passando a priorizar os interesses de seus membros e das relações afetivas.

Nesse contexto se enquadra a questão do homossexualismo e suas configurações familiares com uma das áreas que ainda merece uma profunda reflexão, sob os aspectos psicológicos e legais, já que se trata de uma área que ainda resguarda profundos preconceitos.

Desta forma, este trabalho refletiu sobre as uniões homoafetivas a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 que tratou a união homoafetiva no âmbito do Direito de Familia que engloba o direito de adoção.

Teve como objetivo geral, analisar a questão da adoção a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 que tratou da união homoafetiva no âmbito do Direito de Familia, além de identificar os principais preceitos emanados deste julgamento; as consequências da decisão na sociedade brasileira e, as características dessa união. O tema estudado neste artigo é de suma importância, tendo em vista que os conflitos que envolvem estas relações, em âmbito pessoal (social e psicológico) e patrimonial, têm aumentado muito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A escolha do tema se deu pela necessidade de verificar o processo de garantia dos direitos humanos em sua totalidade no que tange a questão de políticas públicas a esse segmento de família, a partir da Constituição Federal de 1988 que reconheceu um novo conceito da família, tanto na parte subjetiva quanto na objetiva, assim como individualmente como em sociedade, resultando num maior pensar e repensar a relação entre o justo e o legal. Com isso, este estudo tem relevância acadêmica em função do conceito de família ter passado por uma reformulação, o que denota a finalidade de verificar as restrições ou as ampliações. Ademais, trata-se de um assunto em constante debate revelando-se como temática atual e instigante.

A metodologia utilizada considerou o método hipotético dedutivo com auxílio do método comparativo com pesquisa bibliográfica, em trabalhos especializados sobre o tema que contenham aspectos próprios sobre o assunto em questão. Assim, esse trabalho não tem a pretensão de se tornar uma referência, mas apenas de apresentar as posições de sua autora em um assunto tão discutido na sociedade atual.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA

A família é uma das características da sociedade humana; mas não há razão para se considerar que todas as instituições têm sua origem e sua explicação na família, e que todas as relações de subordinação, de cooperação, de solidariedade têm sua matriz nas relações entre pais, filhos, esposos e associados. A família pode ser qualificada sem risco de 'fato social total' e, constitui, de fato, um sistema de relações entre cônjuges, parente e associado entre o sistema constituído por eles e os outros subsistemas da sociedade (especialmente econômico e político). Tratar-se-ia, então, na verdade, de um conjunto aberto e não de uma totalidade fechada. Segundo Osório (2006, p. 14):

> A Família não é um conceito unívoco. Pudesse até afirmar, radicalização, que a família não é uma expressão que merece passível de conceituação tão elementar, mas tão somente de descrições, ou seja, é possível descrever as estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não defendê-la ou encontrar algum elemento comum a todas as formas com que se apresentam esse grupamento humano.

Desta forma, pode-se afirmar que a família são grupos sociais formados por pessoas com laços afetivos, na qual é composta por criança, adolescente, adulto e idoso, ou seja, todos são vinculados a um grau de parentesco, que no decorrer de sua evolução passaram de geração para geração. Segundo Pinho (2005) a família

referida tem sua estrutura e suas funções variadas dependendo de uma sociedade para outra, de um povo para outro.

A função que parece constante a todos os tipos de família, e todos os povos, é a de procriar e dar atendimento inicial às necessidades dos filhos. Geralmente a família é nuclear, ou seja, é o agrupamento que reúne o marido, a esposa e os filhos. Também é na família que se aprende os padrões e valores da sociedade. Moraes (2005, p. 240) oferece a seguinte conclusão:

> Através das regras da aliança, a sociedade e sua organização é que aparecem como primeira em relação à organização da família. No que diz respeito a essa interpretação, toda tentativa de fazer da célula familiar o fato social primitivo parece eminentemente suspeita. Aristóteles já refutava com argumentos muito sólidos a tese que confunde a família e a cidade. Esta é de natureza diferente da família e da aldeia. Com base nas atividades domésticas (incluindo sob essa denominação tanto as atividades familiares, como reprodução e a educação dos filhos, como as atividades domésticas no sentido moderno) não se pode fundar uma ordem comum para ser imposta a todos os cidadãos.

Desta forma, na sociedade moderna, geralmente se atribuem à organização familiar dois traços que, embora pareçam contraditórios, contribuem para complicar o funcionamento dela. Com a tradição conservadora pode-se lamentar o enfraquecimento do vínculo familiar. Em regime normal, ela deveria instituir a subordinação das idades e dos sexos, segundo Pinho (2005), essa dupla subordinação está hoje bastante ameaçada, o que acabou por incorporar novos mecanismos familiares, principalmente nos ordenamentos jurídicos que passaram a considerar família os agrupamentos de convívio comum.

3 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

A família antecede ao Estado e toda evolução social parte dela. Ascendentemente, na linha histórica, a começar pela família, desenvolvem-se as seguintes: Clã, Tribo, Nação, Estado. No Brasil, já nasce num clima sociológico pelo qual além do "equinócio não havia pecado" (LÓPEZ, 2004, p. 21). Assim naqueles tempos muitos valores morais são menos sólidos quando certas licenciosidades do Chefe da Família facultavam o mancebamento com índias e africanas, que se constituíram trocos básicos, independente de cor e de classe social. Santos (2004, p. 167), observam alguns aspectos históricos da constituição da família brasileira:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Nos primeiros tempos de nossa civilização havia falta de mulheres para se constituírem esposas legítimas dos colonizadores a ponto de o Padre Manuel de Nóbrega reclamar, por carta, a vinda de órfãs e jovens que desejassem esposá-los. Depois, consola-se o núcleo familiar com o comadrio e os parentescos. As cartas régias dão terras e títulos de nobreza. Estende-se a Família da Casa Grande incorporando grandes latifúndios, quando então, desenvolve-se o mercado de escravos.

Neste contexto histórico, as capitanias prósperas foram o eixo familiar mais característico. Segundo Santos (2004), Duarte Coelho, em 1534, chegou a Pernambuco, com mulher, filhos e cunhados. Era a família regular, convencional, que se tornou o modelo das famílias brasileiras, sendo o paternalismo o traço dominante da sociedade familiar. A sociedade era rural, por excelência.

Com o alargamento da sociedade brasileira e a chegada ao país de grupos imigrados a partir do final XIX, o panorama começou a transformar-se; e já em nossos dias, o casamento apresenta-se em níveis bem expressivos, a mistura de raças, provocando principalmente pelo desenvolvimento urbano que intensificou os contatos sociais e, uma profunda marginalização social provocada pela desigualdade de um processo econômico profundamente injusto. Essa marginalização social é o melhor caldo para todas as formas de patologia social. Segundo Goldani (2006, p, 1-2):

> O Brasil inicia os anos 90 com o persistente desafio de combater a inflação e redefinir o papel do Estado na economia, tratando de minimizar o papel do Estado da economia, tratando de minimizar a situação alarmante da crescente miséria e pobreza de sua população. O processo de reestruturação que vive o país nos inícios dos anos 90 remete à década anterior, quando, em um quadro de conjuntura internacional adversa, o modelo econômico brasileiro dependente se esgotou e teve início um dos períodos mais recessivos da história do país.

Esse momento tem profunda influência na constituição da família brasileira, pois, provocaram modificações essenciais que ocorreram no plano das práticas, que, por sua vez, repercutiram no plano dos valores e paulatinamente foram mudando as representações de família na sociedade brasileira.

3.1 A família na contemporaneidade: o processo de modernização da família

A família está certamente ligada à estrutura social e se constitui em um dos elementos primordiais e decisivos de sua formação. É a forma mais simples, não da sociedade, mas da articulação do indivíduo na sociedade. Entretanto, é notório que existem vários fatores que devem ser levados em consideração para uma nova configuração de família na contemporaneidade. Segundo dados de Goldani (2006), as famílias se apresentam cada vez menores, e que é crescente o número de famílias chefiadas por mulheres, além da constituição de famílias por pessoas do mesmo sexo, mesmo a despeito da sociedade não aceitar este tipo de união como família, ainda enraizada em profundos tradicionalismos.

Complementando sua análise sobre a questão, Goldani (2006, p. 5), discorre de forma bastante objetiva sobre a questão da formação de uma nova característica das famílias no Brasil:

> Como um fenômeno crescentemente urbano, as unidades domésticas com chefes mulheres têm sua representatividade aumentada em 18% no total do país e de 33% nas áreas metropolitanas, no período 1978/86. Essas famílias têm características monoparentais[1], ou seja, apenas com uma pessoa a frente da mesma. Mas é evidente, que muitas delas são constituídas por mulheres que vivem com outras mulheres, assim como na famílias consideradas monoparentais do sexo masculino, ou seja, com um só progenitor, mas muitas delas se constituem de dois homens que convivem juntos.

Nesta perspectiva verifica-se, uma nova configuração de família, que segundo Goldani (2006) considera os agrupamentos sociais sem a presença de um progenitor (pai ou mãe) como monoparental, mas que é preciso considerar que estas famílias possuem uma autonomia relativa da sexualidade referente à esfera conjugal.

Neste sentido, Singly (2000, p. 312) apresenta argumentos irrefutáveis sobre a constituição da família contemporânea que se define mais pelas relações internas travadas no cerne familiar e menos como instituição que "aprova a autonomia e a recusa dos indivíduos em seguirem costumes referentes ao desempenho dos papeis sociais de marido e esposa, das gerações passadas".

Assim, seguindo os preceitos emanados da Constituição Federal de 1988, o Código Civil Brasileiro de 2001 reformulou o conceito de família, estabelecido desde 1916. Carvalho et. all (2002, p, 98) apresenta um quadro importante da família nas diversas Constituições brasileiras, demonstrado com muita clareza que o Código

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Civil, de 1916, seguia o tradicionalismo da sociedade brasileira que "desconhecia completamente outras configurações de família, a união de fato, reconhecida apenas pela jurisprudência dos tribunais". Complementam os autores quando se referem à Constituição Federal de 1988:

> Foi nesse quadro de discriminação legislativa que se realizaram os trabalhos da Constituinte de 1988, com a participação da sociedade organizada que conseguiu, no título: "Da família da criança e do adolescente e do idoso", a ampliação do conceito de família, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, no parágrafo 3º, do artigo 226 e, suprimindo a expressão "constituída pelo casamento".

Como se pode observar, os autores em voga apresentam o grande avanço, no âmbito do ordenamento jurídico conquistado pela sociedade organizada em relação ao conceito de família, que também passou a reconhecer, as unidades monoparentais e a união estável, seguindo os princípios dos ordenamentos jurídicos ocidentais, que já incluíam, há algum tempo, essas características novas da família, constituindo-se em uma nova configuração familiar.

Essa nova configuração nasceu em função de todas as sociedades serem constituídas por uma série de valores físicos, intelectuais, culturais e religiosos que o ser humano assimila e com eles pode crescer e desenvolver-se até a perfeição. Entretanto, a tendência do mundo pós-moderno é criar novos mecanismos, distanciar-se do espírito comunitário, solidário e familiar que determinaram as relações sociais. Assim, a sociedade deve acreditar que a pessoa humana não é um ser fechado como círculo, e sim, aberta ao encontro, ao diálogo, a convivência comunitária, a solidariedade, não ligado a conceitos preconceituosos e definitivos.

4 A ADOÇÃO

A adoção surge cronologicamente no ordenamento jurídico brasileiro utilizando o regulamento ainda trazido pelas Ordenações Filipinas, com características do direito português e vários dispositivos que também abordaram e tentaram regulamentar o tema, o Código Civil de 1916 e posteriores alterações, a Lei 4.655 de 1965, o Código de Menores e sua forte influência na questão do instituto, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e Adolescente com as alterações posteriores trazidas pela Lei de Adoção.

Em 1º de janeiro de 1917 entrou em vigor o primeiro Código Civil Brasileiro, aprovado em 1º de janeiro de 1916, tendo seu texto sofrido influências do Direito

Romano, do Direito Canônico e das Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).

A adoção foi sistematizada no Código Civil Brasileiro e disciplinada nos artigos 368 a 378, ganhando assim relevância jurídica e sendo influenciada pelas Ordenações do Reino de Portugal, com tendências internacionais e culturais da época e revestia-se de caráter patrimonial, onde só poderia adotar aquelas pessoas que não podiam ter filhos e só visava os interesses dos adotantes e não dos adotandos:

> Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).
>
> Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento. (Incluído pela Lei nº 3.133, de 1957).
>
> Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).
>
> Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.
>
> Art. 371. Enquanto não der contas de sua administração, e saldar o seu alcance, não pode o tutor, ou curador, adotar o pupilo, ou o curatelado.
>
> Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).
>
> Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no nano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.
>
> Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).
>
> I. Quando as duas partes convierem. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II. Nos casos em que é admitida a deserdação. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).
>
> Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, em termo.
>
> Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, á cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns. III e V,
>
> Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).
>
> Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

Na adoção não havia a intermediação Estatal, vez que a adoção era feita por escritura pública e não era admitida condição, conforme preceituado no artigo 375, do Código Civil Brasileiro de 1916, sendo permitida inclusive a adoção de nascituro, pois o referido Codex não vedava tal adoção. O instituto da adoção era previsto nos artigos 368 a 378 do Código Civil de 1916 seguindo sua forma tradicional visando a dar filhos, ficticiamente, àquelas pessoas que de alguma forma não podiam tê-los, conforme ensina o mestre Rodrigues[2] (2004, p. 336):

> O Código Civil de 1916, em sua versão original, disciplinou a adoção na forma por que era tradicionalmente regulada alhures, isto é, como instituição destinada a dar filhos, ficticiamente, àqueles a quem a natureza os havia negado.

O Código Civil de 1916 determinava em seus artigos 368 a 378 que só podiam requerer adoção pessoas com mais de 50 anos de idade e com uma característica específica, qual seja: deveria existir uma diferença no mínimo de 18 anos entre o adotante e o adotado. Também resguarda a questão do gênero, ou seja, só poderiam requerer a adoção pessoas de gêneros diferentes. Assim o próprio CC de 1916 proibia a adoção homoafetiva, embora não se referisse a ela explicitamente.

Em 1957 foi promulgada a Lei nº 3.133 que produziu modificações significativas no CC de 1916, principalmente no regime de adoção. A primeira modificação foi na idade mínima que deixou de ser de 50 anos, passando a ser de 30

anos; a diferença de idade que deveria ser de no mínimo de 18 anos passou a ser de 16 anos; introduziu também uma nova exigência: os adotantes deveriam estar casados há cinco anos. Mas manteve a condição de gêneros diferentes para o casal adotante.

Em 1965 foi promulgada uma nova Lei. A Lei nº 4.655 de 02 de junho de 1965. Essa lei foi considerada um compêndio normativo extremamente avançado e inovador no ordenamento jurídico do direito comparado em relação à efetivação do adotado no seio familiar. Criou a figura da integração e da igualdade. Já em seu art. 1º declarou que ao adotado estava legitimado a adoção cujos pais fossem desconhecidos ou declarassem por escrito que ele poderia ser dado a outra família.

O Código de Menores revogou expressamente a Lei nº 4.655 de 02 de junho de 1965, trazendo a baila dois tipos de adoção: a adoção simples, legitimada no art. 27 que tratava expressamente da situação irregular do menor; e a adoção pleno disciplinada nos arts. 29-37 e 107-109 que tratava da necessidade da autorização judicial para que o processo de adoção fosse efetivado.

Já em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, em seu artigo 227 convoca e responsabiliza a família, a sociedade e o Estado declarando em seu caput "os direitos fundamentais da criança e do adolescente, a liberdade, o respeito e a sua dignidade, e que é dever de todos, tratarem de assegurar prioritariamente esses fundamentais direitos", efetivando definitivamente a proteção constitucional aos menores.

Com o advento da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Menores (**Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979) foi totalmente revogado, criando a figura da criança e do adolescente, jpa que o Código de Menores de 1979, não fazia essa distinção, além de normatizar os** direitos fundamentais que estavam no CF/1988.

Em 2009 foi promulgada a Lei nº 12.010, de 03 de Agosto, denominada Lei da Adoção que produziu inovações bem consideráveis, revogando os arts. 1.620 a 1.629 do CC de 1916. A adoção foi tratada nos artigo 39 e 52-A em que prevaleceu o do melhor interesse da criança e do adolescente e a doutrina da proteção integral.

5 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, segundo Nuñez e Ceo (2011) foi proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), no sentido de garantir direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sob a relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Carlos Ayres Brito, a ADI foi julgada com um voto do referido ministro que pode ser destacado como um voto que impressionou pelo dinamismo, pela exigência da igualdade e, pelo combate ao preconceito. O voto de Carlos Ayres Brito é histórico, em relação a garantia de direitos para desiguais. Disse o ministro no final do seu voto que a liberdade é uma garantia do direito de personalidade; que todos tem o direito de existirem em seu próprio universo. Que o ser humano deve buscar sempre sua plenitude existencial. Que todos tem o direito de escolha. O ministro dois filósofos de grande monta - Friedrich Nietzsche que sempre defendeu a identidade humana como um bem individual e Hegel que defendeu que as pessoas devem se realizar no aperfeiçoamento de si mesmo. Por fim disse o ministro que a sexualidade funciona como um *superávit* de vida e não como um *déficit* existencial (CARLOS AYRES BRITO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Também é importante apresentar os diversos posicionamentos contidos nos pronunciamentos dos diversos organismos que fizeram parte deste julgamento e, que foram de substancial importância para o cumprimento dos princípios constitucionais de uma Constituição, considerada por todos como uma Carta Magna cidadã e, que, por isso, não pode admitir de forma alguma alguns percalços preconceituosos.

O advogado do Governo do Estado do Rio de Janeiro disse que "o não reconhecimento da união homoafetiva era negar os preceitos fundamentais da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana.

O Procurador Geral da República em um pronunciamento histórico observou não precisa estar explicitamente escrito na Constituição o reconhecimento da união homoafetiva, mais que "não reconhecer que casais do mesmo sexo vivem em uma união estável significa violar diversos preceitos constitucionais, como a proibição de discriminação, o princípio da igualdade e o da proteção à segurança jurídica".

O advogado Luís Roberto Barroso, representante de uma entidade envolvida no julgamento disse que "não tenho aqui a pretensão de mudar a convicção nem a fé de qualquer pessoa, o que faz a beleza de uma democracia, de uma sociedade plural e aberta, é a possibilidade de convivência harmoniosa de pessoas que pensam de maneiras diferentes".

A Advocacia Geral da União, o Grupo Arco-Íris, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas Bissexuais, Travestis, Transexuais (ABGLT) - Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de

Minas Gerais (Centro de Referência GLBTTT)- Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) através de seus respectivos representantes apresentaram sua considerações com base nos princípios fundamentais contidos na Constituição Federal com o exercício da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, mas principalmente buscaram fazer entender que a exclusão é uma atitude odiosa e o Supremo Tribunal Federal – STF tem que proteger as denominada minorias desta situação discriminatória.

Seguindo os preceitos da democracia brasileira, os posicionamentos contrários também foram muito fortes e, eloquentes, mais absolutamente desprovidos de composição jurídica verdadeira, já que estavam enraizados na intolerância, no preconceito, em dogmas religiosos, etc.

Desta forma, o voo do Ministro Relator Carlos Ayres Brito foi seguido por todos os membros do Supremo Tribunal Federal – STF, apresentando cada um seus argumentos que transformaram esse julgamento em divisor de águas na justiça brasileira, considerando assim, que o Supremo Tribunal Federal – STF, não está na contramão da histporia.

Considerando que a ADI n. 4.277 foi julgada procedente e, a união homoafetiva considerada legal dentro dos preceitos constitucionais brasileiros, a divisão de bens, deve ocorrer segundo os preceitos emanados do Código Civil Brasileiro.

Diz Bencke (2008, p. 1) em artigo eletrônico:

> A que inicialmente tratou da união estável, regulamentando o texto constitucional, seguindo a tendência dos tribunais pátrios e em especial a Súmula n° 380, do Supremo Tribunal Federal, exigia comprovação do esforço comum entre os companheiros, para repartição dos bens e no caso da adoção. Depois, com o advento da atual lei, afastou-se este entrave, aproximando-se mais do regime parcial de bens do casamento. Trouxe como novidade, entre outras, a presunção de formação de condomínio entre os conviventes, em partes iguais, sobre os bens adquiridos na constância da união, se contrato escrito não fora firmado em sentido contrário. Justamente aí surgem as principais situações que, no plano fático, podem criar contratempos na execução do ajuste. Com efeito, tratando-se de relações de afeto, muitas vezes a elaboração de contrato e o estabelecimento de uma relação negocial podem não refletir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> a vontade de uma das partes, envolvida que fica pela obstrução racional naturalmente associada à emoção que distingue tais ligações. Posteriormente, virá a juízo para reclamar sua metade no condomínio, alegando vícios na formação volitiva do contrato. Ou, ainda, que o passar do tempo tornou o contrato excessivamente oneroso para um dos conviventes, dadas as novas circunstâncias que passaram a cercar o caso concreto.

Neste sentido, essa situação, citada pelo autor supracitado, ficou definitivamente na ADI nº 4.277, passando a divisão de bens e a adoção a ser a mesma das ditas formações familiares tradicionais, desde que, completamente provada à existência de um relacionamento de homoafetivo, e demonstrada à colaboração recíproca dos parceiros para a formação do patrimônio e da família, numa inequívoca comunhão de esforços e recursos.

A partir da decisão do STF de aplicar uma interpretação extensiva da norma jurídica efetivando, desta forma, direitos que não eram recepcionados pelo Estado brasileiro.

Torres (2009, p. 83) diz com propriedade: "o Estado deve abrigar todos os desabrigados como prerrogativa fundamental do Estado Democrático de Direito, já que as entidades familiares sofreram as evoluções naturais do tempo e o afeto não se dá somente entre pessoas de gêneros diferentes, cabendo ao Estado promover a proteção destes também. Não se pode negar que as relações homoafetivas sempre foram marcada por enorme preconceito, já que o aceite do diferente é algo quase que inalcançável pelo sociedade.

O art. 43 do ECA/1990 garante que ao adotados deve ser inferida reais vantagens fundamentada em motivos legais. È um direito fundamental das pessoas constituir família e aos casais homoafetivos, a partir da decisão do STF também, não só no regime de bens mas principalmente no fato de constituírem uma família.

A ação pioneira ocorreu no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que reconheceu o direito de um casal homoafetivo de adotarem uma criança, posicionamento confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, criando uma jurisprudência, apesar da omissão das leis, deixando de lado preconceitos e atrasos legais que só produziam desigualdade para pessoas com direitos iguais. (DIAS, 2010).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas as mudanças nas relações sociais são significativas, principalmente nas questões referentes à sexualidade. Os principais fenômenos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

destas mudanças são: a crise na família nuclear (monogâmica e heterossexual), a entrada da mulher no mercado de trabalho, a separação da sexualidade da reprodução e uma política de visibilidade da homossexualidade, principalmente das relações homoafetivas.

Neste preâmbulo de mudanças sociais profundas, desencadeadas principalmente pelos avanços nas telecomunicações, provocaram sem dúvida um alcance muito maior do nível de informação e conhecimento.

Desta forma, se intensificaram os debates em torno do reconhecimento jurídico do casal homossexual (reconhecimento esse contido na Constituição Federal de 1988) e, foi um dos temas mais discutidos no ano de 2011, principalmente com o Advento da ADI 4.277 que solicitava o cumprimento das normas constitucionais, trazendo a tona uma discussão inócua nas representações sobre a diferença entre os sexos (extinguida pela Constituição Federal de 1988) e, colocando na ordem do dia a necessidade de repensar a forma de ser da família. É como se a sociedade tolerasse esta prática homoafetiva no âmbito informa, contanto que ela não colocasse em questão os pilares da ordem vigente e permanecesse à sombra desta mesma sociedade, que considera família, apenas os agrupamentos nucleares (pai, mãe, filhos). Assim sendo, é o direito civil, ou seja, o reconhecimento público da existência de um laço homoafetivo que o Supremo Tribunal Federal do Brasil – STF efetivou, ou seja, não foi um reconhecimento, pois se trata de norma constitucional, mais a efetivação concreta de seu cumprimento.

O que chamou a atenção no julgamento da ADI nº 4.277 foi à arbitrariedade dos argumentos levantados por entidades cujo preconceito é a sua base. Ao mesmo chamou a atenção o pronunciamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF que, tratou da questão da homoafetividade uma ocasião histórica para decidir definitivamente as virtualidades relacionais e afetivas desse componente populacional.

O instituto da adoção figura pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, como normas formais, com a entrada em vigor do código de 1916, as quais evidentemente eram provenientes de uma sociedade patrimonialista.

A adoção na vigência do Código Civil de 1916 não visava o melhor interesse do adotando e nem possuía caráter assistencialista e visava apenas à vontade de dar filhos a quem não os tinha, isto é, visava apenas os interesses dos adotantes. Ressaltando que o vínculo afetivo não tinha relevância jurídica alguma.

Somente a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o qual reiterou os princípios da Constituição Federal de 1988 de isonomia entre os filhos e dignidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da pessoa humana, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Nacional de Adoção (12.010/09) os interesses a serem protegidos pelo Estado passaram a ser os das crianças e dos adolescentes.

O bem-estar das crianças e dos adolescentes, assim como sua estabilidade familiar passaram a ter mais importância dentro do ordenamento jurídico, importância que se refletiu no sistema de adoção atual.

Com a atual visão trazida pela Constituição de 1988 e com o advento da lei de adoção e do Estatuto da Criança e do adolescente e que a adoção deixou de ser analisada apenas sob o prisma dos adotantes. Passou a ter um caráter assistencialista, o qual não mais se leva somente em conta a vontade do adotante de poder ter filhos quando não os pode, mas também a oportunidade do adotando de receber um lar e poder ter um convívio familiar, que por sinal, agora é uma garantia legal.

No campo jurídico-constitucional, introduziu um reconhecimento da família como um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade e que o princípio da socioafetividade passou a ser o norteador das decisões referentes à lide do Direito de Família.

A consequência dessas mudanças fez com que a adoção à brasileira, dentro desse contexto de primazia das relações afetivas em detrimento dos laços biológicos e do princípio do melhor interesse da criança, começou a receber um tratamento mais flexível por parte dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, P. de A. **ADI nº 4.277**. Disponível em http://afinsophia.blog.com/2011/05/05/o-magnifico-voto-de-ayres-britto-e-outros-dizeres-a-favor-da-uniao-homoafetiva-votacao-continua-hoje/. Acesso em 17 de fev de 2020. .

BENCKE, C. A. **Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro**. Artigo digital. 2008. Disponível em http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Carlos_Alberto_Bencke/Partilha.pdf. Acesso em 17 de fev de 2011.

BRASIL. **Código Civil de 1916 - Lei 3071/16 | Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: < http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>. Acesso em: 14 DE FEV DE 2020.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. São Paulo> RT, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 14 de fev de 2020.

BRASIL. **Lei 3.133 de 1957**. Brasília: Congresso Nacional, 1957. Disponível em http://www.congressonacional.gbo.br Acesso em 20 de fev de 2020.

BRASIL. **Lei 4.655 de 1965**. Brasília: Congresso Nacional, 1965. Disponível em http://www.congressonacional.gbo.br Acesso em 20 de fev de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de Agosto de 2009 - Lei da Adoção. Brasília: Congresso Nacional, 2009. Disponível em http://www.congressonacional.gbo.br Acesso em 20 de fev de 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Brasília: Congresso Nacional, 1979. Disponível em http://www.congressonacional.gbo.br Acesso em 20 de fev de 2020.

CARVALHO, M. do C. B. **A Família Contemporânea em Debate**. 4ª Ed. São Paulo: Cortez, 2002.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOLDANI, A. M. **Retratos de família**. Artigo. São Paulo. 2006 (mimeo e digitalizado).

GOMES, J. de O. **O direito da igualdade na história**. São Paulo: Pioneira, 1988.

LÓPEZ, A. S. **Família e sociedade**. São Paulo: Pioneira, 2004.

MORAES. C. M. **Ciência e comportamento da família**: a idade da humanidade e sua relação grupal. São Paulo: USP, 2005. Dissertação de Mestrado. Disponível em www.usp.com.br/sociologia_pdf. Acesso em 21 de fev de 2020.

NUÑES, C.; CEO, M. do. **ADI nº 4.277/Julgamento**. Disponível em http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/ Acesso em 21 de fev de 2020..

OSÓRIO, L. C. **Família hoje.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PINHO, C. O. **História contemporânea da humanidade**: família e psicologia. São Paulo: Summus, 2005.

RODRIGUES, S. **Direito civil**: direito de família. 28.ed. rev. e atual. Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SILVA, J. A. da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: RT, 1989.

SINGLY, F. **Uns com os Outros**: Quando o Individualismo cria laços. Lisboa, Instituto Piaget, 2006.

TORRES, A. F. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOTAS:

[1] As famílias monoparentais, segundo Goldani (2006, p. 4) são as constituídas por um só progenitor.

[2] RODRIGUES, S. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. rev. e atual. Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

"UM TRIBUNAL ADMINISTRATIVO" – PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE LICITANTES E FORNECEDORES

JULIANA APARECIDA VAZ: Graduada em Administração. Servidora pública federal na Universidade Federal do Triângulo Mineiro - UFTM

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo explanar sobre o procedimento do Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade em fase de licitação e fornecimento de aquisição de bens e analisar seus deslindes. A pesquisa foi amparada em dados documentais extraídos de uma Autarquia de Ensino, bem como na legislação, bem como manuais e cadernos vigentes. Extraída as informações este trabalho visa sugerir medidas preventivas que possam diminuir ou sanar futuras instaurações de tais processos administrativos.

Palavras-chave: Processo Administrativo de Responsabilidade; Licitante; Fornecedor; Penalidade; Infração.

ABSTRACT: The purpose of this article is to explain the procedure for the Administrative Responsibility Determination Process in the bidding phase and supply of goods acquisition and to analyze its deletions. The research was supported by documentary data extracted from a Teaching Autarchy, as well as legislation, as well as current manuals and notebooks. Having extracted the information, this work aims to suggest preventive measures that can reduce or remedy future instigations of such administrative processes.

KEYWORDS: Administrative Responsibility Process; Bidder; Provider; Penalty; Infringement.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. ADMINISTRAÇÃO PUBLICA: 2.1. CONTRATO ADMINISTRATIVO PÚBLICO 3. PROCEDIMENTO METODOLOGICO: 4. PROCESSO ADMINISTRATIVO: 4.1. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE BENS; 4.2. 4.2 DA INSTAURAÇÃO PROCESSUAL; 4.3. DA NOTIFICAÇÃO DE INSTAURAÇÃO DO PROCESSO, DA DEFESA PRÉVIA, DA DECISÃO ADMINISTRATIVA, DO RECURSO; 4.4. DA PENALIZAÇÃO E REGISTRO 5. RESULTADOS 6. PROPOSTA DE AÇÃO: 6.1. PROPOSTA; 6.2 ESQUEMATIZAÇÃO DA PROPOSTA 7. CONCLUSÃO 8. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública Federal ao promover a materialização das necessidades de aquisições de bens e prestação de serviços para seus diversos setores imerge em um universo de ritos legais5 que regem as licitações6 e contratações, desde a requisição do bem ou serviço até a sua execução.

Neste contexto é imprescindível o papel do agente publico para fiscalizar toda a tramitação desde o certame licitatório à entrega do bem, sendo que, identificada alguma irregularidade ele deve solicitar a abertura de Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade para apurar os fatos.

Conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, todo servidor público identificando alguma infração tem o dever de encaminhar ao conhecimento da Autoridade Superior a irregularidade que tiver conhecimento em função do cargo, não cumprir ordens ilegais e representar contra ilegalidades como preconiza o art. 116 da Lei nº 8.112/19907.

Este trabalho visa elucidar os fluxos do Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade e analisar tais processos em fase de licitação e fornecimento de aquisição de bens de uma Autarquia de Ensino e propor assim, medidas preventivas mediante capacitação de licitantes e fornecedores ao iniciar a oferta de seus produtos junto a Administração Pública.

Segundo MENDES (2012), a contratação pública está sustentada em 4 pilares que estruturam a lógica do regime jurídico de contratação pública: **necessidade, solução, seleção do fornecedor e equilíbrio ônus-recompensa.**

Este trabalho defende ser primordial o conhecimento de todos os ritos e consequências de falhas na contratação com o Poder Público não só por parte do Agente Público, que vivencia no seu dia a dia diversas contratações, mas também para os licitantes e fornecedores que decidem ingressar no Universo da contratação pública, resultando assim em diminuição ou cura de futuras instaurações de tais processos administrativos.

5 Lei 8.666/1993 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
Lei 10.520/2002 Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.
6 Procedimento que visa à contratação seja de serviços, bens, obras, compras, locações, concessões no âmbito do Poder Público com normas previstas em Lei.
7 Lei 8.112/1990 Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, disciplina as funções da Administração Pública em seu art. 37, capitulo VII:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

A Administração Pública visa o interesse da população, prestando serviços seja por saúde, segurança, educação, dentre outros, sendo direta: União, Estados-membros, Município e Distrito Federal ou indireta: Empresas Publicas, Fundações e Autarquias.

2.1 CONTRATO ADMINISTRATIVO PÚBLICO

Diversas entidades possuem necessidades seja de aquisição de bens, de compra, de prestação de algum serviço, assim para materializar tais necessidades cotidianas, surgem os ritos de licitação e contratação entre as entidades e aquele que fornecera o bem ou serviço, surgindo assim um pacto de cumprimento de obrigações assumidas por ambas as partes.

O contrato administrativo está subordinado ao regime jurídico público e é conduzido pelo interesse público.

Conforme a Lei nº 8.666/93, Art. 2º, Parágrafo Único:

> Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Discorre sobre o tema Meirelles (2015 p. 174):

> Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando a aquisição do bem ou a prestação do serviço será entregue ou paga parceladamente existirá um contrato, se o fornecimento do objeto ou pagamento é imediato, todo de uma só vez, sem vinculo futuro, não se formaliza um contrato, porém o Edital de licitação/Termo de Referência8 ou Nota de empenho9 tem força de contrato para cumprimento do adimplemento assumido pelas partes.

3. PROCEDIMENTO METODOLOGICO

Este trabalho é descritivo com enfoque em pesquisa documental, em que foi feito um levantamento dos Processos Administrativos de Apuração de Responsabilidade, considerando as infrações, bem como as penalidades aplicadas e publicadas no Diário Oficial da União e de uma Autarquia de Ensino.

Os dados foram analisados por meio da técnica de tabulação de dados. Conforme Marconi e Lakatos (2003), esta reside em apresentar os dados em tabela facilitando a análise. Isso permite analisar o quantitativo de empresas penalizadas durante um determinado período.

4. PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo10 é um instrumento que reveste um conjunto de atos administrativos ao qual a Administração Pública utiliza para apurar denuncias, infrações e tomar decisões previstas em Lei. Aquele serve também como garantia de defesa ao acusado perante a Administração Pública.

Segundo Santos (2001 p. 251):

> A adoção e sistematização do processo administrativo, com os princípios a ele afetos, não pode deixar de existir no Estado de Direito, visto que é vital ao controle da legalidade. E, mais ainda, é essencial ao Estado Democrático, porque demanda participação ativa e exercício da cidadania, fazendo com que o interesse público seja em sua exata medida atendido. É, portanto, inerente ao Estado Democrático de Direito previsto

8 Documento que deverá conter os elementos técnicos capazes de propiciar a avaliação do custo, pela Administração, com a contratação e os elementos técnicos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar o serviço a ser contratado e orientar a execução e a fiscalização contratual.

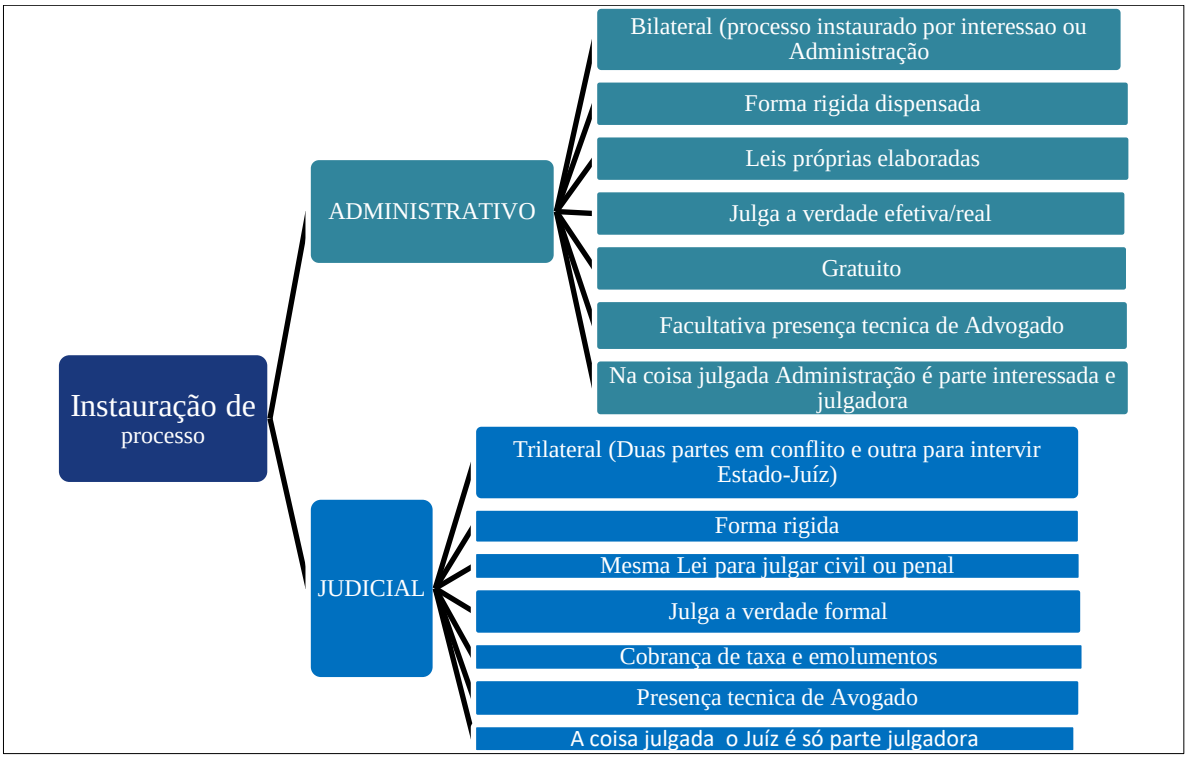
9 O empenho é o ato de registrar uma despesa na administração pública. Este, resulta em uma nota de empenho, documento que indicará o nome do credor, a especificação e o valor da despesa, bem como o desconto desta despesa do saldo do orçamento disponível.

10 O processo administrativo é regulamentado no âmbito da Administração Pública Federal pela Lei 9.784/1999.

> no art. 1º de nossa Carta Constitucional. É também inerente à soberania e à cidadania, estabelecidas como fundamentos do Estado nos incisos I e II do mesmo artigo. Em última análise, o processo administrativo é uma garantia dos direitos fundamentais, dos valores e anseios de justiça, liberdade e igualdade entre os homens, bem como de eficiência real do Estado e de desenvolvimento.

O processo administrativo se difere do processo judicial11 em alguns aspectos, por exemplo, não existe uma metodologia uniforme para o seu rito conforme quadro 1, porém ambos devem observar a obrigatoriedade dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Quadro 1 – Processo Administrativo X Processo Judicial



Fonte: Elaborado pela autora

11 Lei 11.419/2006 dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE BENS.

Quando uma pessoa física ou jurídica decide participar de um processo licitatório, ela concorda com toda cerimônia previamente estabelecida no Edital, infere-se que a mesma tenha lido todo o documento, tenha analisado se atende aos requisitos, tenha se planejado, caso seja lograda vencedora no processo licitatório e que tenha ciência, de que, em caso de infração durante ou após o certame está submetida a sanções legais previstas no Edital e/ou Termo de Referência.

As possíveis infrações mais recorrentes em fase de seleção de fornecedor são as identificadas na Tabela 1 a seguir.

Tabela 1 – Ocorrências durante fase de licitação

1	Deixar de entregar documentação exigida em Edital, para habilitação da proposta via Sistema Comprasnet.
2	Não enviar amostra dentro do prazo estabelecido em Edital.
3	Recusar injustificadamente a assinar a Ata de Registro de Preços ou firmar o instrumento de contrato dentro do prazo e condições estabelecidas.
4	Fazer declaração falsa ou cometer fraude fiscal.
5	Frustrar ou fraldar mediante combinação com outro o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

Fonte: Adaptado UFTM (2017)

Superada a fase licitatória, quando o objeto licitado depende de uma execução ou pagamento parcelado, ocorre à formalização do contrato, que por sua vez será fiscalizado12 por um servidor indicado pela área demandante da Instituição

12 Atividade que objetiva acompanhar o cumprimento das disposições referente à execução do contrato, obedecendo às cláusulas previstas no contrato, Termo de Referência e ao edital. Ainda conforme a Lei 8.666/1993 Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por

de Ensino. Quando a execução do objeto é imediata, de uma só vez, o fornecedor receberá da contratante, uma Nota de Empenho para a entrega do objeto.

As possíveis infrações mais recorrentes em fase entrega de bens são as identificadas na tabela 2 a seguir.

Tabela 2 – Ocorrências durante a fase de entrega de bens

1	Atraso na entrega do objeto contratado.
2	Atraso na instalação de equipamento.
3	Não entregar o objeto contratado.
4	Entrega parcial/incompleta ou em desconformidade do objeto contratado.

Fonte: Adaptado UFTM (2017)

Identificada alguma irregularidade, para o pregoeiro ou servidor responsável pelo recebimento do material surge um dever13 de proceder com investigação para apurar possíveis ocorrências. Na tentativa de sanar a infração é emitida notificação ou diligência junto ao licitante ou contratado. Frustrada as tentativas de solução, é solicitada a abertura de um processo administrativo de apuração de responsabilidade, que servida de ferramenta para apuração dos fatos.

4.2 DA INSTAURAÇÃO PROCESSUAL

Frustradas as tentativas de correção de alguma infração detectada, por meio de notificação escrita e devidamente confirmado o recebimento ou entrega, junto ao

um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

13 Lei 8.666/1993 Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

licitante, ou fornecedor, deve se iniciar a abertura de um processo administrativo de apuração de responsabilidade para apurar os fatos.

O Pregoeiro ou servidor responsável deverão proceder iniciando um processo relatando todos os fatos, e juntando no processo o rol de todos os documentos que disponha que comprove a irregularidade cometida pelo acusado, bem como todas as notificações que foram emitidas para o infrator e encaminhar o processo para autoridade14 competente tomar conhecimento e decidir pela instauração de Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade.

Considerando o parágrafo 2º do art. 67, da Lei 8.666/1993:

> § 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Verifica-se que, durante o ano 2014 a 2019 foram instaurados na Autarquia de Ensino, 135 processos de apuração de responsabilidade, conforme tabela 3.

Tabela 3 - Instauração de processos de 2014 a 2019

Ano	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Quantidade de processos	1	4	15	49	21	45
Total	**135**					

Fonte: Elaborado pela autora, dados da pesquisa.

4.3 DA NOTIFICAÇÃO DE INSTAURAÇÃO DO PROCESSO, DA DEFESA PRÉVIA, DA DECISÃO ADMINISTRATIVA, DO RECURSO.

Instaurado o Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade o acusado será notificado de sua abertura, em tal notificação deve constar:

14 Lei 8.112/1990 Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- A infração cometida, conforme dispositivo legal;
- Em tese a possível aplicação de sanção;
- Direito assegurando-lhe o contraditório e ampla defesa prévia em um prazo de 5 ou 10 dias úteis, considerando a penalidade possível a ser aplicada.

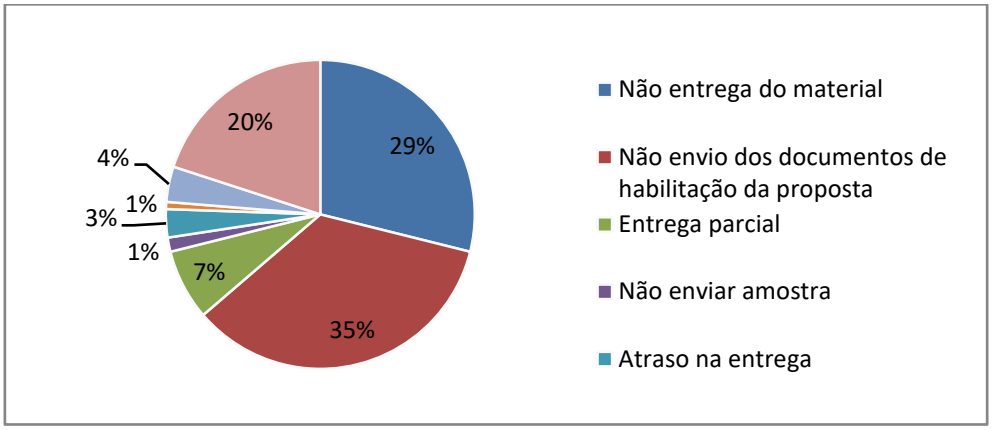
Tal notificação deve ter confirmação de seu recebimento, por parte do acusado, caso não haja tal confirmação de que o mesmo tenha ciência do processo instaurado, a notificação é publicada no Diário Oficial da União – DOU, para garantir o conhecimento da acusação e que fora concedido um prazo para defesa prévia, sob pena de continuidade do processo, independente da apresentação de defesa.

Verifica-se dos dados levantados na pesquisa infere-se que 41% são infrações cometidas durante o processo de licitação, destaca-se a infração mais recorrente durante esta fase sendo a de não entrega da documentação exigida em edital, para fins de aceitação/habilitação da proposta, por meio eletrônico, referente à Pregão Eletrônico15 com 35%, já as infrações finalizada a licitação e após o recebimento de Nota de Empenho da Autarquia, é de 32%, resta ainda 20% que são de infrações diversas ocorridas durante a execução contratual na prestação de serviços, conforme apresentado no gráfico 1.

Gráfico 1 – Infrações cometidas por licitantes e fornecedores entre 2014 a 2019.

15 É uma modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Permite a ampliação da disputa licitatória com a participação de maior número de empresas de diversos estados, já que é dispensada a presença dos contendentes. É uma modalidade ágil, transparente e que possibilita uma negociação eficaz entre os licitantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



Fonte: Elaborado pela autora, dados da pesquisa.

Devidamente notificado o acusado pode proceder, conforme interesse ao envio fundamentado de sua defesa prévia.

Conforme Teles (2012 p. 53):

> O Processo, seja ele judicial ou administrativo, como instituto submetido aos mandamentos constitucionais, visando a garantir aos litigantes o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, só alcançará um resultado final válido, se este for construído de maneira compartilhada entre as partes, em acordo com a argumentação e as provas produzidas pelos partícipes do processo.

Coaduna ainda Junior (1994 p. 121-122)

> Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

A defesa prévia por sua vez é analisada e descrita em um relatório conclusivo que dará suporte à decisão administrativa da autoridade competente.

Expedida a Decisão Administrativa, o licitante ou contratado é notificado da decisão e um prazo de 5 (cinco) ou 10 (dez) dias úteis para apresentação de recurso

é concedido, proporcionando assim uma oportunidade de reexame da decisão proferida.

Caso a autoridade competente chegue à conclusão diante dos fatos e provas constantes em processo que não houve infração, esta deve fundamentar nos autos o seu entendimento pela decisão de não aplicação de penalidade e pelo arquivamento do processo.

Segundo Barros Jr. (1946 p. 41)

> A legitimidade dos recursos em via administrativa resulta assim, do interesse que há, no Estado submetido às regras do Direito, em que a atividade injurídica seja, desde logo, corrigida, não só em benefício dos titulares de direito, como da própria atividade administrativa. Ocorre, ainda, o próprio interesse da Administração, cujos atos são sujeitos à revisão do Poder Judiciário, de evitar reparações futuras mais onerosas.

Formulando o recurso o acusado apresenta os seus argumentos, produz suas provas, e testemunhas, quando cabível, aguardando um segundo reexame de sua fundamentação.

Tal recurso é analisado ainda pela autoridade que emitiu a decisão administrativa, caso seja **retificada** a Decisão proferida, é emitida uma nova Decisão e encaminhada ao acusado. Caso seja **ratificada** a Decisão, o processo é encaminhado à Autoridade Hierarquicamente Superior para análise e emissão de Decisão Administrativa Definitiva, findando assim, a fase de primeira instância16 do Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade do licitante ou contratado.

Após ser emitida a Decisão Administrativa Definitiva, o acusado é notificado para ter conhecimento de tal decisão, ficando, nessa fase, esgotadas novas tentativas de revisão da Decisão, na esfera Administrativa, solicitada por parte do licitante ou contratada.

Permanecendo o sentimento de injustiça por parte do acusado, este deve proceder recorrendo à segunda instância, o Judiciário, para iniciar um processo que avaliará todo o processo administrativo finalizado.

16 É uma decisão administrativa terminada, não sendo mais possível o recebimento de defesa. Não podendo a matéria decidida ser reapreciada administrativamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.4. DA PENALIZAÇÃO E REGISTRO

Das sanções aplicadas a licitantes e fornecedores conforme as Leis 8.666/1993 e 10.520/2002 têm-se conforme (quadro 3):

Quadro 3 – Penalidades

Lei 8.666/93	Advertência
	Multa
	Suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.
	Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.
Lei 10.520/02	Advertência
	Multa
	Impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Fonte: Elaborado pela autora

Devidamente notificada da decisão administrativa definitiva, o acusado recebe também as penalidades aplicadas, pois elas são registradas, no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF17 e no Sistema Correcional de responsabilização de empresas instaurado no Poder Executivo Federal – CGU-PJ, e publicadas no Diário Oficial da União - DOU, quando cabível.

17 Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores que viabiliza o cadastramento de fornecedores de materiais e serviços para os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, no âmbito do Sistema Integrado de Serviços Gerais - SISG. Uma vez inscrito no SICAF, o fornecedor estará cadastrado perante qualquer órgão/entidade que utiliza o SIASG.

Sobre penalidades, o Caderno de Logística do TCU (2015 p. 25-26) traz:

> Para julgar a penalidade mais adequada, a autoridade deve examinar o fato conjugando-o com as regras contratuais, sem se descuidar das garantias constitucionais, por meio de procedimento específico, utilizando-se dos princípios como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da ampla defesa, do contraditório, da impessoalidade, da isonomia, dentre outros.
>
> Isso exige que a autoridade esteja atenta para que a aplicação da pena esteja calcada na proporcionalidade e na razoabilidade, podendo ocorrer, inclusive, a possibilidade de haver resultados distintos para condutas aparentemente idênticas.

Conforme preconiza a Lei 8.666/1993 e a Lei 10.520/2002, as sanções de advertência e multa não precisam ser publicadas no DOU, mas devem ser registradas no SICAF. Já as penalidades de suspensão de licitar e contratar com a Administração, impedimento de licitar e contratar com a União e Idoneidade devem ser publicadas no DOU e registradas no SICAF, em decorrência de sequela a outros órgãos públicos.

A Figura 1 traz o quantitativo de sanções aplicadas e vigentes de 2014 a 2020, e na Figura 2 temos o percentual de penalidades aplicadas, por outras Autarquias de Ensino do país, por tipo, conforme dados coletados no Portal de Transparência.

Figura 1 – Quantidades de sanções aplicadas e vigentes entre 2014 a 2020

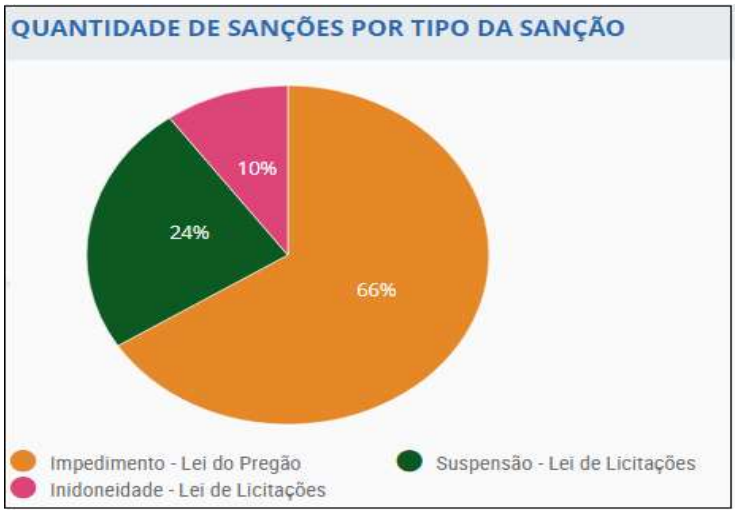
ANO	SANÇÕES APLICADAS NO ANO	SANÇÕES VIGENTES AO FIM DE CADA ANO
2014	3.916	13.652
2015	4.140	14.489
2016	5.609	15.395
2017	5.032	15.597
2018	4.266	15.794
2019	3.946	16.239
2020	937	15.067

Fonte: CGU (2020)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 2 – Percentual de sanção aplicada por Autarquias de Ensino por tipo.



Fonte: CGU (2020)

Quando a penalidade decorre de multa e o acusado não procede com pagamento da Guia de Recolhimento da União – GRU, no prazo estabelecido, existe uma sequencia de execução, sendo:

- Desconto no valor de parcelas devidas;
- Desconto no valor de garantia depositada em contrato;
- Inscrição judicial de execução.

Ainda no caderno de Logística do TCU (2014 p. 6) temos:

> A finalidade das sanções administrativas em licitações e contratos é reprovar a conduta praticada pelo sancionado, desestimular a sua reincidência, bem como prevenir sua prática futura pelos demais licitantes e contratados. As sanções podem ter caráter preventivo, educativo, repressivo ou visar à reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao erário público.

5. RESULTADOS

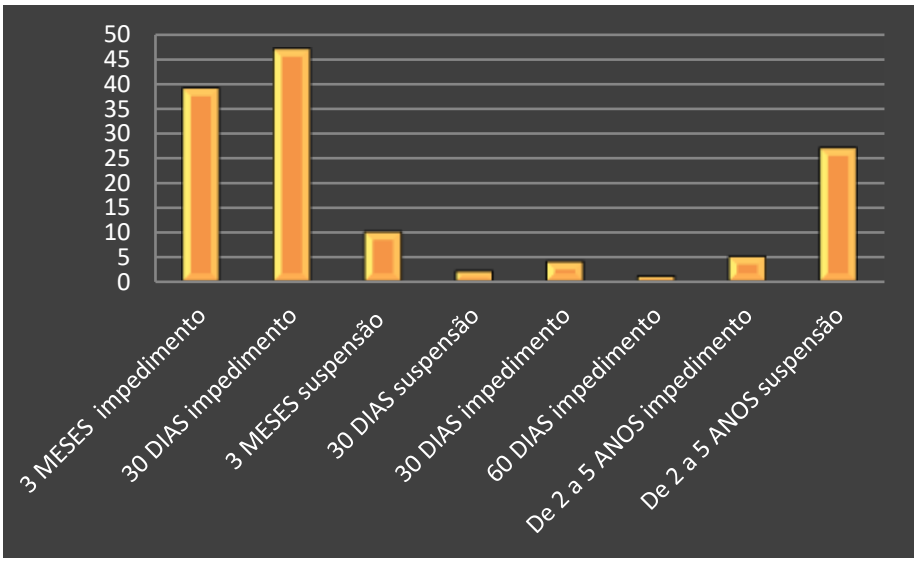
Verificou-se que durante o processo licitatório da Autarquia em análise, existe um grande retrabalho durante o processo de licitação, em decorrência das licitantes classificas em primeiro lugar, por uma proposta mais vantajosa, não

enviarem seus documentos de habilitação, por arrastamento é necessário analisar a proposta de próximos colocados e realizar uma nova negociação e solicitar que procedam com a anexação de documentos para habilitar a proposta, isso ocorre quando existem próximos classificados no certame, quando não existe o item ou itens licitados são cancelados e é necessário abrir um novo processo licitatório, caso a área demandante ainda necessitar.

Quando a infração ocorre após o envio da Nota de Empenho instaura-se outro problema grande, pois além de invalidar todo o trabalho feito de seleção de fornecedor é necessário iniciar outro processo, pois muita das vezes o bem ainda é indispensável para atividades diárias ou de pesquisa na Autarquia.

Do ponto de vista do licitante ou fornecedor existem também grandes prejuízos, pois muita das vezes são empresas que possuem toda sua atividade voltada para o fornecimento ao poder público e sofrendo alguma penalidade, como foi possível verificar nos dados da pesquisa, o deslinde é empresas paradas, sem poder exercer negociações com o poder publico por curto ou longo período de tempo, como informa o gráfico 2.

Gráfico 2 – Prazo de duração das penalidades



Fonte: Elaborado pela autora, dados da pesquisa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6. PROPOSTA DE AÇÃO

Como diagnosticado no trabalho, os prejuízos causados decorrentes de infrações e penalidades são grandes, tanto para o contratado quanto para o contratante, considerando as diversas justificativas por parte dos licitantes e fornecedores, as mais recorrentes são:

- Inexperiência em pregão eletrônico ou apenas um colaborador com conhecimento;
- Problemas financeiros;
- Erro técnico;
- Problemas com estoque ou fornecedor;
- Falhas de conexão de comunicação ou de internet;
- Erro de lance de valor de proposta;
- Dificuldades de permanecer logado no sistema e acompanhando o certame.

Com base nos dados levantados na pesquisa infere-se que não sessam as instaurações de Processo Administrativo. Evidencia-se que medidas são necessárias para sanar e/ou prevenir as instaurações de Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade, por causar tantos prejuízos para ambas às partes envolvidas.

Verificou-se que existem materiais, além das Leis vigentes, sobre o assunto como cartilhas, resoluções, manuais que tratam do assunto que foram desenvolvidas por órgãos públicos na tentativa de normatizar o processo e para ser um material muito relevante para capacitação de servidores, mas nem sempre esse material chega ou é de fácil entendimento para os licitantes ou fornecedores.

Por esta razão, é apresentada uma proposta de implementação para melhorar o problema apresentado.

6.1 PROPOSTA

A criação de uma cartilha de capacitação para licitantes e fornecedores, onde exista varias formar de educar os envolvidos a respeito dos ritos do processo e seus deslindes previstos em legislação. Tal ferramenta deve ser de ampla divulgação para público externo dos órgãos públicos..

6.2 ESQUEMATIZAÇÃO DA PROPOSTA

Considerando que não tem sido suficiente constar em edital as regras para a contratação com o poder público, e que não é suficiente capacitar apenas um lado, sugere-se a criação de um material focado no público externo, que vá disseminar conhecimento ao público alvo a respeito de todos os ritos iniciado o desejo de ofertar bens e serviços a órgãos públicos.

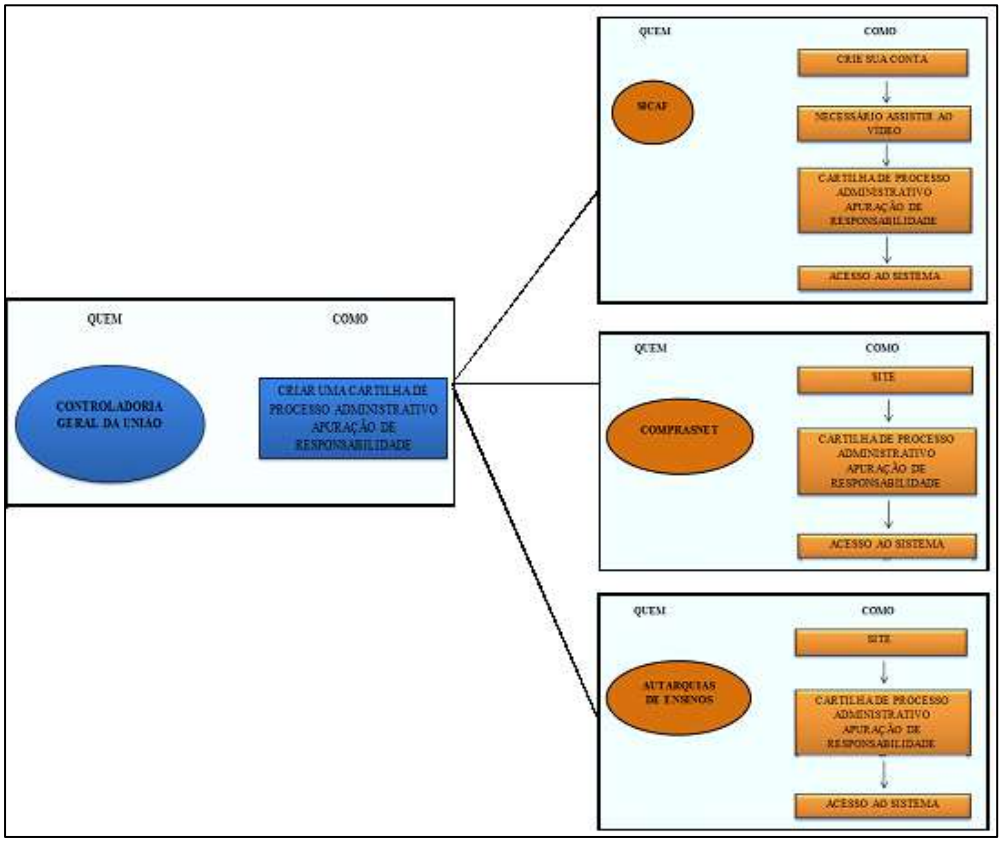
Sugere-se a criação de uma cartilha com os procedimentos de um Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade, onde conscientize o licitante e fornecedor desde o planejamento ao tomar conhecimento de algum Edital de licitação aberto, os compromissos que eles assumem ao cadastrar suas propostas no Sistema, ao ser logrados vencedores e ao receber Nota de Empenho para execução do objeto.

Ainda é prudente considerando a atual realidade social que se vive, apoiados pela tecnologia da informação, que seja criado vídeos com tutorial baseado na cartilha.

Considerando que o *start* para fornecer bens e serviços para órgão públicos se da por meio de cadastro no SICAF, este é o local primordial para divulgar qualquer material ao público externo, condicionando sua continuação no Sistema somente após assistir e ou ler o conteúdo proposto. Ainda é necessário que o material seja constantemente divulgado e atualizado em outros locais reforçando o assunto, como no Comprasnet, local onde propostas são cadastradas e lances ofertados e nos sites de Autarquias de Ensino conforme figura 3.

Figura 3 – Esquematização de divulgação de material

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



Fonte: Elaborado pela autora

7. CONCLUSÃO

O presente artigo explanou sobre o Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade de licitantes e fornecedores para aquisição de bens de uma Autarquia de Ensino, mostrou o seu rito, conforme legislação correlata ao tema e seus deslindes.

O trabalho tinha o objetivo de através de pesquisa documental, de uma Autarquia de Ensino, sobre o assunto levantar dados e detectar possíveis propostas para evitar o problema.

Fica evidente que licitantes e fornecedores se vinculam com os ritos firmados em editais e Nota de Empenho e que ao descumpri-los, por arrastamento, estão passivos a um Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade, podendo decorrer em penalidades.

Pelos argumentos apresentados é relevante a necessidade de disseminação do assunto, não apenas para gestores públicos, mas também aos licitantes e fornecedores que são figuras importantes no certame. Isso contribuirá efetivamente

para que o licitante e fornecedor se acautele mais ao decidir participar de licitações e ofertar seu produto, pois ocorrendo alguma pratica faltosa tal infração não pode ficar imune de apuração.

8. REFERÊNCIAS:

ASSAF FILHO, Alexandre. A vedação a decisão surpresa e a democratização do contraditório. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5789, 8 maio 2019. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/73774 > Acesso em: 17 fev. 2020.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Recursos Administrativos.** Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10671/9665 > Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 dez. 2019.

BRASIL**. Instrução Normativa nº 5**, de 26 de maio de 2017 (Atualizada). Disponível em: < https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/anexo-in5-2017 >. Acesso em: 18 dez. 2019.

DANTAS, Tiago. "**Administração Pública**"; Brasil Escola. Disponível em: < https://brasilescola.uol.com.br/politica/administracao-publica.htm> Acesso em: 13 dez. 2019.

_____. Lei n° 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm > Acesso em: 24 jan. 2020.

_____. Lei n° 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm > Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Lei n° 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm > Acesso em: 06 fev. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Ed.

Malheiros, 2015, 42ª Ed., p. 174. Disponível em:

< http://repositorio.unesc.net/handle/1/1641> Acesso em: 07 jan. 2020.

MENDES, Renato Geraldo. **O Processo de Contração Pública – Fases, etapas e atos**. Curitiba. Zênite, 2012.

MGMONITORGOV. **Licitação: Você sabe o que é empenho?** Disponível em: < https://monitorgov.com.br/blog/licitacao-voce-sabe-o-que-e-empenho/#:~:text=Nota%20de%20empenho,do%20saldo%20do%20or%C3%A7amento%20dispon%C3%ADvel. > Acesso em: 08 abr. 2020.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Noções Gerais Acerca do Processo Administrativo e da Lei n. 9.784/99. Revista de Informação Legislativa,** Brasília a. 38 n.149 jan/mar 2001. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/669/r149-20.pdf?sequence=4&isAllowed=y > Acesso em: 10 abr. 2020.

TELES, João Orestes. **A Discricionariedade da Administração Pública na Aplicação das Penalidades Administrativa nos Contratos de Prestação de Serviços).** Disponível em < http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1641/1/Jo%c3%a3o%20Orestes%20Teles.pdf > Acesso em: 20 abr. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DESCUMPRIMENTO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS E OS PREJUÍZOS PARA OS CONSUMIDORES: UMA ANÁLISE CRÍTICA COM BASE NO DECRETO FEDERAL 7.962/2013

LUCAS DA SILVA SÃO THIAGO: Acadêmico de Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Ex-Presidente do Conselho Diretor da Associação Baiana de Defesa do Consumidor (ABDECON). Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia;

RESUMO: O presente trabalho teve como objeto o estudo das formas de descumprimento dos contratos eletrônicos e os prejuízos ocasionados aos consumidores, através de uma análise crítica do Decreto Federal 7.962/2013 e da efetividade da proteção do *cyberconsumidor*. Neste sentido, inicialmente foi traçado um breve panorama histórico do desenvolvimento do *e-commerce*, analisando as características gerais e específicas dessa forma de contratação, bem como elencando os principais danos que são gerados aos consumidores. Explanou-se também acerca da vulnerabilidade acentuada do consumidor no comércio eletrônico, da mesma maneira que foi feita análise acerca dos dispositivos presentes no supracitado texto normativo. Por fim, buscou-se avaliar a eficiência da proteção do consumidor na contratação eletrônica. No que tange à metodologia, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, através de uma análise qualitativa e mediante pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio Eletrônico; Consumidores; Efetividade.

ABSTRACT: The present study had as its object the study of the forms of noncompliance of the electronic contracts and the damages caused to the consumers through a critical analysis of the *Decreto Federal 7.962/2013* and of the effectiveness of the protection of the cyberconsumer. In this sense, it was initially a brief historical panorama of the development of e-commerce, analyzing the general and specific characteristics of this form of transaction, as well as listing the main damages that are caused to consumers. There was also an explanation of the marked vulnerability of the consumer in e-commerce, just as analysis was made of the devices present in the aforementioned normative text. Finally, we sought to evaluate the effectiveness of consumer protection in electronic contracting. Regarding the methodology, the hypothetical-deductive method was used, through a qualitative analysis and through bibliographical and documentary research.

KEY-WORDS: E-Commerce; Consumers; Effectivenes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento do Comércio Eletrônico. 3 Conceito de *E-Commerce* e Características Gerais desses Contratos. 3.1 Características Específicas. 3.2 A Vulnerabilidade Acentuada do Consumidor na Comercialização Eletrônica. 4 Principais Problemas Detectados. 5 A Regulação do Comércio Eletrônico no Brasil. 5.1 Uma Análise Crítica do Decreto Federal 7.962/2013. 5.2 A Efetiva Proteção do Consumidor no *E-Commerce.* 6 Considerações Finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos nas searas de informação e comunicação, em especial, a concepção da *internet*, a passagem de dados se tornou muito mais abrangente e veloz. Tal fato contribuiu para que surgissem plataformas *online* que transacionassem produtos e serviços para o mercado de consumo, ensejando o desenvolvimento do comércio eletrônico. Também conhecido como *e-commerce*, esse tipo de comercialização vem crescendo e aumentando sua abrangência cada vez mais, visto que, tem-se visualizado um tendente aumento do uso da *internet* para a aquisição de bens de consumo, em virtude dos benefícios que essa forma de contratação traz para os ambas as partes (consumidor e fornecedor).

Acerca desses benefícios, tem-se a redução de custos, uma vez que os fornecedores não precisam manter estabelecimentos físicos para fins de venda. Ademais, estes passaram a ter atuação em outras esferas, chegando, inclusive, a atingir espaço no mercado de consumo de outros países. Por outro lado, os denominados *cybeconsumidores*, que nada mais são do que pessoas físicas ou jurídicas, que adquirem produtos ou serviços por meio da *internet* ou através das telecomunicações, conseguem por meio do *e-commerce* fazer pesquisas sobre os múltiplos bens existentes e adquiri-los com maior rapidez, sem necessitar se deslocar.

Nesse sentido, cumpre salientar que, em contrapartida aos resultados positivos vislumbrados, o comércio eletrônico não só agravou problemas existentes no âmbito contratual geral e específicos do setor, como também fez surgir novas complicações, que vem gerando prejuízos para os consumidores. No que tange aos aspectos problemáticos, destacam-se os atinentes às informações prestadas, não só o fornecedor, como também acerca dos produtos e/ou serviços, ao descumprimento contratual, a existência de cláusulas contratuais abusivas e desrespeito ao direito de arrependimento.

Diante desse cenário, buscou-se, no Brasil, a concepção de projetos de leis destinados à regulamentação do tema, com o objetivo de proteger melhor os interesses e os direitos dos consumidores, a exemplo do Decreto Federal n. 7.962,

editado em 15 de março de 2013, que regulamentou a Lei n. 8.078/90, dispondo sobre a contratação no comércio eletrônico. No entanto, uma análise crítica do panorama normativo atinente ao *e-commerce* revela que muito ainda deve ser feito para que se conquiste a efetiva proteção do *cybersoncumidor*.

É a partir deste quadro que objetiva-se, por meio do presente trabalho, identificar as formas de descumprimento dos contratos eletrônicos firmados pelos consumidores, diante das normas previstas pelo Decreto Federal n. 7.962/13 e pela Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), bem como analisar, de forma crítica, as disposições presentes no Decreto Federal supracitado, avaliando, também a efetividade da proteção do consumidor frente a contratação eletrônica.

2 DESENVOLVIMENTO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Com a terceira revolução industrial, ocorrida em meados do século XX, surge um processo de intenso investimento e criação de tecnologia eletrônica, fato este que, não só impactou a indústria da época, como também modificou, de forma substancial, a própria dinâmica da sociedade. Neste contexto, destaca-se o advento dos computadores e, em especial, da *internet* (abreviação de *interconected networks*), ou seja, de uma "rede constituída por uma multiplicidade de computadores localizados no mundo inteiro que estão conectados entre si e se comunicam através de um conjunto de protocolos" (SILVA, 2014, p. 19-77).

Entretanto, urge salientar que esse processo, por sua vez, ganha relevo após a popularização, isto é, oferta em massa e a preços acessíveis, desse novo meio tecnológico. Tal fato ocorreu durante a década de 1990, a partir da comercialização deste serviço, acrescido da utilização de provedores que permitiam a possibilidade de prestações *online*, como hospedagem de *sites*, utilização de mecanismos de buscas, armazenamento de arquivos em nuvem, *e-mails*, etc. Neste sentido, dispõe Testa Correia que a *internet* possibilitou a transferência de "informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando em novos mecanismos de relacionamentos" (SILVA, 2014, p. 19-77).

No que tange ao século XXI, o panorama o qual o mundo se encontra é de intensas modificações e formação de novas tendências. A transição de informações proporcionada pela globalização acarretou uma intensa troca de informações e tecnologias. Hodiernamente, não se comporta mais a possibilidade de se viver em um mundo "desconectado", sem qualquer interação tecnológica. Acerca dessa constatação, as empresas passaram a ver o comércio eletrônico como sendo ferramenta basilar para desenvolver seus empreendimentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, é a partir dessa nova forma de se relacionar, que esse sistema será utilizado como um dos principais meios de contratação, "passando a figurar como meio à ampla disposição dos consumidores para a aquisição de bens corpóreos ou incorpóreos ou serviços, a título oneroso, ganhando foro de verdadeiro mercado" (MARTINS, 2016, p. 26). Dessa forma, o que inicialmente tinha a função de mera comunicação, se torna um potente mecanismo para transações comerciais e, consequentemente, para as relações de consumo. Surge, então, o que passou a ser conhecido como comércio eletrônico.

3 CONCEITO DE *E-COMMERCE* E CARACTERÍSTICAS GERAIS DESSES CONTRATOS

O comércio eletrônico, ou também conhecido como *e-commerce*, é classificado por Cláudia Lima Marques como sendo "uma das modalidades de contratação não presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico" (MARTINS, 2016, p. 33). Nesse sentido, o contrato eletrônico constitui um "vínculo que advém de uma conjugação de vontades ocorrido entre dois ou mais sujeitos que se comunicam através da *internet*, com o objetivo de constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica de natureza patrimonial" (MARQUES, 2004, p. 38).

Sendo uma forma de contratar, cumpre trazer os aspectos atinentes a esta modalidade, entretanto, cabe ainda ressaltar dois pontos: o primeiro é que a contratação eletrônica, aqui analisada, diz respeito à aquela realizada nas relações de consumo; o segundo ponto é que, tendo em vista as particularidades dessa forma de contratação, ela apresentará características próprias, sendo, de suma importância, distingui-las. Neste sentido, primando por um viés pedagógico, tais aspectos contratuais serão divididos em duas vertentes, uma que versará sobre os atributos gerais, e, posteriormente, analisar-se-ão os fatores próprios.

Cumpre dispor que esta espécie de contrato é classificada como bilateral, ou seja, se constitue por meio de um concurso de vontades, apresentando, no mínimo, duas pessoas. Cabe salientar que, a bilateralidade não diz respeito apenas à vontade, assim como dispõe acerca de reciprocidade das obrigações, isto é, o negócio jurídico cria para as partes pactuantes direitos e deveres, que devem ser obedecidos para que se tenha não só o respeito à boa-fé objetiva, como também a manutenção do sinalagma contratual, questões essenciais para a validade de um contrato.

A onerosidade também é elemento característico. Sendo assim, dispõe Orlando Gomes que o contrato oneroso "é aquele em que cada uma das partes visa a obter uma vantagem", sendo que esta, por sua vez, "é obtida corresponde de sua

parte um sacrifício, consistente na diminuição do patrimônio, embora compensado subjetivamente" (GOMES, 2007, p. 87). Sendo assim, a onerosidade não pode se dar de forma excessiva, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor corrobora com esse entendimento, ao dispor em seu art. 51, inciso IV, a impossibilidade de existência de cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Por fim, esses contratos são classificados como "de adesão", ou seja, se perfazem como sendo aqueles cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente, isto é, "não comportam negociações entre as partes. Os termos já se encontram cristalizados, disponíveis apenas à leitura e aceitação, ou não, pelo oblato" (BEHRENS, 2014, p. 233). Cláudia Lima Marques (2016, p. 78) ainda esclarece que esta imposição se dá "pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito".

3.1 CARACTERISTICAS ESPECÍFICAS

No que tange às características específicas da contratação mediante comercialização eletrônica, há algumas particularidades que carecem de ser apuradas. Inicialmente, cumpre salientar que tais contratos se perfazem entre ausentes, ou seja, não há um contato/interação direta entre o consumidor e o fornecedor. Isto se dá, pois, os acordos firmados ocorrem a distância, por meio da intermediação da *internet*, dos meios de telecomunicações ou dos endereços eletrônicos. Acerca do assunto ressalta-se que esses contratos são tidos como "'contratos desumanizados' [...]. Seriam contratos em que o fornecedor não teria mais 'rosto', não mais apareceria (ou poderia mesmo não existir) fisicamente ou territorialmente, pois alguns fornecedores globais são redes de distribuição sem sede fixa" (MARQUES, 2016, p. 119).

Este último ponto (a inexistência de uma sede fixa) figura igualmente como um dos atributos do comércio eletrônico. A desterritorialização é gradativamente acentuada, uma vez que "a evolução dos meios de comunicação e transmissão de dados contribui para a superação de fronteiras e encurtamento de distâncias, fornecedores de todo o mundo podem alcançar consumidores de todo o mundo" (BEHRENS, 2014, p. 233). Há ainda de se considerar o fato de que constituir uma sede fixa não mais é interessante para os negócios, seja porque alguns fornecedores consideram que os custos são maiores do que o simples fato de manter um depósito, ou devido ao fato do consumidor estar se mostrando cada vez mais tendente a adquirir os bens e serviços os quais deseja sem necessitar se deslocar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como já aduzido, para que ocorra contratação, se faz necessária a manifestação e comunhão de vontade entre as partes. Neste sentido, cumpre destacar que, na contratação por meio do *e-commerce*, essa manifestação é simplificada de forma extrema, visto que a aquisição do produto ou serviço se dá, simplesmente, com a disposição de alguns cliques. A isso, dispõe Laís de Araújo Primo, foi "denominado por Caitlhin Mulholland de *click-wrap agréments* ou *point and click contracts* – que equivale ao termo de adesão" (PRIMO, 2012, p. 246), resultando assim na perfeição do negócio jurídico. Tal fato, por sua vez, deve ser analisado de forma cuidadosa, visto que, conforme aduz a aludida autora, esta praticidade pode gerar a ocorrência de erros na emissão da vontade.

3.2 A VULNERABILIDADE ACENTUADA DO CONSUMIDOR NA COMERCIALIZAÇÃO ELETRÔNICA

O consumidor "será presumivelmente considerado vulnerável frente ao fornecedor, tendo em vista que este último é quem controla a produção, o mercado, determina o público alvo e estabelece os preços (margens de lucro)"(CARVALHO, 2007), ou seja, a vulnerabilidade do polo passivo é requisito essencial para que se figure uma relação de consumo, sendo tal entendimento, inclusive, previsto na própria Lei 8.078 de 1990, mais especificamente em seu artigo 4º, inciso I[1]. Ocorre que, atinente ao *e-commerce*, e, tendo em vista as particularidades dessa modalidade de contratação, a vulnerabilidade do consumidor é acentuada. Neste sentido, "se, na contratação física, é intrínseca a fragilidade do consumidor, no mundo virtual, a imaterialidade, a atemporalidade e a desterritorialização dos contratos *online* acentuam essa posição" (LIMA, 2014, p. 100-101). Sendo assim, no que tange a esse tipo de transação, deve haver uma necessária atenção por parte da sociedade e, em especial, dos órgãos de aplicação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Essa vulnerabilidade ocorre por vários motivos, devido ao analfabetismo digital, ou seja, pessoas que não conseguem compreender e interagir no âmbito digital e, dessa forma, são mais suscetíveis de serem enganadas; ao fato de o fornecedor ter a possibilidade de acessar "à intimidade do consumidor, uma vez que a sua publicidade passa a ser feita diretamente no domicílio" (BEHRENS, 2014, p. 233). A dificuldade de localização geográfica do fornecedor, que, por vezes, não dispõe de um estabelecimento físico, acrescida a impessoalidade da relação, já que nem sempre os fornecedores prestam informações adequadas em seus perfis comerciais *online*, ampliam a adversidade que os consumidores apresentam de se verificar, adequadamente, a pessoa com a qual estão transacionando, dessa forma "a inexistência de contato pessoal entre o consumidor e o fornecedor, assim como a

dificuldade do consumidor aferir a idoneidade e honestidade do fornecedor" (MIRAGEM, 2016, p. 556) geram insegurança e desconfiança.

Também há de se falar das empresas estrangeiras, que, por meio da *internet*, tem uma maior facilidade de adentrarem no mercado brasileiro para fins de escoação de seus produtos e serviços. Neste sentido, existe um grande receio, não só acerca de qual das legislações (nacional ou estrangeira) seria aplicada em caso de eventuais litígios judiciais, como também pela dificuldade que há em se há de buscar a responsabilização nas relações as quais um dos sujeitos é sediado no exterior.

Entretanto, a principal preocupação se dá pelo fato destas contratações envolverem uma "alta complexidade técnica, que foge ao alcance do indivíduo comum, que desconhece seus melindres e macetes" (MIRAGEM, 2016, p. 314). Dessa forma, há, justificadamente, uma grande desconfiança por parte dos consumidores ao utilizarem tais meios para contratar, visto que, apesar da *internet* não se figurar como uma "terra sem lei", ainda há muita facilidade em cometer ilícitos e sair impune, principalmente por aqueles que munidos de conhecimentos especializados em informática, modificam dispositivos e programas tecnológicos para a prática de crimes.

4 PRINCIPAIS PROBLEMAS DETECTADOS

Conforme já elucidado, o *e-commerce* modificou significativamente a forma de contratar, trazendo diversos avanços nesta seara, em especial, à facilidade, abrangência e velocidade das transações efetuadas. Tais avanços, por sua vez, acabaram por gerar impactos negativos, atinentes à potencialização da vulnerabilidade dos consumidores frente às contratações eletrônicas, bem como fazendo surgir situações inconvenientes. Dessa forma, cumpre, agora, analisar quais são os principais problemas enfrentados pela classe consumerista nesta modalidade de contratação.

A entrega de produtos em desconformidade com as especificações divulgadas nos perfis e portais comerciais, ou até mesmo a divulgação a partir de poucas imagens, e, por vezes, em baixa resolução, dificultando, assim, que o *cyberconsumidor* possa ter a real noção das características de um determinado produto, é um dos infortúnios enfrentados, se concretizando, segundo Flora Deane (2014, p. 243), como sendo uma das principais dificuldades encontradas pelos consumidores no que tange as transações eletrônicas.

Situação semelhante ocorre com os serviços que não descrevem de maneira adequada a forma como serão executados, ou ainda, que prometem um dado resultado, mas, ao fim, geram frutos aquém da expectativa construída. Há também

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

casos extremos, em que o fornecedor, dotado de má-fé, deixa de divulgar informações essenciais do produto/serviço. Estas situações se dão justamente pela impossibilidade que há em averiguar adequadamente as informações que são passadas pelos sites ou via *telemarketing*.

Como consequência da desterritorialização, os acordos são firmados a distância, dessa forma, surge como um dos deveres do fornecedor a entrega do produto e/ou serviço. Neste âmbito, ocorrem "várias hipóteses de vício por inadequação consistentes em atraso ou não entrega do produto ou serviço" (LIMA, 2014, p. 110). Esse fato ainda se vê agravado no que tange a comercialização com fornecedores estrangeiros que não apresentam representação no território nacional, já que, além do comprador não se ver protegido pela legislação consumerista brasileira, existe uma maior chance de perda ou extravio.

Outros problemas detectados dizem respeito à existência de cláusulas contratuais abusivas "que exoneram os sites intermediadores, [...] dificuldades dos consumidores para exercerem seu direito de arrependimento ou trocarem um produto viciado, ausência de resposta das empresas para solução dos problemas dos consumidores" (LIMA, 2014, p. 110). Tais ações, por sua vez, se concretizam como manifesta violação à boa-fé objetiva (SILVA, 2007, p. 35), princípio positivado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III[2] e 51, inciso IV[3]. Nesse sentido cumpre salientar que "a cláusula geral da boa-fé objetiva existe para frear a abusividade contratual" (RIBEIRO, 2014, p. 243), se constituindo como preceito de conduta basilar no ordenamento jurídico pátrio.

5 A REGULAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL

Diante da vulnerabilidade e dos problemas detectados nas relações eletrônicas, exsurge um grande esforço legislativo para editar, complementar, e dessa forma, atualizar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Esse esforço visa fortalecer a "dimensão da confiança, efetividade e segurança jurídica do CDC" (SANTOLIM, 2012, p. 74). Diante do exposto, surgem diversas propostas legislativas, tanto no âmbito do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado n° 243, de 2014) quanto na esfera da Câmara do Deputados (PL 3514/2015, PL 4906/2001, PL 9754/2018, PL 4.786/2016, PL 3200/2012, PL 104/2011 e PL 1589/1999).

5.1 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DECRETO FEDERAL 7.962/2013

Frente aos vários esforços legislativos, destaca-se o Decreto Federal 7.962 de 2013, editado no dia 15 de março pela Presidência da República, que traz disposições acerca da contratação no comércio eletrônico e, por sua vez, acaba de forma secundária dispondo igualmente sobre questões atinentes a Lei 8.078/90. Tal

entendimento, é, inclusive, o que se encontra disposto no primeiro artigo[4] da supracitada legislação. Reforça ainda os dispostos presentes no CDC, uma vez que versa sobre o atendimento facilitado do consumidor, direito de arrependimento e obrigatoriedade da existência de informações claras acerca do produto, serviço e fornecedor.

No que tange ao artigo 2º[5], são elencadas "informações a serem obrigatoriamente prestadas pelos fornecedores no meio eletrônico, de modo a prevenir possíveis fraudes e garantir, em certos casos, sua própria existência" (BEHRENS, 2014, p. 216). Neste sentido, cumpre ressaltar que o Decreto reafirma algumas disposições que já se encontram presentes no CDC, é o caso da exigência de divulgação das características essenciais do produto ou do serviço (inciso III), das informações claras e ostensivas a respeito de restrições na oferta (inciso VI), das condições da oferta (inciso V) e das restrições quanto a fruição (inciso VI) .

A novidade deste dispositivo, se dá pela necessidade do fornecedor trazer, de forma fácil e acessível, o nome empresarial, CNPJ, endereço físico e eletrônico, bem como a localização e forma de contato (incisos I e II). Busca-se resolver o problema atinente a dificuldade que os consumidores têm de localizar o fornecedor para demandá-lo, tanto para tiragem de dúvidas, devoluções e reclamações, quanto na esfera da responsabilização civil por danos causados. Outro avanço se deu pelo artigo 3º[6], que "foi pioneiro ao abranger as compras coletivas e modalidades análogas de contratação" (BEHRENS, 2014, p. 218)., trazendo ainda, em seus incisos, um rol de informações complementares a aquelas dispostas pelo artigo 2º do Decreto.

Com relação ao artigo 4º, Fabio Schwartz (2013, p. 239) dispõe que "trouxe um novo direito para o consumidor, o qual não consta entre os direitos básicos arrolados no art. 6º do CDC, [...] a saber: o direito ao atendimento facilitado no comércio eletrônico". Ou seja, cabe ao fornecedor não trazer empecilhos às formas de contar do consumidor, devendo "se preocupar em remover toda e qualquer barreira de comunicação" (SCHWARTZ, 2013, p. 239), bem como impõe "o dever de disponibilizar o instrumento contratual para conservação do consumidor, devendo ainda organizar e manter serviços de atendimento eficientes por meio eletrônico" (MIRAGEM, 2016, p. 303)..

O artigo 5º[7], por sua vez, reforça o disposto do art. 49 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, atinente à possibilidade do consumidor se arrepender dos produtos e serviços que adquiriu fora do estabelecimento comercial. Neste sentido, destaca-se o 1º e 2º, que, respectivamente, concedem ao consumidor a opção de "exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados", ao passo que exoneram o mesmo de quaisquer ônus atinentes aos contratos acessórios, em casos de exercício do direito de arrependimento.

Acerca do artigo 6º[8], este trata da obrigação de se executar os serviços contratados e cumprimento dos prazos de entrega. O artigo 7º[9], por sua vez, versa sobre a aplicação das sanções dispostas no art. 56 do CDC em caso de violação dos regulamentos presentes no Decreto Federal. Ocorre que tais dispositivos foram trazidos meramente para reforçar disposições já abarcados pela Lei 8.078/90, visto que a própria legislação consumerista já dispõe sobre tais temáticas em seu microssistema normativo.

5.2 A EFETIVA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO *E-COMMERCE*

De acordo com estimativa feita pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), tem-se que o volume de vendas atinentes à comercialização eletrônica deve atingir o valor de R$ 79,9 bilhões em 2019, se mostrando com um crescimento de 16% em comparação com o resultado alcançado em 2018. Esse crescimento representa um contingente total de 265 milhões de pedidos efetuados até o final do presente ano (COMÉRCIO..., 2019).

Diante de tal perspectiva de crescimento, se visualiza uma necessidade em se trazer regras específicas acerca da matéria, criando, assim, uma regulação que permita a proteção dos *cyberconsumidores*. Neste sentido, e como já aludido anteriormente, existem várias propostas que visam a normatização do comércio eletrônico no Brasil. Ocorre, pois, que a promulgação de novos textos legislativos que versem sobre *e-commerce*, a exemplo dos Projetos de Lei nº 3.514/2015 e 4.786/2016, apesar de importantes, não se mostram suficientes para a efetiva proteção do consumidor.

Acerca do conceito de efetividade, tem-se a definição de Ana Lúcia Sabadell (2013, p. 61), que a traz como sendo o "grau de cumprimento da norma dentro da prática social". A autora dispõe ainda que "uma norma é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando a sua violação é efetivamente punida pelo Estado" (SABADELL, 2013, p. 61). Nesse sentido e de forma complementar, o autor e jurista Miguel Reale prevê que o direito autêntico "não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz" (REALE, 1995, p. 113).

Há, no Brasil, infelizmente, a errônea concepção de que os problemas serão resolvidos mediante produção legislativa. Dessa forma, o que vem sendo observado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é que "as leis não surgem após um tempo de reflexão para atender questões pensadas, mas são leis casuísticas que atingem diretamente um problema momentâneo, não regulando na essência questões que precisam ser reguladas" (CARVALHO, 2008). Neste sentido, atinente à temática de comercialização eletrônica na seara das relações consumeristas, tem-se várias propostas (no âmbito do Senado Federal, o Projeto de Lei do Senado n° 243, de 2014, já na esfera da Câmara do Deputados os PL 3514/2015, 4906/2001, 9754/2018, 4.786/2016, 3200/2012, 104/2011 e 1589/1999), que evidenciam uma excessiva criação de leis, sem haver, entretanto, um maior cuidado em sua elaboração, visto que, além de atecnias, existem várias disposições que trazem concepções já abarcadas pelo CDC.

Um exemplo dessa ausência de efetividade se deu no julgamento do Recurso Especial nº 1737428/RS (Superior Tribunal de Justiça, 2019), proposto pela Associação de Defesa dos Consumidores do Rio Grande do Sul (ADECONRS) em face do Ingresso rápido promoções LTDA e de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu, no dia 12 de março de 2019, pela ilegalidade da cobrança de taxa de conveniência nas vendas de ingressos para eventos de cunho artístico e/ou cultural que ocorressem por meio da *internet*, visto que a cobrança se configuraria como venda casada, prática abusiva expressamente vedada pelo Códex consumerista em seu artigo 39, inciso I. No entanto, apesar da decisão ter sua validade e vinculação em todo território nacional, é facilmente verificável nos dias de hoje que a mesma não vem sendo obedecida.

Observa-se que, no âmbito do direito do consumidor, as normas, ainda que presentes e válidas não são respeitadas. Os casos de violações nas relações consumeristas não diminuem, e por isso, há um grande receio de que, nas transações realizadas por meio do *e-commerce,* as legislações venham a sofrer da mesma ineficácia, ou ainda pior, que a mesma seja agravada. Nesse sentido, dispõe Nikolas Luhmann (apud MARQUES, 2006, p. 9-59) que, em sociedades que apresentam um alto nível de complexidade, "quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada 'crise de confiança' também na efetividade do próprio Direito".

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento das novas tecnologias de comunicação, em especial com o desenvolvimento da *internet* e dos computadores, a dinâmica da sociedade foi modificada de forma substancial. Nesse sentido, surge e se desenvolve a comercialização eletrônica, meio rápido e prático de se comercializar, visto que há para os *cyberconsumidores* uma grande comodidade, já que não necessitam mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sair de suas moradias para procurar bens os quais querem adquirir. Ocorre que, apesar de trazer benefícios, as características intrínsecas dessa forma de contratação (desterritorialização, despersonalização e atemporalidade), acarretam em problemas ao consumidor, levando a uma crise de confiança.

Apesar da situação acima descrita, o comércio eletrônico vem crescendo ainda mais no Brasil, fazendo com que os entes públicos e legisladores despertassem uma preocupação acerca da temática, buscando, dessa forma, regulá-la. Uma dessas iniciativas se deu pela instituição do Decreto Federal 7.962 de 2013, texto normativo que traz excelentes disposições iniciais acerca da comercialização eletrônica nas relações de consumo. Não obstante esse avanço, se visualizam diversas propostas legislativas sendo analisadas, todavia, a maioria das mesmas não inova na temática, servindo meramente como repetições de dispositivos já postos, em especial no Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, se visualiza uma necessidade de se pensar a matéria em sua essência, visto que volume de leis não expressa qualidade. Nesse sentido, percebe-se, no Brasil, uma tendência a acreditar que os problemas serão resolvidos mediante promulgações de leis, fato este que se mostra como uma inverdade, a exemplo do próprio Código de Defesa do Consumidor, que, datado de 1990, que se vê aplicável inclusive em diversos aspectos atinentes ao *e-commerce*, ou ainda na Carta Magna norte americana, cuja texto constitucional sofreu algumas adequações, porém continua em vigor por mais de dois séculos.

Dessa forma, a fim de alcançar a efetividade das normas consumeristas atinentes à comercialização eletrônica, deve-se concentrar o esforço legislativo, buscando pensar o problema em seu âmago, analisando o passado e o presente, para assim tentar conceber as tendências do futuro. Cumpre ainda, difundir, por meio de educação popular, questões relativas à temática, com o intuito de dar um maior enfoque ao direito preventivo, bem como ensinar à população como visualizar a ocorrência de práticas abusivas e o que fazer para se defender. Por fim, se faz necessário, potencializar a fiscalização do cumprimento das normas, inclusive, por meio do controle parlamentar, uma vez que a função deste não se resume apenas à apresentação de projetos de lei, reformas legislativas, ou emendas à Constituição.

7 REFERÊNCIAS

BEHRENS, Yan West. Descumprimento dos contratos eletrônicos por empresas sediadas no exterior: responsabilidade em face dos prejuízos gerados para os consumidores brasileiros. *In:* SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SOUZA, Bruno Moitinho Andrade de; FELIPE, Rafael Luengo (orgs.). *Comércio eletrônico de*

produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores. Salvador: Editora Paginae, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.737.428/RS.* Terceira Turma. Ação coletiva de consumo. Direito do consumidor. Espetáculos culturais. Disponibilização de ingressos na internet. Cobrança de "taxa de conveniência". Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não indicação. Súmula 284/STF. Proteção do consumidor. Cláusulas abertas e princípios. Boa fé objetiva. Lesão enorme. Abusividade das cláusulas. Venda casada ("*tying arrangement*"). Ofensa à liberdade de contratar. Transferência de riscos do empreendimento. Desproporcionalidade das vantagens. Dano moral coletivo. Lesão ao patrimônio imaterial da coletividade. Gravidade e intolerância. Inocorrência. Sentença. Efeitos. Validade. Todo o território nacional. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ, 15 de março de 2019.

_____. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DJ, 12 de setembro de 1990.

_____. *Decreto Federal 7.962, de 15 de março de 2013.* Regulamenta a Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DJ, 15 de março de 2013.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. Não é necessário fazer novas leis, apenas cumprir as existentes. *Consultor Jurídico*. 24 de setembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-set-24/nao_necessario_novas_leis_apenas_cumprir_existentes.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Direito do Consumidor:* Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

Comércio eletrônico deve crescer 16% no País em 2019, prevê ABComm. *E-commerce Brasil*. 18 de janeiro de 2019. Disponível em: https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/comercio-eletronico-deve-crescer-16-no-pais-em-2019-preve-abcomm/.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos Jurídicos da Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. ampl., atual., e aum. Rio de janeiro: Editora Forense, 2007, p. 87.

LIMA, Camila Mello e. Comércio Eletrônico: principais práticas abusivas e a imprescindível proteção do consumidor à luz da Constituição Federal e do CDC. *In:* SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SOUZA, Bruno Moitinho Andrade de; FELIPE, Rafael Luengo (orgs.). *Comércio eletrônico de produtos e serviços:* uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores. Salvador: Editora Paginae, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no novo código de defesa do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 57, jan/mar. 2006.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas. 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

PRIMO, Laís de Araújo. O comércio eletrônico de consumo e a responsabilidade civil dos envolvidos. *In:* SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. *Garantias legal e contratual dos bens de consumo*. Salvador: Editora Paginae, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito,* 22. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

RIBEIRO, Flora Deane Santos. Contratos de compras coletivas: uma análise crítica do seu descumprimento à luz da boa-fé objetiva e da solidariedade da cadeia de fornecimento. *In:* SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SOUZA, Bruno Moitinho Andrade de; FELIPE, Rafael Luengo (orgs.). *Comércio eletrônico de produtos e serviços:* uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores. Salvador: Editora Paginae, 2014.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SANTOLIM, César. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 83. jul/set. ano 21. 2012.

SCHWARTZ, Fabio. *Direito do Consumidor:* tópicos & controvérsias. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2013.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Comercio eletrônico de produtos e serviços: uma análise crítica acerca do Decreto Federal nº 7.962/2013 diante das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores. *In:* SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SOUZA, Bruno Moitinho Andrade de; FELIPE, Rafael Luengo (orgs.). *Comércio eletrônico de produtos e serviços:* uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores. Salvador: Editora Paginae, 2014.

NOTAS:

[1] Art. 4º "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo".

[2] "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

[3] "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

[4] "Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos: I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; II - atendimento facilitado ao consumidor; e III - respeito ao direito de arrependimento".

[5] "Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta".

[6] "Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes: I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º".

[7] "Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. § 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que: I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[8] “Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação”.

[9] “Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990”.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A DOENÇA MENTAL E O DIREITO PENAL

VIRGÍNIA PAULA RODRIGUES DO CARMO: Servidora do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO - Ministério Público de Minas Gerais. Bacharel e licenciada em Geografia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Português pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli.

Resumo: Este estudo tem o intuito de conhecer a aplicação do Direito Penal sobre a doença mental, a inimputabilidade em decorrência dessa doença, os liames que cercam este tema como também as leis e portarias. É necessário buscar uma melhor compreensão acerca dessa doença para respeitar a dignidade da pessoa humana. A metodologia a ser utilizada será a pesquisa bibliográfica, procurando explicar o problema a partir de referências teóricas publicadas, analisando as contribuições culturais ou científicas existentes sobre o assunto. As jurisprudências e os doutrinadores têm adotado a manutenção da medida de segurança em face a periculosidade ou vulnerabilidade do doente, para possibilitar uma inserção na sociedade. As decisões de magistrados, têm determinado tratamento devido e em unidade adequada conforme descrito no Código Penal, porém com difícil aplicabilidade por necessitar de implementações concretas com maior número de vagas em hospitais de custódia e em unidades terapêuticas. Se por um lado há doentes mentais no convívio social, causando riscos à sociedade, por outro, ainda há doentes mentais, que não tiveram seus sofrimentos mentais diagnosticados, mantidos em presídios, em contado com outros presos, causando um agravamento da doença, bem como deixando de garantir sua dignidade.

Palavras-chave: doentes mentais. Imputabilidade. Sociedade.

Abstract: This study aims to learn about the application of Criminal Law on mental illness, the non-accountability as a result of that illness, the links that surround this theme as well as the laws and ordinances. It is necessary to seek a better understanding of this disease to respect the dignity of the human person. The methodology to be used will be bibliographic research, seeking to explain the problem from published theoretical references, analyzing the existing cultural or scientific contributions on the subject. Jurisprudence and indoctrinators have adopted the maintenance of the safety measure in view of the dangerousness or vulnerability of the patient, in order to enable an insertion in society. The decisions of magistrates, have determined due treatment and in an appropriate unit as

described in the Penal Code, but with difficult applicability because it needs concrete implementations with a greater number of places in custody hospitals and in therapeutic units. If, on the one hand, there are mental patients in social life, causing risks to society, on the other, there are still mental patients, who have not had their mental suffering diagnosed, kept in prisons, in contact with other prisoners, causing an aggravation of the disease, as well as failing to guarantee their dignity.

Keywords: mentally ill. Imputability. Society.

Sumário: Introdução. 1. Doenças mentais e suas peculiaridades - Conceito. 1.1 Das doenças previstas no código penal. 1.2 Meios de tratamento legal. 2. Julgamento dos doentes mentais: Culpabilidade e imputabilidade penal. 2.1 Medidas de segurança e seus pressupostos. 2.2 Entendimentos Jurisprudenciais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente Artigo versa sobre a Doença Mental e o Direito Penal, e consiste na análise jurídica da penalização do doente mental, que no nosso atual Código penal, prevê tratamento específico para aqueles que se enquadram nesta situação.

O Código Penal em seu Artigo 26, dispõe sobre a doença mental, que exclui em determinados casos, a imputabilidade, como no caso da doença mental, uma vez que engloba as patologias mentais consideradas graves, ou seja, são as deficiências mentais que causam intensa perturbação da consciência, devendo ser interpretada no seu sentido mais amplo.

Será abordada a doença mental e suas peculiaridades, trazendo consigo o conceito de doença mental e aquelas que estão presentes no Código Penal, bem como será abordado sobre os meios de tratamento legais para os infratores das leis penais nas condições de doentes mentais.

Visa em explanar, também, nesta pesquisa a respeito do julgamento dos doentes mentais, trazendo informações de como decorre a inimputabilidade e a culpabilidade penal. É proposto esclarecer sobre as medidas de segurança como meio de penalização àqueles que cometem crimes e se enquadram nesta modalidade. Diante disso, será abordada a complexidade da reinserção dos doentes mentais em sociedade e a proteção do ser humano, que deve ser garantida em toda e em qualquer situação, respeitando os preceitos descritos pela Carta Magna:

> **"**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[...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;"

Deixar livre, um infrator, das leis penais é um ato de extrema responsabilidade, pois esse infrator em convívio social, poderá cometer novos crimes. Por outro lado, esses infratores estão sendo tratados como presos comuns, sem terem seus sofrimentos mentais sequer diagnosticados. É necessário alertar sobre o problema e conscientizar da situação, para que os doentes mentais não fiquem invisíveis aos olhos da sociedade, sendo vistos ou percebidos somente quando cometem crimes bárbaros.

Para realização deste trabalho, a metodologia utilizada foi, basicamente, a coleta de informações a respeito do tema, sendo realizadas pesquisas bibliográficas, permitindo maior conhecimento de fatos e materiais relevantes, com intuito de delinear uma abordagem, chegando assim a conclusões que possam servir de embasamento para esse trabalho, para pesquisas futuras.

1. Doenças mentais e suas peculiaridades - Conceito

Existem diversos termos para tratar sobre as psicopatologias e pessoas que sofrem algum tipo de adoecimento da mente. O termo doença mental foi trazido pela psiquiatria no século XVIII, como sendo algo para justificar alguma questão natural, ou seja, que a doença mental é questão de ordem biológica. A partir disso, começou a ser estudada de forma mais aprofundada, as ramificações das doenças mentais. Naquele período o médico psiquiatra era denominado de alienista, por cuidar e tratar de doentes alienados, por terem perdido a razão, que não condiziam com a normalidade aos olhos da sociedade.

As deficiências mentais causam intensa perturbação da consciência, devendo ser interpretadas no seu sentido mais amplo, e segundo a psicóloga Cláudia Faria pode afetar qualquer pessoa e em qualquer idade.

> "Transtornos mentais são disfunções no funcionamento da mente, que podem afetar qualquer pessoa e em qualquer idade e, geralmente, são provocados por complexas alterações do sistema nervoso central. Existem diversos tipos de transtornos mentais, que são classificados em tipo, e alguns dos mais comuns incluem aqueles relacionados à ansiedade, depressão, alimentação, personalidade ou movimentos" (FARIA, 2007)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU adotou resolução que estabeleceu a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e no Brasil, em 25 de agosto de 2009, foi promulgado o Decreto nº 6.949, que trata-se da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, no dia 30 de março de 2007. A partir de então, o Direito Civil brasileiro adota essa Convenção e trata o doente mental de uma forma diferenciada até os dias atuais, sendo estes doentes não mais encarados como absolutamente incapazes, reconhecimentos estes trazidos no Artigo 12 da referida convenção, tais como, gozar de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, ter assegurado que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos.

Há uma variedade enorme de doenças mentais, tais como ansiedade, depressão, esquizofrenia, transtornos alimentares, estresse pós traumáticos, somatização, transtorno bipolar, entre outras, cada transtorno com suas peculiaridades e definições próprias. Grande parte das doenças mentais são tratáveis e algumas até curáveis, além do que as pessoas portadoras de algum tipo dessa doença conseguem viver na sociedade, com algumas limitações, mas conseguem ter uma vida social.

1.1 Das doenças previstas no Código Penal

As doenças mentais interferem diretamente na vida social e jurídica de uma sociedade, e o direito brasileiro traz uma abordagem de tratamento diferenciada para as pessoas que possuem algum tipo dessa doença.

A pessoa portadora de um transtorno mental apresenta alterações de comportamento, na cognição e emocionais, onde os transtorno são divididos em quatro grupos, quais sejam, os neuróticos que se tratam daqueles que não possuem alucinações, mas apresentam fobias, diferente dos psicóticos que possuem alucinações, ouvem vozes e tem visões, assim como a esquizofrenia. Há também os transtornos orgânicos, em que doenças orgânicas como alterações cerebrais podem surgir em decorrência de predisposição genética, chamados de gatilhos em que ao serem expostos a uma situação de estresse ou hormonal, dentre outros fatores podem fazer a doença mental se manifestar, uma vez que um fator isolado não é suficiente para que essa doença se manifeste, trata-se de diversos gatilhos e fatores predisponentes que a pessoa tem internamente. Há também os transtornos orgânicos, que são aqueles que não têm a causa identificada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No decorrer do Código Penal brasileiro há citações de algumas doenças mentais que inibem a culpabilidade do agente, tais como as psicoses, neuroses, esquizofrenia, psicopatia, oligofrenia e a perturbação da saúde mental, que no caso, a pessoa não tem a capacidade de analisar a ação como infração, não distingue que aquele ato é infracional. Acerca dessas doenças, trataremos sobre alguns conceitos e sua relação com a vida direta do indivíduo, todas com suas particularidades e descrições.

Psicose: Consiste em uma desordem psíquica no que diz respeito à perda de contato com a realidade, e na maioria dos casos apresenta um comportamento antissocial. As doenças que apresentam essas espécies de características têm possibilidade de tratamento. A psicose também pode ser subdividida em três classes, como as psicoses resultantes de uma condição mental, as psicoses resultantes de uma norma sanitária médica geral e as psicoses resultantes do uso abusivo de drogas e álcool. Essa doença tem o poder de transformar o comportamento do indivíduo, fazendo com que este doente mental se transforme em uma pessoa antissocial por perder o contato com a realidade, a pessoa sofre com delírios e alucinações e não tem ciência do que pratica

Vale esclarecer que Freud explica acerca da constatação do transtorno neural da psicose e da neurose:

> "Na psicose à fuga inicial segue uma fase ativa de reconstrução; na neurose, a obediência inicial é seguida por uma posterior (nachträglich) tentativa de fuga a neurose não desmente a realidade, se limita a não querer saber nada dela; a psicose a desmente e procura substituí-la, assim para ambas não conta apenas o problema da perda da realidade, senão o substituto da realidade.(FREUD, 1924/1988, pp. 195-197)."

Neurose: A partir da concepção de Freud foi possível definir que a neurose se trata de um distúrbio psíquico, causado por uma espécie de recalque imperfeito de desejos que foram censurados, aprisionados no inconsciente, e procuram meios de se manifestar que acabam sendo os sintomas neuróticos. A neurose ocorre devido à incapacidade de o ego lidar com os desejos reprimidos sem sofrer, e fragmentos destes desejos conseguem driblar o recalque e voltar à consciência, necessitando ser mascarados, que são denominados de sistemas neuróticos.

Com isso, inicialmente Freud percebeu que os desejos reprimidos de alguns de seus pacientes neuróticos, sempre traziam à tona lembranças de abusos sofridos na infância, em específico, abusos sexuais. conforme explicado por Freud:

> "Ele [o analista] sabe que não há apenas miséria neurótica no mundo, mas também sofrimento real (real Leiden), irremovível, e que a necessidade pode exigir que uma pessoa sacrifique sua saúde; e aprende-se que um sacrifício dessa espécie, feito por alguém gera incomensurável infelicidade para muitos outros. Portanto, se podemos dizer que sempre que um neurótico enfrenta um conflito ele empreende uma fuga para a doença, assim mesmo devemos admitir que, em determinados casos, tal fuga se justifica plenamente, e um médico que tenha reconhecido a maneira como se configura a situação, haverá de se retirar, silencioso e apreensivo. (FREUD, 1917/1988, p. 446)

Cabe ressaltar que na psicanálise, o termo sexualidade não refere apenas ao ato sexual, mas também ao universo dos afetos, logo os desejos sexuais incluem além do prazer genital, o desejo de ser amado ser reconhecido, e o amor fraternal.

O doente mental psicopata, trata-se de uma pessoa que possui entendimento do que pratica, porém possui um transtorno de personalidade, insanidade moral, sem senso do bem e do mal. Em síntese, o neurótico é aquele que de alguma maneira inventou um jeito de ser, modo de estar, estilo de funcionamento a partir de sua constituição, de situações primitivas trazidas da infância.

> "Pequenas infrações sociais são neles comuns (a mentira, o perjúrio, a calúnia, a fraude, denúncias. Cartas anônimas, despudor) mas que, por sua natureza, pelo pouco dano que causam, não chegam aos tribunais. Dir-se-ia antes que tais infrações são próprias de indivíduos tímidos, inseguros, não combativos e que revelam em tais ações, mais por sua formação caracterológica do que seu estado enfermiço" (GARCIA, 1979, p. 255).

O trauma, que é criado no sistema nervoso do indivíduo que possui a neurose, é extremamente perturbador para o doente, e devido a essas perturbações, muitas vezes não há possibilidade do indivíduo obter um entendimento do caráter ilícito de uma ação.

Esquizofrenia: Advindo da língua grega arcaica, significa o termo esquizo "dividir" e o termo frenia seria algo próximo de "mente", onde há uma dedução literal da doença, que faz com que o indivíduo tenha a realidade distorcida, e o surto trata-se de uma realidade advinda de alucinações e delírios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A esquizofrenia apresenta-se na maioria dos casos em jovens de 18 a 30 anos de idade, com forma diferenciada de manifestação, podendo aguardar cerca de sete anos para apresentação dos sintomas, que segundo André Biernath são:

> "Do nada, surge uma sensação de que algo está errado e alguém prejudica a sua vida. O passo seguinte é a transformação dessa inquietação nas fantasias sensoriais e nas teorias da conspiração. São as alucinações e os delírios que mencionamos antes.
>
> Fique atento a estes sinais:
>
> - Dificuldades no aprendizado desde a infância
>
> - Apatia
>
> - Pouca vontade de trabalhar, estudar ou interagir com os outros
>
> - Não reagir diante de situações felizes ou tristes
>
> - Vozes que surgem na cabeça e outras alterações nos órgãos dos sentidos
>
> - Mania de perseguição inexplicável." (BIERNATH, 2018)

Também é cercada de mistérios, a esquizofrenia mesmo sendo uma problemática enfrentada a várias décadas, uma real cura ainda não foi desenvolvida.

Psicopatia: é uma anomalia psíquica de transtorno de personalidade, onde o psicopata não possui os medos que dariam a este indivíduo o senso do bem e do mal, agindo de forma fria e calculista, pensando sempre na realização dos seus desejos, ignorando qualquer impeditivo. Trata-se então de uma insanidade moral, sendo uma perturbação grave do senso moral e dos comportamentos sociais sem prejuízo da inteligência e do raciocínio do indivíduo.

O psicólogo Hervey Cleckley (1941), foi o primeiro a consagrar o termo psicopata após analisar quinze pacientes que apresentavam o que ele chamou de demência semântica, que seria um *déficit* na compreensão dos sentimentos em profundidade, embora quanto aos comportamentos, essas pessoas parecessem compreendê-lo parcialmente. Com isso, por meio da análise destes pacientes, Hervey Cleckley apud Almeida (2007), definiu as principais características de um psicopata, conforme elencado em seu livro As máscaras da Sanidade (1941):

"1) Carisma superficial e boa "inteligência";

2) Ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional;

3) Ausência de manifestações psiconeuróticas;

4) Desonestidade;

5) Mentira e insinceridade;

6) Falta de remorso ou culpa;

7) Comportamento anti-social sem motivo adequado;

8) Juízo pobre, dificuldade em aprender com a experiência;

9) Egocentrismo patológico e incapacidade de amar;

10) Pobreza generalizada em reações afetivas maiores;

11) *Déficit* específico de *insight*;

12) Irresponsabilidade generalizada em relações interpessoais;

13) Comportamento fantasioso e desagradável sob o efeito de álcool (às vezes sem);

14) Rara ocorrência de suicídio;

15) Vida sexual superficial, trivial e fracamente integrada;

16) Fracasso em seguir um projeto de vida."

(CLECKLEY, 1941/1988, p.338-339).

O psicopata possui um excesso de razão e por consequência ausência de emoção, ou seja, não possui empatia ou capacidade de se colocar no lugar do outro, não existindo em sua visão arrependimento, diante do ato por ele praticado. Dentre os sintomas mais frequentes nos psicopatas está a tendência de encantar e manipular outras pessoas, através de mentiras sistemáticas e ausência de moralidade e afeto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Oligofrenia: A palavra Oligofrenia advém do grego, onde "oligo" significa pequeno, pouco ou reduzido, e frenia que vem de "frenos" que significa cabeça, mente ou cérebro, se resumindo no conceito de cérebro reduzido ou pouca inteligência.

O retardo mental é uma dificuldade intelectual do aprendizado e compreensão das coisas do cotidiano, ou seja, uma pessoa com retardo mental enfrenta uma dificuldade perante os outros, de entender, compreender e ser inteligente, possuindo também dificuldade de criatividade.

Existem basicamente algumas maneiras de se avaliar e qualificar os pacientes portadores de retardo mental, que pode ser dividido em quatro níveis, quais sejam, o retardo mental leve, moderado, grave e profundo. Inicialmente os oligofrênicos eram denominados e divididos em quatro tipos chamados como: idiota, imbecil, débil mental e retardo, porém essas denominações deixaram de ser utilizados por serem considerados discriminatórios e degradantes.

Perturbação da saúde mental: As perturbações mentais são todas aquelas doenças que, estão diretamente ligadas ao sistema nervoso, e que apresentam um quadro de deficiência ou mal funcionamento no cérebro. Todas as doenças já citadas e explicadas acima são consideradas perturbações mentais, isto se dá pelo fato de estarem conectadas com o sistema nervoso, desviando o caráter de personalidade, na tomada de decisões e no censo de realidade dos indivíduos portadores dessas doenças.

No entanto, essas não são as únicas perturbações mentais que estão presentes na vida da sociedade. Outras doenças que são considerados como perturbação mental e que contêm sérios sintomas são: Síndrome de Cotard, Síndrome de Capgras, Megalomania, Cleptomania, Hipocondria, Tricotilomania e a Piromania.

A Síndrome de Cotard descoberta pelo neurologista Jules Cotard, consiste na falsa sensação que o indivíduo possui em que se encontra morto, em processo de decomposição ou até mesmo não existe.

Descoberta pelo psiquiatra francês Joseph Capgras, a síndrome de Capgras consiste na ideologia que o indivíduo tem de que uma pessoa próxima a ele foi trocado por um falso impostor, esta doença causa uma alteração nas áreas de reconhecimento das faces e realizam uma confusão com áreas relacionadas ao estado emocional do indivíduo.

Com relação à megalomania ou nome genérico de narcisismo, consiste na criação de uma sobreposição da imagem do indivíduo às outras pessoas, indivíduos com esta síndrome sentem a necessidade da aprovação das outras pessoas.

Acerca da cleptomania, esta síndrome faz com que o sujeito tenha uma compulsão e prazer por roubar objetos, mesmo que tenham condições de comprá-los.

A hipocondria, por sua vez, contém uma especificação peculiar, onde os pacientes portadores dessa doença se sentem medo de obterem uma doença grave.

A tricotilomania consiste no indivíduo que possua este distúrbio arrancar o seu próprio cabelo para satisfação interna. E por fim a piromania consiste no indivíduo não conseguir controlar a vontade de provocar incêndios.

O site portal da saúde mental apresenta a formação do sistema psíquico, e é possível observar que as doenças mentais podem se instaurar em qualquer fase da vida de um indivíduo.

> "O psíquico é sempre composto por dois níveis: uma dimensão estrutural e outra organizacional. A estrutura diz respeito ao que se passa no mais profundo da nossa atividade mental. A organização a um processo mais adaptativo e funcional, de arranjos, mais ou menos temporários e superficiais, que permitem uma determinada estrutura se adequar aos contextos e contingências existenciais."

De acordo com as palavras dos doutrinadores e também por estar previamente descrito no Código Penal, em seu Artigo 26, os indivíduos portadores de doença mental são inimputáveis. O promotor de justiça, ao oferecer denúncia ao investigado portador de doença mental, descreve relatando que o réu em questão possui um dos requisitos previstos no Código Penal para ser considerado inimputável, solicitando ao juiz, que diante da comprovação do fato típico e ilícito, este réu seja condenado às medidas de segurança como explica Greco (2007, p.402). Assegurando assim, aos doentes mentais seus direitos previstos em lei e fazendo com que este réu tenha um tratamento com que faça a reabilitação deste infrator possibilitando o convívio em sociedade.

1.2 Meios de tratamento legal

As pessoas portadoras de doença mental que cometeram crimes, devem cumprir medidas de segurança em hospitais de custódia, para receberem tratamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

adequado, mas o número de hospitais com essa especialidade não é suficiente para tratar tais pessoas, tendo em vista o alto índice de doentes mentais que acabam sendo mantidos em presídios por falta de vagas em local próprio com tratamento correto de acordo com sua condição psíquica.

Os Centros de Atenção psicossocial, conhecidos como CAPS, estão inseridos no Sistema Único de Saúde, como centros substitutivos dos manicômios judiciais, com objetivo de evitar a exclusão social e oferecer atendimento humanizado aos portadores de sofrimento psíquico e de seus familiares, conforme descrevem Ramminger e Brito (2012) acerca da função e objetivo do CAPS;

> "[..] um serviço aberto e comunitário do Sistema Único de Saúde, que tem como objetivo acolher as pessoas que sofrem com transtornos mentais severos e persistentes em um dado território oferecendo cuidados clínicos e de reabilitação psicossocial evitando as internações e favorecendo o exercício da cidadania e da inclusão social dos usuários e de suas famílias."

A partir da implementação da Constituição de 1988, bem como pela criação da Lei 8.080/1990, conhecida como Lei do SUS, foi realizada uma análise acerca da saúde, construindo dispositivos de atenção à saúde de vários formatos, e no ano de 2001 foi sancionada a Lei nº 10.216, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Foi então criada a Política Nacional de Saúde Mental, tratando sobre os direitos e a proteção dessas pessoas portadoras de doenças mentais, possibilitando melhor compreensão sobre a saúde mental no Brasil.

Os Centros de Atenção Psicossocial-CAPS, motivaram a redução progressiva de leitos psiquiátricos, sendo o principal serviço substitutivo dos hospitais psiquiátricos. Nesse sentido, o CAPS é uma estratégia da Rede de Atenção Psicossocial que tem por objetivo oferecer apoio às pessoas com transtornos mentais, fazendo parte de uma política que surgiu após a Reforma Psiquiátrica brasileira e que busca prestar assistência a partir da inserção social e não da reclusão.

Existem ao todo cinco tipos diferentes de CAPS, quais sejam: CAPS I, CAPS II, CAPS ad. Álcool e drogas, CAPS i e CAPS ad. III Álcool e drogas, todos eles atendem pessoas de todas as faixas etárias diagnosticadas e acompanhadas com transtornos mentais graves e persistentes, incluindo as que fazem uso de sustâncias psicoativas. Nas propostas I e II, o que muda é o tamanho da população da cidade ou área atendida, também existem CAPS i, que oferece atendimento especializado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para crianças e adolescentes, e o CAPS ad. Álcool e drogas, com atendimento especializado em transtornos pelo uso dessas substâncias. Nas modalidades mais complexas, que são a III e a ad. III Álcool e drogas, oferecem vagas de acolhimento noturno, sendo que nessa última modalidade, o funcionamento é de 24 horas.

Embora o CAPS trata-se de importante conquista e é um grande avanço da saúde pública brasileira, tendo em vista que, a partir desta estratégia, foi possível oferecer acompanhamento integrado à saúde e respeito à dignidade de pessoas que ao longo da história tiveram os direitos humanos mais básicos negados, mas ainda possui um auto índice de doentes mentais que são submetidos à condições degradantes, e que não possuem tratamento adequado, seja medicamentoso ou psicoterápico.

2. Julgamento dos doentes mentais - Da Culpabilidade e imputabilidade penal

Ao falar de culpabilidade ou imputabilidade, é mister conceituar crime, que no sentido material, trata-se do comportamento ou conduta do ser humano que causa lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

No Direito Penal, segundo a teoria do crime, somente se configura uma infração penal quando se observa três condutas imprescindíveis, e que, na falta de uma dessas ações não se qualifica como infração, são elas: as condutas típicas, ilícitas e culpáveis. Para o tratamento do caso concreto, observa-se todo o contexto do ato para então qualificar o crime cometido e a pena a ser aplicada. De acordo com a teoria *tripartite*, a culpabilidade é o terceiro elemento integrante do crime, e requisito imprescindível ao delito, elemento fundamental do crime conjuntamente com a tipicidade e a antijuridicidade.

O Direito Penal atual não traz consigo o conceito de culpabilidade, e com isso, é um dos temas mais discutidos na teoria do delito, que tem sido fruto de inúmeros estudos. Nas palavras do professor Luiz Regis Prado (2008,)

> "A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria."(PRADO,2008)

A culpabilidade é o atributo que tem que ter a pessoa para ser responsabilizada pelo que cometeu, onde há quem cometa atos típicos e antijurídicos, mas não possa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ser punido pessoalmente por elas, devendo possuir culpabilidade, como afirma Greco (2017) em sua obra "Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente."

Para a configuração da culpabilidade exige-se que o agente possua três características, sendo elas, a imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade, ou seja, capacidade de entendimento do que é praticado, é o primeiro requisito para alguém ser culpável, ser responsabilizado pela conduta praticada, conforme mencionado por Welzel (2003, p. 235).

> "Capacidade de culpa (capacidade de imputação) é, portanto, a capacidade do autor: a) de compreender o injusto do fato, e b) de determinar sua vontade, de acordo com essa compreensão. A capacidade de culpa tem, portanto, um elemento adequado ao conhecimento (intelectual) e outro adequado à vontade (voluntário); os dois juntos constituem a capacidade de culpa."

Considerando que o delito tem três elementos indispensáveis à sua configuração, quais sejam, fato típico, antijurídico e culpável, o fundamento da imputabilidade prega que há uma necessidade de enquadrar o agente da ação ao fato típico e ilícito.

A culpabilidade pode ser excluída em três situações, sendo elas a menoridade (Art. 27, CP), doença mental (Art. 26, CP) e a embriaguez (Art. 28, CP), que se resumem na falta de discernimento ou capacidade de autocontrole, tornando o indivíduo inimputável.

Conforme explica Mirabete (2000, p. 210), a inimputabilidade quando se trata dos menores de 18 anos, justifica por considerar que esta parcela da população não tem entendimento suficiente para compreender a lei vigente, a antijuridicidade do fato e também de adequar essa conduta a sua consciência, e dessa forma fica excluída a culpabilidade, e aplicada a imputabilidade.

É de extrema necessidade enfatizar que, não entender o caráter criminoso do fato, não inibe a exigência de que o agente tenha consciência de que a conduta se encontra descrita em lei como infração.

No entanto, mesmo com a inimputabilidade garantida no caso dos menores de 18 anos, os agentes são penalizados com as medidas diferenciadas, descritas no ECA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(Estatuto da Criança e do Adolescente), que estão previstas no Artigo 112 deste texto, tais como advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, entre outras, e no parágrafo 3º do mesmo Artigo, dispõe: "Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições."

A medida socioeducativa é uma alternativa sensata de reabilitação dos agentes delinquentes que praticam atos infracionais, e são mais apropriadas que a prisão destes jovens em um ambiente que não tem qualidade de reabilitação e inserção deste indivíduo na sociedade.

Quanto a inimputabilidade referente ao doente mental, vale lembrar o que Madeira (1999, p. 86) apud Greco (2017, p. 521), fala acerca do dolo ou culpa:

> "É que um doente mental jamais poderá agir com dolo ou culpa, porque, sem a capacidade psíquica para a compreensão do ilícito, não há nenhuma relação psíquica relevante para o Direito Penal, entre o agente e o fato. Sem a imputabilidade, não se perfaz a relação subjetiva entre a conduta e o resultado. Não se pode falar em dolo e culpa de um doente mental. O dolo e culpa como formas de exteriorização da culpabilidade em direção à causação do resultado, pressupõem a imputabilidade do agente"(MADEIRA, 1999, p. 86).

Assim como a inimputabilidade dos menores de 18 anos, os doentes mentais também têm assegurado este direito dentro do Código Penal, entretanto os deficientes mentais, para serem inimputáveis, devem apresentar duas características essenciais, que estão definidas por Malcher (2008):

> "Exige-se, primeiramente, a existência do elemento biológico, de natureza patológica, que é a enfermidade mental. O segundo elemento é o cronológico/temporal, ou seja, o autor, no momento do crime, em razão da doença da qual é portador, precisa apresentar um estado de anormalidade psíquica que o torne incapaz de entender o sentido ético-jurídico de sua conduta ou, caso tenha esse entendimento, ter a doença e seu estado de perturbação psíquica eliminado a sua capacidade volitiva. Em suma, é necessário que a anormalidade cause o vício de entendimento e de vontade."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para aferir a imputabilidade penal de um indivíduo, o sistema adotado é o biopsicológico ou misto, pois tem critérios biológicos que, por exemplo, é quando o sujeito é portador da perturbação mental, e critérios psicológicos por se preocupar com o efeito, ou seja, quando a doença se manifesta no momento do crime. Conforme Artigo 26 do Código penal, verifica-se primeiramente se o agente tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou se o agente é doente mental, e caso positivo, será considerado inimputável. Caso negativo, será averiguado se o agente era capaz de entender o caráter ilícito do seu ato, e se era capaz, será finalmente verificado se ele tinha condições de determinar-se de acordo com este entendimento, para então ser considerado imputável.

Os doentes mentais também sofrem sanções diferenciadas, que no caso, são chamadas de medidas de segurança, tratam-se de penalidades as quais o Estado impõe ao agente infrator, e estão descritas claramente no Artigo 96 do Código penal:

> "I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
>
> II - sujeição a tratamento ambulatorial."

Nestes termos pode-se observar que há previsão legal para a penalização dos agentes, entretanto há um tratamento diferenciado ou específico.

A embriaguez, conforme descrita no Artigo 28, inciso II § 1º e 2º do Código Penal, também pode apresentar como excludente de culpabilidade, tendo em vista que a mesma ocorreu por caso fortuito, não tendo caráter ilícito. A embriaguez fortuita ocorre quando o agente no momento do crime, não tinha capacidade de entendimento do que estava ocorrendo, podendo o juiz com base no Artigo 28, no caso de embriaguez completa, isentar de pena ou reduzir a pena de um a dois terços, em se tratando de embriaguez incompleta.

A embriaguez é uma intoxicação resultante do uso do álcool ou substâncias que impossibilitem a capacidade motora do condutor, podendo ser classificada:

Preordenada: é aquela em que o agente se embriaga de forma voluntária, e está descrita no Artigo 61,inciso II, alínea L do Código Penal, tida como circunstância agravante.

Culposa: ocorre quando o agente sem perceber, ou sem ter a pretensão, se embriaga de forma imprudente, é um descuido, sem a intenção de embriagar-se. Conforme o Artigo 28, inciso II do Código Penal, não se exclui a imputabilidade penal, tendo em vista que o agente é responsabilizado pela conduta que pratica.

Fortuita ou acidental: é aquela em que o agente ingere a bebida por força maior, ocorrendo quando em casos fortuitos o agente se vê obrigado a se embriagar, sendo afastada a culpabilidade, conforme previsto no §1º, inciso II do Artigo 28 do Código Penal.

Para se caracterizar embriaguez completa é necessário que não seja possível a comprovação dos elementos vontade e consciência, para ser considerado responsabilidade objetiva sem culpa, entretanto, segundo alguns doutrinadores não se pode eximir a responsabilidade penal, mesmo que o agente tenha resíduos de consciência e vontade não podendo ser desconsiderada a imputabilidade, tendo como base a teoria *Actio libera in causa*, que significa imputabilidade penal por parte do agente, tendo ele responsabilidade pelo ato praticado mesmo que de forma culposa, voluntária, completa ou incompleta.

Com base no trecho jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça - STJ pode-se observar com mais nitidez e concretude a teoria *Actio libera in causa*:

> "Sabe-se que a embriaguez – seja voluntária, culposa, completa ou incompleta – não afasta a imputabilidade, pois no momento em que ingerida a substância, o agente era livre para decidir se devia ou não fazê-lo, ou seja, a conduta de beber resultou de um ato livre (teoria da actio libera in causa). Desse modo, ainda que o paciente tenha praticado o crime após a ingestão de álcool, deve ser responsabilizado na medida de sua culpabilidade." STJ, 6ª Turma, HC 180.978/MT, Rel. Min. Celso Limongi, 09 fev. 2011.

Visto tais apresentações entende-se que a inimputabilidade penal dá-se somente nestas três hipóteses: menoridade, doença mental e a embriaguez. É como confirma Greco "a imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção".

2.1. Medidas de segurança e seus pressupostos

Praticada uma infração penal nasce para o Estado o direito de punir o agente, que após o devido processo legal, poderá receber uma pena ou medida de segurança. A pena é uma espécie de sanção penal, tendo uma natureza retributiva-preventiva, ou seja, serve como um castigo ao infrator penal de forma a prevenir outros cometimentos de infração agindo de forma impositiva a sociedade, causando um certo temor por saber que da prática delituosa ocasionará uma pena correspondente prevista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, a pena também se baseia na culpabilidade do agente, sendo avaliado se na conduta prática houve imputabilidade do agente, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta adversa.

A lei estabelece um prazo mínimo e máximo e o juiz ao fazer a dosimetria da pena, estabelecerá em concreto o período de tempo para cumprimento da pena aplicada ao agente.

Contudo, diferente da pena que é aplicada aos imputáveis e semi-imputáveis, a medida de segurança é um instituto criado no Direito Penal, uma espécie de sanção penal aplicada aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental retardado e eventualmente aos semi-imputáveis. Essa medida tem como objetivo e natureza a prevenção, tendo em vista que busca agir de forma preventiva, curativa e terapêutica, evitando que o sujeito perigoso conviva com a sociedade sem o devido tratamento podendo incorrer em novas práticas de infrações penais, onde a medida de segurança se baseia na periculosidade do agente, que trata de um juízo de probabilidade deste voltar a praticar infrações penais.

Com isso, a medida de segurança descrita no Artigo 96 do Código Penal, se baseia na periculosidade, tendo em vista que se aplica para os inimputáveis que não possuem capacidade de entendimento e determinação, trazendo consigo duas espécies de medida de segurança, sendo elas a internação em hospital de custódia, que na falta deste poderá ser cumprido em estabelecimento adequado com a mesma finalidade, que em primeiro plano se trata de um hospital que faça parte do sistema penal, tratando-se de uma medida detentiva. Como segunda espécie de medida de segurança existe o tratamento ambulatorial como medida restritiva, conforme Andrade (2004, p.7):

> "As medidas de segurança, resumidamente, diferem das penas nos seguintes pontos:
>
> 1.as medidas de segurança são preventivas; as penas tem natureza retributiva preventiva; 2. as medidas de segurança fundamentam-se na periculosidade do sujeito; as penas são proporcionais à gravidade da infração; 3. as medidas de segurança ligam-se pelo juízo de periculosidade; as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade; 4. as medidas de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito; as penas são fixas; 5. as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> imputáveis; as penas são aplicáveis aos imputáveis e aos semiresponsáveis"

Nesse sentido, com base no Artigo 97 do Código Penal, em regra, se o agente for inimputável, o juiz determinará a sua internação, porém caso o juiz ao analisar o seu laudo pericial, e o fato cometido for punível com detenção poderá submeter o agente a tratamento ambulatorial.

O indivíduo que não possui culpabilidade por não apresentar sanidade, será considerado inimputável por decorrência da insanidade, que é verificada através de laudo pericial. A instauração de incidente de sanidade mental é um ato processual, para fins de aferir a integridade mental do acusado, que pode ser realizado no momento da prática ou durante o curso do inquérito policial ou da ação penal, para que se tenha nos autos a plena certeza, que o investigado no momento da prática de crime possuía a capacidade e entendimento mental.

Alguns princípios regem a medida de segurança, tais como os princípios da legalidade, anterioridade e jurisdicionariedade, onde o princípio da legalidade dispõe que somente a lei poderá criar medida de segurança, complementado pelo princípio da anterioridade que afirma que tal lei deve ser anterior a prática do fato imputado ao agente como ilícito penal. Já o princípio da jurisdicionariedade determina que apenas o poder judiciário como incumbência do poder jurisdicional poderá aplicar medida de segurança.

A instauração de incidente de sanidade mental, prevista nos Artigos 149 a 154 do Código de Processo Penal, é um ato processual feito em autos apartados, quando no caso de dúvida sobre a saúde mental da pessoa, é feita a verificação da integridade mental, com objetivo de certificar nos autos se o investigado, no momento da prática do crime, possuía ou não capacidade e entendimento mental. A doença mental também poderá acometer o réu durante o curso da ação penal, caso haja nesse momento dúvida sobre a sua integridade mental, o juiz deverá determinar a realização do exame médio legal para fins de averiguação se a doença sobreveio durante o curso do processo, a qual acarretará a suspensão do processo até que o réu tenha sua capacidade mental reestabelecida. Vale lembrar que a instauração da insanidade mental não suspende o prazo prescricional, apenas será suspenso o processo até que o réu se encontre reestabelecido.

A Lei 7.210/1994 denominada Lei de execução penal, conforme previsto em seu Artigo 184, determina que se durante o cumprimento da pena privativa de liberdade o condenado apresentar perturbação da saúde mental ou doença mental, o juiz poderá substituir a pena por medida de segurança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O sistema que rege as medidas de segurança é chamado de vicariante ou unitário, tendo como objetivo a aplicação de apenas uma sanção penal, que só pode ser aplicada diante dos requisitos necessários que caracterizam o agente como doente mental, que se dá pela prática de fato descrito como crime ou infração penal, e o juiz deverá se convencer que o agente possui periculosidade social devido a condição de inimputável, bem como não ter tido sua punibilidade extinta.

Cabe ressaltar que a sentença que determinará o cumprimento da sanção penal de medida de segurança é chamada de sentença absolutória imprópria, devido à ausência de imputabilidade. Em casos específicos, caberá medida de internação provisória de acordo com o Artigo 319, Inciso VII, do Código de Processo Penal.

2.2 Entendimentos Jurisprudenciais

Foi realizada pesquisa de algumas decisões e jurisprudências referentes aos inimputáveis, e que foram decididas após a realização de um exame pericial próprio. De acordo com a conduta praticada, e se tratando de doentes mentais é realizado um exame de sanidade mental, o qual é avaliado por um perito especializado que responderá os quesitos apresentados em regra pelo Ministério Público e defensor.

Segundo a súmula 527 do STJ, publicada em 18/05/2015 a duração da medida de segurança não pode exceder ao limite máximo da pena abstrata cominada.

De acordo com o entendimento do Habeas Corpus nº 39648/SP do Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 27/06/2017 e publicado em 01/8/2017, o Supremo Tribunal Federal manifestou e reconheceu a manutenção temporária do paciente perante a unidade hospitalar de custódia, enquanto aguarda vaga apropriada para tratamento ambulatorial no Sistema Único de Saúde.

Nessa mesma perspectiva nota-se que os julgadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, também seguem a mesma ótica das decisões de outros julgadores, conforme se observa o relator James Eduardo Oliveira, que negou provimento ao recurso determinando que o apelado seja mantido em Unidade de Residência Terapêutica, pra que ele receba o devido amparo e cuidado, tendo em vista não possuir suporte social e familiar para sua inserção em sociedade. Data de Julgamento: 04/12/2019, publicado no PJe em13/01/2020.

Outra decisão encontrada foi um Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerias, no qual teve negado o provimento por parte do relator, por entender que diante da alta periculosidade do paciente e para que seja resguardada a sua segurança e da sociedade, e com objetivo de propiciar a ele um tratamento adequado devido ao transtorno mental sofrido:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – SAÚDE – INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA – TRANSTORNOS MENTAIS E COMPORTAMENTAIS DEIDO AO USO DE SUBSTANCIAS PSICOATIVAS – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Quando a saúde de um indivíduo está se deteriorando a ponto de pôr em risco a sua vida, não pode aguardar a excessiva burocracia administrativa para realização da intervenção médica necessária para curar o mal psíquico. A internação compulsória do paciente que sofre de transtorno mental, a par de obrigação do Estado de prover a saúde de seus cidadãos (Art. 196 "caput" da CRFB) e também ônus daquele enquanto agente provedor de segurança pública, máxime quando o paciente apresenta perigo em potencial à família ou sociedade. (TJ-MG – AI: 10000190852988001 MG, Relator: Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 29/10/2019, Data de Publicação: 05/11/2019)."

Diante do estudo realizado foi verificado que para se obter um resultado satisfatório quanto a reinserção do doente mental na sociedade, após cumprimento de medida de segurança, é preciso que haja melhores condições e implementações para aplicabilidade da lei.

Como foi visto no decorrer desse estudo, a medida de segurança é aplicada devido ao grau de periculosidade do agente, procurando resguardá-lo e à sociedade como um todo, uma vez que comprovada a sua vulnerabilidade quanto ao convívio social se poderá, pelo mais adequado de acordo com caso concreto, aplicar em casos de alta gravidade, a medida de segurança de internação em hospitais de custódia, e caso após a devida avaliação médica, o paciente e segurado, poderá ser integrado a um tratamento ambulatorial, quando inexistindo a periculosidade.

Com os movimentos antimanicomiais, foi fechado uma infinidade de hospitais e a desinternação de muitos pacientes, o Estado que deveria ter trabalhado para criar unidades adequadas de atendimento, possibilitando a humanização dos tratamentos, não o fez. Essa negligência tem como consequência a falta de leitos psiquiátricos, com uma grande ocupação por alcoolistas, sem conseguir atender a demanda de forma digna. Grande parte dos pacientes não se adaptam ao convívio com seus familiares e vice-versa, e acabam se tornando moradores de rua. "A esquizofrenia está presente em 10% dos sem-teto e 90% deles são alcoolistas", diz Wagner Gattaz, professor titular e presidente do conselho diretor do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Muitas vezes a família, por diversos motivos, como preconceito ou ignorância, não leva seu ente doente a tratamento, e ele acaba sendo isolado pela sociedade, sem que o Estado tome qualquer ação. Quando esses doentes mentais, negligenciados pela família e pelo Estado, praticam atos de violência, o preconceito aumenta, pois o doente e a sua doença ficam vinculados ao crime.

Os Centros de Apoio Psicossocial-CAPS, em meio a um grande número de complexos problemas, funcionam somente como ambulatórios, porém, diante de uma crise de esquizofrenia, o doente precisaria de internação, para sua proteção e da sociedade.

Os direitos fundamentais constitucionais estão à disposição do doente mental, entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamental até para o patamar mínimo de civilização. Cabe ao Estado a proteção a garantia desses direitos, e adoção de políticas públicas que objetive a inserção desse doente na sociedade.

CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa feita foi possível verificar acerca das doenças mentais e suas peculiaridades, bem como o conceito, os tipos de doenças mencionadas e discutidas no âmbito do Direito Penal e para finalizar, foi abordado sobre os meios de tratamento dos doentes mentais infratores. Já na segunda parte, foi falado sobre a culpabilidade e inimputabilidade penal, as medidas de segurança e seus pressupostos e ainda uma pesquisa sobre os entendimentos jurisprudenciais e dos tribunais.

Contudo verificou-se que os doentes mentais, com a criação da lei 10.216 de 2001, passaram a possuir mais garantias e meios de tratamento como o CAPS e unidades psicoterapêuticas com o intuito de auxiliar o indivíduo, que vive em conflito consigo mesmo, a se sentir amparado, acolhido em sociedade e com possibilidade de melhora.

A respeito do tema, concluiu-se que nos casos de doentes mentais infratores, deve ser realizada perícia, e caracterizando a inimputabilidade por parte do agente que tenha praticado ato ilícito sem possuir conhecimento e entendimento acerca do fato, será aplicado a ele, por meio de sentença absolutória imprópria, uma sanção penal denominada medida de segurança, prevista no Artigo 386, parágrafo único, inciso III do Código de Processo Penal. Diante da periculosidade do agente, deverá ser encaminhado e internado em um hospital de custódia, ou na falta desse, poderá ser encaminhado a um estabelecimento adequado que possua a mesma finalidade,

ou seja, possibilitar tratamento ao indivíduo, e por se tratar de doente mental, perder a característica de investigado comum e passar a ser paciente.

O Artigo 5º, inciso III da Constituição Federal de 1988, dispõe que ninguém poderá ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, devendo ser cumprida a pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, devendo ser respeitada a sua integridade física, mental e moral, o que se torna prioridade a partir da criação da Lei Orgânica do Sus nº 8080/90, uma vez que cuidar da saúde mental é essencial e para todos.

Nesse mesmo Artigo, dispõe também que "todos são iguais perante a Lei". No sentido material, a igualdade é o tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida das desigualdades, conforme Lopes (2006,p.11)

> "[...] devendo a igualdade ser interpretada não a partir da sua restrita e irreal acepção oriunda do liberalismo, que apenas considerava a igualdade no sentido formal – no texto da forma – mas devendo ser interpretada com uma igualdade material – igualdade no texto e na aplicação na norma – impondo tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais."

O doente mental que comete crime, devido sua periculosidade, deve ser retirado da sociedade. Mas também não pode permanecer entre presos comuns, ignorando sua condição de paciente e passando a ser tratado como um preso criminoso, desrespeitando dessa forma sua dignidade humana. Como paciente, ele deve receber tratamento adequado em um manicômio judiciário que funcione efetivamente e proporcione melhora e possível convívio em sociedade. O doente mental não pode ficar invisível aos olhos da sociedade, e percebidos somente diante do cometimento de crimes que chocam.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234.

ALMEIDA, Francis Moraes de. Máscaras da Insanidade: Emergências e ressurgências do conceito de psicopatia na psiquiatria contemporânea. psychiatry on line Brasil. 2007. disponível em: http://www.polbr.med.br/ano07/wal1207.php .Acesso em: 11 de maio de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ANDRADE, Haroldo da Costa. Das medidas de segurança. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 7.

BRASIL, Congresso Nacional, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Proteção e recuperação da saúde. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm

BRASIL, Congresso Nacional, Lei Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BRASIL, Congresso Nacional, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL, Congresso Nacional, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 27 de abr. de 2020.

BRASIL, Congresso Nacional, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

BRASIL, Congresso Nacional, Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm#:~:text=LEI%20No%2010.216%2C%20DE,modelo%20assistencial%20em%20sa%C3%BAde%20mental. Acesso em: 27 de abr. de 2020.

BRASIL, Congresso Nacional. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em: 27 de abr. de 2020.

BRASILIA. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Saúde mental no SUS: os Centros de Atenção Psicossocial. Brasília. 2004. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/saude_mental/pdf/sm_sus.pdf

BIERNATH, André. O que é esquizofrenia, sintomas, diagnósticos e tratamentos. Veja saúde. 2018. Disponível em: https://saude.abril.com.br/mente-saudavel/o-que-e-esquizofrenia-sintomas-diagnostico-e-tratamento. Acesso em: 27 de abr. De 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CAPEZ, Fernando; Curso de Direito Penal. Volume I, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Celso; DELMANTO Jr., Roberto. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2016.

FARIA, Cláudia. Transtornos mentais mais comuns: como identificar e tratar. Tua saúde, 2019. Disponível em: https://www.tuasaude.com/transtornos-mentais/ . Acesso em 27 de abr. de 2020.

FREUD, S. A perda da realidade na neurose e na psicose. In *Obras completas de Sigmund Freud* .Vol. 19. Buenos Aires: Amorrortu.1988.

GARCIA, J. Alves. Psicopatologia Forense. Rio de Janeiro. Forense. 1979.p.255

GONÇALVES, Adriano Augusto Placidino. Tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Maxieduca. 2016. Disponível em: https://blog.maxieduca.com.br/tipicidade-ilicitude-culpabilidade/ .Acesso em:11 de maio de 2020.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 521.

_____. Curso de Direito Penal, Parte Geral, Volume I. 9. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 402

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Gênero, discriminação e tráfico internacional de mulheres. Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Organizadora: Lília Maia de Morais Sales. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006, p. 11.

MALCHER, Farah de Souza. A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual. Jus.com.br, 2008. Disponível em; https://jus.com.br/artigos/12564/a-questao-da-inimputabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual . Acesso em: 11 de maio de 2020

MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal- Parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2000 v.1.p.210 e 212

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. Exigibilidade da conduta conforme o direito. Direito net, 2016. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2909/Exigibilidade-de-conduta-

conforme-o-direito#:~:text=A%20exigibilidade%20da%20conduta%20conforme,o%20agente%20da%20culpabilidade%2C%20e%2 Acesso em: 11 de maio de 2020.

Perturbações Mentais. Portal da Saúde mental. Disponível em: https://www.portaldasaudemental.pt/interferencias-na-saude-mental/perturbacoes-mentais. Acesso em: 11 de maio de 2020.

PRADO, Antônio Carlos. O abandono do enfermo mental. Isto é. 2011. Disponível em: https://istoe.com.br/135122_O+ABANDONO+DO+ENFERMO+MENTAL/ Acesso em:12 de maio de 2020.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, Vol. I, 8. ed. 2008.

RAMMINGER, Tatiana; BRITO, Jussara Cruz de. "Cada CAPS é um CAPS": uma coanálise dos recursos, meios e normas presentes nas atividades dos trabalhadores de Saúde Mental. Scielo.Psicologia e Sociedade, vol. 23, 2011, p. 150-160. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000400018&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em: 27 de abr. de 2020.

SADDY, André. A Falsa Ilusão do Sentimento de Impunidade no ECA. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em:

https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/menoridade-penal/ .Acesso em: 11 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.26.

WELZEL, Hans. Direito Penal. Tradução: Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 235.

www.conteudojuridico.com.br

CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE O DIREITO URBANÍSTICO: HISTORIOGRAFIA E CONTEMPORANEIDADE

FILIPE EWERTON RIBEIRO TELES: Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE).Pós Graduado em Direito Penal e Criminologia - URCA.

RESUMO: O presente artigo se debruça sobre as considerações teóricas do Direito Urbanístico na historiografia e contemporaneidade, bem como conceito e princípios que o caracterizam. Ainda será analisado, de forma introdutória a natureza e a autonomia do Direito Urbanístico, além das suas características. Por este motivo, o estudo desse ramo do Direito, aliado ao acompanhamento das tendências urbanas contemporâneas, permite-se observar critérios básicos e necessários para a realização e aprimoramentos referente aos estudos da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Urbanístico; Conceito e Princípios; Contemporaneidade.

ABSTRACT: This article focuses on the theoretical considerations of Urban Law in contemporary times, as well as the concept and principles that characterize it. The nature and autonomy of Urban Law, in addition to its characteristics, will still be analyzed. For this reason, the study of this branch of Law, combined with the monitoring of contemporary urban trends, allows us to observe basic and necessary criteria for the realization and improvements regarding the studies of the subject.

KEYWORDS: Urban Law; Concept and Principles; Contemporaneity.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1 Contexto Histórico; 2. Direito Urbanístico Contemporâneo; 3. Conclusão; 4. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Desde muito tempo, podemos observar que há normas que regem assuntos relacionados ao direito urbanístico. Entretanto, esse assunto só ganhou maior destaque após a revolução industrial, período no qual ocorreu um intenso processo de urbanização e mudanças na forma como as cidades se organizavam, fazendo com que o tema se tornasse ainda mais necessário.

Dessa forma, depreende-se que esse processo de urbanização gerou problemas que precisavam de medidas como meio de coordenar os espaços habitáveis, bem

como de conseguir solucionar os problemas daí decorrentes. Nesse aspecto, de acordo com Meirelles, o urbanismo seria "um conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade." (MEIRELLES, 2007, p. 511).

Por isso, é notório que o direito urbanístico ganhou mais espaço frente às transformações que as cidades passaram após a revolução industrial, motivo pelo qual o estudo sobre a utilização desses locais precisou de mais ênfase. Entretanto, não foi apenas após a revolução industrial que o tema sobre direito urbano foi discutido. Desde a época romana, o direito de propriedade, por exemplo, já era visto como algo importante, pois já nesse tempo o dono de determinada propriedade tinha a permissão de explorá-la da forma como bem entendesse, dado o caráter individual da propriedade à época. Pode-se afirmar, inclusive, que a propriedade nasce junto com o indivíduo, posto que se trata de um fenômeno social, na medida em que acompanha a fase de transição do homem selvagem para a do homem sedentário, momento no qual a sociedade passa a se desenvolver sobre determinados espaços físicos.

Esse desenvolvimento sobre determinados espaços físicos se visto, principalmente, quando observa-se que, a partir desses espaços, o homem passa a retirar seu sustento e a construir seus valores, nomeadamente porque nos primórdios da civilização humana se observava que a liderança sobre determinadas propriedades configurava posição de destaque nas civilizações. Em período anterior, inclusive, a ideia de propriedade era ligada à religião, tendo em vista que a propriedade era vista como o lar da família, um lugar para a prática e o culto aos Deuses, dando à propriedade um conceito de lugar sagrado e que deveria ser cuidado e preservado. Nesse aspecto, observa-se que a regulação da propriedade se fez necessária com o passar do tempo, pois esta era vista como instrumento para a manutenção do poder, oportunidade na qual a conquista de novas terras refletia em condição para o fortalecimento cada vez maior desse poder.

Nesse sentido, é importante destacar algumas correntes que foram significativas para a positivação do direito de propriedade, principalmente, dada a evolução da relevância da propriedade no decorrer do tempo. Dessa forma, o Iluminismo apresentou vertentes que foram fundamentais para a positivação do direito de propriedade, sendo elas: o contratualismo e o jusnaturalismo. Nessa primeira vertente, alguns filósofos, como Locke e Rousseau, defendiam que o homem era detentor de direitos e, portanto, esses direitos deveriam ser positivados a fim de serem melhor salvaguardados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, para eles, a propriedade constituía um direito fundamental do homem, devendo este ser positivado e salvaguardado. Nesse caso, para melhor compreensão, o contratualismo consistia numa ideia de que deveria haver um acordo entre as sociedades para obtenção de maiores vantagens através de uma ordem social. Ou seja, os indivíduos abdicariam de alguns direitos ou liberdades em prol de um objetivo maior, concedendo poderes a determinadas pessoas para que estas pudessem organizar melhor a vida em sociedade.

Relativamente a essa "concessão de poderes a determinadas pessoas", depreende-se aqui de conceder poderes ao Estado para que este possa organizar e gerir a vida em sociedade, por meio de um contrato e compromisso pelos quais as pessoas passariam, então, a obedecer normas estabelecidas por esse Estado, garantindo, portanto, o bem-estar da sociedade.

Sobre o tema, há algumas teorias que tentam explicar o contratualismo, teorias estas explicadas e defendidas por renomados filósofos como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Para Hobbes (1588 – 1679), esse contrato social se originava a partir da necessidade do homem de controlar a si mesmo. Isso porque, estando os indivíduos em seu "estado de natureza", estariam, portanto, suscetíveis a situações de insegurança e medo, posto que estariam dispostos a tudo para atingir seus desejos pessoais. Daí a necessidade de se unirem em grupos para obedecer às normas que, apesar de restringirem algumas liberdades e direitos, tal restrição se daria em prol de algo maior, como a segurança de todos em geral.

Já de acordo com o filósofo John Locke (1632 – 1704), a teoria do contratualismo surgiria justamente pela necessidade de criar uma forma de julgamento dos interesses das pessoas porque, para o filósofo, todos os seres humanos, em seu estado natural, estariam em perfeita liberdade para regular suas ações, sendo as leis naturais voltadas para a liberdade e igualdade. Seriam todos os indivíduos livres e, portanto, juízes uns dos outros. Por este motivo, essa mesma liberdade de julgar e agir como bem entender no estado natural do homem, daria espaço igualmente para o egoísmo e a vingança, por exemplo, posto que poderiam agir da forma como bem entendessem.

Por isso, a necessidade da criação do contrato social, como forma de garantir que, caso o bem comum estivesse em perigo, houvesse uma interferência na liberdade desses indivíduos a fim de salvaguardar interesses comuns da sociedade. Enquanto que o contratualismo para Rousseau (1712 – 1778), defendia a ideia do ser humano ser essencialmente bom por natureza, sendo a sociedade a responsável pelo corrompimento do homem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ou seja, o homem era corrompido pela convivência com o grupo social, fazendo com que a vida em sociedade necessitasse de regras como forma de melhor regular a convivência e promover uma pacificação social. Dessa forma, existiria um Estado que seria política e juridicamente organizado, por meio de um poder que lhe seria transmitido através do povo, dado que o poder emanaria do povo, e este povo, por sua vez, poderia escolher seus representantes que iriam governar e exercer esse poder em nome dos interesses gerais da sociedade.

Em outras palavras, o povo renunciaria o poder que lhes seria inerente de forma espontânea, em prol justamente do bem comum. Com relação à vertente do jusnaturalismo, refere-se ao direito natural, pela qual enxergam-se todos os princípios, normas e direitos como uma ideia universal e imutável de justiça, anterior ao ser humano. Sendo anterior ao ser humano, estes teriam que seguir valores condizentes com os valores da humanidade, valores tais como de justiça, liberdade, dignidade e, por isso, esse direito natural estaria baseado no bom senso.

Dessa forma, a vertente do jusnaturalismo buscou positivar esses direitos tidos como fundamentais e que seriam anteriores ao ser humano, à sociedade e ao Estado, para que através da sua positivação pudessem ser mais respeitados. Nesse diapasão, após essa evolução da importância da propriedade, seja ela pela definição de direito fundamental do indivíduo, seja como o conceito de propriedade como expressão de sentido semelhante ao de poder ou até mesmo como garantia da liberdade individual do homem, as revoluções e pressões sociais, passaram a enxergar na propriedade a necessidade de uma legislação que tratasse especificamente sobre esta, motivo pelo qual vem a manifestar-se o direito de propriedade. Esse ponto de vista do direito à propriedade surge no sentido de que cada indivíduo tem o poder subjetivo sobre sua propriedade, devendo essa relação ser respeitada pelas demais pessoas.

Ou seja, entende-se que a propriedade deve ser utilizada para a satisfação do seu dono e obtenção dos seus interesses econômicos e de sua família, devendo essa utilização ser respeitada pelas demais pessoas. Assim, nas palavras de Washington de Barros Monteiro:

O direito de usar compreende exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar- lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos. O direito de dispor, o mais importante dos três, consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem (2003, p. 83).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por isso, depreende-se do texto acima transcrito que o direito de propriedade engloba o direito de usar, gozar, dispor e reinvindicar. E partindo do pressuposto que o direito à propriedade passou a ser positivado e a pertencer ao sistema jurídico, este passou a exercer uma função social, na medida em que não mais deveria satisfazer os interesses tão somente do seu dono, mas, sobretudo, os interesses gerais da coletividade. Sobre o tema, é importante frisar a diferenciação entre função social e fim social:

Importante se faz alertar que o reconhecimento de que há na propriedade privada uma função social não é o mesmo que afirmar ter essa um fim social, vez que fim e função são conceitos inconfundíveis. Quando nos referimos ao fim de um determinado enunciado é o mesmo que delimitar sua destinação a um exercício fixado e imutável, estando o fim sob o aspecto externo do respectivo enunciado. Por sua vez, quando utilizamos o termo função, estamos mencionando sobre a "atitude histórica e concreta diante de situações sempre renovadas e diversas", algo que está presente sob o aspecto interno do enunciado. Pelo exposto, constatamos que fim e função social não são sinônimos, já que o fim atinge a estrutura do enunciado e, assim, a natureza de uma situação jurídica, enquanto a função pertine a sua eficácia no ordenamento jurídico (COSTA, 2003, p. 85 e 86).

Assim, o direito de propriedade ganha um novo tratamento, inclusive em diversas Constituições a exemplo da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição Portuguesa de 1976, passando a visualizar nesse direito de propriedade a necessidade de ser constitucionalizado, bem como a necessidade de seu conceito se adequar à evolução social. Importa destacar a evolução do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, pois, desde a independência, o direito de propriedade já havia sido garantido pela Constituição. Entretanto, o tratamento dado a esse direito de propriedade veio sendo modificado no decorrer da história.

Por exemplo, na época do descobrimento do Brasil, a lei que vigorava era a Lei Régia, que fazia referência ao regime das sesmarias, no qual havia um processo desigual de distribuição das propriedades, posto que havia sempre privilégio aos interesses da Coroa em detrimento das demais pessoas, período no qual a propriedade apresentava um caráter absoluto, dando-lhe funções de cultivo e moradia habitual.

Ou seja, não havia igualdade nessa distribuição e apenas algumas parcelas da sociedade eram privilegiadas no sentido de obterem terras, sem que todas as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pessoas pudessem usufruir das propriedades para o cultivo e, sobretudo, para moradia habitual. Já as Constituições de 1824 e 1891 deram outra roupagem ao direito de propriedade, pois garantiam a desapropriação da propriedade por necessidade ou utilidade social, em detrimento de privilégios individuais como anteriormente mencionado, por exemplo. Esse tipo de tratamento foi influenciado pelas constituições liberais americana (de 1787) e francesa (de 1789).

Em ato contínuo, a Constituição de 1934 é aquela que traz uma quebra de paradigma, impondo mudanças importantes e relevantes ao direito de propriedade, estabelecendo limites maiores ao direito de propriedade comparado a anteriormente, no sentido de que o exercício desse direito não poderia ir contra o interesse social e coletivo, como dispunha o artigo 13 da referida Constituição à época:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. E m caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (Constituição do Brasil, 1934).

Por seu turno, a Constituição de 1937 vem a restringir o direito de propriedade, de modo que este direito passaria a ser disciplinado através do Presidente da República, fazendo, ainda, com que essa matéria passe a ser tratada por leis inferiores, como pode-se observar da redação do artigo 122 da Constituição de 1937:

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites

serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício". (Constituição do Brasil, 1937).

Por fim, a Constituição de 1988 vem consagrar a função social da propriedade como princípio. Tal função já havia sido tratada a partir da emenda constitucional feita à Constituição de 1967, mas só veio a ser realmente positivada na Constituição de 1988. Inclusive, vários são os artigos da sobredita Constituição que tratam do direito de propriedade, sendo eles:

Art. 5º, caput: "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: [...]." Art. 5º, XXII: "é garantido o direito de propriedade;" Art. 5º, XXIII "a propriedade atenderá a sua função social;" Art. 5º, XXV: "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;" Art. 153, § 4º, inc. I: "será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas;" Art. 156, inc. I: "Compete aos municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana;" Art. 170, incs. II e III: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II propriedade privada; III – função social da propriedade;" Art. 243: "As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º."

Dessa forma, observa-se que o direito de propriedade sofreu grandes transformações e obteve diferentes tratamentos constitucionais ao longo da sua trajetória, se adequando às mudanças sociais e necessidades da sociedade.

2 DIREITO URBANÍSTICO CONTEMPORÂNEO

Como já foi abordado no tópico anterior, o direito urbanístico nasceu da primordialidade de se criar soluções jurídicas para o tratamento dos espaços e das propriedades. Para tanto, se fez necessária uma abordagem da evolução do direito de propriedade ao longo dos anos, a fim de que o aluno pudesse melhor compreender como nasceu e se desenvolveu esse direito urbano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nas palavras de Almeida e Levy, o estudo do Direito Urbanístico mostra-se essencial, nomeadamente frente ao contínuo crescimento dos espaços urbanos, bem como à crescente necessidade de garantia desse direito.

"Por isso é importante prestarmos atenção no direito urbanístico, que é o ramo do Direito Público que estuda as normas jurídicas que regulam o território urbanizado, visando disciplinar as funções básicas da cidade: habitação, trabalho, circulação e lazer. Ele pode não ser a tábua de salvação para os problemas da cidade, mas seus instrumentos oferecem boas saídas para enfrentá-los. Tais instrumentos se baseiam numa visão sistêmica que compreende a cidade como uma realidade complexa, afastando-se da tentação de enxergá-la de maneira fatiada: ora como um conjunto de propriedades normatizadas pelo Código Civil e geradora de arrecadação para o Estado, via impostos, ora como o produto de um direito administrativo preocupado com códigos de obras e rotinas públicas. [...] Debater o direito urbanístico e lutar por sua efetividade interessa a todos. Um direito administrativo baseado em pressupostos jus-urbanísticos é capaz de transcender o caráter sancionador — que autoriza ou proíbe condutas — dessa disciplina para conduzi-la a um patamar de indutora do desenvolvimento econômico e social. Um direito civil alinhado ao direito urbanístico é capaz de agregar uma dimensão coletiva às relações privadas. Um direito tributário capaz de compreender a cidade pode ser um poderoso instrumento de financiamento público e de controle adequado do território, corrigindo distorções e desigualdades mediante mecanismos como a contribuição de melhoria e o IPTU progressivo no tempo. Sem falar em temas que tocam diretamente a vida urbana: a cultura, em suas mais variadas manifestações, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a preservação da memória contida no patrimônio histórico, nas dimensões concreta e imaterial, as artes e seu potencial emancipatório." (ALMEIDA e LEVY, 2017, s.p).

Portanto, apesar de alguns doutrinadores considerarem o Direito Urbanístico não ser ainda considerado como um ramo autônomo do Direito, não pode igualmente ser considerado como apenas um capítulo do Direito Administrativo, pois possui abrangência e, principalmente, uma constitucionalização por parte da Constituição brasileira que dedicou um capítulo exclusivo à política urbana.

> Art. 21. Compete à União:
>
> [...]
>
> XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo o Direito Urbano um ramo importante e igualmente necessário ao desenvolvimento das sociedades, possui também princípios que funcionam como norteadores da sua atividade, e que serão melhor abordados a seguir. A lei, por si só, não engloba todas as ações humanas e não soluciona todos os conflitos sociais. Mas, para que ela cumpra com seu papel em face da insuficiência do sistema normativo, busca se utilizar, por exemplo, de outras fontes que preencham as lacunas ali existentes. Valem-se, principalmente, dos princípios e direitos fundamentais para tal função. Sendo assim, tem-se consolidado cada vez mais nos dias atuais os princípios e direitos fundamentais como elementos indispensáveis ao Estado Democrático de Direito como garantidor desses direitos já esculpidos na lei.

Nesta linha de raciocínio, os princípios ultrapassam o que antes defendia o jusnaturalismo, com a inspiração no ideal de justiça. Pelo positivismo, os princípios funcionam como fonte normativa subsidiária e têm força no texto normativo, pois derivam destes, e não somente de um ideal de justiça. Sobre a ideia de princípio como fundamental para a integralização do direito e sua melhor compreensão, assevera o professor Paulo de Barros Carvalho:

Princípios são normas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Existem, nos preceitos legais, duas espécies de princípios: alguns estão expressos e outros estão implícitos. Entre os princípios expressos e os implícitos não há hierarquia, com apenas uma única exceção: o princípio da certeza do direito, pois todos os outros princípios atuam em conjunto harmônico para realizá-lo. (CARVALHO, 1993, p.90).

O Estatuto da Cidade, apresentado através da Lei n.º 10.257 de 10 de Julho de 2001, estabelece dois princípios importantes no Direito Urbanístico, quais sejam: o princípio da função social da cidade e da propriedade urbana, previstos no artigo 2º:

> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...].

Vale salientar, entretanto, que o princípio da função social da propriedade não foi tratado apenas no Direito Urbanístico através da lei acima mencionada, mas, foi inicialmente tratado por Constituições brasileiras anteriores. Dessa forma, a Constituição brasileira de 1824 foi a primeira que tratou do direito de propriedade, incluindo-o em seu artigo 179.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inclusive, destaca-se que o direito de propriedade trazido nessa Constituição era absoluto, o que se subentendia que a única exceção para isto seria através da desapropriação, desde que essa desapropriação tivesse uma indenização em dinheiro como contrapartida, o que reforçava a ideia de que a sobredita desapropriação estaria ligada justamente à função social da propriedade. Ou seja, essa desapropriação não poderia ser entendida como uma punição, por exemplo, mas tão somente como um exercício proveniente do poder que o Estado detinha em favor de determinada necessidade pública, o que justificaria tal desapropriação.

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
>
> I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.
>
> II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.
>
> III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.
>
> IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.
>
> V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.
>
> VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como Ihe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.
>
> VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. [...].

No mesmo sentido, apresentou-se à Constituição de 1934, trazendo a importância do direito de propriedade expresso em seu artigo 113, n. 17, dando

ênfase ao fato de que esse direito de propriedade não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

Dos Direitos e das Garantias Individuais

> Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

E, finalmente, na Constituição Federal de 1967 podemos observar que, pela primeira vez, a expressão "função social" é utilizada no que diz respeito ao direito de propriedade. Contudo, é importante ressalvar que a propriedade era vista aqui como princípio da ordem econômica, como bem dispõe o caput do artigo, e não como direito fundamental do cidadão, como observamos na atual Constituição.

> TÍTULO III
>
> Da Ordem Econômica e Social
>
> Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
>
> I - liberdade de iniciativa;
>
> II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
>
> III - função social da propriedade;
>
> IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;
>
> V - desenvolvimento econômico;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 2º - A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º - A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4º - A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º - O Presidente da República poderá delegar as atribuições para desapropriação de imóveis rurais, por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias.

§ 6º - Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

§ 7º - Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.
>
> § 9º - Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.
>
> § 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

Ou seja, desde muito tempo, o princípio da função social da propriedade já era tratado no nosso ordenamento jurídico que, como é óbvio, foi passando por transformações e evoluções a fim de que se adequasse às necessidades que iam surgindo dentro da sociedade. Inclusive, antes mesmo de estar disposto em ordenamento jurídico como acima apresentamos, a questão da função social da propriedade já era discutida e tratada também por São Tomás de Aquino, no sentido de que o mesmo acreditava que a natureza humana agia em direção a determinado fim. Segundo Tomás, a propriedade pode variar de acordo com a diversidade da condição humana.

> "[...] a sociedade desfruta, pois, de uma superioridade ontológica sobre o indivíduo. É graças a ela, com efeito, que o homem pode conservar-se, e expandir as fontes de sua natureza; o homem necessita do concurso da sociedade para ser plenamente homem. É graças a ela ainda que o homem pode desenvolver suas qualidades especiais e individuais como artesão, patrão, magistrado, homem político. Em uma palavra, a sociedade, na sua complexidade, realiza a perfeição máxima da espécie. Ela tem, pois, valor em si e por si; 'Ela é soberanamente digna de ser amada', e seu bem, sendo o bem da espécie, a coloca acima do bem dos indivíduos. (AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 158, nota d.)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse diapasão, a Igreja Católica acompanhou o que era defendido por São Tomás de Aquino. A doutrina cristã enxergava na propriedade uma forma de servir à humanidade e não o contrário, de forma que a coletividade pudesse ser beneficiada, agindo solidariamente. Corrobora com o aqui apresentado na leitura da encíclica do Papa João XXIII, apresentando o seguinte:

> [...] A propriedade não constitui um direito incondicional e absoluto. Não há qualquer razão para reservar-se ao uso exclusivo o que supera à própria necessidade, quando aos demais falta o necessário. Em uma palavra: o direito à propriedade não deve jamais exercitar-se em detrimento da utilidade comum. (RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas: de acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

Assim, do princípio da função social da propriedade, entende-se que o homem deve contribuir para o bem-estar da coletividade em prejuízo dos seus interesses individuais. Deverá o homem, portanto, valorizar a vida em sociedade, respeitando, como é obvio, os direitos individuais, mas prezando, sobretudo, pelo bem-estar social. Ou seja, o homem aqui abre mão de certas liberdades individuais suas em prol de algo maior, em prol da coletividade.

Todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira (FIGUEIREDO, 2008, p. 83).

Relativamente ao princípio da propriedade urbana, este estabelece que deverá haver um engajamento da propriedade urbana com as diretrizes da política urbana. Em outras palavras, deverão haver diretrizes a serem cumpridas para que só assim a propriedade urbana possa finalmente cumprir a sua função social.

Associados a estes dois princípios, há ainda outros aos quais alguns autores relacionam o direito urbanístico. Apesar de ainda não estarem definidos, como os dois anteriormente citados, são igualmente importantes para a compreensão da matéria.

Como base os destacados por José Afonso da Silva, sendo eles: princípio do urbanismo: garantindo ao direito urbano um instrumento pelo qual o poder público pode atuar no meio social e no âmbito privado de forma a predominar o interesse coletivo; princípio da conformação da propriedade urbana: de maneira que a propriedade urbana deve estar de acordo com as normas estabelecidas sobre a

matéria; princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas: estabelecendo que essa coesão funda-se em observância a procedimentos como um todo, e não apenas em normas isoladas; princípio da afetação da mais-valia ao custo da urbanificação: na qual os donos das propriedades podem se beneficiar da mais-valia decorrente das melhorias realizadas dentro dos limites estipulados; princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística: na qual todos têm o direito ao bônus e ao ônus do direito urbano, sendo todos contemplados de forma igualitária.

Dessa forma, tem-se que os referidos princípios foram incorporados ao Estatuto da Cidade já anteriormente citado, de forma expressa ou implícita, devendo por isso serem acolhidos, respeitados e observados a fim de que se tenham garantidos preceitos norteadores do direito urbanístico.

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, e levando-se em consideração a extensa e complexa legislação urbanística brasileira, torna-se de extrema relevância a compreensão do direito urbanístico na atualidade, de maneira que o referente ramo do Direito possibilita um eficiente planejamento urbano, essencial ao desenvolvimento das cidades. Entretanto, nos dias atuais, muitas Instituições e governos ainda enfrentam dificuldades dada a complexidade do sistema urbanístico, principalmente o brasileiro, bem como algumas recentes alterações trazidas sobre a matéria, fazendo com que muitas vezes esses organismos não consigam obter o êxito quando da realização do seu planejamento.

Por fim, o Direito Urbanístico permite o homem vislumbrar de que forma essas mudanças podem influenciar positivamente na elaboração e acompanhamento das fases para um efetivo planejamento urbano, em harmonia com as constantes mudanças observadas nos dias atuais.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBIENTE LEGAL. Representação da criação e estudo dos espaços no direito urbano. Disponível em: <http://www.ambientelegal.com.br/direito-urbano-oferece-boas-saidas-para-enfrentar-problemas-da-cidade/> Acesso em: 20 de agosto de 2020.

AQUINO, Tomas de. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 158, nota d.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 16 DE JULHO DE 1934. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 02 de agosto de 2020.

_____. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 02 de agosto de 2020.

_____. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL 25 DE MARÇO DE 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 02 de agosto de 2020.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 02 de agosto de 2020.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 de agosto de 2020.

_____. LEI N° 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm.

_____. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. A constitucionalização do direito de propriedade privada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ELCHISTORIA. Representação do filósofo Rousseau. Disponível em: <https://elchistoria.blogs.sapo.pt/9381.html> Acesso em: 02 de agosto de 2020.

FORTES. Direito Urbano no desenvolvimento das cidades. Disponível em: http://www.fortesadvogados.com.br/blog/como-direito-urbanistico-influencia-empresas/ Acesso em: 02 de agosto de 2020.

GV CULTI. Representação do processo de evolução das cidades durante o período da revolução industrial. Disponível em: <https://gvcult.blogosfera.uol.com.br/> Acesso em: 02 de agosto de 2020.

INSTITUTO LIBERAL. Representação de culto aos deuses. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/fachin-e-o-culto-a-moloch/> Acesso em: 02 de agosto de 2020.

INSTITUTO LIBERAL. Representação dos filósofos contratualistas: Hobbes e Locke. Disponível em: < https://www.institutoliberal.org.br/blog/o-brasil-entre-a-heranca-de-locke-e-de-rousseau/> Acesso em: 02 de agosto de 2020.

JUSBRASIL. Representação da relação jurídica. Disponível em: < https://dieniosantos.jusbrasil.com.br/artigos/526075753/relacao-juridica-obrigacional-a-obrigacao-de-dar-coisa-incerta> Acesso em: 02 de agosto de 2020.

MOVIMENTO REVISTA. Representação de revoluções sociais. Disponível em: <https://movimentorevista.com.br/2017/07/revolucao-francesa-hobsbawm/> Acesso em: 02 de agosto de 2020.

NOSSA CAUSA. Representação dos interesses gerais da coletividade. Disponível em: <https://nossacausa.com/secao/coletividade/> Acesso em: 02 de agosto de 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Loteamentos Urbanos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas: de acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Org.). Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico. São Paulo: RCS, 2007.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TODA MATÉRIA. Representação da independência do Brasil. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/independencia-do-brasil/ Acesso em: 02 de agosto de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA FRENTE À REFORMA TRABALHISTA INSTRUMENTALIZADA PELA LEI 13.467/2017

LETÍCIA MULARI: Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

FLÁVIA MALACHIAS SANTOS SCHADONG[1]

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo relata as inovações ocasionadas pela Reforma Trabalhista no âmbito da distribuição do ônus da prova. Objetiva-se através de uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, promover o estudo destas mudanças. Investiga detalhadamente o texto do dispositivo 818 da CLT, esclarecendo as discussões atinentes ao tema. Para tanto, promover-se-á a análise de pontos cruciais como a antiga e atual redação do artigo mencionado. Aborda quando e como ocorre a distribuição do ônus da prova ocorre no Direito do Trabalho e sua relação com o vínculo empregatício. Tratar-se-á também sobre os princípios reguladores deste fenômeno na esfera trabalhista, bem como o exame da Teoria Dinâmica da distribuição do ônus da prova.

Palavras-chave: Inversão do ônus da prova. Reforma trabalhista. Teoria Dinâmica.

ABSTRACT: This article reports the innovations caused by the Labor Reform in the scope of the distribution of the burden of proof. The objective is, through exploratory research with a qualitative approach, to promote the study of these changes. It investigates in detail the text of the CLT device 818, clarifying the discussions related to the theme. To this end, the analysis of crucial points such as the old and current wording of the mentioned article will be promoted. It addresses when and how the distribution of the burden of proof occurs in Labor Law and its relationship with the employment relationship. It will also deal with the regulatory principles of this phenomenon in the labor sphere, as well as the examination of the Dynamic Theory of the distribution of the burden of proof.

Key words: Reversal of the burden of proof. Labor reform. Dynamic Theory.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 - A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUAS MODIFICAÇÕES FRENTE À REFORMA TRABALHISTA. 3 – PRINCÍPIOS BALIZADORES DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO TRABALHO. 3.1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA PROVA. 3.2 – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO PROCESSUAL. 3.3 – PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. 3.4 – PRINCÍPIO DA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AQUISIÇÃO PROCESSUAL DA PROVA. 3.5 – PRINCÍPIO DA ORALIDADE. 3.6 – PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO. 3.7 - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 4 - A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 4.1- RELAÇÃO COM O VÍNCULO JURÍDICO. 4.2 – A TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. 5 – CONCLUSÃO. 6 – REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista ocorrida no Brasil no ano de 2017, instrumentalizada pela lei № 13.467/17, foi responsável por uma mudança significativa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Segundo o governo, o objetivo da reforma foi combater o desemprego e a crise econômica no país e também o contexto de desigualdade entre pessoas e grupos sociais inerentes a figura do Direito.

Após aprovada, a Reforma Trabalhista trouxe como uma de suas principais inovações a figura da distribuição do ônus da prova, que muito embora já estivesse consagrada em nosso ordenamento jurídico, teve sua face totalmente remodelada.

Tendo em vista que a fase instrutória de um processo judicial possui valor significativo para a ocorrência de um julgamento eficaz e justo no que tange a análise probatória. Tendo em vista que a distribuição do ônus da prova é uma das principais responsáveis por influenciar este julgamento e as fases subsequentes da demanda pode-se concluir que sua relevância é nítida em qualquer ramo jurídico.

A antiga redação da CLT, do mesmo artigo 818, dizia que "a prova das alegações incumbe à parte que as fizer" (ou seja, quem alega deve provar), refletindo a defasagem de um texto da década de 1940 diante dos tempos atuais e causando insegurança jurídica. O texto da Lei recebeu roupagem mais atual e em sintonia com o previsto no Código de Processo Civil, possibilitando que o juízo, a depender das peculiaridades presentes no caso concreto, estabeleça a inversão do ônus da prova, de modo que esta caiba também ao reclamado e não só ao reclamante.

Mesmo havendo especificação legal sobre a distribuição de provas entre os litigantes, a doutrina e jurisprudência vêm admitindo, em casos isolados, a possibilidade da inversão do ônus da prova, que, a priori, seria do reclamante, com o intuito de preservar os direitos da parte hipossuficiente da relação jurídica em questão, fundada na fragilidade, geralmente, do empregado nas relações de emprego.

Então, objetiva-se por meio deste tratar as possibilidades existentes nesta seara, buscando examinar as inovações ocasionadas pela Reforma Trabalhista e também

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

abordar os estudos engajados especificamente nesta mudança e sua atuação presente a sociedade, que de forma direta acabou afetando a vida de grande parte da população brasileira, no que se refere às ações trabalhistas de forma geral relacionadas ao âmbito da distribuição do ônus da prova, estudadas segundo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, onde se encontram teorias baseadas em casos reais, bem como nos princípios gerais e peculiares do direito do trabalho de redistribuir o ônus da prova para o empregador ou a parte que possua melhores condições de fazê-las, com o intuito de igualá-las processualmente.

Diante de tais colocações, cabe o questionamento de quais são as inovações ocasionadas pela Reforma Trabalhista no ano de 2017 no que se refere ao âmbito da distribuição do ônus da prova. Para solucionar tal questão, necessário se faz examinar essas inovações detalhadamente.

Para tanto, com o intuito de dar eficaz seguimento a realização do estudo, utilizaremos uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, a fim de proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses.

Com base nisso, foram estabelecidos objetivos que buscam destrinchar de forma clara no decorrer dos capítulos aqui apresentados as modificações até aqui apresentadas, onde iremos sintetizar como era e como ficou a distribuição do ônus da prova após a Reforma Trabalhista; analisaremos os princípios que norteiam a distribuição do ônus da prova; explicaremos como e quando ocorre a inversão do ônus da prova; compreenderemos a inversão do ônus da prova e sua relação com o vínculo empregatício e, por fim, estudaremos a Teoria Dinâmica da distribuição do ônus da prova.

2. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUAS MODIFICAÇÕES FRENTE À REFORMA TRABALHISTA

A expressão prova é oriunda do termo latim *probare*, que significa exame. Conceituada conforme os ensinamentos do doutrinador PEREIRA (2013), as provas são compreendidas como "instrumentos processuais considerados pelo ordenamento jurídico como aptos para a demonstração da veracidade dos fatos alegados em juízo representam o coração do processo, pois definirão o destino da relação jurídica processual", conceito confirmado por SCHIAVI (2014) o qual afirma que a prova compreende "os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda".

Neste diapasão, em consonância com o conceito acima exposto, o autor SCHIAVI (2014) trouxe em sua obra, denominada Manual de Direito Processual, que "o ônus da prova no processo somente é dirigido às partes, uma vez que o julgador tem o dever constitucional de julgar e de fundamentar em compasso com os elementos dos autos ". Portanto, o ônus da prova é dirigido às partes e não à figura do julgador.

Já a palavra ônus diz respeito a tudo aquilo que implica certa carga, ou seja, um peso maior. Desta forma, trazendo-a ao campo jurídico, assemelhando seu sentido com as provas em sua amplitude, pode-se dizer que todo o alegado em juízo se embasando em ônus probatório, terá importância significativa.

Importante lembrar que a antiga redação do artigo 818 da CLT atribuía o ônus da prova das alegações à parte que as alegasse. Com o advento da Reforma Trabalhista, ocorrida no ano de 2017, o dispositivo citado foi remodelado, especificando a regra geral do ônus probatório.

Embora o conceito da palavra "prova" seja encontrado em diversos tipos de abordagens, a Legislação Trabalhista não o evidencia objetivamente, contudo, o art. 769 da CLT, dispõe que nos casos de omissão da CLT deve o processo do Trabalho reger-se-á pelo Código de Processo Civil, o qual também não nos traz uma explanação do conceito de prova, onde só é possível encontrarmos amparo legal para tanto no artigo 369 que diz: "As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos, em que se funda o pedido ou defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".

Assim, analisando os dois conceitos expostos anteriormente e ainda em conformidade com o teor do artigo 130 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias", é possível afirmar que o ônus da prova é tido como uma espécie de regra para aplicabilidade da convicção legal utilizada pelo magistrado no discorrer de seu julgamento, devendo averiguar todas as alegações plausíveis feitas em juízo, no que se refere à veracidade dos fatos litigiosos em questão, aplicando-as ao caso concreto.

Pela nova redação do texto legal (artigo 818 da CLT), foi incrementada a ordenação contida no Código de Processo Civil de 2015 no dispositivo do artigo 373, que trabalha questões sobre a distribuição do ônus da prova na marcha processual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para melhor entendimento desta questão, a atual redação do artigo 818 da CLT dispõe que:

> Art. 818. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativa ou extintiva do direito do reclamante.
>
> § 1.º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2.º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.
>
> § 3.º A decisão referida no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

A figura do ônus da prova é uma espécie de regra dentro do julgamento, onde uma vez produzidas as provas em juízo, deve o magistrado julgar levando em consideração a aptidão da prova apresentada, independentemente da parte que a produziu.

Há casos em que a instrução probatória encontra-se insuficiente para formação de convicção sólida que fundamente a decisão, hipótese em que o juiz deve balancear os riscos que possam existir, definindo o que as partes devem suportar.

A inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho tem por objetivo o equilíbrio na relação trabalhista, invertendo-se assim, o ônus da prova que seria do empregado ao empregador quando for o caso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A atual redação da CLT não aborda categoricamente este fenômeno jurídico, contudo, o teor do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, permite que o magistrado o aplique de forma subsidiária para solucionar algumas hipóteses conflitantes, onde passou-se a existir embasamento legal para concretizar sua fundamentação jurídica, de modo a sanar os conflitos e igualar na medida do possível as diferenças presentes entre os litigantes. Entrando em uma nova seara, trataremos dos princípios norteadores do fenômeno da destruição do ônus da prova.

3. PRINCÍPIOS BALIZADORES DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO TRABALHO

De plano, a palavra princípio, já com engajamento no Direito, é espécie de norma, sendo responsável pelo aprofundamento da investigação que busca compreender a essência, valores ou mandamentos aplicados no campo das ciências jurídicas. Sua importância e autonomia são nítidas, já que em suas análises, os princípios explicam o porquê de muitos questionamentos.

No Direito, os princípios são responsáveis pela aplicabilidade adequada de um quinhão significativo das normas positivadas no ordenamento jurídico, de modo que, por si só, demonstram sua importância neste ramo. Destarte, conclui-se, portanto, que os princípios se classificam como normas iniciais, bem como as peculiares dentro do espaço jurídico. Através disso, possui também o poder operacional de determinar limitações, responder questionamentos através dos quais se possibilita a efetiva pronúncia de soluções para determinadas temáticas ao serem aplicados ao ordenamento jurídico em situações reais.

Destarte, diz-se que é com a observação e análise sistêmica dos fatos ocorridos onde surgem todos os princípios científicos e suas demais ramificações, ou seja, os mesmos são demonstrações nítidas que funcionam como diretrizes portadoras de evidências mais abrangentes que as regras, com poder de veracidade científica, construindo assim, parte da esfera principiológica adotado pelo humano.

Para melhor entendimento, o autor DELGADO (2009) argumenta que "a Ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a eles se reportam, informando-o.".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.1 Princípio da legalidade de prova

Inicialmente, o primeiro princípio a ser tratado, tendo em vista a sua relação direta com o tema aqui trabalhado, é o princípio da legalidade de prova no âmbito trabalhista, que muito embora não seja muito abordado nas concepções doutrinárias, possui papel significativo na seara probatória neste ramo do direito.

O artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição da República, adverte: "[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos." dando origem e reforçando as observações supracitadas.

Ainda em reforço, vejamos:

> O princípio da proibição de prova ilícita vem sendo mitigado, em casos concretos, com base nos princípios da proporcionalidade (ou da razoabilidade), segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, como por exemplo, uma gravação sub-reptícia utilizada por empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual pelo seu empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste. (LEITE, 2010, p. 548).

À vista disso, por este princípio, entende-se que apesar das partes responsáveis pela composição da lide possuírem o direito de provar a veracidade dos fatos alegados, não poderão fazê-lo de todo e qualquer modo, devendo obedecer às hipóteses previstas em lei, observando ainda a situação de hipossuficiência do trabalhador, sem qualquer desvio ou obscuridade.

3.2 Princípio da proteção processual

Trata-se de um dos princípios norteadores no Direito do Trabalho, visto que busca, como o próprio nome diz, proteger àqueles que se encontram de alguma maneira em desconformidade com o equilíbrio processual inerente à produção de provas, atribuída em grande parte aos trabalhadores, geralmente por falta ou insuficiência de recursos econômicos.

Cumpre lembrar que, com as modificações concretizadas pela Lei 13.467/2017, restou prejudicado em alguns aspectos o princípio aqui levantado. Um dos exemplos a ser citado é o da obrigatoriedade do depósito em sede recursal, anteriormente só exigida da parte empregadora, passando a ser obrigatória a todas as partes, com respaldo no artigo 899, parágrafo 4° da CLT, em conjunto com os

artigos 790-B caput e parágrafo 4°, e 791, também encontrados na CLT, prevendo a possibilidade da condenação do trabalhador ao pagamento das despesas processuais mesmo quando concedidos os benefícios da gratuidade da justiça em seu favor.

3.3 Princípio da busca da verdade real

Busca a imperabilidade da veracidade dos fatos. Princípio que deriva da materialidade processual no direito do trabalho, encontrando respaldo no artigo 765 da redação da atual CLT, dispondo que:

> **Art. 765** - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Ainda nesta seara, em reforço, SCHIAVI (2013) argumenta:

> A valoração da prova é um dos momentos mais importantes do processo, em que o julgador, de forma discricionária, mas fundamentada, analisará as provas produzidas nos autos, primeiramente de forma isolada e depois confrontando as provas existentes, chegando a uma conclusão sobre a melhor prova e sobre o fato ou fatos que comprovam. Diante dos fatos que entendeu provados, o Juiz aplicará o direito, acolhendo ou rejeitando o pedido. (SCHIAVI 2013, p. 90).

Tal princípio atua em maior parte ao lado do trabalhador, tendo em vista sua vulnerabilidade frente à figura do empregador, de modo que o primeiro acaba obedecendo a comandos que geralmente ultrapassam a atividade laboral a que foi destinado, devendo, portanto, prevalecer à verdade real dos fatos, onde a mesma, a depender do caso concreto, pode chegar a possuir relevância superior as provas documentais apresentadas no discorrer processual.

3.4 Princípio da aquisição processual da prova

Não menos importante, o princípio da aquisição processual da prova visa ensinar que as provas apresentadas em juízo pertencem ao processo. Desta maneira, com o advento de sua produção junto a Justiça do Trabalho, as provas passam a pertencer a esta, fazendo parte do corpo processual, devendo o juiz analisá-las conforme sua convicção, sendo facultado ao mesmo beneficiar ou não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a parte que as apresentou e até a que não as apresentou, ou seja, uma vez ofertada e aceita a prova, sua eficácia terá aplicabilidade tanto de forma benéfica como também prejudicial a qualquer uma das partes integrantes, empregado ou empregador, sendo irrelevante para tanto, quem a produziu.

3.5 Princípio da oralidade

Compreende-se por processo oral aquele incumbido de integrar as fases instrutórias instauradas processualmente, onde o responsável (juiz) ao interrogar as testemunhas, os peritos, de mais integrantes da lide conduz os autos do processo até que seja esgotada a sua finalidade.

Com fulcro na Legislação Trabalhista, o princípio da oralidade possui papel indispensável na justiça do trabalho, isto porque ele permite que o juiz obtenha melhores informações em proximidade com as partes, de forma oral, assim como o princípio da imediação, possibilitando à obtenção da celeridade nos andamentos processuais, objetivando a resolução de conflitos pertencentes a lide, de modo a fazer a justiça da melhor forma, atendendo as devidas finalidades de um processo judicial.

A exemplo disso, a CLT nos trouxe no artigo 840, parágrafo 2°, a aplicabilidade fática do referido princípio. Observe-se:

> **Art. 840** - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.
>
> [...]
>
> **§2°** Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1o deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Conforme restou demonstrado, o princípio da oralidade simboliza uma característica indispensável durante o trâmite processual, torando possível deste modo, que tal princípio proporcione ao magistrado uma alíquota participativa superior durante o caminho percorrido ao longo do processo e também maior estabilidade e segurança jurídica na dilação probatória. Destarte, a figura da oralidade é membro integrante de um direito fundamental defendido na seara constitucional, a ser disciplinado pelo contexto processual, inclusos neste contexto a socialização *inter partes*, possibilitando assim, a celeridade do andamento processual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.6 Princípio da imediação

Em última análise, como decorrência do princípio abordado anteriormente, o princípio da imediação decorre da aproximação entre o magistrado e as partes, onde o primeiro é o receptor das provas oferecidas judicialmente pelos segundos, devendo o julgador realizar a recepção das provas ofertadas em audiência de forma pessoal levando em consideração também o princípio da imparcialidade e identidade física do juiz no momento de proferir a decisão mais eficiente ao caso concreto. Em uma análise pertinente a realidade fática, o Tribunal Regional do Trabalho vem acolhendo em suas decisões tal princípio para embasar suas decisões. Vejamos:

> EMENTA: PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO DAS PROVAS. O Julgador, a quem coube sentir de perto as reações, a firmeza e a hesitação das partes, formou, daí, o seu convencimento em sentido contrário à pretensão do autor, após valorar as provas orais produzidas e sopesar a robustez das informações prestadas. Assim, em reforço aos fundamentos por ele exarados, privilegio a análise feita no Juízo de primeiro grau, com fulcro no princípio da imediação na colheita das provas, e mantenho a r. decisão hostilizada. (TRT-1 - RO: 00019428720125010521 RJ, Relator: Maria Aparecida Coutinho Magalhães. Data de Julgamento: 28/07/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 04/08/2015)

Diante disso, averigua-se que o magistrado em momento oportuno e correto, procederá a colheita e análise de todos os depoimentos ofertados pelas partes, bem como a inquirição das testemunhas e demais indagações existentes durante a realização da audiência, e, decorrente disso, obtém-se a proximidade em que se funda o presente princípio.

3.7 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Garantido pela Carta Magna de 1988 (artigo 5°, inciso LV), o princípio do contraditório diz respeito à bilateralidade no âmbito processual, abrindo leque para a participação de todas as partes envolvidas nos procedimentos inerentes ao processo originado pela lide, seja para reação ou para defesa. MORAES (2003) argumenta que:

> A todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na esfera do princípio da ampla defesa, também esculpido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, inciso LV, tem-se uma espécie de dilação do princípio anterior, unilateralmente, de modo que, via de regra, abre-se ao réu a possibilidade de se defender ou responder os fatos alegados pelo autor.

Tratando-se de fato constitutivo do direito alegado, a jurisprudência trabalhista, convicta da necessidade de aplicação prática dos princípios mencionados, vem se posicionando conforme ementa abaixo exposta:

> EMENTA: DO DUPLO ARQUIVAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - PEREMPÇÃO - INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 732 DA CLT - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA. Para aplicação da pena prevista no art. 731 da CLT, faz-se mister a instauração do auto infracional para apuração dos motivos que deram causa aos arquivamentos, possibilitando à parte autora, que deixou de comparecer à audiência inaugural da segunda ação trabalhista, apresentar um justo motivo que afastasse a sanção prevista no art. 732 da CLT. Observa-se, assim, os princípios da confiança, contraditório substancial e segurança jurídica, que veda ao magistrado a prolação de decisões surpresas. (TRT-20 00016167220155200011, Relator: JORGE ANTONIO ANDRADE CARDOSO, Data de Publicação: 21/09/2016).

Com base nisso, na seara trabalhista, verificada a ausência de oportunidade a uma das partes de se manifestarem em momento adequado, caberá a alegação de nulidade a ser provocada pela parte lesada, assim como previsto no artigo 795 da Legislação Trabalhista, o que acarretará a ineficácia do ato processual. Parte superior do formulário Parte inferior do formulário Superada esta questão, passaremos agora a análise da aplicabilidade prática da distribuição do ônus da prova, discorrendo como e de que maneira ela acontece.

4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus probatório tem a finalidade de ordenar a qual das partes será atribuído o encargo de produzir as provas no curso do processo, visando a obtenção um provimento jurisdicional. Havendo a existência de alguma espécie de dúvida, pela precariedade ou inexistência de provas produzidas nos autos, o juízo terá a possibilidade de realizar o julgamento em desfavor daquele a quem incumbia inicialmente o ônus probatório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Embasando-se no princípio de igualdade, a técnica de aplicação da figura da inversão do ônus da prova tem sido enxergada como um mecanismo capaz de tornar possível um julgamento mais justo e competente em situações onde os litigantes se encontram supostamente em posição de desigualdade.

Conforme visto até o momento, primordialmente, o ônus da prova é de incumbência do reclamante no que diz respeito aos fatos constitutivos (aqueles que geram o direito do autor) de seu direito, nos termos no inciso I do artigo 818 da CLT, visto que, via de regra, este será o responsável ensejar o início de um processo trabalhista para que se possa discutir algum assunto diretamente ligado ao campo do Direito do Trabalho.

Já no que se refere ao inciso II do referido artigo, observa-se que o ônus da prova será do reclamado, quando houver a existência de fato impeditivo (aquele que suspende o exercício de um determinado direito, impedindo a aplicação de seus efeitos), modificativo (ocorrência de fatos entre as partes que venham a modificar a situação concreta, impossibilitando que o autor tenha seu pedido inicial acolhido) ou extintivo (diz respeito à prescrição e a decadência do exercício jurídico do autor) do direito do reclamante.

Neste viés, iminente é o estudo da inversão do ônus da prova e quais as hipóteses que o permitem, visto que conforme se esclarece, tal fato pode gerar desigualdades e injustiças no âmbito da lide e sua produção de provas para garantia de um resultado adequado e justo.

Recebe esta denominação pelo fato de que pode ser dada, pelo magistrado, à outra parte, esta responsabilidade, visto cada caso isolado e quem melhor produzirá as provas que ensejem sua resolução. se esclarece que tal fato pode gerar desigualdades e injustiças no âmbito da lide e sua produção de provas para garantia de um resultado adequado e justo.

Muito embora não haja mudança expressa no padrão adepto nas demandas trabalhista, hoje se adota a possibilidade desta inversão no direito trabalhista pela harmonização existente entre o dispositivo do artigo 818 da CLT e o artigo 373 do CPC e pela a aplicação analógica do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual aduz:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova,a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segunda as regras ordinárias de experiência.(Redação dada pela Lei 8.078 de 1990).

Também há que se comentar sobre a autorização contida no artigo 852 da CLT:

> O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Sobre esta autorização, verifica-se que somente pode ser utilizada quando não for averiguada a existência de outras provas a serem produzidas pelos litigantes durante o curso processual, de modo que não seja gerado de nenhum modo julgamento que não atenda a real necessidade e eficácia inerentes ao caso concreto, evitando assim, eventuais injustiças aos envolvidos.

4.1 Relação com o vínculo jurídico

Como já mencionado, a função principal da distribuição do ônus da prova seria a de dar ao procedimento a oportunidade de averiguação de provas mais justa. Todavia menciona-se também que tal fato pode ocorrer para que a uma das partes o processo se torne menos oneroso, hipótese em que se observa sua clara relação com o vínculo empregatício, uma vez que, via de regra, sob o ponto de vista da realidade de casos práticos, é notória a diferença econômica existente entre empregado e empregador, onde o empregado em maior parte dos acontecimentos é considerado hipossuficiente por dispor de menos recursos financeiros.

> Acreditamos que no processo do trabalho há amplo espaço para a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente pelo fato de que nas demandas judiciais é justamente o empregador, e não o empregado, que se encontra em melhores condições de produzir a prova, razão pela qual a adoção da teoria tradicional da distribuição estática do ônus da prova, em tais casos, pode inviabilizar a prestação da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva. (LEITE, 2018, p. 815).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sob o mesmo entendimento, encontra-se o Enunciado 338, III, do TST: "os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniforme são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativos às horas extras que passa a ser do empregador [...]".

Havendo alguma hipótese de divergência sobre a existência ou não de vínculo de emprego, em situações adversas em que a parte reclamada se oponha a existência de tal vinculo ou até mesmo a prestação de serviços pelo reclamante, o ônus probatório será atribuído ao autor da reclamação trabalhista proposta, devendo demonstrar e comprovar o fato que vem a constituir seu direito, que neste caso será a existência do vinculo empregatício. Nesta situação hipotética, chega-se a conclusão de que à reclamada não se deve atribuir a produção de provas que comprovem a não existência do vinculo de emprego junto à pessoa do reclamante, pois aquele não detém meios para fazê-las.

Por conseguinte, como assunto de suma importância no que diz respeito às mudanças ocorridas no campo da distribuição do ônus da prova com as modificações na Consolidação das Leis do Trabalho, ainda com enfoque no tópico anterior, passaremos à análise da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova, que embora não seja de alastrado conhecimento populacional, vem sendo muito utilizada pelos Tribunais de Justiça do Trabalho como mecanismo de aplicabilidade justa e célere das normas.

4.2 A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova

Já existente no campo do Direito Processual Civil e com aplicabilidade de notória eficácia, a distribuição do ônus da prova no Direito do Trabalho abriu margens para a obtenção das provas necessárias durante o curso processual de uma forma mais justa e eficaz. De um modo geral, a regra da inversão do ônus da prova está expressa no artigo 373 do CPC, sendo atribuída à seara Trabalhista de forma subsidiária até o ano de 2017, já que até então as normas trabalhistas eram omissas quanto a este instituto jurídico. Contudo, de modo diverso ao que acontece no Direito Processual Civil, no âmbito Trabalhista as partes não se encontram em total harmonia jurídica, onde o trabalhador geralmente se encontra em situação de vulnerabilidade frente ao empregador.

Diante disso, com a vasta dificuldade encontrada pelas partes no que diz respeito ao acesso justo e correto ao Poder Judiciário nos campos probatórios, a Teoria Dinâmica da distribuição do ônus da prova surgiu como meio de atribuição diversa do ônus da prova a ser adotado pelos magistrados, por meio de decisões judiciais, para dar oportunidade àquele que manifeste melhores condições de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

alcançar sua finalidade, ou seja, permite que o ônus atribuído à parte que tem a impossibilidade de produzir provas seja incumbido de modo diverso, sendo assim, atribuído à parte contrária.

Realizada a remodelação do Art. 818 da CLT, a Reforma Trabalhista permitiu que a dinâmica de responsabilidade na produção probatória se tornasse mais clara, objetiva e acessível. Com base nisso, importante mencionar que esta inversão deverá observar pontos relacionados às objeções inerentes a produção de provas diante de um caso concreto, e então, depois de devidamente comprovada a existência de tais dificuldades é que se tornará possível a atribuição probatória de modo inverso. Para melhor entendimento, é imprescindível ressaltar a previsão legal dada pelo parágrafo 1° do artigo 818 da CLT. Vejamos:

> Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Destarte, ainda acompanhando este raciocínio, e ainda levando-se em conta a fundamentação da distribuição do ônus da prova encontrada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, DONIZETII (2014), ensina que para desviar-se de decisões que possam ser proferidas de maneira incorreta, em virtude de erros no emprego das regras positivadas, deve-se acolher:

> A distribuição dinâmica do ônus da prova para as hipóteses em que o magistrado, considerando o caso concreto, distribui ele mesmo o ônus probatório, atribuindo-o à parte que tenha melhores condições de suportá-lo. Desse modo, de acordo com a distribuição dinâmica do ônus da prova, o encargo probatório deve ser atribuído casuisticamente, de modo dinâmico, concedendo-se ao juiz, como gestor das provas, poderes para avaliar qual das partes terá melhores facilidades na sua produção.

Ainda nesse sentido:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. (STJ, REsp 1.286.704)

Após levantamento dos pontos acima expostos, resta evidente o dilatado espaço para adoção da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova, já que em grande parte dos casos existentes no ramo do Direito do Trabalho, o empregado não possui as melhores condições para a produção de provas, de modo que com a referida teoria, possa ser atribuído ao empregador o ônus probatório, para que assim as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sejam justas e adequadas aos membros componentes da lide.

A convicção do magistrado, ao manifestar sua decisão, não pode gerar em nenhum caso, situação que torne impossível o estágio probatório atribuído, já que o objetivo das provas em um processo é "facilitar", tornar mais célere o trâmite judicial e também possibilitar as partes envolvidas que as façam de maneira clara e justa, seguindo a linha de raciocínio do dispositivo do artigo 818 da CLT, em seu parágrafo 3°. Existem decisões que afirmam que o fato também pode ocorrer no julgamento da demanda em grau de recurso em instância ordinária, nesse sentido ressalta-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPROVAÇÃO. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. 1. As normas legais concernentes à distribuição do ônus da prova constituem "regras de julgamento", que têm como finalidade dotar o juiz de um critério para decidir a lide nos casos em que não se produziu prova, ou esta se revelou insuficiente para formar o convencimento do magistrado. Tais normais destinam-se, enfim, a permitir ao juiz sair de um impasse, já que não lhe é dado abster-se de compor o conflito de interesses e de entregar a prestação jurisdicional a quem tem direito a parte, direito este alçado a nível constitucional soluciona o litígio com base nas provas efetivamente produzidas. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento (TST-AIRR 208300-66.1997.5.01.00198, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 4º T., DEJT 25-10-2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, sobre o momento da distribuição do ônus da prova, ainda não é possível identificar na contemporaneidade um consenso lógico e específico entre as doutrinas sobre esta arguição, contudo, seguindo-se a ordem hierárquica normativa, a Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, dispõe que caberá ao juiz em sede de sentença fundamentar explicitamente sua decisão, expondo de quem seria o *onus probandi* devendo informar, caso inverta o instituto, o porquê desta decisão, devendo a mesma ser proferida antes da fase instrutória, hipótese em que as partes terão a possibilidade de pedir o adiamento de audiência instrutória já designada, nos termos do parágrafo 2°, do artigo 818 da CLT.

5. CONCLUSÃO

A Reforma da legislação trabalhista ocasionada pelo advento da Lei № 13.467/17 trouxe diversas inovações no campo jurídico e da aplicação da lei material nas lides envolvendo trabalhador e empregador. Muitas delas foram necessárias para proporcionar igualdade entre as partes enquanto também se observa, em regra, a fragilidade do trabalhador frente ao tomador de serviços.

Neste sentido, há de se falar da importância da possibilidade da inversão do ônus da prova em processos de tal cunho. De regra, este encargo é de responsabilidade do reclamante, contudo, observou-se que havia a necessidade da possibilidade de alteração desse ditame visto as peculiaridades de cada caso concreto e a necessidade da averiguação e utilização de princípios norteadores do direito.

Pode-se afirmar hoje que as provas são a base da grande maioria dos processos que movem o judiciário brasileiro e por isso são de extrema importância. Nos casos envolvendo relações de serviço, em que se observa de um lado o empregado e de outro o empregador, se faz mister estabelecer condições e regras mais maleáveis para que haja uma justiça na decisão e, consequentemente, uma igualdade processual entre os litigantes.

Em vista disso é que se afirma a necessidade da observância dos princípios da legalidade da prova, da proteção processual, da busca da verdade real, da aquisição processual da prova, da oralidade, da imediação e, principalmente, do contraditório e da ampla defesa.

Estes norteadores do processo trabalhista fazem com este possa ser mais justo e igualitário, garantindo ao magistrado uma maior possibilidade de averiguar a situação real da relação e das problemáticas que levaram as partes à lide. Portanto, após este estudo, concluiu-se que a dinamicidade do ônus da prova se fez necessária para que cada caso fosse julgado de forma mais ampla e correta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A sociedade como um todo se viu amparada nas relações tão frágeis e, por vezes complexas, de trabalho. A Reforma Trabalhista quis proporcionar às partes equidade e, para tanto, adequou o instituto da inversão do ônus das provas de acordo com as necessidades do processo e, principalmente, à fragilidade do trabalhador face ao empregador que detinha o poder de provar as circunstâncias da problemática, por vezes dificultando sua solução de forma adequada, podendo causar possíveis prejuízos ao trabalhador e seus direitos.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 05 nov. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 05 nov. 2019.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 05 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 nov. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região.** TRT-20: 0001616-72.2015.5.20.0011. Relator: JORGE ANTONIO ANDRADE CARDOSO, Data de publicação: 21/09/2016. Disponível em: <https://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/401012970/16167220155200011?ref=serp>. Acesso em 02 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª ª Região. TRT-1: Recurso Ordinário : RO 0001942-87.2012.5.01.0521 RJ. Relator: MARIA APARECIDA COUTINHO MAGALHÃES. Data de publicação: 04/08/2015. Disponível em: https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/216600913/recurso-ordinario-ro-19428720125010521-rj. Acesso em 05 nov. 2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 208300-66.1997.5.01.0018. Relator: João Oreste Dalazen, DJ: 16/10/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24316845/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-2083006619975010018-208300-6619975010018-tst?ref=serp>. Acesso em 08 nov. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 1995.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18. ed. 2014. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social**. Teoria, método e criatividade. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SALOMON, Delcio V. **Como fazer uma monografia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo Silva. Três **enfoques na pesquisa em ciências sociais**: o positivismo, a fenomenologia e o marxismo. Introdução à pesquisa em ciências sociais. São Paulo: Atlas, 1987.

NOTA:

[1] Mestranda em Direito Constitucional Econômico. Especialista em Direito Previdenciário, Direito e Processo do Trabalho. Professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: flavia.schadong@p.catolica-to.edu.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO DO CONSUMIDOR: NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E À INFORMAÇÃO

WILLIAN PANTOJA DE SOUZA:
Graduando em Bacharel em Direito na Universidade Luterana de Manaus (ULBRA)

ARMANDO DE SOUZA NEGRAO[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar o direito do consumidor nas relações de consumo e à informação. Haja vista que o direito à informação está previsto no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal de 1988. Expõe-se sobre o direito do consumidor no Brasil e os seus aspectos históricos, além de abordar suas relações de consumo e a concessão de crédito. Por fim, dado que o contrato de crédito é de extrema importância na sociedade, mostra-se o direito que o consumidor tem à informação sobre os possíveis riscos ou sobre as alterações que podem ocorrer no decorrer do contrato.

Palavras-chaves: Crédito, Direito do Consumidor, Direito à Informação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to address consumer rights in consumer relations and information. It should be noted that the right to information is provided for in the Consumer Defense Code and the Federal Constitution of 1988. It focuses on consumer law in Brazil and its historical aspects, as well as addressing consumer relations and the granting of credit. Finally, given that the credit agreement is extremely important in society, it shows the consumer's right to information about possible risks or changes that may occur during the contract.

Keywords: Credit, Consumer Law, Right to Information.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL; 2.1. Aspectos históricos do direito do consumidor; 3. DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 3.1. O direito do consumidor e a concessão de crédito. 4. DIREITO DO CONSUMIDOR SOB O DIREITO À INFORMAÇÃO. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em virtude dos conflitos relacionados com o direito do consumidor nas relações de consumo e à informação, achou-se o de créditos, achou-se importante um artigo científico sobre tal tema.

No Brasil, somente em 1990 a Lei nº 8.078, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor. Pode-se dizer que foi imensurável a quantidade de benefícios que o Direito do Consumidor trouxe para a economia brasileira, o mercado pode fluir com mais justiça e as pessoas podem exercer sua cidadania na qualidade de consumidor.

Com isso o Brasil passou a viver uma nova fase econômica, como consequência disso os cidadãos brasileiros consequentemente passaram a consumir mais e a praticar mais relações de consumo pois agora possuem mais segurança para fazê-las.

Entretanto, os consumidores estão cada vez mais se endividando e as instituições financeiras passaram a ser mais exigentes quanto a quem poderia receber este serviço. Em vista disso, como o consumidor deve agir para que não tenha sua relação de consumo afetada? Qual atitude deve tomar quando o seu direito à informação não for respeitado?

Este artigo pretende analisar o direito do consumidor nas relações de consumo e à informação. Utilizar-se-á o procedimento técnico e com o método de abordamento dedutivo, visto que o assunto em pauta se trata de direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor, haja vista que é o dever do fornecedor informar os motivos pelos quais não ocorreu a concessão de crédito.

Ademais, como forma de perquirir o resultado almejado, será feito revisão em artigos, periódicos e livros de vários doutrinadores, entre estes, a obra de João Batista de Almeida, tendo em vista a forma didática que aborda a questão sobre os antecedentes históricos do Código de Defesa do Consumidor.

Verificou-se com o doutrinador Bruno Miragem, o histórico de lutas e vitórias que o direito do consumidor passou para que o consumidor tivesse normas específicas sobre sua segurança física, promoção e proteção dos seus interesses econômicos, entre outros.

A análise dos resultados encontrados na pesquisa ajudará muitos consumidores que não tiveram o crédito concedido a entenderem o real motivo da sua negativa de crédito, tendo como premissa de estudo jurisprudências, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal de 1988.

A escolha desse tema para a realização deste artigo se deu pelo fato das instituições financeiras omitirem informações para que o consumidor não saiba o motivo de não conseguir a concessão de crédito, mesmo ele não estando no cadastro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de restrição ao crédito. Este artigo, por outro lado, poderá ajudá-las a aprofundar ainda mais o conhecimento sobre esse assunto e saber quais são os seus direitos frente a esse constrangimento.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e jurisprudências, têm-se uma perspectiva relevante, totalmente conforme o que pretendo trabalhar, pois fala-se sobre o direito do consumidor no Brasil e os seus aspectos históricos, além de abordar suas relações de consumo e a concessão de crédito. Por fim, dado que o contrato de crédito é de extrema importância na sociedade, mostra-se o direito que o consumidor tem à informação sobre os possíveis riscos ou sobre as alterações que podem ocorrer no decorrer do contrato.

2. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

No Brasil, somente em 1990 a Lei nº 8.078, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, foi promulgada trazendo inúmeros benefícios aos consumidores brasileiros. A relação entre fornecedores e consumidores evoluiu frente aos novos princípios e conceitos que a lei trouxe, levando o Direito do Consumidor no Brasil a um novo patamar, mais sólido, completo e consequentemente mais eficaz.

O direito do consumidor é princípio base para a atividade econômica do país, de acordo com o artigo 150 § 5º e 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> § 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem, por fim, assegurar a todos a existência digna, conforme os distantes da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> V – Defesa do consumidor.

A partir disso observou-se a necessidade de uma legislação exclusiva que normatizasse o Direito do Consumidor e que trouxesse maior segurança para a economia como um todo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Almeida (2003, p. 10) dispõe que:

> A vitória mais importante nesse campo, fruto dos reclamos da sociedade e de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, foi a inserção, na Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, de quatro dispositivos específicos sobre o tema. O primeiro deles, mais importante porque reflete toda a concepção do movimento, proclama: "O Estado promoverá, na forma de lei, a defesa do consumidor" (art. 5º, XXXII). Em outra passagem, é atribuída competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor (art. 24, VIII 0. No capítulo da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia (art. 170, V). E o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anunciava a edição do tão almejado Código de Defesa do Consumidor, que se tornou realidade pela Lei n. 8.078, de 11-9-1990, após longos debates, muitas emendas e vários vetos, tendo por base o texto preparado pela Comissão de Juristas e amplamente debatido no âmbito do CNDC.

Com a chegada deste novo Código, os consumidores viram-se diante de uma conquista, pois ganharam muita força, deixando de ser, de certa forma, vulneráveis e hipossuficientes perante a legislação.

Após a criação do Código de Defesa do Consumidor, surgiram também órgãos com a finalidade de proteção ao consumidor. Sendo eles, o PROCON no âmbito estadual e o SNDE no âmbito federal.

De acordo com essa linha de pensamento, Almeida (2003, p. 9) novamente comentou sobre os antecedentes históricos do Código de Defesa do Consumidor ao afirmar:

> Em 1978 surgiu, em âmbito estadual, o primeiro órgão de defesa do consumidor, o Procon – Grupo Executivo de Proteção e Orientação ao Consumidor de São Paulo, criados pela Lei n. 1.903, de 1978. Em âmbito federal, só em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (Decreto n. 91.469), posteriormente extinto e substituído pela SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que congrega os órgãos federais, estaduais e municipais, além das entidades civis de defesa do consumidor está regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, e congrega os PROCONS, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Delegacias de Defesa do Consumidor, os Juizados Especiais Cíveis e as Organizações Civis de defesa do consumidor, que atuam de forma articulada e integrada com a Secretaria Nacional do Consumidor.

Outro fato bastante interessante que ocorreu no Brasil com a chegada do Código do Consumidor foi a criação da Lei nº 12.291, esta fixou em seu artigo 1 que deverá haver, obrigatoriamente, um exemplar do Código de Defesa do Consumidor (1990), com o intuito de consulta de clientes de qualquer estabelecimento onde sejam realizadas relações consumidor e fornecedor, sejam comércios, prestadoras de serviços, instituições financeiras, entre outros.

> Art. 1. São os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços obrigados a manter, em local visível e de fácil acesso ao público, 1 (um) exemplar do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Pode-se dizer que foi imensurável a quantidade de benefícios que o Direito do Consumidor trouxe para a economia brasileira, o mercado pode fluir com mais justiça e as pessoas podem exercer sua cidadania na qualidade de consumidor. O abuso por parte das empresas e fornecedores foram reduzidos bastante e as sanções às irregularidades passaram a ser aplicadas de forma mais justa.

2.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Antes de seu surgimento e reconhecimento como área do direito, as relações de consumo eram gerenciadas pelo Direito Civil, mas por este ser limitado nos princípios e conceitos sobre as relações de consumo mostrou-se ineficaz na resolução de conflitos do consumidor. Dessa forma, constatou-se a necessidade da criação de uma área exclusiva para tratar do consumo, dando início ao Direito do Consumidor.

Como explica Bruno Miragem (2016, p. 46), o ponto inicial da ideia de Direito do Consumidor surgiu em 1962, nos Estados Unidos da América, onde, no Congresso norte-americano, o então presidente John F. Kennedy, pronunciou-se a respeito da preocupação com o Direito do Consumidor e a importância dele em todas as nações. Ele trouxe em seu discurso referências a direitos que se tornaram pilares no ramo do consumidor como a segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a ser ouvido. Nessa mesma década houve notável avanço no que se refere à aprovação de normas para fins de proteção ao consumidor.

Bruno Miragem (2016, p. 46-47) nos leva a compreender que a partir da Conferência Mundial do Consumidor, realizada em Estocolmo, 10 anos após o discurso de Kennedy, houve grande número de países que acolheram essas ideias, a elaboração e promulgação de leis foi bastante alta nesse período. No ano subsequente, a Comissão das Nações Unidas que trata do Direito do Homem, deliberou que todas as pessoas que se encontrarem na qualidade de consumidor deveriam gozar de quatro direitos fundamentais, aqueles mesmos citados pelo presidente dos Estados Unidos em 1962.

Ainda de acordo com Bruno Miragem (2016, p.47) outro grande passo para o Direito do Consumidor aconteceu em 1985, onde já se havia notado um amadurecimento desse ramo em diversas nações. A Organização das Nações Unidas, através da Resolução 39/248 de 16 de abril estabeleceu novos objetivos a serem observados dentro do Direito do Consumidor, são eles: a) a proteção dos consumidores frente aos riscos para sua saúde e segurança; b) a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual; d) a educação do consumidor, incluída a educação sobre repercussão ambiental social e econômica que têm as eleições do consumidor; e) a possibilidade de compensação eletiva ao consumidor; f) a liberdade de constituir grupos ou outras organizações pertinentes de consumidor e a oportunidade para essas organizações de fazer ouvir suas opiniões nos processos de adoção de decisões que as afetem; g) a promoção de modalidades sustentáveis de consumo.

A partir desses levantamentos, cabe-nos concluir essa fase histórica de suma importância apontando que para Bruno Miragem (2016, p. 47) os objetivos só podem ser alcançados se existir a conclamação dos países que formam a Organização das Nações Unidas, onde estes deverão prover e manter as condições necessárias de infraestrutura. Terão papel essencial na edição de normas visando a regulamentação principal dos seguintes temas: segurança física do consumidor, promoção e proteção dos interesses econômicos do consumidor, padrões de segurança e qualidade dos bens e serviço oferecidos ao consumidor, meios de distribuição de bens e serviços essenciais, regras para obtenção de ressarcimento pelo consumidor, programas de informação, educação do consumidor, e por fim, normas de proteção em setores específicos como os de alimentos, fornecimento de água e medicamentos.

3. DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nas relações de consumo existem duas partes envolvidas, a primeira refere-se ao consumidor, e a segunda, ao fornecedor.

De acordo com o artigo 2º do Código de defesa do consumidor, "o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", e o fornecedor, de acordo com o artigo 3º do mesmo código:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Verifica-se que o artigo 3º traz em seus parágrafos o conceito de produto e serviço, que é muito importante para a sociedade. O código de defesa do consumidor estudou todos os aspectos fundamentais do consumidor para elaborar uma lei especialmente para protegê-lo.

No entanto, as relações de consumo são caracterizadas como sendo os contratos de crédito pessoal, isto é, quando de um lado está a pessoa física, denominada consumidor e do outro a instituição financeira, responsável pelo serviço, que será o da concessão de crédito.

3.1. O direito do consumidor e a concessão de crédito

Após a chegada do Código do Consumidor e suas inovadoras diretrizes o Brasil passou a viver uma nova fase econômica, mais densa, como consequência disso os cidadãos brasileiros consequentemente passaram a consumir mais e a praticar mais relações de consumo pois agora possuem mais segurança para fazê-las.

Portanto, a concessão do crédito foi praticada com mais avidez em todo o país, e daí em diante a demanda por empréstimos e serviços de cartões de créditos

aumentou. Tanto as instituições financeiras como as grandes empresas de vendas poderiam oferecer este tipo de serviços, com o objetivo de incentivar os seus clientes a consumirem mais.

De acordo com Bruno Miragem:

> O contrato de abertura de crédito é aquele em que a instituição bancária, na qualidade de creditante, assume o compromisso de desembolso em favor do creditado mediante remuneração financeira a ser paga pelo creditado sob a forma de juros. A obrigação da instituição financeira, neste caso, é tornar disponível o crédito para uso pelo consumidor na medida da sua necessidade. A abertura de crédito tanto pode se dar em prestação conexa ao contrato de contracorrente (limite de empréstimo, ou de cheque especial, p. ex.), ou ainda constituir operação específica posteriormente contratada pelas partes (MIRAGEM, 2016, p. 451).

Este tipo de serviço se usado de forma consciente é muito bom para a movimentação da economia de forma geral. Torna-se benéfico tanto para quem recebe o crédito que poderá consumir mais e pagar depois de alguns dias, quanto para quem disponibiliza o crédito que receberá os lucros com o serviço.

No entanto, com o aumento do consumo houve também aumento de dívidas, gerando desconfianças por parte das fornecedoras de crédito.

Com o passar dos anos a concessão do cartão de crédito tornou-se limitada, pois as empresas passaram a ser mais exigentes quanto a quem poderia receber este serviço. A legislação brasileira permite que seja negada a concessão de empréstimo ou de cartão de crédito, porém ela veta a falta de justificativa para a não concessão do crédito. Devem, portanto, estabelecer os motivos que levaram a recusa há quem solicitou.

4. DIREITO DO CONSUMIDOR SOB O DIREITO À INFORMAÇÃO

Possuindo o conhecimento de que as instituições financeiras nos contratos elaborados não respeitam os direitos do consumidor. O legislador elaborou o artigo 6º, inciso III, junto aos artigos 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Art. 30.Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e íntegra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével. (Incluído pela Lei nº 11.989, de 2009).

O artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor é um complemento aos demais artigos citados anteriormente. E foi elaborado especialmente para a concessão de crédito:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I – Preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II – Montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III – acréscimos legalmente previstos;

IV – número E periodicidade das prestações;

V – Soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a dez por cento do valor da prestação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Como vê-se no exposto, o consumidor possui diversos direitos à informação, inclusive sobre o motivo da negativa de seu crédito. Esses direitos são garantidos ao consumidor justamente com o dever de observância à boa-fé objetiva e têm como papel assegurar que o consumidor possa avaliar todos os futuros riscos do negócio que ele pretende adquirir, estando ciente dos requisitos necessários para a fruição de bens e serviços.

A não concessão de crédito de forma alguma poderá ser feita deforma discriminatória e sim deve ser feita da forma mais objetiva possível, utilizando os dados sobre a situação financeira da pessoa que deseja o crédito. A negativa dar-se-á se o nome do consumidor estiver nos cadastros negativos, quando a renda está comprometida em mais de 30% com outros financiamentos, ou quando o consumidor só estiver pagando o mínimo do cartão, entre outras informações relevantes para a recusa. Contudo, a empresa é obrigada a explicar, claramente, as razões para a negativa do crédito.

O artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor (1990) dispõe que o consumidor deve ter acesso às informações pertinentes sobre seus atos de consumo:

> Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.
>
> § 1º os cadastros e dados dos consumidores devem ser claros, objetivos, verdadeiros e não podem conter informações negativas de período superior a cinco anos.

É de suma importância trazer o entendimento de Bruno Miragem (2016, p. 215) sobre o direito à informação ao consumidor:

> O conteúdo do direito à informação do consumidor não é determinado a priori. Necessário que se verifique nos contratos e relações jurídicas de consumo respectivas, quais as informações substanciais cuja efetiva transmissão ao consumidor constitui dever intransferível do fornecedor. Isto porque, não basta para atendimento do dever de informar pelo fornecedor que as informações consideradas relevantes sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> o produto ou serviço, sejam transmitidas ao consumidor. É necessário que esta informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor.

Com isso, entende-se que o fornecedor deve informar o consumidor da melhor maneira sobre os possíveis riscos ou sobre as alterações que podem ocorrer no decorrer do contrato, de modo que o consumidor entenda e possa analisar com calma a sua decisão.

Vê-se essa jurisprudência oriunda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre o direito que o consumidor tem à informação sobre a negativa de crédito:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. NEGATIVA DE CRÉDITO SEM ESCLARECER A JUSTIFICATIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. I. EMBORA SEJA DIREITO DO FORNECEDOR CONCEDER CRÉDITO APENAS A QUEM ATENDA AOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS POR ELE, É DIREITO DO CONSUMIDOR SER INFORMADO SOBRE TODAS AS CARACTERÍSTICAS DO SERVIÇO, INCLUSIVE QUAL REQUISITO NÃO FOI POR ELE PREENCHIDO, SOB PENA DE FERIR-SE O DISPOSTO NOS ARTIGOS 30 E 42, CAPUT, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. II. CORRETA A R. SENTENÇA QUE RECONHECE A ILEGALIDADE DA CONDUTA DAS FORNECEDORAS E AS CONDENA NA OBRIGAÇÃO DE INFORMAR À CONSUMIDORA A RAZÃO DA NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE CRÉDITO. III. NA ESPÉCIE, O DANO MORAL DECORRE DA FRUSTRAÇÃO INJUSTIFICADA SOFRIDA PELA CONSUMIDORA, IMPEDIDA DE ADQUIRIR BENS DA VIDA DA MANEIRA QUE MELHOR LHE APROUVER SEM SEQUER TER ACESSO À RAZÃO DA CONDUTA DAS RECORRENTES. O DESCASO PARA COM A CONDIÇÃO VULNERÁVEL DA CONSUMIDORA JUSTIFICA A ALUDIDA CONDENAÇÃO, POIS AS RECORRENTES VALERAM-SE DE SEU PODER ECONÔMICO PARA SUBMETER A RECORRIDA ÀS CONSEQUÊNCIAS DA NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO SEM SEQUER TEREM O CUIDADO DE INFORMAR O MOTIVO. IV. SENTENÇA MANTIDA. (TJ – DF – ACJ: 20060610043597 DF, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANA, Data de Julgamento: 07/08/2007, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais

Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 04/09/2007 Pág.: 152).

Há muitas decisões sobre a negativa de crédito sem justificativa, muitas tornaram-se jurisprudências e estão sendo aproveitadas em diversos casos semelhantes em todo o Brasil, pois é do direito do consumidor ser informado sobre todas as características do serviço, inclusive qual requisito não foi por ele preenchido para que não obtivesse a concessão do crédito.

5. CONCLUSÃO

Com a exposição do presente artigo pode-se concluir que este tema é bastante comum na sociedade, porém pouco discutido, ao ponto de que para descrevê-lo, precisa-se analisar diversas situações de negativa de crédito em que ocorre a falta de justificativa.

Antes de seu surgimento e reconhecimento como área do direito, as relações de consumo eram gerenciadas pelo Direito Civil, mas por este ser limitado nos princípios e conceitos sobre as relações de consumo mostrou-se ineficaz na resolução de conflitos do consumidor.

Dessa forma, constatou-se a necessidade da criação de uma área exclusiva para tratar do consumo, dando início ao Direito do Consumidor. A relação entre fornecedores e consumidores evoluiu frente aos novos princípios e conceitos que a Lei nº 8.078, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor trouxe, levando o Direito do Consumidor no Brasil a um novo patamar, mais sólido, completo e consequentemente mais eficaz.

As relações de consumo são caracterizadas como sendo os contratos de crédito pessoal, isto é, quando de um lado está a pessoa física, denominada consumidor e do outro a instituição financeira, responsável pelo serviço, que será o da concessão de crédito.

Portanto, a concessão do crédito foi praticada com mais avidez em todo o país, e daí em diante a demanda por empréstimos e serviços de cartões de créditos aumentou. Apesar de viabilizar o consumo, o crédito também tem seu lado ruim, comprometendo a renda das pessoas, podendo levar a uma situação de endividamento.

Além disso, a crise econômica se instalou no país fazendo com que a procura pelo crédito aumentasse. Com a crise as infrações subiram e a falta de confiança econômica no Brasil se tornou frequente. Possuindo o conhecimento de que as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

instituições financeiras nos contratos elaborados não respeitam o consumidor. O legislador elaborou no artigo 6º, inciso III, junto aos artigos 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos básicos do consumidor.

O consumidor possui diversos direitos à informação, inclusive sobre o motivo da negativa de seu crédito. Esses direitos são garantidos ao consumidor justamente com o dever de observância à boa-fé objetiva e têm como papel assegurar que o consumidor possa avaliar todos os futuros riscos do negócio que ele pretende adquirir, estando ciente dos requisitos necessários para a fruição de bens e serviços.

Portanto, havendo a eficácia do Código de Defesa do Consumidor e o preenchimento dos pressupostos para a concessão de créditos, o consumidor que tiver sua concessão rejeitada tem o direito de obter informações detalhadas sobre a recusa. Também poderá obter informações sobre seus dados e todos os cadastros que faça parte.

Pode-se afirmar que com o funcionamento correto desses mecanismos evitará que ocorra a não concessão de crédito de forma injustificada, facilitando que o consumidor possa ajuizar uma ação judicial ou requerer uma nova análise junto à instituição financeira.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21/08/2020.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30/09/2019

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. BENJAMIN. Antônio Herman et al. Manual de Direito do Consumidor publicado. 2017.

CARNEIRO, Matéria de Luciane. **Repórter de economia do jornal O Globo, dia 29/01/2013.** Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/estimativa-que-boate-fature-324-milhoes-por-ano-7438851. Acesso em: 21/08/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078/ 1990, artigos 6 º, II, 39, I e X, 59, § 1º, III.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988. Artigos, 5º e 173, § 4º.

GARCIA, Leonardo de Medeiros, **Código de Defesa do Consumidor** Comentado Artigo por artigo, 12ª edição de 2016.

LOVE MONDAYS. **Salários de Sommelier de Vinhos**. Disponível em: https://www.lovemondays.com.br/salarios/cargo/salario-sommelier-de-vinhos. Acesso em: 21/08/2020.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor** - 11ª Ed. 2017.

NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo**: Revista dos Tribunais, 2016.

NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito do Consumidor - À Luz da jurisprudência do STJ, 2018**, 13ª edição Revista, ampliada e atualizada.

TARUCE, Flávio e NEVES, **Daniel Amorim Assumpção**. Manual de Direito do Consumidor, 4ª ed. Editora Método, 2015.

NOTA:

[1] Professor e orientador do Curso de Direito na Universidade Luterana de Manaus (ULBRA) – Advogado. E-mail: armando.negrao@ulbra.br.

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES VIRTUAIS: UMA ANÁLISE DA IMPUNIDADE

MANOEL AELAYAN MAIA GOMES

RUBENS ALVES DA SILVA

(orientador)

RESUMO: Com a chegada do século XXI ficou notável que a sociedade atingiu um nível de desenvolvimento jamais imaginado, sendo que uma das maiores conquistas, sem sombras de dúvida, foi à criação do computador e posteriormente o advento da internet. Porém todas essas facilidades também trouxeram novas preocupações à sociedade moderna, uma vez que fez modificações no comportamento humano, tais comportamentos estão relacionados a novos paradigmas culturais impostos pela virtualização das relações humanas, ou seja, como uma imensa comunidade mundial virtual, a internet está povoada de boas e más atitudes, boas e más intenções, sendo está última considerada como crimes virtuais. Dentro desse contexto elencou-se como problema o seguinte questionamento: Qual seria a pena colocada ao crime virtual no Brasil? Para responder este questionamento o objetivo desse estudo está em analisar os conceitos e as definições de crimes virtuais. Esse estudo optou-se pelo método dedutivo, para confirmar as questões norteadoras apresentadas sobre o tema, foram utilizados estudos acadêmicos prévios pertinentes à revisão. Ainda dentro do contexto metodológico o princípio desse estudo foi à pesquisa qualitativa. Por fim, salienta-se que é notório que a internet foi capaz de trazer grandes benefícios à humanidade, no entanto alguns males também são advindos dela. Dessa maneira essa pesquisa é tema preponderante para o acadêmico de Direito, pois este deve acompanhar a toda essa evolução para, com isso, ser instrumento de coação contra práticas delituosas cometidas através da internet.

Palavras-chave: Internet, crimes virtuais, jurisdição.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito histórico internet. 2.1 Internet e as novas tecnologias: a necessidade do século XXI (mais sobre o surgimento do computador). 3 CRIME E PENALIDADES, UMA VISÃO CRITICA DE FOUCAULT (1987); 3.1 Direito penal do autor e direito penal do fato; 3.3 Direito penal e política criminal; 4 A RESPOSTA DO ESTADO PARA OS CRIMES VIRTUAIS; 5 LEGISLAÇÃO NACIONAL PARA O CRIME DIGITAL (Lei 12.735 de 2012 – Lei Azeredo); 5.1 Lei 12.737 DE 2012. (Lei Carolina Dieckmenn); 6. DIREIRO INTERNACIONAL SOBRE CRIMES VIRTUAIS. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com a chegada do século XXI ficou notável que a sociedade atingiu um nível de desenvolvimento jamais imaginado, sendo que uma das maiores conquistas, sem sombras de dúvida, foi à criação do computador (Mark no ano de 1944) e posteriormente o advento da internet (1969). Acontece que ao passar dos anos as tecnologias foram se desenvolvendo de uma forma jamais imaginada por ninguém, atualmente o uso da internet, redes sociais e computação se tornou tão prioridade, que não nos vemos sem a utilização de todos esses meios de comunicação, ocorre que que essas tecnologias se tornaram companheira de muitos, abrindo portas e facilitando pesquisas.

Porém todas essas facilidades também trouxeram novas preocupações à sociedade moderna, visto que fez modificações no comportamento humano, principalmente no tangente a padrões de conduta e de relacionamentos que fora estabelecido há milhares de anos.

Esses comportamentos estão diretamente elencados a novos paradigmas culturais impostos pela virtualização das relações humanas, ou seja, como uma imensa comunidade mundial virtual, a internet está povoada de boas e más atitudes, boas e más intenções, sendo estão última consideradas como crimes virtuais.

O direito vem desde a senioridade, e por esse o motivo deu a sua origem, estabelecendo relações, aprazando tratos sociais e o convívio entre os seres humanos.

As relações sociais das eras digitais demandam necessitam de regramentos preexistentes, pois, por si só incapazes de gerir regras, e por este motivo o direito deve adequar-se à nova realidade da era virtual, ou seja, o direito deve marchar junto às evoluções tecnológicas para que desta forma não deixe a sociedade digital e até mesmo a física a mercê da criminalidade.

Nesta perspectiva, o problema da pesquisa é definido na seguinte questão: Qual seria a pena colocada ao crime virtual no Brasil? Desta forma, o estudo justifica-se sob o pressuposto de que a globalização e as novas formas de cultura impostas pelas novas tecnologias na sociedade pós-moderna modificaram de forma drástica as relações interpessoais, já que a internet invadiu praticamente todos os nossos atos rotineiros da vida.

Como objetivo geral, o estudo busca analisar os conceitos e as definições de crimes virtuais. Para um melhor entendimento acerca desse objetivo, este foi dividido nos específicos: Avaliar a composição histórica acerca do surgimento da internet; descrever através da literatura de Michel Foucault (1987) o conceito de crime; e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

identificar os aspectos relevantes do Direito Penal acerca da jurisprudência relacionada a crimes virtuais.

Para confirmar as questões norteadoras apresentadas sobre o tema, foram utilizados estudos acadêmicos prévios pertinentes à revisão bibliográfica que Vergara nomeia de pesquisa bibliográfica, definindo-a como:

> [...] o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral. Fornece instrumental analítico para qualquer outro tipo de pesquisa, mas também pode esgotar-se em si mesma. O material publicado pode ser de fonte primária ou secundária (VERGARA, 2009, p. 43)

Ainda dentro do contexto metodológico o princípio desse estudo foi à pesquisa qualitativa, pois se trabalhou predominantemente com dados qualitativos, "isto é, a informação coletada pelo pesquisador não é expressa em números, ou então os números e as conclusões neles baseadas representam um papel menor na análise" (MARKONI; LAKATOS, 2010).

No Direito Civil, o reparo ao dano é possível por meio de analogias de crimes. Já no âmbito penal, isso não é possível. De acordo com a Lei 12.737/12 a contribuição da legislação para o trabalho policial, já que a lei prevê a criação de delegacias especializadas nas polícias Civil e Federal. Ao trazer o Estado junto à sociedade para garantir a segurança na internet, a lei garante também a liberdade plena daquelas 14 pessoas que usam a rede como ferramenta de comunicação, integração e interação social.

Para almejar os objetivos desse estudo, este foi iniciado com uma breve introdução onde apresentamos o tema, o objetivo e a metodologia. Este estudo está subdividido em três tópicos: o primeiro, "Internet: surgimento e necessidade", o segundo tópico "O conceito de crime na literatura de Michel Foucault (1987) ", por fim o terceiro: "A resposta do Estado com relação aos crimes virtuais", em seguida são apresentadas as considerações finais e as referências bibliográficas.

2 CONCEITO HISTÓRICO INTERNET

A famosa internet teve origem em USA (Estado Unidos da América) em de 1963 com a finalidade exclusivamente militar, sua criação tinha como objetivo a correspondência das bases militares dos Estados Unidos, garantindo com isso que as comunicações norte-americanas permanecessem sendo realizadas, mesmo se

houvesse de ataques inimigos, que fossem capazes de destruir os meios convencionais de telecomunicações utilizados a época, a internet continuaria intacta.

Foi na década de 60 que a Internet surgiu, a princípio era apenas um projeto dos Estados Unidos que inicialmente teve o nome de ArpaNet, nos tempos e guerra havia uma primordialidade de manter a comunicação entre as bases militares dos Estados Unidos, com o passar dos tempos a ArpaNet foi disponibilizado informações da mesma para os cientistas de Universidades em outros países permitindo assim a comunicação mundial.

De acordo com Cléuzio Filho (2007, p. 14) discorre que:

> "Ao longo dos anos 1970 e meados dos anos 80 muitas universidades conectaram-se a essa rede, o que moveu a determinação militarista do uso da rede para um fundamento mais cultural e acadêmico. Nos meados dos anos 80 a NSF - National Science Foundation dos EUA constitui uma rede de fibra ótica de alta velocidade conectando centros de supercomputação localizados em pontos chave no EUA".

Segundo (Silva, 2012, p. 17), navegar na Internet é o ato de passear pela web, movendo-se de um website para outro, seguindo links, uma ligação. Acontece que o ambiente social, econômico e cultural que dos cidadãos têm sofrido mudanças com a implantação das novas tecnologias, o uso dos computadores impõe a necessidade de aquisição de conhecimento, existem diversas maneiras de divulgação no site proporcionando ao internauta a facilidade de buscar informações, produtos ou serviços. (GONÇALVES, Monteiro Alexandre).

De acordo com Silva (2012, p. 18) essa rede da NSF (Nacional Science Foundation) teve um papel fundamental no desenvolvimento da Internet nos últimos 10 anos por reduzir, substancialmente, o custo da comunicação de dados para as redes de computadores existentes, que foram amplamente estimuladas a se conectar ao backbone (traduzindo para português, espinha dorsal, embora no contexto de redes, backbone signifique rede de transporte) da NSF. O controle da backbone mantido pela NSF encerrou-se em abril de 1995, sendo passado, em grande totalidade, para o controle privado.

A inovação torna-se fator decisivo para o sucesso ou não das organizações, inclusive as ICCs, pois o tempo para alcançar o mercado é crítico, uma vez que a vida competitiva de produtos é de um ano, um mês, uma semana, algumas horas (Alves, et al., 2012, p. 56). A esse respeito Twy (2011, p. 65) complementa ainda que as ICCs

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estão cada vez mais investindo na presença digital, utilizando de novas tecnologias das mais variadas maneiras com o intuito de obter novos cliente e divulgação da marca. Porém, para utilizar as ferramentas online de maneira responsável é necessário compreender o processo digital para aplicar na organização.

Em outro trecho dos seus estudos Twy (2012, p. 66) esclarece que é notório que para as funções relacionadas ao desenvolvimento da sociedade em geral tais como: planejamento, organização, liderança e controle, são de suma importância para a integração do projeto civil, pois estes sistemas que fornecem informações aos engenheiros chefes.

Em conformidade com Silva (2012, p. 13), o fato é que os gestores em geral investem em novas ferramentas de TI, porque acreditam que isso lhes permitirá realizar suas operações mais rapidamente e a um custo mais baixo; utilizam na para objetivos estratégicos e para planejar e alcançar um ou mais dos três objetivos operacionais independentes, principalmente no que se refere ao controle tecnológico.

Ocorre que a ARPANET (Advanced Research Projects Administration – Administração de Projetos e Pesquisas Avançados) – a chamada primeira versão da internet, se originou no ano de 1996, e atuava em um sistema que era conhecido como chaveamento de pacotes, seno este um sistema de transmissão de dados em rede de computadores no qual as informações são divididas em pequenos pacotes possibilitando o surgimento de diversas ferramentas para uso na internet.

Depois de alguns anos, a internet, mesmo que ainda financiada pela empresa ARPANET, foi aberta às indústrias, o que permitiu o advento do famoso World Wide Web, que ocorreu em Genebra no ano de 1989, sendo criada por Tim Berners-Lee. Foi quando a internet se tornou mundial, interligando países, e diminuindo as fronteiras e facilitando pesquisas.

Desta maneira, o usuário da internet passou com apenas um clique acessar toda a rede disponível, dispondo de diversos conteúdo do mundo todo, sem a necessidade de possuir conhecimentos especiais. A internet tinha como objetivo facilitar a navegação do usuário, tornando-a mais amigável, e mais interessante à medida que introduziu sons e imagens aos simples textos, cansativos e monótonos.

Com a evolução da internet de forma rápido, surgiu no Brasil a famosa “banda larga” que rapidamente se tornou popular e muito requisitada. Sem sombras de duvidas a internet é muito mais que uma rede de computadores, pois ela é integrada a muitas outras redes, facilitando a comunicação e troca de informações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.1 Internet e as novas tecnologias: a necessidade do século XXI (mais sobre o surgimento do computador)

O surgimento do computador e da internet, o presente tópico mostra como essas novas tecnologias tornaram-se um mal indispensável para as pessoas na sociedade pós-moderna. Dentro desse contexto, para Mark I no ano de 1944 entendia por novas tecnologias tudo aquilo que estiver associado ao surgimento do computador e internet (1969), no início do século XXI, conforme os anos iam se passando, as tecnologias computadorizadas foram se aprimorando sob uma ótica jamais imaginada pelos seus percursores, na atualidade é praticamente impossível imaginarmos a vida em sociedade sem a utilização das facilidades destes meios de comunicação.

Contextualizando ainda acerca dos primeiros aparelhos para execução de cálculos Cléuzio Filho (2007, p. 86) leciona que com o desenvolvimento dos primeiros dispositivos mecânicos para cálculo automático, começam efetivamente a vertente tecnológica que levará à construção dos primeiros computadores.

A preparação do caminho para a completa automatização dos processos de cálculo foi executada pelos esforços desses primeiros pioneiros da Computação, que vislumbraram a possibilidade da mecanização, mas não possuíam os instrumentos e materiais adequados para concretizar seus projetos.

De acordo com Côrtez (2008, p. 05) em meados do século XX, entretanto, ocorreria uma mudança de foco nessas pesquisas, que passaram a ser orientadas para fins militares. Cléuzio Filho (2007, p. 97) complementa que nos primeiros anos do século XX muitos físicos e engenheiros de todo o mundo estiveram trabalhando em questões fundamentais da área de eletricidade.

Centros de pesquisa foram criados em Harvard, no MIT, na IBM, na General Electric, e outros lugares. Tiveram sucesso na formulação matemática dos problemas em teoria de circuitos e muitos textos foram escritos nos anos da década de 1920, especialmente por Vannevar Bush no MIT, A.E. Kennelly de Harvard e do MIT, C.P Steinmetz do General Electric, entre outros.

De acordo com Figueiredo (2011) em 1943, e com o apoio da marinha Norte Americana e da IBM, foi construído um computador conhecido por Mark I de Howard Aiken. Este computador era parecido com o engenho analítico de Babbage, e utilizava cartões perfurados para a entrada e saída de dados, baseando- se no sistema decimal para efetuar cálculos.

3 CRIME E PENALIDADES, UMA VISÃO CRITICA DE FOUCAULT (1987)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Direito Penal não deve ser compreendido somente como um mecanismo a fim de retribuir, através das penas, um ato criminoso, bem como não deve ser compreendido, único e exclusivamente, como um mecanismo de prevenção de delitos ou recuperação.

De forma sucinta, pode-se compreender o Direito Penal como um ramo do Direito Público, utilizado pelo Estado a fim de garantir a paz social, reprimindo e prevenindo ações e condutas que implicam em prejuízos aos bens jurídicos tutelados, entretanto, vale ressaltar mais uma vez que a missão do Direito Penal não é exclusivamente proteger bens jurídicos, visto que possui caráter sancionador e constitutivo.

Não obstante, existem diversas classificações doutrinárias acerca do Direito Penal, como, por exemplo, o Direito Penal objetivo e subjetivo, Direito Penal comum e especial, Direito Penal material e formal, Direito Penal da vontade e Direito Penal do autor, do fato e do inimigo.

Pensar no Direito Penal é pensar no Estado, uma vez que o Direito Penal o é inerente, assim como o poder é inerente ao Estado. Portanto, seguindo uma sequência lógica, o Direito Penal é uma consequência da existência do poder estatal. Isto é extremamente importante, pois sem o poder é impossível que o Estado interfira em qualquer relação particular. Na obra Foucault (1987) pode-se observar a interferência do poder estatal na vida dos particulares, uma vez que o Estado aplica o suplício como uma espécie de vingança pública, onde a autoridade busca afastar os delinquentes do meio social e aplicar um castigo "proporcional". Entretanto, neste caso pode-se inferir que a pena detém um caráter muito forte de intimidação e garante, de certo modo, a segurança do poder soberano.

Neil Barret, citado por Queiroz, nos mostra uma explicação de crimes digitais:

> "Crimes digitais seriam todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados acessados ilicitamente ou utilizados para ameaçar ou fraudar; e para tais práticas sendo indispensável a utilização de um meio eletrônico (Apud QUEIROZ, 2008, p. 173)"

Na concepção de André Queiroz:

> [...] Um delito típico de internet seria quando uma pessoa se utiliza de um computador acessando a rede, invade outro computador e obtém, destrói, ou altera

> um arquivo pertencente ao sistema, ainda que não houvesse qualquer obtenção de vantagem patrimonial, mas tão somente a obtenção, destruição ou alteração de dados daquele sistema restrito – circunstância esta que já caracterizaria o tipo penal específico (QUEIROZ, 2008, p.174).

O crime digital é também definido como um ato lesivo cometido através de um computador ou de um periférico com a intenção de se obter uma vantagem indevida. Segundo alguns autores como Fisch Nigri, os conceitos anglo-saxônicos limitam-se a denominar o direito de informática de "computer law" ou "legal aspects of computers" e, no caso mais específico de crimes informáticos, "computer crime", isso porque a época, o uso da palavra informática lhes é praticamente desconhecido. (NIGRI, 2000).

3.1 Direito penal do autor e direito penal do fato

O direito penal de Foucault (1987, 90) pune o agente pelo o que ele é e não pelo fato que cometeu ou não, já o direito penal do fato é exatamente o contrário, pune o fato, ou seja, o que é proibido e reprovável não é o fato que o agente cometeu, é a própria personalidade do agente, visto que o ato revela a personalidade deste. Não visam à conduta do agente e sim as pessoas, principalmente, as pertencentes a grupos específicos.

A imposição de penas passa a ser racional, nessa fase o direito penal é marcado pelo controle do poder punitivo. Ocorre também a humanização do direito penal, separação da justiça divina e humana. Período da primazia da razão.

As escolas penais visam à investigação da função do direito penal e principalmente a finalidade da pena. Apresentam conceitos, teorias e organizações sobre o direito penal, entre elas podemos descrever:

Escola clássica: é datada como a primeira escola penal e ela questiona o Estado totalitário. Essa escola utiliza o método dedutivo ou lógico abstrato e afasta o crime da ideia que ele é um simples fato, o crime nessa escola é uma entidade jurídica, visto que viola um direito.

Escola positivista: se baseava na investigação social indutiva, visto que o crime é um fato social, buscava compreender os motivos que levavam ao crime, bem como as condições pessoais do delinquente, a pena na escola positivista defende primordialmente a defesa social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Terceira escola: tenta conciliar o preceito das escolas clássicas e positivas, substitui o livre arbítrio e defende o determinismo psicológico, crime é um fenômeno individual e social, defende o principio da responsabilidade moral e a pena possui caráter ético e aflitivo com a finalidade da defesa social.

Escola humanista: entende que a pena deve apresentar humanidade, está intimamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Percebe que uma conduta produz um fato ilícito baseado por sentimentos, seja raiva, prazer, emoção, amor.

3.2 Funções do direito penal

Pena: é o meio utilizado pelo direito para garantir a paz social e retomar a ordem jurídica que foi "quebrada", a finalidade da pena está sujeita a teoria adotada. Pode ter o sentido de imposição ou sanção. Delinearemos os fins a serem alcançados com a pena em consonância com as teorias absoluta ou retributiva, relativa ou preventiva e mista ou unificadora da pena.

Teoria absoluta ou retributiva: Nessa teoria a sanção está em conformidade com a conduta, a pena se torna uma retribuição a conduta do criminoso. A pena tem a incumbência de restaurar a justiça, assim pune-se o criminoso, pois ele cometeu o crime.

Teoria relativa ou preventiva: Nessa teoria a intenção é intimidar a sociedade, a pena serve para prevenir atos criminosos futuros, a prevenção na teoria preventiva divide-se em geral e especial. No que concerne à teoria relativa ou preventiva, Foucault (1987) nos ensina que "a punição olhe para o futuro, e que uma de suas funções mais importantes seja prevenir, era, há séculos, uma das justificações correntes do direito de punir". Portanto, há muito tempo a pena é vista como meio de prevenção da balburdia e como impedimento do crime, visto que o delinquente observa uma desvantagem (pena) ao cometer um ato ilícito.

Teoria mista ou unificadora da pena: Essa teoria une a ideia da teoria absoluta com a relativa, nessa teoria a pena possui um caráter tanto de prevenção bem como de retribuição do crime, possui caráter distributivo visto que pune o individual (teoria retributiva) do mesmo modo que intimida a sociedade (teoria preventiva).

3.3 Direito penal e política criminal

As penas garantem as relações sociais, o Estado demonstra uma parte de seu poder por meio das penas, é um mecanismo estatal que serve para intervir na sociedade e estabelecer a ordem. A pena é imprescindível, inerente e primordial ao

direito penal, contudo uma das consequências das penas e evidenciar o caráter seletivo do direito penal.

A hermenêutica no direito penal está pautada na interpretação e integração, é necessária, pois nenhum ordenamento é capaz de suprir todas as lacunas existentes na sociedade.

A interpretação é importantíssima para o direito penal, pois ele não completa todas as lacunas e nem prevê todos os crimes e formas que o crime pode ocorrer, assim a interpretação é de suma utilidade, pois aprimora o que já existe na lei.

A interpretação analógica é um meio de integração, onde buscam fatos semelhantes quando a conduta não é tipificada. A interpretação analógica só pode ser feita in bona partem, ou seja, em favor do réu, é o único momento que a analogia é possível, visto que a interpretação do direito penal é restritiva.

A interpretação extensiva não é admitida na lei penal, pois essa tem analise restritiva, ou seja, não é permita na lei penal, só há a exceção quando a lei dispuser. Já a interpretação conforme a Constituição é a interpretação encontrada na Constituição Federal, entende-se assim que a norma tem que ser constitucional.

De acordo com Neto, preleciona que:

> "Existem três teorias que tratam dessa questão, a teoria da atividade, teoria do resultado e teoria da ubiquidade. Essas teorias são métodos lógicos interpretativos para o tempo e lugar do crime. Nesse sentido pontua-se crime virtual como sendo algo culpável antiético, cometido com a utilização de utilização de softwares8 e hardwares9, para transmissão de dados através da Internet, com o intuito de copiar dados sem autorização, prejudicar outrem, atentar contra a liberdade individual, à privacidade, à honra, entre outros" (VERGARA, 2009, p. 43)

Complementa-se nesse contexto um trecho dos estudos de Miranda, onde este leciona que:

> O perfil dos criminosos digitais normalmente é: jovens, entre 15 e 32 anos, do sexo masculino, com inteligência acima da média, educados, audaciosos e 28 aventureiros, sempre alegam o desconhecimento da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ilegalidade cometido movido pelo anonimato oferecido pelo Internet, têm preferência por ficção científica, música, xadrez, jogos de guerra e não gostam de esportes de impacto. Como o criminoso virtual é aquele que não se apresenta fisicamente e pode agir de qualquer parte do planeta, levam os criminosos a acreditarem que estão imunes às leis (NETO, 2009, p. 19)

Nesse sentido cabe aqui esclarecer que ao do que muita gente pensa, a origem dos crimes informáticos pode não estar diretamente relacionado com o surgimento da internet, pois de acordo com Assunção, em novembro de 1961, desenvolvedores do MIT (Instituto de Tecnologia de Massachussets) demonstravam o seu sistema experimental compatível com gerenciamento de tempo, o que permitia quatro usuários trabalhando em terminais rodar programas de outros usuários. No final dos anos 60, terminais conectados por modem poderiam ser facilmente invadidos, já que, na época, ninguém se preocupava em colocar senhas. (Crimes Cibernéticos e a Impunidade Legal, 2012).

4 A RESPOSTA DO ESTADO PARA OS CRIMES VIRTUAIS

Ao comentar acerca da resposta do Estado, para os crimes virtuais, torna-se primeiramente salientar a carência existente no Código Penal frente à tipologia dos crimes virtuais, nesse sentido Vogt (2012, 87) destaca em seus estudos que sem a devida tipificação frente ao delito, não temos como condenar alguém por um fato que não seja crime, no entanto, conseguir classificar um delito, como sendo um crime determinado, acaba por ser muitas vezes demorado e colocado em xeque, visto o princípio do in dubio pro reo, o qual, expressa o princípio da presunção da inocência, sendo um dos pilares do Direito Penal, estando ligado intimamente com o princípio da legalidade.

Esse mesmo autor destaca ainda que ponto falho dentro da legislação vigente é com relação à territorialidade do local do crime virtual, sendo que, sem fronteiras de marcadas, e com a facilidade dos acessos existentes, como irá se processar para saber de quem é a responsabilidade de julgar determinado crime.

Além da dificuldade em identificar um território dentro do ciberespaço outra problemática se apresenta, qual seja: um indivíduo pode estar em diversos espaços, ao mesmo tempo, na Internet (Vogt, 2012, p. 91). Vale dizer que um sujeito pode dispor de uma identidade no espaço real e de várias distintas na Internet, fato que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em última análise, pode gerar um conflito de competências entre os Estados e carrear numa dificuldade de localização do próprio agente do crime.

De acordo com Neto (2009, p. 13) os agentes responsáveis pelo cometimento de crimes de informática receberam diversas nomenclaturas, entre elas pode-se destacar:

Cracker – são aqueles que têm conhecimento em informática e a utiliza para quebrar sistemas de segurança, de forma ilegal ou sem ética, para furtar informações sigilosas, em proveito próprio ou de outrem. Esse tem os mesmos conhecimentos do hacker, porém os utiliza para cometer crimes, destruir sistemas, em proveito próprio ou de outrem.

Preaker – são aqueles que burlam os meios de comunicação telefônica, para uso próprio sem o pagamento devido, instalam escutas para facilitar o acesso externo, visando o ataque a sistemas. Lammer – em inglês quer dizer otário; ele possui algum conhecimento de informática e quer se tornar um hacker, e fica invadindo e perturbando os sites. É o iniciante.

Oracker – são os que acham que sabe, mas não sabem. São os "hackers de araque". Guru – são os considerados mestres dos hackers, têm grande domínio sobre diversos tipos de sistemas. Hacker - é aquele que tem conhecimento profundo de sistemas operacionais e linguagens de programação e o utiliza para invadir sistemas pelo prazer de provar a si mesmo que é capaz, sem causar danos a outrem. Não é criminoso.

Com relação à tipologia dos crimes virtuais pode-se dividir em duas, como sendo próprios e impróprios, assim como Nunes (2015, p. 47-48) explica em seus estudos:

Próprios: Podemos identificar como crimes virtuais próprios os que o sujeito se utiliza necessariamente do computador, o sistema informático do sujeito passivo, no qual o computador como sistema tecnológico é usado como objeto e meio para execução do crime. Nessa categoria de crimes está não só a invasão de dados não autorizados, mas toda a interferência em dados informatizados como, por exemplo, invasão de dados armazenados em computador, seja no intuito de modificar, alterar, inserir dados falsos, ou seja, que atinjam diretamente o software ou hardware do computador e só podem ser concretizados pelo computador ou contra ele e seus periféricos;

A "Convenção sobre a Cibercriminalidade", adotada pelo Conselho da Europa em 2012, e aberta à assinatura por todos os países do globo, obriga os Estados a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tipificar as seguintes condutas: Infrações contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados e sistemas informáticos:

a) acesso doloso e ilegal a um sistema de informática;

b) interceptação ilegal de dados ou comunicações telemáticas;

c) atentado à integridade dos dados (conduta própria de um subgrupo hacker, conhecido como cracker);

d) atentado à integridade de um sistema;

e) produção, comercialização, obtenção ou posse de aplicativos ou códigos de acesso que permitam a prática dos crimes acima indicados.

De acordo, com o atentado à propriedade intelectual e aos direitos que lhe são conexos. No Brasil, o projeto de lei n.º 84/99, de autoria do deputado Luiz Piauhylino, buscou dar um tratamento mais sistemático aos crimes cibernéticos. Um substitutivo da proposta foi aprovado pela Câmara dos Deputados em novembro de 2003 e atualmente aguarda a manifestação do Senado. Nossa legislação, porém, não apresenta muitas lacunas em matéria de crimes cibernéticos, havendo, inclusive, tipos penais específicos relativos a essa modalidade de delitos. (crimes cibernéticos manuais práticos de investigação, 2006).

a) No capítulo dos crimes contra a administração pública, o art. 313- A do Código Penal sanciona a conduta de "inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano";

b) O art. 313-B contém a hipótese de "modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente";

c) A divulgação, sem justa causa, de informações sigilosas ou reservadas contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública é sancionada pelo art. 153, § 1o-A;

d) Ao servidor que viola o sigilo funcional, permitindo ou facilitando, "mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados

da Administração Pública", ou que se utiliza, indevidamente, do acesso restrito, há a incidência das penas previstas no art. 325 do Código Penal;

e) A Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003, modificou a redação do art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente para explicitar a possibilidade do crime de pornografia infanto-juvenil ser praticado pela rede mundial de computadores. Além disso, previu a responsabilidade criminal daquele que "assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas" ou "assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens de pedofilia" (cf. item seguinte);

Dentro deste cenário Martins (2012, p. 23) destaca que de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", ou seja, de acordo com o princípio da legalidade alguém só poderá ser punido, se anteriormente ao fato praticado existir lei que o considere como crime, ainda que o fato seja imoral, antissocial ou danoso não haverá possibilidade de punir o autor, ou seja, para que haja um crime é necessário que uma lei anterior o defina como tal, essa prerrogativa aliada à morosidade dos políticos brasileiros em tipificar condutas em desacordo com valores morais e éticos da nossa sociedade acaba por criar um precedente de impunidade, estimulando condutas danosas ao bem estar social.

Ainda de acordo com esse autor, diante das várias modalidades de crimes cometidos por meio da internet não estão tipificadas, ou seja, não podem ser passíveis de punição, é comum nestes casos o uso da analogia jurídica para adequar crimes sem tipificação aos já descritos em nosso ordenamento jurídico (Martins, 2012, p. 23), a esse respeito pode-se exemplificar a destruição de dados eletrônicos equiparando o mesmo ao crime de dano ao patrimônio.

De acordo com Nunes (2015, p. 18):

> O fato é que a legislação pertinente não acompanhou de forma proporcional a evolução na forma de cometimento dos crimes, deixando assim as chamadas "brechas" na lei que favorecem o infrator. Nos últimos tempos, uma modalidade de crime que vem se tornando muito comum na internet é o envio de e-mail simulando ser de algum órgão estatal conhecido, como é o caso da Receita Federal, do TSE (Tribunal Superior Eleitoral), da Polícia Federal e do Serasa. A forma na qual é empregada, tem como objetivo enganar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> registrado do e-mail com uma mensagem declarando que há uma pendência com o órgão e que o mesmo deve clicar em algum link para solucionar tal situação ou mesmo para saber mais detalhes sobre o fato mencionado.

Todavia no ano de 2012 o Brasil deu um passo importante no combate aos crimes virtuais com a com a aprovação do Projeto de Lei, nº 2.793 de 201113, também conhecido como Lei Carolina Dieckmann, de acordo com Martins (2012, p. 24-26) essa Lei faz uma alusão à atriz que recentemente teve fotos íntimas divulgadas na internet.

Destaca-se ainda que o legislador tivesse como „mens legis" atualizar e incluir algumas situações no nosso ordenamento jurídico. Através da lei foram introduzidos os artigos 154-A e 154-B e alterados os artigos 266 e 298 do Código Penal.

O artigo 154-A do Código Penal possui a seguinte redação:

> Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1o Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2o Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3o Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4o Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão à terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. § 5o Aumenta-se a pena de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> um terço à metade se o crime for praticado contra: I-Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III-Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou, IV-dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Orrigo e Filgueira (2013, p. 32) descrevem ainda que além das duas inclusões acima, a lei modificou a redação do artigo 266 do código penal, que hoje está redigido desta forma. Frente a esse contexto, pontua-se que a Lei 12.737/12 passou a tutelar a interrupção dos serviços de utilidade pública.

5 LEGISLAÇÃO NACIONAL PARA O CRIME DIGITAL (Lei 12.735 de 2012 – Lei Azeredo)

A lei em questão foi proposta em 1999, através do projeto de lei n° 84/99, pelo então senador de Minas Gerais, Eduardo Azeredo. O texto do projeto foi alvo de extensa discussão, o que resultou na exclusão de pontos polêmicos da proposta.

A lei em questão foi proposta em 1999, através do projeto de lei n° 84/99, pelo então senador de Minas Gerais, Eduardo Azeredo. O texto do projeto foi alvo de extensa discussão, o que resultou na exclusão de pontos polêmicos da proposta.

A lei Azeredo traz somente duas mudanças:

> a) A determinação para que a polícia crie setores especializados no combate a crimes digitais, e; b) A autorização para que juízes determinem a interrupção de conteúdos racistas em qualquer meio de comunicação.

A Lei 12.735/2012 é uma importante iniciativa do Poder Legislativo para o combate aos crimes cibernéticos, especificamente aos crimes de computação, posto que os ditos crimes de computador, já tipificados no CP, demandam maiores discussões e amadurecimento, como indicam as manifestações crescentes de membros da sociedade civil, músicos, políticos, artistas, autores e etc...

Vale ressaltar também a Lei n° 12.965/2014 - Marco Civil da Internet, que diz: A conexão progressiva dos indivíduos no ambiente de rede traz a necessidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regulação dos usos e limites do fluxo de dados. Embora a presente geração esteja inaugurando novas plataformas de comunicação, com soluções inovadoras, pode se pressupor que o aumento da convivência virtual, aumente também a possibilidade de lesão á direitos por meio virtual.

Desta forma nasce a necessidade de regramento do uso e armazenamento da informação na rede, sobretudo com vistas a buscar uma forma de amenizar esse tsunami tecnológico, sem, contudo, instabilizar o sistema de garantias individuais.

A nova Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet, diante da irrefreável avalanche migratória para a virtualização e da inevitável busca pelo equilíbrio normativo neste ainda estranho campo, cabe questionar se alguns pilares da cidadania, sobretudo direitos individuais consagrados pelo moderno constitucionalismo, têm-se mantido intactos neste embate, ou, por outra, como parece acontecer, sofrem ameaça iminente.

5.1 Lei 12.737 DE 2012. (Lei Carolina Dieckmenn)

É evidente que um dos crimes que mais ocorre na internet é a invasão de privacidade e o consequente roubo ou disponibilização pública de informações pessoais.

No ano de 2011 um grupo de hackers não fora identificado realizou um ataque ao, deixando o serviço inacessível e vazando todos os dados dos usuários. Mais de 78 milhões de pessoas foram afetadas, além dos dados pessoais, as vítimas tiveram os dados bancários revelados, casando grandes transtornos aos usuários.

Em nosso país, no ano de 2012, um crime de invasão entrou para a história da população brasileira, quando o celular que pertencia à atriz Carolina Dieckmann foi invadido de forma ilegal e a atriz teve fotos íntimas publicadas na internet.

Logo após este fato a primeira lei brasileira contra este tipo de crime virtual foi editada, a referida legislação, a Lei 12.737/2012, ficou conhecida no Brasil como lei Carolina Dieckmenn, a Lei 12.737/22012 acresceu e alterou alguns artigos do CP, o qual passou a tipificar a conduta descrita no parágrafo anterior como Invasão de dispositivo informático.

6 DIREIRO INTERNACIONAL SOBRE CRIMES VIRTUAIS

De acordo com o autor Vieira e Carvalho (2015, p. 10) com a exposição massiva a que o homem está sujeito diariamente seja por meio físico ou virtual, resta provado que o direito necessita estar em constante movimento, acompanhando tais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mudanças, a fim de resguardar das ameaças da contemporaneidade e para isso caminha em direção a uma nova vertente: O Direito da Informática.

Existe uma necessidade de criar no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação própria acerca dos crimes virtuais se tornou algo necessário conforme os avanços tecnológicos iam surgindo.

Com a globalização através do meio cibernético, o crescimento dos crimes virtuais ou crimes cibernéticos foi aumentando na Europa se unir e criar a convenção chamada de Budapeste ou Convenção sobre o Ciber crime. Ela foi criada em 2001 na Hungria, pelo Conselho da Europa, a Convenção de Budapeste está em vigor desde 2004, após a união de cinco países, engloba mais de 20 países e tipifica os principais crimes cometidos na Internet.

Transporta em seu preâmbulo priorizando uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional e reconhecendo a necessidade de uma cooperação entre os Estados e a indústria privada. Ainda em seu escopo inicial, ressalta o obrigatório respeito: I - à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa em 1950; II - ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU em 1966; à III - Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança em 1989; e IV - à Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre as piores formas do trabalho infantil em 1999. Bem com o Tratado de 2001 que possui quatro capítulos são eles: Terminologia, Medidas a tomar a nível nacional, Cooperação internacional e Disposições finais, assim como 48 artigos encorpados num texto de fácil compreensão, sobretudo porque não traz informações técnicas. O que chama a atenção na Convenção é que ela se alto define: Capítulo-I, diz respeito aos cibercrimes, tipificando-os como infrações contra sistemas e dados informáticos; Capítulo-II, Título 1, fala de infrações relacionadas com computadores; Capítulo-II, Título 2, faz referência as infrações relacionadas com o conteúdo, pornografia infantil; Capítulo-II, Título 3, diz respeito a infrações relacionadas com a violação de direitos autorais e por fim o Capítulo-II, Título 4, todos dentro do Direito Penal Material. Quanto às matérias do Direito Processual são as que seguem no âmbito das disposições processuais, condições e salvaguardas, injunção, busca e apreensão de dados informáticos armazenados, enfim um rol de conteúdo (CONVENÇÃO, 2011).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em resposta ao objetivo desse estudo, que buscou analisar os conceitos e as definições de crimes virtuais, salienta-se que com o desenvolvimento dos meios de comunicação, assim como as novas tecnologias de informação, carreou num impacto significativo na sociedade contemporânea, transformando-a na denominada sociedade da informação, responsável pela dissolução de fronteiras e por uma nova visão acerca da produção e uso da informação.

Durante a realização desse estudo destacou-se os principais crimes que incidem na Internet, o que evidenciou o crescimento do numero de usuários que procuram os espaços virtuais para a prática de delito, que vai desde golpes estelionatários até a pornografia infantil.

Foram apresentadas também as principais situações onde ocorre na atualidade os crimes virtuais os crimes virtuais, trazendo em seu ensejo a tipificação penal na qual aquela conduta se enquadra, caracterizando-se, com isso, um ilícito penal. Foram apresentadas ainda as lacunas referentes a estas áreas deixadas pela legislação brasileira, pois apesar de estar em plena evolução, deixa-se muito a desejar em comparação a legislação empregada mundialmente, mesmo com o advento da Lei 12.737/12.

Tratamos acerca da aplicabilidade da Lei 12.737/2012 nos crimes virtuais, trazendo uma reflexão acerca do tema desde o seu surgimento até o ponto atual, onde ainda há muito que se aperfeiçoar no decorrer do tempo. Esta lei não possui o condão de extinguir os crimes cometidos na internet em consequência do rápido avanço tecnológico e social, porém neste aspecto ficou comprovado que os desafios e perspectivas da legislação brasileira estão à luz da certeza de que sendo o Direito o verdadeiro regulador da ordem na sociedade, cabe a ele também, acompanhar os avanços e atualizar o ordenamento jurídico para tipificar tais condutas e se adaptar aos desafios da atualidade.

Por fim, salienta-se que inúmeras são as discussões acerca do avanço da internet e o fato é que a legislação brasileira não está se adequando a estas transformações de modo suficiente, visto que temos na atualidade uma comunicação rápida, difusão de informações pelo mundo inteiro através de segundos.

Pois se sabe que a forma acelerada do computador e da internet não torna possível que a legislação acompanhe de forma satisfatória o seu desenvolvimento, isto 47 gerou simultaneamente a facilidade do cometimento de crimes já tipificados na legislação e, além deles, o surgimento de crimes próprios da internet, com isso, muitas vezes a legislação brasileira, torna-se ultrapassada para penalizar aqueles que, pelo intermédio do computador, cometem delitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSANGE, Julian ...[et al.] Cypherpunks: **liberdade e o futuro da internet**. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2013.

FILHO, Cléuzio Fonseca. **História da Computação: o caminho do pensamento e da tecnologia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

QUEIROZ, André. **A atual lacuna legislativa frente aos crimes virtuais**. Revista jurídica Unifox. Foz do Iguaçu, v.3, n.1, p. 169-178, jul./dez. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza**. Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

QUEIROZ, André. **A atual lacuna legislativa frente aos crimes virtuais**. Revista jurídica Unifox. Foz do Iguaçu, v.3, n.1, p. 169-178, jul./dez. 2008.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Crimes Digitais. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. **Crimes Virtuais**. 2005.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 4°. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva 2° tiragem 2011.

VIEIRA, Camila Cordeiro; CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de Carvalho. Cybercrime: **desafios e perspectivas da legislação brasileira**. Universidade Tiradentes, Aracajú, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 975 de 12/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454